

**ACTAS  
DE LOS VIGESIMOSEXTOS ENCUENTROS  
DEL FORO DE DERECHO  
ARAGONÉS**

## VIGESIMOSEXTOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS

### ORGANIZADO POR:

- El Justicia de Aragón
- Tribunal Superior de Justicia de Aragón
- Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación
- Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza
- Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza
- Ilustre Colegio de Abogados de Huesca
- Ilustre Colegio de Abogados de Teruel
- Ilustre Colegio Notarial de Aragón
- Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Decanato Autonómico de Aragón)
- Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza

### COMISIÓN DE COORDINACIÓN:

- Excmo. Sr. D. Fernando García Vicente (Justicia de Aragón)
- Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas (Presidente del TSJA)
- Excmo. Sr. D. Eduardo Montull Lavilla (Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación)
- Ilmo. Sr. D. Enrique Giménez Allueva (Director General de Relaciones Institucionales y Desarrollo Estatutario. Gobierno de Aragón)
- D. Adolfo Calatayud Sierra (Notario)
- D. Honorio Romero Herrero (Notario)
- D. Miguel Temprado Aguado (Registrador de la Propiedad)
- D. Saúl Gazo Ortiz de Urbina (Abogado)
- D. Luis Montes Bel (Abogado)
- D. Francisco Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo (Abogado)
- D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Carmen Maestro Zaldívar (Procuradora)
- D. José Antonio Serrano García (Profesor Titular de Derecho Civil)
- D.<sup>a</sup> Laura Bejarano Gordejuela (Asesora Jefe del Justicia de Aragón)
- D.<sup>a</sup> Itziar María Ochoa Cabello (Responsable de Departamento del Justicia de Aragón)

### SECRETARÍA TÉCNICA:

- D.<sup>a</sup> Laura Bejarano Gordejuela (Asesora Jefe del Justicia de Aragón)
- D.<sup>a</sup> Itziar María Ochoa Cabello (Responsable de Departamento del Justicia de Aragón)

Edita: EL JUSTICIA DE ARAGÓN©

De la edición: El Justicia de Aragón

© De cada una de las partes de los respectivos autores

Depósito Legal.: Z-1280-2017

Imprime: Gambón, S. A. Virgen del Buen Acuerdo, 48.

(Pol. Alcalde Caballero) 50014 ZARAGOZA

## ÍNDICE

### SESIÓN I. Elogio del periodista cabal

**Ponente:**

*D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer* .....7

### SESIÓN II. Régimen jurídico de las comunidades y sociedades privadas de montes

**Ponente:**

*D. José Luis Argudo Périz* .....23

**Coponentes:**

*D. David Arbués Aísa* ..... 111

*D. Miguel Temprado Aguado* .....135

### SESIÓN III. El derecho foral aragonés ante el Alzheimer.

**Ponente:**

*Ilmo. Sr. D. Armando Barreda Hernández* .....149

**Coponentes:**

*D. Daniel Bellido Diego-Madrado* .....199

*D. Francisco Javier Hernáiz Corrales* .....223

## **SESIÓN IV. La sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón**

### **Ponente:**

*D. Miguel Lacruz Mantecón* .....241

### **Coponente:**

*Ilmo. Sr. D. Vitelio Tena Piazuelo*.....285

**Índice de los encuentros del foro de derecho aragonés celebrados hasta la actualidad** .....317

**Sesión I.**

**ELOGIO DEL PERIODISTA CABAL**

**PONENTE:**

*D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*

**PÁG. 7**



## ELOGIO DEL PERIODISTA CABAL

D. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Catedrático de Derecho Administrativo

1.- “Que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás a no ser por gobiernos despóticos”. Con este hermoso texto, tan escueto como contundente, se inicia en nuestra época, prescindiendo de antecedentes, la apasionante historia constitucional y cultural de la libertad de prensa. Afirmación que se halla en la primera gran declaración de derechos, la del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, apartado XII, cuando la antigua colonia británica se independiza como nuevo Estado. Declaración que es claro testimonio de una visión decididamente optimista, en cuanto desde el comienzo se insiste en la vocación de “todos los hombres... de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”. Compromiso que en poco más de diez años iba a verse confirmado en dos declaraciones señeras, ambas en pleno vigor hoy por cierto, y que de alguna manera pueden considerarse relacionadas. La joven República estadounidense incorporaría a su Constitución, el 25 de septiembre de 1789, en su tira de enmiendas inicial, la famosa primera enmienda, en la que, como si se vinculara religiosamente con aquella afirmación, entre otras cosas muy relevantes, se afirma que “El Congreso... tampoco aprobará ley alguna que coarte la libertad de palabra y de prensa”. Constitución que igualmente es expresión innegable de una visión optimista, en cuanto toda ella está orientada, como se dice en el preámbulo, a “fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y nuestra posteridad”. Y un par de semanas antes, el 26 de agosto de 1789, la Asamblea Nacional Francesa, antes de que apareciera el terror de la guillotina, había aprobado, siguiendo la iniciativa de La Fayette, la famosa declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 11 aseguraba con energía: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley”, por cierto, que pueden imaginar la

de esfuerzos e ilusiones que están tras todos estos textos. Recordaré que también la declaración francesa está orientada toda ella a lograr “la felicidad de todos”, como se expresa en su tan elocuente preámbulo. Curioso que la fórmula francesa, sin mengua de su generosa amplitud, incorpora una clara admonición, con su referencia al posible abuso. Por cierto que también hemos de acostumbrarnos a aprender cómo pueden evolucionar los acontecimientos: la declaración de los revolucionarios muy pronto perdería su fuerza y pasaría al museo de los textos históricos. Pero también cambian las tornas y 150 años después recobraría su vigor, formando parte hoy del bloque de la constitucionalidad en Francia, con efectiva y constante utilización por parte del Consejo Constitucional y, lo que no es menos notable, considerándose en la Unión Europea como una de las fuentes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

2.- No mucho después de aquel inicial alborear, y ya por lo que a España se refiere, sería gozoso el despertar de la libertad de expresión en cuanto soplaron los vientos liberales. En los inicios del ciclo de Cádiz, pero todavía en la Isla de León -actual San Fernando-, muy tempranamente, noviembre de 1810, el decreto número IX, en su artículo 1, proclama la “libertad política de la imprenta” en estos términos tan amplios: “Todos los cuerpos y personas particulares, de cualquier condición y estado que sean, tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anteriores a la publicación bajo las restricciones y responsabilidades que se expresan en el presente decreto”. Fórmula que en términos similares consagraría dos años después, el artículo 371 de la Constitución de Cádiz. Constitución que también, conviene recordarlo, apuesta por “el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación”, según indica el preámbulo, o, que compromete a los españoles a que sean “justos y benéficos”, según su tan conocido artículo 6. Y digo que fue gozoso el despertar, dado que los historiadores han acreditado la lluvia de hojas, papeles, revistas, pasquines y toda clase de documentos que se publicaron bajo su vigencia. Fue un festín la explosión de la imprenta en Cádiz, y desde ahí se iría expandiendo. Cierto que el gozo no fue completo dado que hay una pequeña trampa en la fórmula, y es que la historia de España tiene siempre sus meandros: amplitud aparente, sí, en esa opción referida a las ideas “políticas”, pero la propia fórmula venía a indicar que quedaba excluida la religión. Trento seguía pesando y se mantenía la censura eclesiástica. Pero ese, es ahora un aspecto secundario que no empece la intensidad del gozo referido. El problema vendría, en cambio, de que las alegrías de Cádiz iban a durar poco, pues sabido es cómo no hubo Rey tan “deseado” primero, como odiado después.

3.- No puedo entretenerme ahora en seguir la evolución cronológica paso a paso, por lo que, dando un salto brusco, llegaremos a nuestro tiempo. Bueno, mi tiempo, sí, claro, aunque es cierto que muchos de los presentes tardaríais en ser concebidos por vuestros padres. Me quiero referir, en efecto, al reverdecimiento que de los derechos humanos se produce a consecuencia de la profunda crisis espiritual que sumió a la humanidad al advertir las barbaridades cometidas que culminarían en la Segunda Guerra Mundial. Un solemne “nunca jamás”

se quiere acompañar con el compromiso de que los Estados han de respetar los derechos humanos. Primero fue la Carta de Naciones Unidas, de San Francisco, 1945, y, enseguida, de manera cualificada, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que hacen las propias Naciones Unidas, en París, en 1948. También se indica claramente en la Declaración Universal el criterio que vengo destacando de que los derechos y libertades, aparte de su significado intrínseco, están para potenciar el bien y la felicidad de los ciudadanos. En su preámbulo se afirma, en efecto, “que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a. promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”. El mundo ha evolucionado y se va a producir un notable cambio de paradigma: las declaraciones que antes mencioné, si prestigiosas e influyentes sin duda, tenían ámbito nacional. Ahora estamos ya ante instrumentos internacionales, con todo lo que eso significa. Muy pronto, el Consejo de Europa quiso que cuanto antes se hicieran efectivas las previsiones de la Declaración Universal de Derechos Humanos y es así como, en un tiempo record, el 4 de noviembre de 1950, se aprueba en Roma el famoso Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuyo artículo 10 halla muy sólido fundamento la libertad de expresión: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión”, etc. El sistema del Convenio Europeo se completa -lo que fue tan revolucionario en su momento-, con un Tribunal encargado de velar por el respeto de los derechos y libertades por él proclamados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, por su sede, solemos denominar el Tribunal de Estrasburgo.

También en España volvería a posarse la paloma de la libertad. Me tocaron vivir esos tiempos tan ilusionantes y tan decisivos en la historia de España como fueron los de la “Transición política”: España ingresó en el Consejo de Europa, España ratificó el Convenio Europeo de Derechos Humanos y asumió someterse a la jurisdicción del Tribunal, todo lo que me lleva a recordar en este momento a un ilustre ilerdense, y muy querido amigo, que protagonizó todos esos pasos, Landelino Lavilla. Quien tuvo además la genial idea de que el primer juez español en el Tribunal fuera uno de nuestros más grandes juristas, el maestro de tantos de nosotros, el tan recordado profesor García de Enterría. Y en la Transición se haría realidad también ese pacto tan reconfortante que es la Constitución de 1978, del que ahora me fijaré en su esplendoroso título primero, sobre los derechos fundamentales, y, en concreto, en el artículo 20 que con gran amplitud consagra la libertad de expresión en sus más variadas manifestaciones.

4.- Referido el contexto, he de recordar de la forma más concisa posible que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha potenciado de manera impresionante la libertad de expresión, que ocupará así lugar destacadísimo en nuestra realidad social y constitucional. Hasta el punto de que no cuesta esfuerzo alguno entender a la perfección la certera fórmula con la que Lord Macaulay calificaba a la prensa: el cuarto poder del Estado. Un auténtico e impresionante poder, un muy poderoso poder, ejercido de manera continua y permanente. Ahora bien,

nos consta de manera inequívoca por la teoría constitucional, que el juego de los poderes necesita un complejo sistema de balanzas, equilibrios, frenos y contrapesos. En cambio, a partir de ciertos momentos, la prensa creció desenfrenada, sin nada ni nadie que contuvieran su fuerza y presencia. Tal va a ser, en efecto, el panorama que bien salta a la vista en la actual sociedad española, sociedad que, por otro lado, desde la transición ha hecho progresos incommensurables. En alguna ocasión he escrito que el Rey puede considerarse tranquilo y confiado, dado que vivimos en uno de los países más monárquicos del orbe: aquí todo el mundo se considera habilitado para hacer lo que le dé la real gana. Nunca aprendimos aquellos balbuceos de los teóricos iniciales del Estado, aquello de que al entrar en sociedad teníamos que abandonar no pocas de nuestras prerrogativas. Y que ahora, en efecto, la sociedad democrática, animada por el potenciamiento de la convivencia -vivencia con, recuerden-, exige saber respetar y saber ceder en no pocas ocasiones. Pues bien, la evolución de la prensa en estos últimos años hace gala en no pocas ocasiones de ese mencionado sentimiento monárquico. De la mordaza y la censura se ha pasado en tan poco tiempo a considerar, por parte de no pocos, que todo vale, y que la libertad imperante acoge cualquier fórmula o solución. Es la vieja táctica de la ley del péndulo que algunos españoles se empeñan en mantener contra toda razón y lógica.

Con todo, una advertencia inequívoca que me importa subrayar: nadie vea en mis palabras una condena global e indiscriminada a la prensa (por cierto que, incidentalmente aclararé que yo utilizo la vieja y arraigada expresión de libertad de prensa en el sentido de que me estoy refiriendo a todos los medios de comunicación, tan variados y diversos -¡Y lo que nos queda por ver todavía!-, lo que se suele denominar como “los medios”. Pues bien, a lo que iba, valdrá un poco el símil de lo que está sucediendo con la Constitución últimamente: ¿es que no sirve la Constitución, como algunos vociferan? Acaso sea oportuno cambiar algo, pero los males que nos preocupan y nos afligen no derivan de la Constitución sino de su mala aplicación o, incluso de su no aplicación. Paralelamente, la regulación de la prensa es correcta, las fórmulas son excelentes y hay que defenderlas. Pero hay que usarlas adecuadamente, sin abusar, sin tensar la cuerda, respetando todas las exigencias que reclama la noble profesión de periodista, en la que la búsqueda de la verdad, el intento de depurar las fuentes, el respeto a los derechos de los demás, el uso no abusivo de las palabras, y la responsabilidad que impone el ejercicio del poder, resultan ingredientes incuestionables.

Nos desagrada el cainismo exacerbado, la agresividad y el ahondar la tensión amigos-enemigos que con tanta frecuencia aparecen, nos molesta la incultura, la ignorancia, la parcialidad, la zafiedad y la desfachatez, nos preocupa la generalizada e indiscriminada descalificación de la noble profesión política, lo mismo que el tratamiento indiscriminado de la corrupción, sin distinguir, olvidando que son muchos los políticos honestos, así como que no escasea corrupción en la vida social, al margen de la política. Lo mismo que nos duele la impresionante basura que se acumula en tertulias, redes sociales y demás opciones. Grave es la mezcla de estilos y metodologías, la información confundida con la opinión, o dado que

las fórmulas del periodismo, exigen rapidez, carácter sucinto y esquemático, brillantez y recurso a lo que choca, se produce un salto para erigirse en pontífices, sacerdotes o incluso intelectuales, profesiones que reclaman serenidad, ponderación y valoración de conjunto, de modo que con entera libertad califican o descalifican, hacen o deshacen, alaban o condenan, según lo que marque la brújula que hayan elegido. Y tantas veces nos desazona la sospecha de no saber qué nos están vendiendo, si consumir esto o no consumirlo, si esta política o la contraria, si es bueno comer pomelos o espinacas, no digamos cuando sospechamos que ha hecho su presencia el periodista "sobrecogedor". Tal va a ser, en efecto, el panorama que bien salta a la vista en la actual sociedad española. ¿No habría que hacer un esfuerzo para recuperar sosiego, serenidad y respeto, todo lo cual es compatible con una adecuada información? Bien es verdad, que la "primera enmienda" es muy permisiva en Estados Unidos, pero eso es cosa de allá. En cambio, no pocos de nuestros periodistas se han subido al carro de la primera enmienda, olvidando, desconociendo e incumpliendo lo que de manera inequívoca prescribe nuestro sistema jurídico. Así, el artículo 10 del Convenio de Roma incluye en su apartado segundo límites, restricciones o incluso sanciones, aparte de que el precepto se abre con una admonición rotunda, cuando recuerda que el ejercicio de las libertades contempladas "entrañan deberes y responsabilidades". Si la fórmula de Estrasburgo es clara, como acabo de exponer, no lo es menos la doméstica, la que depara el artículo 20.4 de la Constitución, según la cual la libertad de expresión tendrá sus límites en el respeto de los derechos, "y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia". Curioso que la Constitución incluye una doble referencia a la protección de la propia imagen, en el artículo 18.1, para ampararla de manera directa y ahora en este artículo 20.4 para prohibir expresamente su desconocimiento.

5.- Nos topamos así, por ceñirme ahora a un punto muy concreto, con el eterno combate, como el del ratón y el gato, entre la libertad de prensa y el derecho de las personas a la intimidad o a la propia imagen. Cuando la Constitución garantiza por dos veces el derecho a la propia imagen, ¿lo dice en serio o estará bromeando? Según y cómo, se dirá desde el lado de la prensa, en unos casos sí y en otros no. Entonces aparece otro interrogante: ¿uno de los derechos estará por encima del otro o se situarán a la par? Desde el lado de la prensa, se aludirá a la posición estadounidense de la "preferred position": la libertad de expresión estaría en una situación de superioridad, por lo que los demás derechos deberían ceder ante ella. Voy a continuar tan interesante debate dedicando la última parte de mi intervención centrándome en la tensión entre la libertad de prensa y la privacidad o el derecho a la propia imagen, aspecto este que ha suscitado muy destacados estudios, de entre los que, por citar algún ejemplo, me referiré a los de Omar Bouazza Ariño, José Luis Bermejo Latre o Pablo Menéndez. Sin dejar de tener muy presente que lo que se pretende con el ejercicio de los derechos y libertades es potenciar el bien y la felicidad de las personas y el perfeccionamiento de la sociedad. Para ello, y a modo de contraste, pasaré a exponer algunos casos interesantes -pocos dado que el tiempo es escaso-, tomados de la jurisprudencia

de Estrasburgo. No olvidemos que dicha jurisprudencia, como me gusta recalcar, es “nuestra jurisprudencia” y que por tanto nos vincula: acaso pueda servirnos de lección.

6.- Comenzaré así recordando un trabajo mío reciente, titulado “ ¿Tienen derecho a la intimidad las personas famosas?” Lo preparé con fruición para dar a conocer una muy interesante sentencia, pero si insisto ahora es porque me parece que es poco conocido: lo destiné a un libro entrañable tanto por el homenajeado como por la compañía en esas páginas de compañeros muy queridos, lo que sucedió es que mi artículo se iniciaba en la página 2969 y ciertamente, aunque han pasado algunos años, los que comenzaran a leer el libro desde el inicio obviamente todavía no han llegado a mis páginas. Era la sentencia “Von Hannover c. Alemania”, de 24 de junio de 2004, que la comentaba en el homenaje a Tomás Ramón Fernández. He elegido, intencionadamente, un caso límite: quienes están habitualmente en las páginas de la revistas, ¿tendrán también derecho a la intimidad? En realidad, quien estaba detrás del asunto era Carolina de Mónaco y se quejaba de que los reporteros la perseguían a cualquier hora del día y en cualquier circunstancia, aun en los aspectos más triviales. No cuestionaba fiestas, bailes, celebraciones o ceremonias, pero ¿cuándo recogía los niños a la salida del colegio? ¿Cuándo iba a la compra o paseaba en bicicleta? ¿Cuándo comía en la privacidad de un restaurante una comida intrascendente? ¿Y así un día y otro día?

Estaba fresca en la opinión pública la sensación de que los que se dedican a vender fotografías estaban directamente detrás de la muerte, en la persecución por los túneles de París, de la Princesa Diana de Inglaterra. Se llegó a plantear si habría que reformar el Convenio Europeo para ofrecer mayor garantía a la intimidad y a la protección, incluso de las personas famosas. Tras una serie de estudios y debates, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, elaboró una interesante resolución, la 1165 (1998), de 26 de junio, sobre el derecho a la intimidad. La sentencia transcribiría íntegra la Resolución, y, lo que es más importante, la asume y se apoya en ella directamente a la hora de dictar el fallo. Se destaca la importancia del derecho a la intimidad, se recalca que el Convenio protege frente a intromisiones de los poderes públicos pero también frente a los particulares, o frente a la prensa, y se insta a los Estados a que adopten medidas adecuadas en su legislación para proteger la intimidad, como previsión de indemnizaciones, asegurar de forma adecuada las rectificaciones o, incluso, sancionando. Y lo que es de especial significado, se aventura una ponderación entre los diversos derechos y libertades para afirmar, de manera inequívoca, que no están jerarquizados entre sí y que ninguno es de valor superior. Lo que echa por tierra definitivamente en el ámbito europeo la idea de que la prensa ocupa un lugar preferente y que desplaza a los demás derechos. En el caso, había que comparar dos intereses contrapuestos, y si resulta indudable que la prensa está llamada a reflejar todo lo que sea de interés público, los supuestos de hecho evidencian que se trataba de fotografías y tomas de la vida cotidiana, banales, al margen de la esfera de cualquier debate público o político. Se afirmará tajantemente, “la publicación de las fotos y de los artículos objeto del litigio, teniendo como único objeto

la satisfacción de la curiosidad de un cierto público sobre los detalles de la vida privada de la recurrente, en absoluto podría considerarse como contribuyendo a un debate de interés general para la sociedad, a pesar de la notoriedad de la recurrente” (p. 65). Lo que hará en consecuencia -sigue el razonamiento-, que en este supuesto la libertad de expresión haya de gozar de una interpretación menos amplia (p. 66). Se dirá expresamente en otro pasaje: “más aún, el Tribunal estima que el público no tiene un interés legítimo de saber dónde se encuentra o como se comporta la recurrente de forma general en su vida privada, a pesar incluso de su notoriedad, aunque se halle en lugares que no puedan ser calificados de aislados. Porque incluso, aunque existiera ese interés del público, al igual que un interés comercial de las revistas para publicar fotografías y artículos, dichos intereses, en opinión del Tribunal, en este caso se borrarían ante el interés de la recurrente a la protección de su vida privada”.

En resumen, en este caso se acepta el recurso -cosa que no ha sucedido en otras ocasiones diferentes-, se condena al Estado por incumplir su obligación de protegerle y el asunto concluirá otorgándose a Carolina una sustanciosa indemnización: 10.000 euros en concepto de daños morales y 105.000 euros para gastos judiciales.

Creo que se trata de sentencia del mayor interés, que es aconsejable propagar, aunque ahora por razones de tiempo no pueda detenerme más en ella. Importa sin duda todo lo que tiene trascendencia pública, pero en lo trivial, en lo cotidiano, también las personas famosas tienen derecho a que se respete su imagen y su vida privada, aunque estén en la calle. No habla en broma la Constitución cuando afirma proteger esos derechos. Lo que me lleva a entender, y concluiré con este punto, que no es compatible con esta doctrina la dicción del artículo 8.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en cuanto otorga bula a los reporteros cuando “la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”. Son cosas muy diferentes los actos públicos de los lugares abiertos al público. Y es que en lo cotidiano de su vida privada, aunque estén en la calle, también tienen derecho a la intimidad y a la propia imagen las personas famosas. Interesante ejemplo el de la sentencia, y para aprender, ¿no es cierto? ¿Alguien recordará el bochornoso caso del acoso a Telma Ortiz, una persona que hacía una vida del todo discreta, y que venía además del extranjero? ¿Es que el tener la suerte de que una hermana se case con el heredero de la Corona ha de implicar automáticamente que deje de tenerse derecho a una vida privada, o que el vendedor de fotografías de turno pueda disponer libremente de la imagen de ella, a cualquier hora o en cualquier momento, para su exclusivo provecho?

7.- Dando un cierto salto de significado, pasemos ahora a otro testimonio de dicha jurisprudencia, de menos relumbro, pero igualmente indicativo. Del que también será oportuno sacar lección. En cuanto al uso y abuso de la imagen por la prensa -si en el supuesto anterior eran las revistas llamadas del corazón, ahora se tratará de la televisión-, resulta de interés la decisión referente a la televisión austriaca, “Osterreichischer Rundfunk c. Austria”, de 25 de mayo de 2004. Se da por

buena, sin ápice de duda o reserva, la decisión de la Corte Suprema que condenó la transmisión en un reportaje sobre otro asunto, de la imagen de quien había sido condenado penalmente años antes, y que ya había cumplido sus deudas con la justicia: “nada añade de interés dicha publicación”, se dice, a la par que se entiende “que no había en absoluto necesidad para estigmatizarle públicamente de nuevo”, considerando además, se afirma también “el hecho de que está tratando de reintegrarse a la sociedad”. Se juzga que había resultado correcta la balanza de intereses realizada por la Corte Suprema censurando dicha publicación. En definitiva, la enseñanza del caso: ¡jojo con el abuso de la imagen: no por haber sido condenado penalmente se pierde el derecho a la propia imagen!

8.- Cambiemos de tercio. Un asunto bien interesante es el que enfrentó al periodista Alfred Worm con los tribunales austríacos, sentencia de 29 de agosto de 1997, que nos lleva a considerar la tan reciente práctica española que han introducido algunos periodistas con toda desfachatez, y al parecer con gran éxito de audiencia, que consiste en realizar lo que llaman “juicios paralelos”: cuando en el Juzgado o en la Audiencia se está viendo una causa, el periodista, con un insólito activismo, contrasta opiniones, oye a expertos o incluso citas testigos, cuando no pronuncia el veredicto, condena o absuelve, como si del auténtico juicio se tratara. Por cierto, que a la vista de tales experiencias cabe pensar si el Estado no podría ahorrarse el cuantioso coste de la Justicia y encomendarla sin más a estos sabihondos periodistas. Práctica a la que se une la de las filtraciones, de modo que ya sabe el periodista muchas veces incluso antes de haberse debatido cual va a ser el resultado de un proceso en marcha. Hubo una vez un juez que se hizo muy famoso porque al parecer practicaba habitualmente un curioso contrato, sobre el que tal vez habría que animar a los amigos de la Comisión de Codificación para que lo incluyeran en el código civil o acaso en el código mercantil: tu me sacas a mí en el periódico y yo te adelanto todo tipo de información confidencial. Práctica esta de las filtraciones, tan nociva para el buen orden de la justicia, que aparece en nuestra sociedad más de lo debido, incluso allí donde menos pudiera esperarse, hasta el punto de que en ocasiones bien se sabía dónde estaba la fuente de la filtración en el propio Tribunal Constitucional. Y es que el referido contrato de intercambio es muy tentador.

Vengamos al caso. En Austria está permitido sin ningún problema glosar, comentar o criticar las actuaciones penales, ya en las revistas especializadas, ya en los medios de prensa, ya en público. No se puede olvidar que fue muy importante la orientación que marcó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con su famoso asunto de 1979 “Sunday Times c. Reino Unido”, en cuyas decisión participó por cierto el Juez García de Enterría. Ello no obstante, la legislación de prensa austríaca (Mediengesetz) tiene un artículo 23, rubricado “Influencia abusiva sobre un proceso penal” (“Verbotene Einflussnahme auf einer Strafverfahren”), en el que se sanciona a quién adelante cual deba ser el resultado probable del juicio, o

el valor de los medios de prueba, de forma que sea susceptible de influir sobre la marcha del proceso.

Se trataba de un juicio importante, que evidencia además que la historia se repite: un ex ministro de Hacienda estaba siendo juzgado por fraude fiscal. Pero el periodista se pasó en sus comentarios, y los Tribunales le sancionaron. ¡Libertad de expresión!, se clamará, ¡pero no todo cabe en la libertad de expresión!, se le responderá. El Tribunal Europeo glosa con detenimiento el alcance de la expresión “garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial”, considerando además que era un proceso que iba a ser fallado según la fórmula de escabinado -esa variedad en que se mezclan jueces profesionales y legos-, teniendo en cuenta que los miembros del jurado no permanecían aislados, como en otros sistemas, sino que estaban abiertos a todo tipo de influencias. Al recalcar la imparcialidad, con la vista puesta en la regulación sin duda restrictiva, se recuerda que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar confianza tanto a las partes como al justiciable en general. De ahí que los Estados deban tomar las medidas oportunas para atender a la protección del papel fundamental de los Tribunales en una sociedad democrática (p. 40). Es así como dirá expresamente el Tribunal Europeo parafraseando lo que había afirmado en la sentencia “Sunday Times”: “de habituarse al espectáculo de los pseudo-procesos en los medios de comunicación, pueden seguirse a largo plazo consecuencias nefastas para el reconocimiento de los Tribunales como los órganos genuinos para juzgar de la culpabilidad o de la inocencia en lo que a una acusación penal se refiere” (p.54).

No deja el Tribunal de Estrasburgo de formular otro aviso importante al recalcar que ciertamente interesa fijar con claridad lo que han hecho las personalidades conocidas, aunque no sea menos cierto que éstas han de disfrutar, como cualquiera, de las garantías de un proceso equilibrado, lo que incluye también el derecho a un tribunal imparcial. Y apostilla, “Los periodistas deben recordar que están redactando artículos sobre procesos penales en marcha y que las fronteras de los comentarios admisibles pueden dejar fuera declaraciones que, intencionadamente o no, se exponen a reducir las oportunidades de una persona de disfrutar de un proceso justo o a destruir la confianza del público en el papel desarrollado por los Tribunales en la administración de la justicia penal” (p. 50).

Lo cierto es que se demostró cumplidamente que el periodista había escrito su artículo “deseando erigirse en juez del asunto”, o que “había escrito con la intención de influir sobre el curso del proceso”, o que “había intentado intencionadamente llevar al lector a la conclusión de la culpabilidad del acusado prediciendo la condena (p. 51). En suma, Alfred Worm fue sancionado, pero fue correcto sancionar y limitar la opción periodística, la ley sancionadora no era incorrecta, la aplicación al caso había sido adecuada, aparte de que la sanción resultaba moderada. Lo que quiere decir, que es muy importante afianzar la confianza de todos

en la justicia, por lo que la libertad de prensa habría de respetar sin falta ciertos límites.

9.- Demos otro salto para abordar un bien interesante asunto, asunto paradigmático, que nos permitirá también -¡cómo no!- reflexionar sobre la realidad española.

Partiremos como paso previo de la tan frecuente como insólita presencia en España de lo que se ha llamado “pena de banquillo”. Vivimos un momento de plétora de la que a mí me parece tan execrable, judicialización de la política, claro testimonio de nuestra falta de madurez democrática. Fuerzas políticas que apenas tienen fuerza, abusan del recurso a la justicia para lograr cuota de presencia en la prensa; no escasean los sindicatos de mafiosos puestos a utilizar la acción popular en el ámbito penal a modo de chantaje, cuando el artículo 125 de la Constitución bien permitiría evitar abusos -por cierto que esto está escrito antes de sucesos recientes, pues era un secreto a voces-, y, a la par, en no pocos casos, se han penalizado conductas que bien casarían como meras irregularidades administrativas. El caso es que, como digo, ha proliferado la pena de banquillo, de la que saca tanto provecho la prensa, hasta el punto de que son numerosísimos los afectados por ella. Y en la mayoría de los casos todo quedará en nada, pero ¡vete a enderezar los perjuicios causados!

Pues bien, junto a lo anterior, periodistas, reporteros y fotógrafos españoles se han especializado, importando sin pensarlo dos veces algunas experiencias foráneas, en lo que yo llamaría “pena de paseíllo”. “Pena de paseíllo”, “pena de fotógrafo”, “pena de reportaje”, una pena no enumerada en el código penal, una pena que no fue aprobada por ley orgánica, que no se estudia en los cursos de Derecho penal, y que sin embargo se aplica insistentemente. ¡Vaya si se aplica y con qué corrosivos efectos! Piensen, pónganse en la piel, de quien tiene que ir a declarar ante el juez, responder a las preguntas del fiscal o del abogado de la parte contraria, que necesita toda su serenidad y sosiego, y que se encuentra como preparación con que tiene que sortear de entrada un enjambre de reporteros, ante los que no sabe si reír o llorar, con el incesante disparo de objetivos y flashes, cuando no empujones. Sorprende esta reminiscencia de los actos de fe, en los que había que humillar y degradar a los disidentes, con todo tipo de prácticas y atuendos, coraza incluida. ¿Se justifica tanta crueldad? Desde luego, para nada sirve a los efectos de la justicia, pero tampoco añade nada necesario al servicio de la información, que bien puede prescindir de ese paso.

Los que somos europeístas convencidos, hemos mirando y seguimos mirando los distintos testimonios de la Europa de la convivencia, del respeto y de la cultura, la “Europa de los derechos humanos”, de que me gusta hablar. En la época de la codicia, en que los elegidos se creían habilitados para destruir a su antojo, en aras de lo que llamaban progreso y era mera especulación, calles, barrios o conjuntos históricos entrañables que eran testimonio de nuestra historia, era un consuelo contemplar cómo se conservaban las viejas ciudades y pueblos de Francia, de Alemania, del Reino Unido y de tantos otros países. Ahora, ante el fenómeno que estoy refiriendo, anima contemplar esos países, tan próximos, en

que impera la convivencia, la tolerancia, el respeto y la igualdad de derechos sin justificar diferencias a causa de los comportamientos. Los derechos, son derechos para todos, sin excusas. De ahí que la práctica referida de fotografiar a los que comparecen ante la justicia, esté prohibida. Práctica prohibida, insisto, porque ninguna falta hace para una correcta administración de la justicia, para nada se necesita para una completa información, lo único que hace es complacer el morbo y ofrecer carnaza. Países modelo, además, en los que prácticamente no existe corrupción. La corrupción se ha combatido de otra manera. Todo eso es un abuso de la libertad de expresión y por eso bien está que se prohíba. Resulta paradigmática, en efecto, la sentencia del caso “Egeland y Hansed c. Noruega”, de 16 de abril de 2009. En Noruega, al igual que en otros países, la Ley de Organización de los Tribunales prohíbe, en los casos penales, a falta de consentimiento, cualquier tipo de grabación de la vista oral -como fotografías, filmes, radio o televisión-, así como tomar fotografías o grabar de cualquier manera a los implicados, acusados o condenados al dirigirse o al salir de la sede judicial. Así se establece, y así se aplica, se trate de quien se trate, o se trate de lo que se trate. El caso resulta paradigmático dado que se estaba en presencia de un crimen horrible que había conmocionado a la opinión pública del país, un triple asesinato, con cuatro acusados, unidos varios por lazos familiares. Se acababa de pronunciar la condena y concluía el proceso. Una de las implicadas, nuera de los asesinados, que se proclamaba inocente, sería condenada a la pena máxima -21 años-, con privación de libertad inmediata, sin esperar al recurso de apelación. Pues bien, cuando salía del Tribunal para ir al coche de la policía, “consternada, destrozada y deshecha en lágrimas”, como se dice literalmente, fue fotografiada, y al día siguiente esa fotografía aparecería en la portada de los dos más importantes periódicos de Noruega. ¿Qué pasó? Pues nada, que se aplicó la ley y los responsables de ambos periódicos fueron condenados a la multa correspondiente. ¿Y la libertad de prensa? Eso es lo que alegaban ambos. Resulta muy solvente el razonamiento de la Corte Suprema que en gran parte hace suyo el Tribunal de Estrasburgo. Éste recalcará el importante papel de la prensa así como el derecho del público a ser informado. No ofrece dudas tampoco de que en el caso, crimen tan horrible era un asunto de interés público. Pero no por ello dejará de pesar la protección de la intimidad y la garantía de un proceso justo. El Tribunal recalca que la referencia del artículo 10.2 del Convenio a como el ejercicio de la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidad”, se aplica también a la prensa, desde la importancia además de proteger la reputación y los derechos de terceros así como de garantizar la autoridad del Poder Judicial. Se dirá también que tales “deberes y responsabilidades” resultan especialmente significativos cuando se trata de facilitar fotografías al gran público. Se reitera asimismo que la noción de intimidad del artículo 8 del Convenio comprende tanto la identidad de la persona, como su nombre o su imagen. En definitiva, el Tribunal, que asume que Noruega ha regulado correctamente la materia, entenderá que aunque las fotos hayan sido tomadas en un espacio público y estuvieran relacionadas con un suceso de interés público, no por ello dejaba de haber una intrusión injustificable. En conclusión,

por unanimidad, considerando además que las multas eran leves, Noruega no ha infringido la libertad de prensa al sancionar a ambos periodistas. Hermoso, ¿verdad? Añadiré que la sentencia explica que si no hay una opinión uniforme al respecto entre los países del Consejo de Europa, en todo caso el criterio vigente en Noruega se aplica también en Suecia, en Dinamarca, en Chipre, en Inglaterra y Gales, en Austria, etc. Y, más aún, se transcribe en la sentencia el principio 8º de la Recomendación 2003-13 del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa que, bajo el rótulo de “Protección de la intimidad en el contexto de los procedimientos criminales en marcha”, señala: “La obtención de información sobre personas sospechosas, acusadas o condenadas, u otras partes, en un proceso penal, debe respetar su derecho a la protección de la intimidad de acuerdo con el artículo 8 de Convenio. Particular protección debe darse cuando las partes son menores u otras personas vulnerables, lo mismo que a las víctimas, testigos así como a los familiares de los sospechosos, acusados o condenados. En todos estos casos habrá que poner especial cuidado sobre los efectos perjudiciales que la facilitación de información sobre su identificación pueda tener sobre las personas aludidas en este principio”. No se olvide que, obviamente, España forma parte del Consejo de Europa. ¡Claro y contundente, sin duda! Un buen ejemplo para meditar.

10.- Y ya, incidentalmente, un último ejemplo. La muy reciente sentencia “Stoyanov y otros c. Bulgaria”, de 31 de marzo de 2016, nos depara un supuesto que, al parecer es la última moda en lo que respecta a las relaciones entre policías y periodistas: cuando la policía, en una compleja y preparada operación, va a detener a unas personas en una investigación criminal, no se habrían enterado los afectados, pero el caso es que acuden al unísono cámaras y fotógrafos, que grabarán toda la secuencia y que luego se reflejará profusamente tanto en la prensa escrita como en Internet. En el caso, se trataba de una actuación, que luego se consideraría irregular, una chapuza sin fundamento, que además no conduciría a ningún resultado penal, y con una serie de peculiaridades que harían que Bulgaria fuese condenada en la sentencia por diversas causas. La operación se había realizado de madrugada y de manera brusca. La ridícula fotografía de uno de los afectados, tal y como se acababa de levantar de la cama -imaginen-, y además esposado, se transmitiría y reflejaría profusamente. Pues bien, ésta será, junto a otras, una de las circunstancias que justifican que el Tribunal de Estrasburgo, por unanimidad considere, aparte de otras condenas, que se ha producido un trato degradante y se aprecie, por ende, violación del artículo 3 del Convenio.

11.- Esto es lo que hay: ¿utopía, ingenuidad? Yo no diré más al respecto, aunque sólo recordaré, parodiando a José Antonio Labordeta, aquello de: “Dicen que hay tierras al norte... “.

Bien conocéis el oficio del grabador: para que luego salga la lámina correcta, él debe esforzarse por dibujar la plancha al revés. Porque apreciamos al periodista cabal, más aún, lo necesitamos, me he permitido la picardía de grabar la plancha

al revés. Pero estoy convencido de que el juego nos permite a todos representarnos la imagen correcta y tener las ideas claras.

Concluyo, en suma, esta para mí tan grata velada, tan cargada a la par de emociones. Muchas gracias de nuevo a todos, a los que tan amablemente me habéis honrado y a los que sin regatear esfuerzos ni incomodidades me habéis acompañado. Hago votos porque desafiando lo que luego cantaremos en el "Gaudemus", la senectud no me resulte demasiado molesta. Ojalá pueda seguir disfrutando muchos años de tan grato apoyo, mantenida viva la ilusión por trabajar en torno al tan sencillo misterio de la Universidad: insistir en estas cosas que nos gustan, saber algo más cada día y transmitirlo gustosos a los demás, en esa labor callada y continuada, lejos de nosotros la aspiración de trepar por encima de todo, sabiendo que ha de ser crisol de convivencia, respeto a la ley, afán de saber y tolerancia, esas virtudes cívicas que nos debemos esforzar en practicar, proclamar y propagar. Y, de esta manera, contribuir incansablemente al fortalecimiento en nuestras sociedades de los de derechos fundamentales, que son para disfrutar, con lo cual, a la par, y termino, seguimos la certera guía que nos marca la Constitución de 1978 en sus inicios, cuando apuesta por promover el bien de cuantos integran la Nación española.



**Sesión II.**

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES Y  
SOCIEDADES PRIVADAS DE MONTES**

**PONENTE:**

*D. José Luis Argudo Périz*  
PÁG. 23

**COPONENTES:**

*D. David Arbués Aísa*  
PÁG. 111

*D. Miguel Temprado Aguado*  
PÁG. 135



## RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMUNIDADES Y SOCIEDADES PRIVADAS DE MONTES

D. JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ

Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza

**SUMARIO:** 1. Introducción: Las comunidades y sociedades de montes, ¿una realidad jurídica anacrónica? 2. La Proposición de Ley sobre la personalidad jurídica de las comunidades o sociedades de montes de origen vecinal en Aragón. 3. La Desamortización civil y la creación de las comunidades y sociedades colectivas privadas de montes. 4. Formas jurídicas de constitución y naturaleza jurídica. 5. Algunos rasgos del régimen jurídico convencional de las comunidades y sociedades de montes aragonesas. 5.1. Pactos de duración indefinida e indivisibilidad de la comunidad o sociedad de montes. 5.2. Estatutos. Reglas de organización y gestión. 5.3. Partícipes: comuneros y socios. 5.3.1. Adquisición y transmisión de la condición de comunero o socio. 5.3.2. Derechos y obligaciones de los partícipes. 5.4. El objeto de las comunidades y sociedades: explotación y aprovechamientos de los montes. 6. Situación y problemática de las comunidades y sociedades de montes privadas aragonesas. 7. El régimen jurídico de las comunidades de bienes en el ordenamiento español. 7.1. En el Derecho civil estatal. 7.1.1. La comunidad de bienes en el Código civil. El pacto de indivisión y los límites de la autonomía privada. 7.1.2. Derechos de los comuneros en relación a la cuota y en relación a la cosa objeto de la comunidad. 7.1.3. Las comunidades germánicas. 7.2. En el Derecho mercantil y fiscal. 7.2.1. Derecho mercantil. 7.2.2. Derecho fiscal. 7.3. En la legislación de asociaciones y cooperativas. 7.3.1. Legislación de Asociaciones. 7.3.2. Legislación de sociedades cooperativas. 7.4. En el Código del

---

\* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Análisis de las fronteras de la autonomía privada en el Derecho civil» (DER2014-52252-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad), cuya I.P. es la catedrática de Derecho civil Dra. D<sup>a</sup> María Ángeles Parra Lucán; y en los trabajos del Grupo de Investigación Consolidado «Investigación y Desarrollo del Derecho Aragonés» (GIDDA, S-29) (con apoyo del Gobierno de Aragón y del Fondo Social Europeo), cuyo I.P. es el catedrático de Derecho civil Dr. D. Jesús Delgado Echeverría.

*Derecho Foral de Aragón. 7.5. En el Derecho público: legislación de Administración Local y de Montes. 7.5.1. Legislación aragonesa de Administración Local. 7.5.2. En la legislación de montes. 7.5.2.1. Legislación aragonesa de montes. 7.5.2.2. Legislación estatal de montes. 8. Las comunidades privadas de montes aragonesas como comunidades funcionales o societarias. 9. Conclusiones.*

## 1. Introducción. Las comunidades y sociedades privadas de montes, ¿una realidad jurídica anacrónica?

Las comunidades y sociedades de montes que, además de privadas y colectivas, podríamos denominar de origen vecinal o comunal, tienen su origen en el proceso desamortizador civil del siglo XIX, por lo que cuentan con una historia que supera ya la de un siglo pero que, a pesar su larga existencia, no han sido objeto de un estudio jurídico completo ni en España ni en Aragón, aunque su extensión por toda la geografía española y el número de entidades creadas como consecuencia del turbulento y traumático proceso desamortizador del siglo dieinueve lo justificaría.

Con referencia a Aragón, el único trabajo que realiza su contemplación jurídica es un artículo del profesor SANZ JARQUE en 1980 (reeditado en 2002 con algunas variaciones)<sup>1</sup>, que ofrece algunos datos relevantes, como que en Aragón la titularidad de estas entidades puede cubrir una tercera parte de la superficie agraria, unas 300.00 Has. del territorio regional, y especialmente sobre terrenos de aprovechamiento ganadero extensivo y de montes sin bosque. Tiene un mayor conocimiento de la realidad en la provincia turolense, constituyéndose sobre un tercio de los pueblos de la misma, y ofrece un dato concreto: la existencia comprobada de 62 comunidades o sociedades de montes que ocupan una extensión de 92.541 Has., ofreciendo una información más detallada de la de su pueblo natal (Castel de Cabra, Teruel) y de la Comunidad Propietaria de Montes y Asociación de Ganaderos de Alcañiz.

La situación de la Comunidad de Montes de Galve (Teruel) ocasionó también una cierta repercusión jurídica a través de la publicación de los dictámenes de los ilustres administrativistas profesores EMBID IRUJO (1993)<sup>2</sup> y LÓPEZ RAMÓN (1996)<sup>3</sup>. A la situación de esta comunidad, encuadrada en la relación de estas comunidades con las mancomunidades de pastos y ademprios en Aragón (entonces art. 146 Compilación), hice también referencia en un trabajo de 1999<sup>4</sup>. Curiosamente,

<sup>1</sup> SANZ JARQUE, J. J., «El problema de las comunidades y sociedades de montes de origen vecinal en Aragón», en *El Campo. Boletín de información agraria del Banco de Bilbao*, nº 75 (enero-marzo, 1980), pp. 75 a 82; y SANZ JARQUE, J. J., «Comunidades y sociedades de montes de origen vecinal», en *Homenaje a Lorente Sanz*, Zaragoza, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 2002, pp. 163-183.

<sup>2</sup> EMBID IRUJO, Antonio, *La defensa de los comunales (Planteamientos generales a partir de la realidad aragonesa)*, Madrid, Diputación Provincial de Zaragoza- Civitas, 1993. Le dedica el capítulo II del libro, pp. 65 a 254 (que incluye un anexo documental).

<sup>3</sup> LÓPEZ RAMON, Fernando, «Dictamen sobre titularidades concurrentes en los montes de Galve», en *Revista de Derecho Civil Aragonés (RDCA)*, 1996, II (nº 2), pp. 25 a 48.

<sup>4</sup> ARGUDO PÉREZ, J. L., «Los derechos de pastos aragoneses de origen foral: competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón, legislación y últimas resoluciones judiciales», en *Revista de Derecho Civil Aragonés (RDCA)*, V (1999), núm. 2, pp. 137-168.

otros administrativistas aragoneses han tratado el tema de forma general, con una interesante aproximación a la realidad aragonesa, como Cirilo MARTÍN-RETORTILLO («Comunidad de bienes de origen comunal», publicado por primera vez en el Anuario de Derecho Aragonés de 1959)<sup>5</sup>, o Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO que parte, en su reflexión sobre la función y futuro de los bienes comunales, de la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 27 de junio de 1974, que declaró la extinción de la Sociedad Comunera de Montes de Pedrola<sup>6</sup>.

Son también indispensables los estudios de los también administrativistas profesores GUAITA sobre el régimen jurídico de los montes<sup>7</sup>, Alejandro NIETO sobre los bienes comunales<sup>8</sup>, y BOCANEGRA sobre los montes vecinales en mano común<sup>9</sup>, para centrar el estudio de las comunidades y sociedades de montes. En Aragón cabe mencionar los estudios del profesor COLOM<sup>10</sup> y del ingeniero de montes PÉREZ-SOBA<sup>11</sup>.

Desde una óptica jurídica exclusivamente civil, SIERRA MOLINA realizó una aproximación al régimen jurídico de las comunidades y sociedades de montes en Extremadura (no numerosas) en 1952<sup>12</sup>, y cabe destacar los trabajos de los últimos años del profesor KARRERA EGIALDE sobre la naturaleza y configuración jurídica de las comunidades y sociedades de montes tradicionales<sup>13</sup>.

Otras aportaciones jurídicas sobre estas entidades podemos calificarlas de puntuales, frente a los estudios geográficos y de historia social aragoneses que

5 MARTÍN-RETORTILLO, C., «Comunidad de bienes de origen comunal», en *Anuario de Derecho Aragonés*, X (1959-60), pp. 197-227 (publicado también, bajo el mismo título, en RCDI, n° 398-99 [1961], pp. 733-769).

6 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «En torno a los bienes comunales», en *Autonomía y autogobierno de la Universidad y otros temas*, Zaragoza, Secretariado de Publicaciones. Universidad de Zaragoza, 1980, pp. 147-161 (publicado con anterioridad en *Revista de Administración Pública*, n° 84, 1977).

7 GUAITA MARTORELL, A., *Régimen jurídico-administrativo de los montes*. Santiago de Compostela, Porto y Cía, 1951; *Idem.*, *Derecho administrativo: aguas, minas, montes*. Madrid, Cívitas, 1982.

8 NIETO, Alejandro, *Bienes comunales*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.

9 BOCANEGRA SIERRA, R., *Los montes vecinales en mano común. Naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1986.

10 COLOM PIAZUELO, E., *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, Madrid, Tecnos-Gobierno de Aragón, 1994; *Idem.*, «El proceso de formación de la noción de bien comunal y sus consecuencias: los aprovechamientos vecinales en Aragón», en AA. VV., *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente. II Encuentro Interdisciplinar*, Salamanca, 31 de mayo-3 de junio de 2000 (coordinado por: Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo y Eugenia Torijano), Madrid, Fundación *Beneficentia et Peritia Iuris*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002, pp. 391-427.

11 PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, I. y SOLÁ MARTÍN, M., «"La tragedia de los comunales": legalidad y realidad en los montes comunales en España», en *Revista de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, n° 203 (2004), pp. 187-232. *Idem.*, «Montes blancos, baldíos y realengos: aproximación a tres tipologías tradicionales de montes públicos en la provincia de Zaragoza», en *Estudios geográficos*, LXVI, n° 258 (2005), pp. 265-292. PÉREZ-SOBA, I., «Los montes de utilidad pública. Un patrimonio con mucho pasado y mucho futuro», *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, n° 104, 2013, págs. 54-73. *Idem.*, *Un siglo protegiendo los montes: el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la provincia de Zaragoza (1905-2008)*, Zaragoza, Institución "Fernando el Católico", 2010.

12 SIERRA MOLINA, F., «Las tendencias colectivas agrarias después de la desamortización. Las Asociaciones, Sociedades y Comunidades de Vecinos (Notas para su estudio en el aspecto jurídico)», *Revista de Estudios Extremeños*, 1-4, VIII, 1952, pp. 41-61.

13 KARRERA EGIALDE, M.M., «La calificación y configuración jurídica de las comunidades y sociedades de montes tradicionales», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, n° 57 (2010), pp. 65-96. Y KARRERA EGIALDE, M.M., «Un modelo social de defensa jurídica frente a la enajenación de bienes comunales (concepciones rurales versus urbanas)», en *Un marco jurídico para un medio rural sostenible* (coord. MUÑIZ ESPADA), Madrid, Ed. Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2011, pp. 259-278

nos dan noticia de su existencia y de su historia en casi todas las comarcas aragonesas<sup>14</sup>.

Falta, por tanto, información relevante sobre las Comunidades y Sociedades de Montes en Aragón, tanto en reunión y confrontación de datos estadísticos, catastrales y registrales, como en su historia y evolución y, a nuestros efectos, de disponibilidad de las escrituras y pactos de constitución de las mismas y de los estatutos y reglamentos que determinan su régimen jurídico, con las modificaciones de los mismos a lo largo de su historia. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y territorial aragonesa se ha convertido en un recurso imprescindible para detectar algunos problemas persistentes de estas entidades y su solución judicial.

La dificultad del trabajo, *adducere inconvenientem non est solvere argumentum*, reside en la imposibilidad de fijar un régimen jurídico común al amplio fenómeno jurídico que representan las que denominamos comunidades y sociedades de montes privadas en Aragón, ya que requiere una extensa y reposada investigación previa de un número relevante de las mismas, diferenciadas por sus características esenciales, teniendo en cuenta su evolución y contemplando también su situación geográfica.

En una primera aproximación general podríamos indicar que la naturaleza, vestidura y régimen jurídicos de estos patrimonios colectivos son diversos, ya que encontramos como más habitual la configuración jurídica como comunidades de bienes por su constitución en los años postreros del siglo XIX en que ya regía con carácter uniformizador el Código civil (arts. 392 a 406 CC), creándose condominios de tipo romano *proindiviso*, con algunos rasgos esenciales especiales y destacables, pero en otros casos la configuración jurídica se aproxima en algunos rasgos a la denominada y atípica comunidad germánica o en mano común, e incluso llegan a identificarse estructural y organizativamente con la misma.

En otros casos el grado de subjetividad jurídica es evidente y manifiesto, producto en parte de su evolución y adaptación a las nuevas necesidades y exigencias de explotación del bien común, sin llegar a reconocerse su personalidad jurídica como asociación de interés privado (art. 35 CC) o recibir la calificación societaria. En la diversa evolución de estas entidades colectivas, algunas se reconocieron,

---

<sup>14</sup> Se pueden extraer datos parciales, prácticamente en cada una de las comarcas aragonesas, sobre las comunidades de montes en Aragón de los numerosos estudios históricos y geográficos, pero destacaré, a título de ejemplo, SABIO ALCUTÉN, A., *¿Lo que es del común no es de ningún?: campesinos disidentes y defensa del monte vecinal en Biota*, Zaragoza, Diputación Provincial de Zaragoza, 2004, que es un interesante estudio de la Comunidad de Monte Saso de Biota (Zaragoza), constituida en 1881 por adquisición a la familia nobiliar que lo detentaba, Especialmente destacable el capítulo IV (pp. 57-75) sobre la constitución de la comunidad y el contenido de las escritura notarial que establece una regulación parcial de la misma, con caracteres similares a otras comunidades aragonesas. El autor no incluye este documento completo, ni la posterior reglamentación de la comunidad, en su anexo documental. En años recientes, la Comunidad de Monte Saso se ha transformado en sociedad cooperativa agraria.

También, SABIO ALCUTÉN, A., *Tierra, comunal y capitalismo agrario en Aragón: uso de los recursos naturales y campesinado en Cinco Villas, 1830-1935*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico», 2002; SABIO ALCUTÉN, A., *Los montes públicos en Huesca (1859-1930): el bosque no se improvisa*, Huesca, Instituto de Estudios Altoaragoneses, 1997.

DE LA RIVA FERNÁNDEZ, J. R., «Aproximación al estudio de las explotaciones colectivas en el Pirineo aragonés», V *Coloquio de Geografía Agraria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 157-166, que da un número e 150 de estas entidades, pero no todas tienen la naturaleza de las comunidades objeto de este trabajo. El mismo autor, *Los Montes de La Jacetania. Caracterización física y explotación forestal*, Zaragoza, Publicaciones del Consejo de Protección de la Naturaleza de Aragón, 1997, indica (pp. 266-7) que las propiedades privadas colectivas, como sociedades de montes y juntas de vecinos, abarcan el 12% del territorio comarcal jacetano, y con presencia en todo él, pero en menor medida en los Altos Valles.

registral o judicialmente, -e incluso se transformaron- en sociedades civiles, mercantiles e incluso en sociedades cooperativas.

La confusión se genera en estas entidades por las distintas denominaciones que decidieron otorgarles sus creadores a fines del siglo XIX, aunque destaca el factor nominal común asociativo en casi todas ellas, cuando la exigencia de un nombre social o de referencia identificadora no ocasionaba las consecuencias jurídicas en su naturaleza o configuración jurídica que determinó con posterioridad la legislación y jurisprudencia españolas, de tal modo que encontramos en las escrituras de constitución tanto referencia a la identificación como comunidad como de sociedad, y con peculiaridades como «sociedad mutua de pastos», «asociación de ganaderos», «sociedad comunera de montes», «sociedad anónima por acciones», y otras diversas denominaciones.

Nos vamos a centrar en esta exposición especialmente en el tipo de entidades que responden en su configuración a la comunidad de bienes y que constituyen un condominio *proindiviso*, pero conlleva la dificultad de determinar o calificar, en la actualidad, si nos encontramos ante una entidad que se configura como comunidad de bienes ordinaria o especial, o realmente por sus características podemos considerarla como sociedad civil, con el problema dogmático añadido de la diferenciación en nuestro ordenamiento civil de ambas instituciones por su proximidad e incluso su entrelazamiento en sus regímenes interno y externo (art. 1669 CC), y el surgimiento doctrinal, jurisprudencial y -en menor medida- legal de nuevas comunidades especiales, denominadas funcionales o societarias.

Cabe añadir a todo ello el problema del reconocimiento de la personalidad jurídica de estas entidades, de la que derivan las limitaciones de su capacidad jurídica y de obrar en su configuración originaria, y que ocasionó la presentación de una Proposición de Ley ante las Cortes de Aragón para el reconocimiento de dicha personalidad.

Son, en definitiva, una muestra de formas de gestión de bienes comunes que han existido tradicionalmente y que hoy subsisten al amparo de fórmulas jurídico-privadas<sup>15</sup>, adaptándose a un ordenamiento jurídico que restringía, limitaba o expulsaba del marco normativo codificador las instituciones comunitarias de los aprovechamientos vecinales, contra el que reaccionó el Derecho aragonés en el siglo veinte salvando algunas instituciones, como la alera foral y los ademprios vecinales<sup>16</sup>.

## 2. La Proposición de Ley sobre la personalidad jurídica de las comunidades o sociedades de montes de origen vecinal en Aragón

La «Proposición de Ley por la que se modifica el Código del Derecho Foral de Aragón en relación con la personalidad jurídica de las Comunidades o Socieda-

15 KARRERA EGIALDE, M.M., «Un modelo social de defensa jurídica frente a la enajenación de bienes comunales (concepciones rurales *versus* urbanas)», en *Un marco jurídico para un medio rural sostenible* (coord. MUÑIZ ESPADA), Madrid, Ed. Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2011, pp. 259-278. Utilizamos la versión electrónica (19 págs): [http://www.ehu.eus/documents/1549725/1570943/calificacion\\_configuracion.pdf](http://www.ehu.eus/documents/1549725/1570943/calificacion_configuracion.pdf), p. 1.

16 *Vid.* ARGUDO PÉRIZ, J. L., «Los derechos de pastos aragoneses de origen foral: competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón, legislación y últimas resoluciones judiciales», en *Revista de Derecho Civil Aragonés* (RDCA), V (1999), núm. 2, pp. 137-168.

des de montes de origen vecinal», presentada por el Grupo Popular de las Cortes de Aragón, se publicó en el BOCA nº 77, de 13 de mayo de 2016 (págs. 5915-16).

La Proposición va dirigida a incorporar en el Libro Cuarto, «Derecho Patrimonial», Título II, Capítulo V, Sección 2, del Código del Derecho Foral de Aragón, un nuevo art. 587 bis con la siguiente redacción:

«Artículo 587 bis.- Personalidad jurídica de las Comunidades o sociedades de montes de origen vecinal.

Las comunidades o sociedades de montes de origen vecinal constituidas como asociaciones con anterioridad a la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, tendrán personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, incluido el ejercicio, tanto en vía judicial como administrativa, de cuántas acciones sean precisas para la defensa de sus intereses y se registrarán por sus estatutos, reglamentos o reglas de constitución»

En la Exposición de motivos de la Proposición se justifica que las comunidades o sociedades de montes de origen vecinal quedaron al margen de la Ley de Asociaciones de 1964 por haber sido consideradas como asociaciones de carácter público, pese a que desde su constitución a principios del siglo XIX (sic: XX), siempre habían sido consideradas de naturaleza privada. Y también quedaron excluidas de la Ley Orgánica 1/2002 reguladora del Derecho de Asociación, que excluye a las comunidades de bienes (art. 1.4), lo que conllevó que las comunidades o sociedades de montes, que desde su constitución tenían reconocida personalidad jurídica, la perdieran y vieran limitada su capacidad de actuación y adaptación a las nuevas exigencias civiles, mercantiles y a las nuevas necesidades agro-ganaderas.

La Proposición indica que trata de dar respuesta jurídica a la necesidad de garantizar y asegurar la práctica civil de unas figuras que conforman nuestro patrimonio jurídico-agrario histórico, dotando de personalidad jurídica a las comunidades y sociedades anteriores a la Ley de Asociaciones de 1964, y que una vía adecuada para este fin lo constituye su regulación en el Código del Derecho Foral de Aragón, que se justifica por el carácter privado de dichas comunidades y por su similitud con las comunidades reguladas en los artículos 585 a 587 CDFR.

La Comisión de Derecho Civil de Aragón estudió, en su sesión de 1 de junio de 2016 (acta 265), la «posible petición de informe sobre la Proposición de Ley por la que se modifica el Código del Derecho Foral de Aragón en relación a la personalidad jurídica de las Comunidades o Sociedades de Montes de origen vecinal», a petición de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Desarrollo Estatutario del Gobierno de Aragón.

La consideración que realiza la Comisión es que la norma está pensada para algunos montes concretos, al parecer del Bajo Aragón, «pero es cierto que en los montes particulares de origen vecinal hay problemas serios en la práctica, que tienen que ver con la despoblación y el abandono de los pueblos, la dificultad de prueba de las titularidades y la forma de conseguir una gestión más eficaz».

La Comisión realiza una especial contemplación de los montes vecinales en mano común en los que tanto la legislación especial como la RDGRN de 20 de marzo de 2014 consideran que no existe personalidad jurídica única sino pluralidad de titulares de una propiedad colectiva, y la falta de personalidad jurídica no tiene especiales consecuencias en la capacidad de obrar en algunas comunidades especiales, «por lo que no parece que la conversión de las comunidades de bienes en personas jurídicas sea la solución y en el caso de que se trate de sociedades civiles, el Código civil ya les concede personalidad jurídica».

Menciona la Comisión la reforma de la Ley estatal de Montes de 2015 para los montes de socios de origen vecinal (art. 27 bis), de aplicación supletoria en Aragón, que permite su conversión en comunidad ordinaria, y concluye la Comisión indicando que Aragón tiene competencias para abordar la regulación de las comunidades de bienes, pero para el tratamiento de los problemas existentes de las comunidades de montes en mano común parece más adecuada la legislación autonómica sectorial de montes que el Código del Derecho foral.

El Pleno de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada los días 29 y 30 de junio de 2016, acordó no tomar en consideración la Proposición de Ley por la que se modifica el Código del Derecho Foral de Aragón en relación a la personalidad jurídica de las Comunidades o Sociedades de montes de origen vecinal, presentada por el G.P. Popular y publicada en el BOCA núm. 77, 13 de mayo de 2016 (BOCA nº 90, de 6 de junio de 2016, p. 6895).

### **3. La Desamortización civil y la creación de las comunidades y sociedades colectivas privadas de montes**

El proceso de constitución de las sociedades o comunidades de montes en Aragón es narrado, en líneas generales, por SANZ JARQUE:

«Son consecuencia de la obra desamortizadora del siglo pasado, como reacción automática a la pretensión de privatizar y poner en circulación las superficies de las manos muertas, y en particular de los bienes municipales, que empobrecieron a muchos municipios y sobre todo proletarizaron y desestabilizaron a los vecinos de muchos pueblos, que tenían su vida organizada, con sus explotaciones mixtas agro-pecuarias sobre aquellos bienes, que además les daban leña, canteras, arcillas, yeso, etc., y un espacio o hábitat que consideraban suyo y que de pronto se les iban de las manos, pasaban a extraños, impidiendo, por lo menos a los más pobres, seguir viviendo.

Así surgieron estas comunidades o sociedades de montes, con las que se daba la vuelta a la obra desamortizadora, porque mediante las mismas, hecha la venta de los bienes desamortizables, el testaferro adjudicatario vendía automática o sucesivamente los mismos bienes ya desamortizados a todos o parte de los vecinos de los pueblos, para seguir aprovechándolos en común, principalmente al servicio de la ganadería, y constituyendo a tales fines una comunidad o sociedad, con el objeto social de aprovechar los mismos bienes por todos los vecinos presentes y futuros de los respectivos pueblos, asegurando su continuidad e indivisibilidad, y garantizando que

no saldrían de la vecindad, requisito éste necesario para ser titular de las participaciones o acciones sociales, como las llaman muchos vecinos<sup>17</sup>».

Joaquín COSTA, coetáneo de la época desamortizadora, expone en su obra *Colectivismo agrario* (1898) que la reacción de muchos pueblos aragoneses consistió en comprar los montes en venta por parte de los vecinos, «y no obstante revestir ante la ley carácter de propiedad privada, continúa de hecho bajo el régimen de mancomunidad como si todavía fuese propiedad concejil»<sup>18</sup>.

Se trataba, como señala KARRERA<sup>19</sup>, de un negocio fiduciario porque se basaba en la confianza que tenían los vecinos en las personas designadas para ser rematante en la subasta y posteriormente transmitentes. Y jurídicamente, la obligación posterior de transmitir a otros vecinos las fincas o montes adquiridos podía hacerse constar en la escritura y en el Registro de la Propiedad (art. 2 LH)<sup>20</sup>.

17 SANZ JARQUE, Juan José et al, «Aproximación al conocimiento del estado de la propiedad de la tierra y del territorio de la provincia de Teruel», en *Encuentro sobre historia contemporánea de las tierras turolenses*, Teruel, Instituto de Estudios Turolenses, 1986, pp. 159 a 175. La cita corresponde a la p. 174. En palabras de C. MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, p. 210, el proceso de venta se producía del modo siguiente: «se anunciaba la subasta y previo acuerdo del vecindario acude al remate de estas fincas uno de los vecinos, generalmente el más caracterizado económicamente y a su favor se otorga la escritura de remate, quien firma los “pagarés” en favor del Tesoro, y formaliza la hipoteca correspondiente. Dos días después ese remanente otorga escritura pública asociando al resto de los vecinos a la propiedad de ese predio que fue del Municipio, que le fue adjudicado en la subasta correspondiente. Así surgen estas Comunidades de tipo comunal y de esta manera se salva el espíritu social, el sentido de hermandad auténtica que caracterizó la explotación de estos predios regidos en la generalidad de los casos, por normas consuetudinarias, o por Ordenanzas de claro sentido popular en las que se consignaban las reglas pertinentes para un buen régimen de explotación de estas tierras que, como antes decimos, eran la base de sustentación de esos entes locales y más concretamente de sus respectivos vecindarios». COSTA, Joaquín, *Colectivismo agrario en España*, II, (1898) reed. de Guara editorial, Zaragoza, 1983, pp. 310-11, expone el ejemplo de Ilche, en la provincia de Huesca, cuya cofradía compró los montes desamortizados para el vecindario: «La cofradía de Ilche invirtió todas sus reservas y el fruto que ha ido cosechando en sus campos durante varios años en satisfacer el precio de los terrenos concejiles enajenados por la Hacienda y rematados por el vecindario; paga los tributos impuestos a esos mismos bienes, amillarados a nombre de “varios vecinos” y disfrutados como antes, colectivamente».

En el mismo sentido NIETO GARCÍA (1964:410), GARCÍA DE ENTERRÍA (1976:299), GARRIDO FALLA (1962:683), ISABAL (1924:467, nota 2), KARRERA (2011:3-6).

18 COSTA MARTÍNEZ, Joaquín, *Colectivismo agrario en España*, II, (1898) reed. de Guara editorial, Zaragoza, 1983, pág. 123. Por ello C. MARTÍN-RETORTILLO, «Comunidad de bienes de origen comunal», en *Anuario de Derecho Aragonés*, X (1959-60), les denomina «condominios» de origen comunal, «precisamente para mantener la explotación colectiva de esas tierras con las mismas características de orden social y económico que tuvieron cuando fueron propiedad de los Municipios o de sus Agregados» (p. 210).

19 KARRERA EGIALDE, M.M., «Un modelo social de defensa jurídica frente a la enajenación de bienes comunales (concepciones rurales versus urbanas)», *op. cit.*, versión electrónica, pp. 8-9, describe los pasos del procedimiento de adquisición de los montes por el vecindario desde el anuncio de la subasta. En la calificación de «negocio fiduciario» coinciden todos los autores citados.

20 En otros casos, la obligación de transmitir al resto de vecinos no consta en la escritura de compra, en razón a la confianza en los vecinos delegados para la compraventa de los montes y la posterior transmisión al resto, resultando excepcional la situación contemplada por la STS (1ª) de 6 de marzo de 1965 (Colección legislativa nº 175), en recurso de casación a la SATZ de 14 de mayo de 1962, en la que se narran como hechos la adquisición por compraventa al adjudicatario de la subasta, el 11 de noviembre de 1896, de dos fincas rústicas situadas en el término de Erdao (Huesca) procedentes de la desamortización, por dos vecinos de dicha población, que se autorizó por escritura notarial y se inscribió en el Registro de la Propiedad, alegando los recurrentes que los dos vecinos compradores obraban en nombre y de común acuerdo con otros trece vecinos de la población, interesados en la compra pero que no concurrieron a la misma por dificultades de desplazamiento; y que la idea de los vecinos «era la de constituir una comunidad de propietarios sobre aquellos inmuebles con igual derecho para cada uno y conforme ocurrió en muchos casos en aquella época con motivo de las leyes de desamortización, en que nacieron las sociedades de vecinos en múltiples lugares, cuyas entidades subsistían en la actualidad».

Los recurrentes alegan la existencia de un contrato privado posterior en el que se dividían las fincas en 13 partes indivisas, adjudicando a los dos vecinos compradores una parte indivisa a cada uno y repartiéndose las otras 11 al resto de vecinos, que las compraron en diferentes cuotas, «quedando constituida la comunidad de propietarios o vecinos», acordándose la elevación a escritura pública, lo que no se llevó a cabo, por diversas circunstancias, pero ejercitando los vecinos sus derechos de propiedad en los aprovechamientos de pastos de las fincas, hasta que en el año 1957 los descendientes de los dos vecinos compradores de las fincas denunciaron por pastoreo abusivo a algunos vecinos, coincidiendo

Surgieron por necesidad, de una forma precipitada, para evitar el despojo que suponía para los vecindarios la aplicación de las leyes desamortizadoras, y se formalizó la transformación bajo los moldes del Derecho civil con demasiada prisa provocando deficiencias, como constituir en la transmisión o cesión al vecindario una comunidad que se remitía a las normas de la comunidad de bienes del Código civil, «produciéndose el hecho anómalo de que un aprovechamiento colectivo privado quedaba encajado en unas normas inadecuadas, cual las contenidas en el Código sobre la comunidad de bienes», de tal forma que una organización comunitaria de tipo germánico se vaciaba sobre un molde de tipo romano, notoriamente incompatible con la esencia y característica fundamental de aquélla<sup>21</sup>.

El contexto de la cuestión, como señala KARRERA, aparece delimitado por dos elementos jurídicos transcendentales: por un lado, la legislación desamortizadora y, por otro, la promulgación del Código civil. Ambas regulaciones persiguen consolidar un régimen de la propiedad de carácter liberal<sup>22</sup>.

En realidad, pueden diferenciarse dos etapas según los años en que se realizan las escrituras de constitución:

#### A) *Escrituras anteriores al Código civil*

De 1870 a 1875, el rematante hacía la incorporación a los vecinos mediante una fórmula asociativa, la traslación de dominio a convecinos, respetando en cuanto al gobierno de la comunidad las normas que regían cuando los predios eran propiedad de las Corporaciones.

Cirilo MARTÍN-RETORTILLO estudió varias escrituras otorgadas entre 1870 y 1875 en las provincias de Huesca y Lérida, en las que «la incorporación de los vecinos se efectúa mediante una fórmula asociativa, y por ella se hace la traslación del dominio del rematante único a sus convecinos» y, a falta de una regulación concreta, se repiten fórmulas inconcretas en orden al régimen de estos condominios, invocando principalmente normas de tipo consuetudinario más o menos amplias: «se comprometan y obliguen todos al cuidado y administración

---

con el aumento de precios de los productos madereros. Alegan los demandados que no se produjo dicha transmisión al resto de vecinos en estos dos montes, sino en otro cuya escritura pública es de 14 de noviembre de 1904, constituyendo una comunidad sobre el mismo.

Al no poder probar los recurrentes la existencia del contrato privado (que indican lo guardaban -junto a la escritura pública- los dos compradores originarios), alegan prescripción adquisitiva *ex art. 1959 CC* sobre los montes, pero el Tribunal Supremo no la reconoce basándose en la sentencia de la Audiencia Territorial, que declara la existencia una consuetudinaria «comunidad de ganados», generalizada en Aragón, consistente en que los ganados de todos los vecinos del pueblo recorrieran y pastaran juntos en todas las fincas particulares de cada uno de ellos, incluso las que tenían dominio en indivisión, bajo vigilancia de unos mismos pastores; pero considera que esta comunidad de ganados es distinta de un aprovechamiento con ánimo de adquirir la propiedad de las fincas pastoreadas, y que aquellos otros actos de aprovechamientos parciales de leñas, maderas y cenizas, como eran realizados por tolerancia de los demandado -de quienes de manera expresa o de forma implícita- obtenían permiso, no servían para la «*possessio ad usucapionem*».

21 MARTÍN-RETORTILLO, C., «Comunidad de bienes de origen comunal», *op. cit.*, pp. 226-7.

22 KARRERA EGIALDE, M. M., «Un modelo social de defensa jurídica frente a la enajenación de bienes comunales (concepciones rurales *versus* urbanas)», *op. cit.*, versión electrónica, p. 2.

de estas fincas con arreglo al arte de buen labrador y como acostumbrado a hacerlo cuando era o correspondían al común de los vecinos»<sup>23</sup>.

Se produce, por tanto, una clara similitud con la configuración como comunidad germánica en la primera etapa de la constitución de estas comunidades vecinales.

#### B) Escrituras posteriores al Código civil

En las escrituras formalizadas bajo vigencia del Código civil, se hace remisión a reglas del condominio, contenidas en Código civil, si bien de modo supletorio<sup>24</sup>.

El encaje en el Código civil no alcanzó nunca la necesaria armonía y equilibrio, especialmente en la regulación de la divisibilidad y enajenabilidad de las cuotas. La razón es, según MARTÍN-RETORTILLO, que «se crearon estas copropiedades por un estado de necesidad o al menos de utilidad evidente en las que era nota esencial la perpetuidad en la indivisión»<sup>25</sup>.

Para SANZ JARQUE, «se trata, pues, no de un condominio de tipo romano, sino de comunidades especiales, que se aproximan a las de tipo germánico, en favor sólo de los vecinos de cada comunidad para el cumplimiento de los fines específicos que en las escrituras de constitución y en las costumbres se establecen. La administración se ejerce por mayoría; mas el poder de disposición corresponde y ha de ejercitarse por todos, pues todos los condueños vecinos son dueños, *totaliter*, de la cosa común»<sup>26</sup>.

Y considera que las escrituras también eran confusas con la intención de evitar la aplicación de las rígidas normas del Código civil sobre copropiedad: «a veces acuerdos y reglamentos, (eran) confusos y poco claros para hacer desvirtuar el condominio del Código civil, al que impropriamente se le hacía entrar en juego con frecuencia».

#### 4. Formas jurídicas de constitución y naturaleza jurídica

Tanto SIERRA como SANZ JARQUE coinciden en que las denominaciones jurídicas utilizadas para la constitución de estas entidades son las de sociedad de montes, asociación, comunidad de bienes o condominio de carácter civil, basadas paradójicamente en derechos vecinales, para la tenencia, disfrute y explotación de bienes rústicos<sup>27</sup>.

SIERRA, para Extremadura, entiende que se utilizaron fórmulas jurídicas forzadas para adaptarse a los rígidos moldes del Código Civil, y por ello KARRE-RA considera que la principal cuestión jurídica que suscitan las comunidades o sociedades de montes constituidas por escritura pública, como continuación de

23 MARTÍN-RETORTILLO, C., «Comunidad de bienes de origen comunal», *op. cit.*, pp. 211-12.

24 MARTÍN-RETORTILLO, C., *op. cit.*, p. 212. SANZ JARQUE, J. J., «El problema de las comunidades y sociedades de montes de origen vecinal en Aragón», *op. cit.*, p. 78.

25 MARTÍN-RETORTILLO, C., *op. cit.*, p. 213.

26 SANZ JARQUE, J. J., «El problema de las comunidades y sociedades de montes de origen vecinal en Aragón», *op. cit.*, p. 77.

27 SANZ JARQUE, *op. cit.*, p. 77.

una organización y aprovechamiento colectivo tradicional, es la determinación material de su naturaleza en el esquema codificador<sup>28</sup>.

En Extremadura predominó la configuración como sociedades civiles (con proximidad a sociedades cooperativas), con personalidad jurídica del art. 35 CC, asociaciones de carácter privado, y algunas se acogieron a la Ley de Asociaciones de 30 junio de 1887. Podían configurarse como sociedad en sentido propio, regulada por la ley civil o mercantil, o meras asociaciones, cooperativas, benéficas, comprendidas en la ley especial (según exista un lucro o provecho común «único y exclusivo», según el art. 1 de la Ley de Asociaciones de 1887). Para SIERRA, algunas incluso se aproximan jurídicamente a las sociedades cooperativas del Código italiano (mutualidad)<sup>29</sup>.

Entre las sociedades, podía ser sociedad civil o mercantil, siendo civil por las operaciones a que se dedican (adquisición y explotación de fincas rústicas en determinadas formas y condiciones), aunque puedan adoptar la forma mercantil (art. 1670 CC) e inscribirse en el Registro Mercantil<sup>30</sup>.

En muchos casos, se constituyeron como un condominio de tipo romano. Al configurar estas transmisiones se hizo con una excesiva simplicidad y sin lograr una normativa lo suficientemente amplia para la regulación adecuada de estos condominios<sup>31</sup>. En la configuración como un condominio del Código civil (art. 392 CC), señala SIERRA, «el problema principal que se plantea es el de la titularidad conjunta de los comuneros, sin personalidad jurídica distinta y con problemas de capacidad jurídica bastante para la adquisición, tenencia, disfrute y aprovechamiento de bienes rústicos, con criterios colectivos y vecinales»<sup>32</sup>.

Tanto SIERRA como SANZ JARQUE rechazan la condición de persona jurídica en caso de las «Juntas Administrativas», para aprovechamiento de antiguos bienes comunales adquiridos bajo la denominación de «vecinos del pueblo» u otras similares en nombre de éstos, y que no se rigen por estatutos, reglamentos

28 KARRERA, «La calificación y configuración jurídica de las comunidades y sociedades de montes tradicionales», *op. cit.*, p. 66.

29 SIERRA MOLINA, F., «Las tendencias colectivas agrarias después de la desamortización. Las Asociaciones, Sociedades y Comunidades de Vecinos (Notas para su estudio en el aspecto jurídico)», *op. cit.*, pp. 46-49.

30 Una consulta aleatoria por internet, nos da el siguiente resultado, de sociedades de montes aragonesas:

1. 13428 - SOCIEDAD CIVIL DE MONTES DE ACUMUER. (BORM, 15/01/2015, nº 9, pág. 1404)

2. La empresa MONTE CARRASCAL DE ALBENTOSA SL está ubicada en la localidad de ALBENTOSA, provincia de Teruel. MONTE CARRASCAL DE ALBENTOSA SL fue constituida el 17/07/1944 con el objetivo de "La conservación y explotación indivisa del Monte Carrascal, de las fincas que constituya el objeto de su actividad, ya sean propias de la sociedad o bien ostente cualquier otro derecho sobre las mismas, conservándolo indiviso. Y a través de su explotación forestal, ganadera, agrícola, deportiva,....", y se dedica a la actividad CNAE de "Selvicultura y explotación forestal".

3. La empresa SOCIEDAD DE MONTES BLANCOS DE HUESA DEL COMUN SL está ubicada en la localidad de HUESA DEL COMUN, provincia de Teruel. SOCIEDAD DE MONTES BLANCOS DE HUESA DEL COMUN SL fue constituida el 27/11/2009 con el objetivo "la conservación y explotación de las fincas que constituya el objeto de su actividad, ya sean propias de la sociedad o bien ostente cualquier otro derecho sobre las mismas, conservándolo indiviso. y a través de su explotación" y se dedica a la actividad CNAE de "Alquiler de bienes inmuebles".

31 MARTIN-RETORTILLO, C., «Comunidad de bienes de origen comunal», *op. cit.*, p. 211.

32 SIERRA MOLINA, F., *op. cit.*, p. 47.

o acuerdos debidamente reconocidos o, de tenerlos, su conocimiento no excede del ámbito de los socios<sup>33</sup>.

Respecto a la naturaleza jurídica de las comunidades de montes, SANZ JARQUE las califica, inicialmente, de comunidades especiales (art. 392.II CC), «que se rigen por sus propias normas de constitución y por las costumbres locales de las mismas, por el reglamento que ellas establecen para su administración y gobierno y supletoriamente por las normas de derecho común, en particular las del Condominio del Código civil (art. 392)»<sup>34</sup>.

En esta primera aproximación dogmática e institucional, SANZ JARQUE, quiere justificar los anómalos caracteres de su duración perpetua o indefinida, la cual lleva inherente la de su indivisibilidad (contra la dicción legal del art. 400 CC), que viene por la jurisprudencia:

La STS de 5 de marzo de 1926, admite el pacto de indivisión por aplicación legislación anterior al Código civil, y considera que la escritura que constituía una sociedad anónima se refiere en realidad a una comunidad en la que el aprovechamiento del monte se hace en común y exclusivamente por los propios partícipes<sup>35</sup>.

La STS de 22 de diciembre de 1926 considera que la comunidad constituida tras la redención del foro al Estado por las leyes desamortizadoras, tiene naturaleza civil y privada y no pública-administrativa. Señala la sentencia que el hecho de reunirse las cualidades de copropietarios del monte y la de vecinos del mismo lugar no respondía a relaciones de carácter público, administrativo y municipal, sino de orden puramente civil y privado, derivadas exclusivamente

33 SIERRA, *op. cit.*, p. 47; SANZ JARQUE, *op. cit.*, p. 79.

34 SANZ JARQUE, *op. cit.*, p. 77.

35 Jurisprudencia Civil 1926/185. Citada por C. MARTÍN-RETORTILLO (pp.220-22). En escritura de 16 de octubre de 1870, de compra de un monte desamortizado por vecinos de Arevalillo (Avila), a través de ochenta acciones proindivisas, en la que determinan nombrar una junta directiva, inspectora y administradora de cinco vecinos para regular los aprovechamientos y obligarse tanto los adquirentes como sus hijos y sucesores a no enajenar la parte correspondiente a cada uno ni el todo, y teniendo derecho si muriesen sus hijos, o cambiasen de vecindad, a percibir en dinero el importe de la acción que quedaría en beneficio de los demás partícipes. Ante el ejercicio de la *actio communi dividundo* por uno de los vecinos copropietarios, el TS declara la prevalencia de la voluntad de los comuneros expresada en el contrato fundamental de condominio y las disposiciones especiales que existan en relación con la propiedad de que se trate para determinar el régimen y extensión de todos los derechos de la comunidad, con aplicación supletoria del régimen del Código civil, por lo que la invocación del art. 400 CC no cabía frente a la voluntad adversa de los demás comuneros, al haberse pactado -bajo la legislación anterior al Código- la no limitación del tiempo de permanencia en la comunidad de los copartícipes, y poder prorrogar por nueva convención el plazo de vigencia de aquel pacto, que no suponía una vinculación perpetua, al contemplar la escritura de constitución de la comunidad el ejercicio de la facultad de disponer de los montes, subordinada a la sucesiva ordenación de los aprovechamientos, «sin que mediante enajenaciones parciales se pudiera destruir este régimen comunal».

CASTÁN, al comentar esta sentencia, plantea como cuestión dudosa si era válido o no con anterioridad al Código civil el pacto de indivisión de la cosa común cuando no se fijaba el plazo de duración de la indivisión, y si en el Código es nulo en todo caso el pacto de indivisión perpetua. Considera que pudo influir sobre la validez del pacto la forma de Sociedad que se atribuía a la entidad en la escritura de 1870, al darle apariencia a la comunidad constituida por los vecinos de Arevalillo de Sociedad por acciones. Por otra parte, se inclina a considerar el supuesto como un caso de comunidad de tipo germánico o en mano común. CASTÁN TOBENAS, J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1926», *Revista de Derecho Privado*, 1927, pp. 64-65. Comenta también esta sentencia KARRERA, «Un modelo social de defensa jurídica frente a la enajenación de bienes comunales (concepciones rurales versus urbanas)», *op. cit.*, versión electrónica, pp. 13-14.

del nexo público derivado del hecho de la convivencia colectiva vecinal en el disfrute proindiviso del monte en cuestión<sup>36</sup>.

BELTRAN DE HEREDIA establece como elemento diferenciador básico y fundamental para distinguir la sociedad de la comunidad convencional el criterio del fin. Considera que el fin en la comunidad es una simple suma, unión o yuxtaposición de los intereses y fines particulares que se armonizan en la misma, pero que no se funden en un interés único, por lo que las normas de la comunidad, especialmente arts. 395 y 398 CC, van dirigidas a hacer posible el goce, disfrute y utilidad individuales de los comuneros; y el fin que se persigue en la comunidad tiene una limitación, no solo de sustancia, sino además de duración, por su carácter eminentemente temporal, justificada en la falta de trascendencia y estabilidad del fin que se trata de perseguir en la comunidad, y por ello «el ordenamiento jurídico no puede tener interés alguno en la conservación constante de la comunidad, que tiene en realidad tan poca importancia y trascendencia para la economía y la vida social»<sup>37</sup>.

Frente a la comunidad, contraponen la sociedad, que crea una situación estable y duradera, cuyo término lo fija el acto constitutivo, en función del fin unitario perseguido, que es obtener un lucro común o ganancias (art. 116 CCOM; art. 1665 CC). La sociedad supone una «comunidad de fin» a través de la unión de personas que ponen en común su actividad para alcanzar dicho fin, que es de todos y a todos es común (art. 1684 CC); por ello en la sociedad prevalece el elemento subjetivo (relación entre sujetos), mientras que el elemento objetivo es instrumental, y en la comunidad agota su fin en el elemento objetivo (pertenencia de bienes). Señala a continuación una serie de supuestos, extraídos de la jurisprudencia, para aplicar el criterio de distinción en función del fin objetivo perseguido, y contempla el específico de la adquisición por los vecinos de una villa de una finca para destinarla al pastoreo, y justifica que debe considerarse la existencia de una comunidad y no de una sociedad por la falta de fin de lucro o ganancia, posición que refrenda en las SSTs 9 marzo 1907, 27 febrero 1925 y 10 marzo 1948<sup>38</sup>.

Han sido pocos los casos de comunidades de origen vecinal de carácter privado tratados en la jurisprudencia, que solo excepcionalmente ha aceptado la validez de la duración indefinida de las mismas y la exclusión convencional de la acción de división. Sirva de ejemplo la STS (1ª) de 17 de julio de 2012, en que se solicitaba el ejercicio de la acción de división por algunos comuneros y la disolución de la copropiedad o comunidad sobre una finca subastada por el Estado en 1869, adquirida proindiviso por varios terratenientes y procediéndose posteriormente a la venta en participaciones a diversas personas de Solana de Ávila, dedicada a la utilización y el aprovechamiento común de los pastos y de la caza,

36 Comenta esta sentencia C. MARTIN-RETORTILLO, «Comunidad de bienes de origen comunal», *op. cit.*, pp. 220-23, advirtiendo del peligro de absorción de estas situaciones por las Corporaciones locales cuando el interés público está diluido entre la generalidad del vecindario, especialmente cuando existe confusión o poca claridad respecto al origen y naturaleza privada de la entidad.

37 BELTRAN DE HEREDIA, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, pp. 48-50.

38 BELTRAN DE HEREDIA, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, *op. cit.*, pp. 52-55.

«al modo de aprovechamientos comunales», identificándose a este consorcio con denominaciones tales como «sociedad de vecinos» o «sociedad de propietarios», sin que constase documentalmente acto fundacional. La sentencia concluye (FD 3º) que «el presente caso no ofrece dudas de fondo acerca de la calificación de comunidad de bienes de la situación objeto de controversia», valorando especialmente el título de adquisición, la interpretación histórica, los actos concluyentes de los partícipes (expedientes posesorios a título individual y venta de cuotas indivisas de la propiedad), así como del modo explotación o aprovechamiento de las parcelas rústicas, de lo que se infiere «una situación originaria de condominio que persiste claramente en la actualidad», por lo que el ejercicio de la acción de división «deriva sus efectos del propio título que originó la situación de condominio de dichas parcelas»<sup>39</sup>.

Observa el Tribunal Supremo una proximidad jurídica entre esta comunidad, especialmente por la finalidad de aprovechamiento común de los pastos y caza, con los montes vecinales en manco común, con la comunidad en mano común en definitiva, pero declara que no llega a confundirse con las comunidades germánicas, al resultar éstas indisolubles y no poder ejercitarse la *actio communi dividundo* por los comuneros.

El difícil encaje de las comunidades de origen comunal con la comunidad de bienes regulada en el Código civil venía dado por la reiteración con la que se pactaba la indivisión y perpetuidad de dichas comunidades, y la interrelación entre participación en la comunidad y vecindad en la población.

SANZ JARQUE, en la revisión de su trabajo sobre comunidades y sociedades de montes publicado en 2002, sigue considerándolas comunidades especiales pero como una expresión jurídica y social de la «Comunidad germánica», en la que «siendo sus titulares, ordinariamente, todos o parte de los vecinos del pueblo, vinculados por una relación de vecindad, no son titulares sólo por sí, sino en relación a una condición jurídica previa: la de ser vecino, significando las cuotas tan sólo que sus titulares forman parte de ellas y que son copartícipes, pero sin atribuirles el derecho a porciones concretas, ni aun para gozar de la cosa común, ya que el aprovechamiento se hace en forma colectiva o indeterminada»<sup>40</sup>.

En la jurisprudencia territorial aragonesa también se plantean algunos casos que se califican de comunidad germánica, especialmente en los altos valles del Pirineo oscense. Así ocurre en la SAP de Huesca (Sección 1ª) de 26 diciembre 2003<sup>41</sup>, sobre acción reivindicatoria de la finca conocida como Monte Sampietro por los vecinos de las seis localidades que vienen a conformar la Mancomunidad de Quiñón y Yeba, para incorporarla a la Sociedad del Quiñón y Yeba, que se constituyó por escritura pública de 1 de marzo de 1919, y por la que la familia otorgante de dicha escritura, aportaba a la Sociedad el Monte Sampietro, que

39 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 471/2012 de 17 julio. RJ\2012\9331. En el mismo sentido de ejercicio de la acción de división, STS (1ª) de 15 de junio de 2012 (RJ 2012, 6719).

40 SANZ JARQUE, J. J., «Comunidades y sociedades de montes de origen vecinal», en *Homenaje a Lorente Sanz*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2002, p. 175.

41 Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1ª) de 26 diciembre 2003 (JUR\2004\52123).

constituía su capital social, siendo el objeto social la conservación, explotación y repoblación de la referida finca. La Sociedad, según consta en la escritura de constitución, adoptaba la forma de «civil anónima particular» y su capital estaba representado por ochenta acciones nominativas, y fue gestionada por una Junta administrativa vecinal<sup>42</sup>; pero no es hasta el año 2000 cuando la Sociedad del Quiñón y Yeba se constituye como comunidad y reconoce a los socios titulares una acción o participación, representativa de una parte indivisa del monte que se afirma poseer en copropiedad, correspondiendo una acción a cada una de las 54 casas de los seis pueblos que forman la Mancomunidad de Quiñón y Yeba.

La sentencia reconoce el mejor derecho que tiene el común de los vecinos de los pueblos del Quiñón y Yeba sobre los demandados, herederos de los otorgantes de 1919, pero declara (FFDD 3º y 4º) que la finca constituye un supuesto de los denominados montes vecinales en mano común, regulados en nuestro Ordenamiento Jurídico primero en la Ley 52/1968, de 27 de julio, y actualmente en la Ley 55/1980, de 11 de noviembre.

Concluye finalmente la sentencia (FD 5º) que la consideración de dicha finca como monte vecinal en mano común impide que pueda declararse que los demandantes tienen una acción con derecho a la posesión, propiedad y dominio de una cincuenta y cuatroava parte indivisa del monte según acuerdo adoptado por la Sociedad, ya en su forma actual de comunidad de bienes del 25 de marzo de 2000, dado que una de las características de los montes vecinales en mano común, según se desprende de la propia Ley, es la no asignación de cuotas al tratarse de una forma de comunidad germánica, y la Sociedad del Quiñón y Yeba no es la titular dominical del Monte, sino que es al común de los vecinos de las seis localidades del Quiñón y Yeba a quien, como sucede en los montes vecinales en mano común, corresponde la titularidad de la finca.

Algunos autores, sin embargo, justifican la adscripción jurídica de estas comunidades de origen vecinal a las asociaciones de interés particular del Código civil, al menos en una primera aproximación. Así, para KARRERA, su encaje inicial en el esquema del Código civil de estas entidades, es el de asociaciones de indudable interés particular o privado (art. 35.2 CC) y en el orden general deberían inscribirse en el ámbito del art. 1678 CC (sociedad particular)<sup>43</sup>.

SANZ JARQUE, en su trabajo inicial sobre las comunidades y sociedades de montes de 1980, justifica una evolución posterior de estas entidades, en función del objeto y actividad, que las conduce a la personalidad jurídica de las asociaciones de interés particular (art. 35 CC): «en todo caso, respecto a estas entidades

---

42 «No ha de extrañar, por otra parte, que en 1919 se constituyera la Sociedad del Quiñón y Yeba con la forma de civil y anónima por acciones. Como sucedió en otras ocasiones en aquella época, un monte que pertenecía al común de los vecinos pudo haberse escriturado a nombre de uno o varios de ellos, quienes actuarían como fiduciarios, a fin de excluir al monte de la acción de las normas desamortizadoras (que no fueron derogadas formalmente hasta la Ley de Patrimonio del Estado de 1964) o simplemente de mantener la titularidad privada del monte frente a actuaciones administrativas tendientes a incorporar el inmueble al patrimonio público» (FD 4º).

43 KARRERA EGIALDE M. M., *Derecho de montes y propiedad privada*, Madrid, Reus-Asociación Española de Derecho Agrario, 2015, p. 302. Configuración como comunidad en el contrato de creación, que presenta la confrontación contrato de comunidad de bienes *versus* contrato de sociedad civil (p. 308).

surgidas como superpuestas a la comunidad ordinaria y a los solos efectos de los actos de administración de sus tierras, se trata de personas jurídicas que, dentro del artículo 35 del Código civil, hemos de considerarlas como asociaciones de interés particular o privado, quedando fuera de tal consideración aquellos casos de “Juntas Administrativas”»<sup>44</sup>.

Concluye respecto a su naturaleza especial societaria SANZ JARQUE<sup>45</sup>:

«Creemos, en consecuencia, que ni son sociedades civiles, en el sentido que las regula el Código civil en los artículos 1665 y siguientes, porque no encajan ni en el fundamento ni en la finalidad que el Código les atribuye, siquiera cabría incluirlas por su objeto en las sociedades particulares a que se refiere el art. 1678; ni son tampoco asociaciones reguladas por la Ley de 24 de diciembre de 1964 y anteriormente por la de 1887, porque no están comprendidas en el ámbito del artículo 4º de la referida Ley de 1964»

«Son realmente sociedades o asociaciones de interés particular, personas jurídicas, típicas y especiales, con personalidad propia, independiente de la de cada uno de sus socios, creadas así al calor del principio de libertad contractual, de la autonomía de la voluntad y del artículo 35 del Código civil. Se trata, cuando su constitución y nacimiento no se hace en la misma estructura constitucional de la comunidad, de las mismas comunidades especiales de bienes, constituidas al comprar en común las fincas de origen vecinal por todos o parte de los vecinos de un pueblo, a las que a la vez o inmediatamente se les da una superestructura societaria para el mejor gobierno de dichas comunidades y dotándolas de una adecuada estructura y de propia personalidad jurídica»

Expresa SANZ JARQUE la confusión que producen las distintas y variadas denominaciones que reciben estas entidades, incluso la de sociedades anónimas pero que, con independencia de los distintos nombres, entiende «se trata de asociaciones o sociedades particulares típicas o especiales. Nos encontramos ante las mismas comunidades especiales de que se parte, a las que se les incorpora una estructura asociativa a efectos de su administración y buen gobierno, esto es, para el mejor cumplimiento de sus propios fines»<sup>46</sup>.

44 SANZ JARQUE (1980), *op. cit.*, p. 79.

45 SANZ JARQUE (1980), *op. cit.*, p. 79.

46 SANZ JARQUE (1980), *id. ibid.* Esta opinión de SANZ JARQUE hay que enmarcarla en la referencia que más adelante realiza en su trabajo a la especialmente atípica comunidad de propietarios de montes y asociación de ganaderos de Alcañiz, que se constituyó por escritura pública de 11 de enero de 1895, con una propiedad de 15.549 hectáreas y con 298 copropietarios originarios a los que correspondían 11.249 cuotas, que se ampliaron posteriormente a 18.184 participaciones o acciones, aunque se ha reducido posteriormente la superficie de la Comunidad; en esta entidad se superponen dos estructuras jurídicas, una copropiedad de montes y una asociación ganadera; la forma jurídica de asociación responde a las necesidades de regulación de los aprovechamientos pecuarios en los montes, regidos tradicionalmente por los estatutos y ordenanzas de las organizaciones corporativas pecuarias locales aragonesas, que se denominaban Casas de ganaderos en el Valle del Ebro, pero que perdieron su estatuto jurídico privilegiado y casi público en la primera mitad del siglo XIX y se agruparon a partir de 1876 en la Asociación General de Ganaderos del Reino. Las organizaciones pecuarias locales se acogieron a la Ley de asociaciones de 1887 para conservar su personalidad jurídica y aprobar sus estatutos, pero fue una adaptación institucional temporal, constituyéndose la mayoría de ellas en cooperativas ganaderas en el siglo XX. La comunidad de propietarios de montes y la asociación de ganaderos de Alcañiz se unieron para adquirir los montes desamortizados y constituir una comunidad, pero no fue hasta 1908 cuando se aprobó el reglamento de la comunidad y Asociación, bajo el amparo de la Ley de asociaciones de 1887, para regular los aspectos organizativos de la entidad y el

La opinión y valoración del profesor SANZ JARQUE como indefinidas asociaciones de interés particular con personalidad jurídica, parece confundir lo que es la estructura externa de estas entidades, que se formula en su constitución como comunidades de bienes sin personalidad jurídica -al margen de la denominación particular que reciben en su constitución-, con la estructura interna u organización, con caracteres claramente societarios y no al revés, como entiende el autor. La doctrina, como veremos, considera estas entidades como «comunidades funcionales» con estructura externa comunitaria, e interna, de organización y funcionamiento, societario<sup>47</sup>.

Finalmente, SANZ JARQUE, opta por darles una configuración atípica convencional indefinida: «por todo ello entendemos que, no obstante su evolución, el régimen de estas entidades es el regulado en las propias escrituras de constitución de cada una, dentro del contexto del ordenamiento jurídico vigente»<sup>48</sup>, lo que nos remite al título convencional de creación, que a su vez nos reconduce en su origen al régimen de la comunidad de bienes del Código civil, como supletorio, y no al de las asociaciones o sociedades civiles o mercantiles.

## 5. Algunos rasgos del régimen jurídico convencional de las comunidades y sociedades de montes aragonesas

### 5.1. Pactos de duración indefinida e indivisibilidad de la comunidad o sociedad de montes

Cirilo MARTÍN RETORTILLO justifica el pacto de indivisión indefinida o perpetua en las escrituras de constitución de las comunidades de origen comunal por referirse a la cosa principal, al propio predio (art. 401 CC). Indica que la indivisión es una característica y exigencia esencial del mismo, e indefinida fue su duración en el estado de derecho inmediatamente anterior a las leyes desamortizadoras, por la legislación administrativa que regulaba la propiedad de las Corporaciones públicas, «que en muchos caso refrendaron normas de derecho consuetudinario, que en cierto modo han seguido vigentes, cuando realizada la enajenación de estos bienes, pasaron del ámbito público, de la regulación administrativa, a una situación de derecho privado integradora de patrimonios particulares para ser regidas por normas de derecho civil»<sup>49</sup>.

---

régimen de los aprovechamientos de los montes, y por ello la estructura organizativa interna era asociativa y tenía personalidad jurídica externa. Ya no consiguió conservar su personalidad jurídica bajo el amparo de la Ley de asociaciones de 1964 y, por tanto, sobrevive jurídicamente como comunidad, de acuerdo con su acto de constitución de 1895, pero es dudosa la afirmación de SANZ JARQUE de que conserva una personalidad jurídica atípica o genérica amparada en el art. 35 CC, y que el reglamento de 1908 sea su fuente reguladora y siga vigente, ya que la legislación posterior de asociaciones derogaba la anterior y exigía una adaptación estatutaria, y dicha adaptación no fue finalmente aprobada por considerarla un asociación de carácter público.

47 KARRERA, *op. cit.*, p. 92 y ss., opta por considerarlas como «comunidades de bienes societarias».

48 SANZ JARQUE (1980), *op. cit.*, p. 79.

49 MARTÍN RETORTILLO, C, *op. cit.*, pp. 200-1. No considera indivisible la Comunidad sobre un monte adquirido tras la desamortización por varios vecinos de una población turolense la SAT Zaragoza de 17 de febrero de 1958 (*Foro Aragónés*, t. IX, 1958, n° 35), que revoca la sentencia de Primera Instancia, al considerar que se había parcelado el Monte entre los comuneros, lo que evidenciaba no solamente la posibilidad de división sino su actualidad, al quedar solamente sin dividir pequeñas porciones de terreno improductivo. Por ello, ordena «llevarse a efecto su división para con ello dar por

Refrenda esta posición la referida STS de 5 de marzo de 1926, al considerar que la indivisión indefinida o perpetua recae sobre la cosa principal, el predio, en tanto no se altere su naturaleza originaria y esencial. La indivisión entiende que deriva no tanto de una mera situación de hecho, sino como característica esencial de este tipo de comunidades<sup>50</sup>.

Sin embargo, las SSTS (1ª) de 15 de junio<sup>51</sup> y 17 de julio de 2012<sup>52</sup>, consideran (FD 4º) que «por tanto, acreditada la situación de condominio, tal y como acertadamente valora la Sentencia de la Audiencia, la *actio communi dividundo* debe prosperar respecto de las parcelas afectadas, con independencia del carácter contiguo o separado de las mismas, pues el ejercicio de la acción deriva sus efectos del propio título que originó la situación de condominio de dichas parcelas», aunque cabe considerar que en el caso tratado por esta segunda sentencia, de la comunidad ya citada de Solana de Ávila, no se pudo comprobar documentalmentemente el acto de fundación ni la existencia de reglamentos o estatutos de la misma.

En las comunidades de montes aragonesas, encontramos dichos pactos de indivisibilidad, que habitualmente incluyen la referencia a la perpetuidad o indeterminación de la duración de la entidad<sup>53</sup>, reflejados de diversa forma. En la comunidad de Galve (Teruel), la escritura de constitución de 25 de julio de 1898 contempla un pacto de indivisión en los siguientes términos (estipulación 5ª):

«Ni los compradores ni los vendedores, ni sus respectivos derechohabientes podrán solicitar ni obtener en tiempo alguno la división material de las fincas que se describen en esta escritura puesto que en armonía con lo

---

terminada la comunidad respecto de dicho monte, sin que sea precisa, al efecto, la venta al no resultar la indivisibilidad, ni que de la división resultara la cosa común inservible para el uso a que se destina».

50 La STS (1ª) 1 febrero de 1962 (ROJ: STS 2915/1962), sobre petición de división de la Comunidad del Monte de Gorriti (Navarra) declara (considerando 1ª): «para llegar a establecer la conclusión de que si formalmente existen las cuotas determinantes del interés de los copartícipes y su disponibilidad es incuestionable, falta en cambio la posibilidad de una división, que liaría imposibles los fines para los que tal Comunidad fue constituida, afirmando la subsistencia de la misma mientras subsista el ente político a la satisfacción de cuyos intereses sirvieron antes los bienes que la integran y al que ahora indirectamente se adscriben o sea el Concejo de Gorriti al que expresamente se refieren y ello mediante el simple mecanismo de destinar el producto de los bienes a los mismos fines a que eran dedicados antes de que sobreviniera la comoción desamortizadora, viniendo a reconocer así una especie de comunidad de fin».

51 STS (Sala de lo Civil) nº 399, Sentencia de 15 de junio de 2012 (RJ 2012, 6719): «Este reconocimiento tan explícito de la acción de división, más allá del posible disfavor con el que nuestro Código acoge la regulación de las situaciones de comunidad, se presenta como una aplicación de uno de los principios rectores que informan a la comunidad de bienes conforme a su clara orientación romana: la preferencia de la libertad individual que cada comunero conserva pese al estado de indivisión, de forma que se erige en una significativa facultad del comunero de naturaleza imprescriptible (artículo 1965 del Código Civil), calificada, además, como irrenunciable».

52 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 471/2012 de 17 julio (RJ 2012, 9331)

53 SAP Huesca de 13 de junio de 1997 (ROJ: SAP HU 324/1997 - ECLI:ES:APHU:1997:324). Comunidad del Monte Chibluco (Loporzano, Huesca). La cláusula 12ª de la Escritura de cesión y convenio, otorgada el 30 de julio de 1887, establecía que «los nombrados montes no podrán ser partidos ni divididos, sino que deberán seguirse poseyendo en la misma forma que lo hacen, a no ser que todos los condóminos convinieran lo contrario». El acuerdo o convenio sobre la Comunidad, plasmado en el documento privado otorgado el 3 de marzo de 1995, depositado en el Departamento de Hacienda del Gobierno de Aragón el 21 de abril, reconoce en el pacto segundo que la finalidad de la comunidad «será el uso y disfrute de los montes cuya propiedad pro indiviso comparten». Y el pacto cuarto dispone que «los diez montes que constituyen la copropiedad pro indiviso no podrán ser partidos ni divididos, sino que seguirán formando una unidad como hasta ahora, a no ser que la Junta de Propietarios convenga, por unanimidad, otra cosa» (FD 1º). La sentencia rechaza un acuerdo, adoptado por mayoría, de asignar a cada uno de los comuneros una parte de las fincas en proporción a sus respectivas fracciones, para ser usadas por cada uno de ellos en exclusiva durante veinticinco años.

dispuesto en el Código Civil vigente todos los otorgantes consideran que si dichas fincas fuesen divididas se inutilizarían para el aprovechamiento de pastos y leñas que son los frutos que producen, y por tanto los condueños de dichas fincas estarán todos obligados a ponerlas y disfrutarlas, siempre pro indiviso y también debe entenderse que cada una de las acciones es indivisible»<sup>54</sup>.

En similares términos se expresa el pacto de indivisión de la Comunidad de Castel de Cabra (Teruel), en la escritura de 17 de febrero de 1897, autorizada por el notario de Aliaga D. César López Forcada<sup>55</sup>.

Se constata el apoyo en el art. 401 CC («los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina») pero, en otros casos, señala SANZ JARQUE que temerosos de que no obstante su naturaleza especial, se pidiese impropia mente la aplicación del art. 400 CC, se establecieron cláusulas especiales dirigidas a hacer inviable la acción de división, como imponer a cargo de quien la pidiese todos los gastos necesarios para valorar, dividir y adjudicar las partes a cada uno<sup>56</sup>.

Tal es el caso de la Comunidad de Propietarios de Montes y Asociación de Ganaderos de Alcañiz, en cuya escritura de constitución (11 de enero de 1895) se establece que los compradores se obligan a conservar la comunidad al menos por 10 años (2ª condición), pero que si transcurridos dichos 10 años, quisieren alguno o algunos la división de las fincas comunes tendrán que satisfacer todos los gastos que esta división ocasione. Incluso la peritación, la escritura de partición y la inscripción de la parte de cada uno en el Registro de la Propiedad (pacto 6º)<sup>57</sup>.

En los «Estatutos de la Comunidad Propietaria de Montes y Asociación de Ganaderos de Alcañiz»<sup>58</sup>, para adaptación de su régimen a la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, el art. 36 obliga a los asociados a continuar en la

54 EMBID, *op. cit.*, p. 225 (apéndice documental 5º). En los Estatutos vigentes de la «Sociedad de Montes de Galve», aprobados por las Juntas Generales de Accionistas de 12 de abril y 20 de septiembre de 2013, el art. 5 declara simplemente, que «la duración de la Sociedad será indefinida, desde la fecha de su constitución». La denominada «Sociedad de Montes de Galve», «Sociedad mutua de pastos» en su origen, según la escritura de constitución de 25 de julio de 1898, fue reconocida como comunidad de bienes *pro indiviso* privada por las sentencias de 6 de octubre de 1999 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Teruel (BOP Teruel nº 177) y de 14 de junio de 2001 de la Audiencia Provincial de Teruel (AC 2001/2508), y los Estatutos vigentes declaran (art. 2. Régimen jurídico) que «los montes propiedad de esta Sociedad son montes de propiedad privada», regidos por la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón (apartado 1º), y que «la sociedad se regirá por lo establecido en los presentes Estatutos y, en lo no previsto en ellos, por lo dispuesto en los artículos 392 a 406 y concordantes del Código Civil y demás normas legales que resulten de aplicación» (apartado 2º). Sobre la denominación, aclara el art. 3º de los Estatutos que «la comunidad de bienes continuará actuando bajo la denominación “Sociedad de Montes de Galve”». Agradezco a la letrada de la Comunidad, Dª Beatriz Paesa García, la información y documentación suministrada, desde hace ya muchos años, de la Comunidad de Galve.

55 «Ningún socio, ni sus respectivos causahabientes podrán solicitar ni obtener en ningún tiempo la división material de las fincas descritas en esta escritura, puesto que en consonancia con lo preceptuado en el vigente Código civil, los otorgantes consideran que si se dividen las fincas se inutilizarían para el aprovechamiento de pastos que produce y por ende los consocios y condueños de las mismas se obligan a poseerlas y disfrutarlas siempre pro indiviso; excepto para el aprovechamiento de las leñas que por modo convencional se dividirán en lotes iguales para los socios». Base 7ª. Transcrito de SANZ JARQUE (1980), *op. cit.*, p. 80.

56 SANZ JARQUE (1980), *op. cit.*, p. 77.

57 Transcrito de SANZ JARQUE (1980), *op. cit.*, p. 81.

58 «Estatutos de la Comunidad Propietaria de Montes y Asociación de Ganaderos de Alcañiz», copia mecanografiada de 14 págs., s/a. Agradezco a D. Luis Javier Vicente Serrano, letrado de la Comunidad, y a los órganos rectores de la misma la documentación proporcionada.

Comunidad por el término de cincuenta años a contar desde la fecha de la aprobación de los Estatutos, y el art. 37 establece que:

«Si después de transcurridos los cincuenta años en que no puede dividirse el monte, alguno o algunos quieren la división, tendrán que satisfacer todos los gastos que ocasionen, incluso la peritación, la escritura de división y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la parte que a cada uno corresponda, según las acciones que posea.

Para otros efectos se declara que los montes son indivisibles y por lo tanto no habrá lugar a su venta, salvo el caso de disolución de la Comunidad, acordada de conformidad con lo que se disponga en estos Estatutos».

Cuando la comunidad, por sus características, puede calificarse de tipo germánico o en mano común, la indivisibilidad es un elemento jurídico estructural de la misma y así lo reconoce la jurisprudencia territorial. En la SAP Huesca de 28 de enero de 1999<sup>59</sup>, el Juzgado de Primera Instancia declaró extinguida la comunidad sobre la finca denominada La Plana, también denominada «Comunidad del Quiñón de Buerba», sita en el término de Nerín (Ayuntamiento de Fanlo, Valle de Vió, Huesca) y la venta en pública subasta de la finca. La Audiencia Provincial, sin embargo, tiene en cuenta (FD 2º) que «al constituirse como comunidad de propietarios en 1955, pactaron que se trataba de un condominio indivisible, con una propiedad *in solidum*, sin atribución especial de cuotas a los partícipes, quienes no podían transmitir a título oneroso o lucrativo su derecho más que a sus derecho-habientes. Es cierto que, subsidiariamente, para el caso de que no se reconociera el tipo especial de comunidad pactado, los partícipes acordaron permanecer en indivisión por el tiempo máximo que tolera la ley, pero tal pacto sólo entraba en juego subsidiariamente, para el caso de que no se admitiera la especial forma de comunidad pactada la cual tiene todas las características de una comunidad germánica en mano común».

Considera la sentencia que no se corresponde dicha comunidad con la ordinaria regulada en el Código civil, por lo que la inadmisibilidad del pacto de indivisión indefinido (art. 400 CC) solo corresponde a este tipo de comunidades de bienes ordinarias, «no siendo de aplicación a la peculiar comunidad del caso, que en absoluto se trata de un producto de ingeniería jurídica para eludir, en fraude de ley, la previsión del citado artículo 400, sino que tiene las características de un monte vecinal en mano común (...) Es decir, tiene todas las características de una copropiedad de carácter germánico de gran tradición consuetudinaria y que además ha sido reconocida por el legislador en la Ley 52/1968 y en la vigente Ley 55/1980, de 11 de noviembre». Con este apoyo consuetudinario y legal, la Audiencia considera que el pacto de indivisión acordado en los estatutos de la comunidad no puede considerarse contrario a norma imperativa aplicable en Aragón (art. 3 Compilación del Derecho civil de Aragón), ya que la Ley estatal de montes vecinales en mano común, determina para esta forma de comunidad que los bienes son indivisibles (art. 2 de la Ley 55/1980).

---

<sup>59</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (Sección única) Sentencia núm. 28/1999 de 28 enero (AC\1999\3063).

La SAP Huesca de 25 de mayo de 1999<sup>60</sup> ya da un paso más en la consideración de estas comunidades pirenaicas como montes vecinales en mano común, al decidir sobre la propiedad del monte «Omprius» a favor de los vecinos de las entidades locales de Urmella y Arasán (Huesca). El monte «Omprius» fue adquirido, para eludir los efectos de la desamortización, fiduciariamente por unos vecinos en 1897, por sextas partes indivisas, obligándose a transmitir su parte de la finca a los vecinos de Arasán y Urmella, aunque se escrituró formalmente a nombre de solo seis de ellos para extender, posteriormente, la titularidad formal a otros vecinos, figurando en el catastro la finca como «Monte común Vecinos Arasán Urmella». La Audiencia Provincial considera que la titularidad dominical de dicho monte corresponde, sin asignación de cuotas, a los vecinos de Arasán y Urmella, como agrupación vecinal en su calidad de grupo social y no como entidad administrativa y, pese a que no se hubiera clasificado administrativamente dicha finca como monte vecinal en mano común, «que falte la indicada clasificación no es excepcional en esta provincia pues con cierta frecuencia nos encontramos con sociedades anónimas particulares y comunidades de propietarios con estatutos de corte germánico que, pese a encajar perfectamente en la categoría de monte vecinal en mano común, no han sido objeto de clasificación administrativa, circunstancia que no impide que de hecho sigan existiendo y funcionando conforme a su tradición consuetudinaria» (FD 1º). Y la ya citada SAP de Huesca (Sección 1ª) de 26 diciembre 2003, sobre la Mancomunidad del Quiñón y Yeba, ratifica el criterio jurisprudencial de considerar dichos montes, y en este caso el Monte Sampietro, como montes vecinales en mano común, aplicando la Ley 55/1980 (FD 4º)<sup>61</sup>.

Otras comunidades aragonesas de montes fueron reconocidas o se transformaron en sociedades civiles, y en ellas figura también el pacto de duración por tiempo indefinido, amparado en la regulación de la sociedad civil (art. 1700 CC). Así en la «Sociedad de Comuneros de los Montes de Fabara», en la escritura de constitución social de la Sociedad Civil particular que adoptó la denominación de «Asociación de Comuneros de los montes de Fabara», autorizada el 3 de septiembre de 1921 por

60 Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (Sección única) Sentencia núm. 179/1999 de 25 mayo (AC\1999\5567).

61 La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1ª) Sentencia núm. 269/2004, de 30 diciembre (JUR\2005\28037) reconoce que la copropiedad *proindiviso* del Monte de Bandaliés (Huesca) y su gestión, revela una similitud a la característica de los llamados montes vecinales en mano común (FD 2º). Otras comunidades del Pirineo aragonés como la del Monte de Estós, en el término municipal de Benasque (Huesca), inscrita en el Registro de la Propiedad el 11 de abril de 1890, solo regula en su Reglamento de 9 de junio de 1918 el régimen de los aprovechamientos del Monte Estós por los copropietarios y partícipes de la comunidad y su gestión por una Junta Administrativa; y en la reforma de los mismos de 29 de marzo de 1999, el art. 1. *Carácter de la entidad y fuentes de su regulación*, declara que «la Comunidad especial de copropietarios del Monte Estós se regirá básicamente por las normas de estos Estatutos, por las disposiciones legales que le sean de obligada aplicación y con subordinación a todo lo anterior, por las costumbres observadas o que puedan llegar a establecerse, en el uso y aprovechamiento de aquel Monte desde que se inscribió en el Registro de la Propiedad el título de información posesoria el 11 de abril de 1890, a favor de Don Mariano Anglada Mur y 183 personas más».

Silencian los Estatutos la duración de la Comunidad, con más de un siglo de existencia, pero en los Estatutos reformados de 1999, se dedican los artículos 5 a 8 a «las participaciones y partícipes», que establecen la igualdad e indivisibilidad de las participaciones (art. 5) y los requisitos y condiciones de transmisión de participaciones, con derecho preferente de adquisición para el resto de comuneros, pero sin restricción por razón de vecindad. El Reglamento del Monte Estós de 9 de junio de 1918 se ha consultado en una copia mecanografiada de 9 páginas (agradezco al profesor José Mª Nasarre Sarmiento la copia de los mismos), y los actuales Estatutos de 29 de marzo de 1999, están disponibles en la web de la Comunidad (enlace: [www.montedeestos.com](http://www.montedeestos.com)).

el notario de Caspe D. Juan José Hernando y Tejados, se dispone en el pacto tercero lo siguiente: «la presente Sociedad se establece por tiempo indefinido, en tanto no se haya totalmente cumplido el objeto social, salvo acuerdo válido de disolución, tomado de conformidad a lo que conviene y establece el presente contrato»<sup>62</sup>.

La Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 27 de junio de 1974<sup>63</sup>, sobre la «Sociedad Comunera de Montes de Pedrola», a la que la sentencia de Primera Instancia había reconocido naturaleza societaria, y cuyo art. 4 de sus Estatutos societarios establecía la duración ilimitada de la misma. La Audiencia Territorial lo declara nulo (Considerando 5º), ya que de acuerdo con art. 1680 CC no caben las sociedades civiles ilimitadas o a perpetuidad, y el pacto de duración no puede ir más allá de la vida de los socios (art. 1700 CC), perdurando mientras viva uno de los socios fundadores con los herederos de los demás socios, y no puede extenderse a los herederos de los herederos; y puede extinguirse también la sociedad por voluntad de cualquiera de los socios (art. 1700-4º CC) (Considerando 6º). Niega finalmente la Audiencia Territorial que quepa invocar el principio aragonés *standum est chartae* por ser el art. 4º de los Estatutos contrario a la moral, por tratarse de una sociedad personalista, con prohibición de duración ilimitada tanto por el Derecho romano como por el Derecho castellano y el foral aragonés (Considerando 7º).

Todas las sociedades extremeñas, según SIERRA, recogen su duración, generalmente, por tiempo indeterminado<sup>64</sup>.

## 5.2. Estatutos. Reglas de organización y gestión.

La permanencia de las comunidades y sociedades de montes ha conducido a una reglamentación actualizada de sus actividades, a diseñar con más precisión sus órganos de gobierno y gestión, y a regular la adquisición y pérdida de la condición de partícipes de las mismas, así como sus derechos y obligaciones.

Las escrituras de constitución de las comunidades de montes del siglo XIX establecían fundamentalmente la adquisición de la propiedad de fincas y montes por los vecinos y la existencia de una comunidad proindiviso de propietarios, así

62 *Copia de pactos de la Escritura de constitución social de la Sociedad de Comuneros de los Montes de Fabara*, La Tipográfica Sanz- Caspe, noviembre de 1973 (15 págs.). Es una reimpresión de los pactos de la Escritura de constitución social, aprobados «por unanimidad absoluta de los trescientos catorce socios que integraban la Sociedad de Comuneros de los montes de Fabara al tiempo de su fundación (...) acta que se levantó en la sesión o Junta general de asociados celebrada el veintidós de julio mil novecientos veintiuno», y que se reimprimen para su divulgación entre los asociados en 1973. La comunidad de montes de Fabara no surge de la desamortización civil, sino de la desvinculación de bienes nobiliarios y eclesiásticos, por compra de las Dehesas objeto de explotación por la comunidad al Cardenal D. Genaro Granito Pignatelli di Belmonte, en fecha desconocida. En 1921 se constituye la sociedad civil particular, «con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1665 y siguientes del Código Civil, y demás disposiciones legales vigentes en la materia». Ha parecido oportuno integrarla entre las comunidades y sociedades estudiadas, aunque no tenga su origen en la desamortización civil, por el elevado número de vecinos de Fabara (314) que la constituyeron y recaer el objeto de la entidad sobre la explotación de unas dehesas de uso vecinal. Agradezco a Dª. Ana García Labaila que me facilitase copia este documento.

63 Publicados los Considerandos de la SATZ de 27 de junio de 1974 en *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, año XIV, nº 53 (1974), pp. 125-128. Se ha consultado la sentencia original completa (nº 135 de 1974) en el Archivo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Realiza un breve comentario de esta sentencia Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «En torno a los bienes comunales», en *Autonomía y autogobierno de la Universidad y otros temas*, Zaragoza, Secretariado de Publicaciones. Universidad de Zaragoza, 1980, pp. 147-161 (publicado con anterioridad en *Revista de Administración Pública*, nº 84, 1977, pp. 429-39).

64 SIERRA, *op. cit.*, pp. 59-60.

como el reparto de cuotas entre los mismos. A este contenido básico se añadía una reglamentación rudimentaria de la comunidad decidida por los vecinos participantes, básicamente sobre la gestión de la comunidad y los aprovechamientos de que eran objeto las fincas de la entidad constituida<sup>65</sup>.

En este sentido, SANZ JARQUE describe como la escritura de la Sociedad de Montes de Castel de Cabra de 1897 contempla, en el aspecto organizativo, la existencia de una Junta Administrativa, nombrada cada dos años, para la administración y representación de la Sociedad, formada por seis individuos que deben ser socios y vecinos del pueblo, entre los cuales se reparten los cargos de presidente, tesorero, secretario y tres vocales (base 3ª). En la escritura de constitución de la comunidad, denominada sociedad mutua de pastos, de Galve, de 25 de julio de 1898, la base sexta expresa respecto a la organización de la misma: «para la administración de las fincas expresadas, para representar ante los tribunales y demás oficinas públicas a los condueños de las fincas en las reclamaciones y asuntos de interés colectivo y común y para todo cuanto se expresa en estas bases se nombrará anualmente una Junta que se compondrá del Alcalde del pueblo de Galve y de ocho personas más...». Todos los miembros de la Junta debían ser varones, mayores de edad y vecinos de Galve o terrateniente que posea más de sesenta acciones, y «para que la Junta pueda tomar acuerdos es precisa al menos la asistencia de cinco vocales; será Presidente el Alcalde, si es accionista y en su defecto el vocal que sea mayor accionista y resida dentro del término municipal; los acuerdos se tomarán por mayoría de votos y en caso de empate será decidido por el presidente».

Si comparamos el régimen orgánico de la Comunidad de Galve en 1898 con el de los Estatutos vigentes de 2013, comprobamos que los órganos de la Sociedad (art. 10) son: a) Presidente; b) Secretario-Depositario; c) Junta Directiva; y d) Junta General. La presidencia de la entidad se elige entre los vocales de la Junta Directiva (art. 11), desapareciendo la ostentación de la presidencia por el Alcalde del Municipio; la Junta Directiva la siguen formando, como en 1898, ocho vocales elegidos cada año por los accionistas en proporción al número de acciones (art. 13), y la Junta General de accionistas es el órgano supremo de la Sociedad, y está compuesta por todos los socios (art. 16), y se reúne de forma ordinaria una vez al año (art. 17).

Es evidente la adaptación organizativa de la Comunidad de Galve a fórmulas asociativas más actuales, respondiendo prácticamente a un modelo societario interno.

En la Comunidad Propietaria de Montes y Asociación de Ganaderos de Alcañiz, constituida por escritura notarial el 11 de enero de 1895, ésta establece el régimen de administración y aprovechamiento de las fincas, que se completó con el Reglamento de 5 de septiembre de 1908, adaptado a la Ley de Asociaciones de 1887. Entre otras peculiaridades de esta entidad, comenta SANZ JARQUE que, en realidad, el reglamento regía a las dos entidades, la comunidad propietaria, constituida por los propietarios de los montes, y la asociación de

---

65 Cita C. MARTÍN RETORTILLO, *op. cit.*, p. 212, una escritura de 1900 de constitución de comunidad, estipulando en la cláusula tercera que el modo y forma de los aprovechamientos, tanto de pastos como de leñas y maderas, se regularan conforme a las normas del Código civil sobre comunidad de bienes, «administrándose por medio de una Junta que se nombrará cada año en Junta general y que estará formada por cinco individuos escogidos entre los 21 participantes».

ganaderos, formada por los condueños que tenían ganados<sup>66</sup>. En la reforma de los Estatutos de 1965, para adaptarlos a la Ley de Asociaciones de 1964, la organización de la Comunidad y Asociación es la legal de las asociaciones, Asamblea General (capítulo II, arts. 5 a 14) y Junta Directiva (capítulo III, arts. 15 a 30)<sup>67</sup>.

En las Comunidades pirenaicas citadas en las sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca, el nexo común organizativo es la existencia de una «Junta Administrativa». En la Comunidad del Quiñon de Nerín sobre el Monte La Plana, recibe también el nombre de Junta General, para regular y gestionar los aprovechamientos, en la escritura de constitución de la comunidad de propietarios de 1955 (SAP Huesca de 28 enero de 1999), y en la SAP Huesca (Sección 1<sup>a</sup>) de 26 diciembre 2003, sobre la Comunidad del Monte Sampietro, se cita reiteradamente la Junta administrativa como el órgano encargado de la gestión y explotación del monte y que la sentencia identifica también con el órgano correspondiente de los montes vecinales en mano común.

En la Comunidad del Monte de Estós, su reglamento de 1918, establece una detallada organización de la Comunidad, cuyo órgano destacado es la «Junta Administrativa» (arts. 16 a 27), formada por nueve individuos más el Alcalde del Ayuntamiento, que han de ser dueños de diversas clases de ganados, debiéndose renovar por mitad cada dos años. Dentro de la Junta Administrativa, se procede a la elección de los cargos de presidente, vicepresidente, depositario y secretario, con sus correspondientes funciones, aunque es la Junta Administrativa como órgano la que goza de las más amplias competencias en la comunidad, salvo para la modificación del Reglamento que requiere la autorización de la mitad de los propietarios del Monte. Los Estatutos de 1999 se basan en su organización en los de 1918, pero actualiza su composición y funciones (Capítulo III. Órganos de la Comunidad, arts. 13 a 35). Concede ya competencias específicas a la Asamblea General de partícipes, como órgano superior de la Comunidad y otras colegiadas con la Junta Administrativa, que es el órgano de gobierno y gestión ordinaria de todos los asuntos que conciernen a la Comunidad, formada también por nueve partícipes, elegidos por la Asamblea General «procurando que las personas elegidas sean las idóneas atendiendo a los aprovechamientos o usos que actual o potencialmente quepa que se hagan en el Monte». El Alcalde del Ayuntamiento de Benasque pasa a ser un

---

66 La aprobación de los Estatutos o Reglamentos de la Comunidad y Asociación en 1908, inscritos en el Registro del Gobierno Civil de Teruel el 9 de mayo de 1909, es el acto de reconocimiento de la personalidad jurídica de la entidad, según se declara en la sentencia del Juzgado de Primera instancia de Alcañiz y su Partido de 13 de abril de 1965. En la escritura de constitución de 1895 se delega a los reglamentos el establecimiento de «los pactos reales y personales, que estimen conveniente para regir la comunidad» aprobado por la mayoría de los socios y reformable por la mayoría de los dueños del monte (base 8<sup>a</sup> de la escritura de 1895), constituyendo una Asociación, y ya determina la existencia de una Junta General y una Junta Directiva. SANZ JARQUE (1980), pp. 80-82 y (2002), pp. 182-3. Las citas de la sentencia de 13 de abril de 1965 están extraídas de la «Copia autorizada de acta de protocolización de documentos autorizada a instancia de D. Antonio Soler Aranaz, como presidente de la “Comunidad propietaria de montes y Asociación de ganaderos de Alcañiz”, el 31 de octubre de 1974», por el notario de Alcañiz, D. José Ramón Pazos González (Núm. 1439; año 1974), pero desconocemos el contenido concreto de los Estatutos de 1908.

67 En la disposición final de los Estatutos se establece que la normativa aplicable a la Comunidad y Asociación es la de los propios Estatutos, y en lo no previsto por ellos por las costumbres locales, el régimen de la comunidad de bienes del Código civil, la Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964, y la legislación concordante.

invitado permanente a las todas las sesiones que celebre la Junta Administrativa; y se atribuyen funciones específicas actualizadas a los cargos de la Junta<sup>68</sup>.

No existe una gran diferencia con otros modelos de organización, como el de las reconocidas como sociedades de montes. Es el caso de la Sociedad de Comuneros de los Montes de Fabara, con forma de sociedad particular civil, en cuyos estatutos o pactos, aprobados en 1921, se establece (pacto 5º) que estará gobernada por una Junta administrativa, y las Juntas generales ordinarias y extraordinarias de asociados comuneros. La Junta la forman ocho asociados que, una vez elegidos, determinarán entre ellos los cargos de presidente, vicepresidente, tesorero, administrador, tres vocales y secretario (pacto 6º). La duración de los cargos es por seis años, renovándose por mitad cada tres años (pacto 7º). Es quizás el cargo de Administrador el más novedoso, pero se relaciona en los Estatutos con el Tesorero, ya que ejerce la dirección social, realizando las transacciones necesarias para ello, y recaudará y pondrá en poder del Tesorero los fondos sociales, cuya función es custodiar los fondos sociales e invertirlos en el modo y forma que acuerde la Junta administrativa (pacto 10º). Las Juntas generales de asociados y comuneros podrán ser ordinarias y extraordinarias, presididas por la Junta administrativa, y entre sus atribuciones corresponde una de las propias de las sociedades: «C. Aprobar el reparto de beneficios a los asociados a prorrata de las Cédulas de participación que cada asociado posee, a propuesta de la Junta administrativa» (pacto 15º).

Como podemos observar, todas las comunidades y sociedades de montes diseñan una organización básica de las entidades, en la que destaca inicialmente -en el periodo de transición desde la adquisición de los montes y constitución de las comunidades- el papel de un órgano que recibe denominaciones como grupos de compromisarios, junta gestora, junta directiva o junta administrativa, que se encarga de la gestión de los bienes y aprovechamientos y de la dirección de la comunidad. Posteriormente, la reforma de los pactos o estatutos conduce a un modelo asociativo, casi societario, de organización, en el que se enumeran las funciones de la Asamblea o Junta General de partícipes, y se atribuyen funciones más específicas de gestión y administración a las Juntas administrativas o directivas, y a los cargos que las componen.

Cabe destacar la importancia que tiene la existencia de estas reglas organizativas consorciales, especialmente por la falta de contemplación de órganos en la comunidad ordinaria del Código civil, ya que es un elemento principal en la permanencia y estabilidad de estas entidades, y las acerca a las formas especiales de comunidad. Se ha citado como la STS (1ª) de 17 de julio de 2012 no deduce la existencia de una forma societaria por las denominaciones como «sociedad de vecinos» o «sociedad de propietarios», y toma especialmente en cuenta que «tampoco resulta acreditada la existencia de unos propios estatutos

---

68 Establece el art. 19 mayorías especiales de la Asamblea General para acordar válidamente cualquier modificación que afecte sustancialmente al contenido de los Estatutos o a la subsistencia de la Comunidad del Monte Estós, requiriendo en primera convocatoria la concurrencia de dos tercios de las participaciones, presentes o representadas, y en segunda convocatoria, la mitad más una de aquellas.

con las correspondientes normas de funcionamiento o regulación, ya escrita o verbal, que se dotase para iniciar la pertinente explotación» (FD 1º).

En Extremadura, explica SIERRA que el patrón civil de la organización, adoptando la mayoría de ellas la forma de sociedad, era el de contemplación de una junta o asamblea general de socios (órgano supremo); a veces de un consejo de administración y, siempre, de una junta directiva o ejecutiva, sin que dejen de señalarse en los respectivos ordenamientos las funciones y cometidos específicos de su presidente, vicepresidente, secretario y tesorero<sup>69</sup>.

En las escrituras de constitución y en los sucesivos estatutos de las entidades, no deja de preverse que entre las funciones de la Junta gestora, administrativa o directiva, están las de «representar ante los tribunales y demás oficinas públicas a los condueños de dichas fincas en las reclamaciones y asuntos de interés colectivo y común» (Galve, 1898, base sexta), que pasan a corresponder al presidente en los nuevos estatutos (Galve, 2013, art. 11)<sup>70</sup>.

### 5.3. Partícipes: comuneros y socios

#### 5.3.1. Adquisición y transmisión de la condición de comunero o socio

Los requisitos para ser partícipes en la comunidades y sociedades de montes se relacionan necesariamente con el origen de dichas comunidades, contemplando exclusivamente como miembros de las mismas a los copropietarios que habían adquirido alguna participación o acción sobre las fincas objeto de la comunidad, bien en el momento de la compra de tales fincas o en la escritura de transmisión de propiedad y constitución de la comunidad. Se constituyeron como comunidades cerradas con disponibilidad limitada de las participaciones, en las que las posteriores transmisiones se restringen a los herederos o parientes del partícipe, y suele regularse un derecho de adquisición preferente a favor del resto de comuneros o de la comunidad.

<sup>69</sup> SIERRA, *op. cit.*, p. 54.

<sup>70</sup> En la Comunidad del Monte de Estós, ya figuran estas funciones atribuidas al presidente en 1918, de representación ante los Tribunales, pero para reclamación de cuotas y multas. Y en los Estatutos de 1999, se atribuye a la Junta Administrativa, art. 28.2, acordar la interposición de cualquier clase de acciones, recursos administrativos o judiciales en defensa de los intereses de la Comunidad; y al presidente (art. 33.10º) «demandar ante cualesquiera Autoridades y Tribunales en nombre y representación de la Junta y de la Comunidad del Monte Estós y como proceda en derecho, a cualesquiera persona o personas que cometan abusos en perjuicio de los intereses de los copropietarios».

En los Estatutos de la Comunidad Propietaria de Montes y Asociación de Ganaderos de Alcañiz, adaptados a la Ley de Asociaciones de 1964, el art. 22 dispone que corresponde al Presidente «el nombre y representación de la Comunidad cerca de las Autoridades y Funcionarios de todas clases y relaciones con terceros, pudiendo comparecer, por propia autoridad, en juicios penales, juicios civiles verbales, interdictos y actos de jurisdicción voluntaria, y a estos efectos podrá otorgar poderes a quien le represente que puede ser el Secretario-Administrador, Procurador de los Tribunales o Letrado». En la sentencia citada del Juzgado de primera Instancia de Alcañiz, de 13 de abril de 1965, se admite la representación del Presidente de la Comunidad y Asociación, tras probar la personalidad jurídica de la entidad, solicitando la nulidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad en 1942 de las fincas propiedad de la entidad, que realizaron los herederos de los socios fundadores, y que el Juzgado declarará ser de titularidad dominical de la Entidad. La atípica situación en que vive esta Comunidad, que ya no pudo adaptar sus estatutos a la Ley orgánica de asociaciones de 2002, ha llevado a que en algún proceso se impugne su capacidad procesal, pero el Decreto del Juzgado de Primera Instancia nº 18 de Zaragoza de 17 de noviembre de 2015, declara que no falta capacidad procesal a la Comunidad, ya que los arts. 6.4 y 5 LEC atribuyen capacidad para ser parte a las entidades sin personalidad jurídica, y no cabe confundir falta de personalidad jurídica con capacidad para ser parte en el proceso.

En la Comunidad de Galve (1898) la base octava dispone la limitación de disponibilidad de las acciones, que no pueden fraccionarse entre los hijos, de tal modo que si el comunero tiene más hijos o hijas que acciones, al resto de los hijos no les corresponderán acciones, pero se les permitirá el aprovechamiento de pastos hasta que las adquieran, pagando una cantidad anual a la comunidad; en la base novena se establecen los modos y formas de adquisición de acciones: «las acciones expresadas anteriormente no podrán ser por el accionista dueño libremente vendidas, dadas, cedidas ni enajenadas por acto entre vivos a nadie que no sea pariente de este dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o afinidad y a la vez vecino de este pueblo de Galve o hijo o hija de accionista, pues el que tenga necesidad de vender alguna acción, lo pondrá a disposición de la Junta, la cual le entregara la cantidad de treinta y cinco pesetas, y la Junta la cederá al accionista o hijos de este que tenga por conveniente, mediante el pago de dichas treinta y cinco pesetas».

El requisito de vecindad determina el ejercicio de los derechos que corresponden a los comuneros: «si alguno que no sea vecino con casa abierta en este adquiriese legalmente por títulos o actos *mortis causa* alguna acción de dichas fincas, solamente tendrá derecho a que los ganaderos del pueblo de Galve, le abonen anualmente por cada acción que tenga una peseta y sesenta céntimos». La comunidad registrará la variación o disposición de participaciones en el libro de altas y bajas de acciones (base undécima).

Más de cien años después, los Estatutos de la Sociedad de Montes de Galve (2013), mantiene que solo pueden ser accionistas las personas que acrediten ser titulares de acciones, y que en el Libro de altas y bajas de accionistas constarán todos los socios que acrediten su condición, así como aquéllos que la hayan perdido (art. 7); y ya no se vincula la transmisión de acciones a la vecindad en la población, pero se mantiene el derecho preferente de adquisición de acciones por los demás accionistas, que no se puede ejercitar si la transmisión se produce entre accionistas o parientes directos del transmitente por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado (art. 20).

En la Comunidad de Castel de Cabra (1897) se expresa una relación igualitaria entre los comuneros, ya que los montes desamortizados los adquirieron los ciento cinco vecinos del pueblo, es decir, todas las casas o cabezas de familia del municipio a partes iguales (base 1<sup>a</sup>), originando el mismo derecho al disfrute del aprovechamiento de pastos en los montes comprados (base 8<sup>a</sup>), y el derecho de cada socio puede transmitirse libremente a sus legítimos herederos, pero se prohíbe terminantemente arrendar o ceder lo que dicho derecho comprende a los que no sean vecinos de la población (base 10<sup>a</sup>)<sup>71</sup>.

En las comunidades pirenaicas, se mantiene estatutariamente la vinculación a la comunidad con la vecindad y la pertenencia a la *Casa*, como institución, de la titularidad de las participaciones. Así, en la escritura de constitución de la comunidad de propietarios de 1955 sobre el Monte La Plana (Quiñón de Nerín), se

71 SANZ JARQUE (1980), *op. cit.*, p. 80.

establece que los comuneros no podían transmitir a título oneroso o lucrativo su derecho más que a sus derecho- habientes. También estipularon que la cualidad de socio se perdería de no mantenerse una concreta vecindad, salvo que se dejara abierta la casa en determinadas circunstancias, y que esa misma cualidad de socio podrían adquirirla nuevas personas que tuvieran casa abierta en el Quiñón<sup>72</sup>. En la Sociedad del Quiñón y Yeba sobre el Monte Sampietro, la escritura de constitución de la sociedad de 1919 disponía que su capital estaba representado por ochenta acciones nominativas y numeradas según el orden del libro registro de la sociedad, que determinaba la condición de accionista, y determinando además que las acciones no podían transmitirse a ninguna persona sino únicamente cederse a la propia sociedad. En el año 2000 la sociedad del Quiñón y Yeba, que se había constituido como comunidad de bienes tres años antes, acordó reconocer a los socios titulares una acción o participación, representativa de una parte indivisa del monte, correspondiendo una acción a cada una de las 54 *Casas* de los seis pueblos que forman la mancomunidad, determinando la regulación estatutaria quién había de representar a cada «casa abierta con humos» y la forma de acreditar dicha representación<sup>73</sup>.

Sobre las consecuencias de la pérdida de la vecindad efectiva en la participación en una de estas comunidades, denominada «La Saravillense», y que se califica como sociedad civil, constituida por escritura de 27 de abril de 1924, trata la SAP de Huesca de 17 de septiembre de 1992<sup>74</sup>, que responde a una demanda de una persona natural de Saravillo (Huesca) pero no residente en esta población. El capital de la sociedad estaba dividido en treinta y tres acciones, correspondiendo una acción a cada *Casa* de Saravillo, que figura a nombre de una persona concreta, al que se añade la denominación de la Casa a la que pertenece. El objeto de la sociedad era la explotación de unos pinares, y la falta de residencia en la población originaba la no participación en las ganancias y beneficios, pero tampoco en las cargas e impuestos de la sociedad, sin que le correspondiese derecho a voto, permaneciendo los derechos de la acción o participación en suspenso. En el mismo sentido se establece que si una *Casa* de Saravillo posee más de una acción solo podrá usufructuar una de ellas y las demás quedarán en suspenso, y que si un socio quiere transmitir su participación social debe ofrecerla a la Sociedad, y si ésta no quiere adquirirla el poseedor podrá cederla a otro vecino de Saravillo

La Audiencia Provincial tiene en cuenta el requisito de vecindad que vincula activamente a los partícipes con la sociedad y rechaza que se haya producido una infracción del art. 1691 CC, al entender que esta disposición estatutaria obligando a los vecinos de la localidad de Saravillo a residir en la población tiene como finalidad conservar la permanencia y continuidad de la comunidad vecinal. No es por ello tampoco una estipulación inmoral que quede prohibida por el art. 1255 CC, ya que responde a un interés protegible<sup>75</sup>.

---

72 SAP Huesca (Sección única) de 28 de enero de 1999 (FD 2º) (AC\1999\3063).

73 SAP Huesca (Sección 1ª) de 26 de diciembre de 2003 (FFDD 1º y 3º). (JUR 2004, 52123).

74 SAP de Huesca de 17 de septiembre de 1992, *Aranzadi Civil*, 1992, nº 1184.

75 En la SAP de Teruel, de 29 Mayo 2001 (La Ley 107267/2001), la Audiencia reconoce el derecho de un socio a recuperar la condición de tal en la Comunidad de Galve, ya que no es el supuesto contemplado por los Estatutos de no poder

En la Comunidad del Monte Estós, el Reglamento de 1918 distingue entre copropietarios y vecinos no copropietarios en las condiciones de uso de los aprovechamientos, pero no regula la adquisición o transmisión de las participaciones. Sin embargo, el Reglamento de 1999 dedica el amplio capítulo II a las «participaciones y partícipes» (arts. 5 a 12), estableciendo la igualdad e indivisibilidad de las 184 participaciones, aunque puedan ser varias las personas titulares de cualquiera de ellas (art. 5); y la condición de partícipe se adquiere por herencia, legado, donación, compraventa u otro título jurídico suficiente, que traigan causa de alguna de las personas que fueron partícipes originarios (art. 6). La titularidad de la participación se ajustará al Derecho civil de Aragón en las instituciones civiles sucesorias reguladas (art. 7), y el ejercicio de los derechos se realizará por una sola persona en caso de cotitularidad de una o varias participaciones (art. 8). El art. 11 declara libre transmisibilidad *inter vivos* y *mortis causa* de las participaciones entre comuneros y cónyuge, ascendientes y descendientes del transmitente y colaterales hasta el cuarto grado; pero para cualquier otra transmisión de participaciones se otorga un derecho preferente de adquisición a los demás comuneros; y dispone que las transmisiones de participaciones que no se ajusten a lo establecido en los Estatutos no producirán efecto alguno frente a la Comunidad. El art. 12 crea un libro registro de partícipes en el que debe constar, obligatoriamente, la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones de las participaciones sociales. De nuevo, el requisito de vecindad es relegado, pero permanece la restricción de que las participaciones salgan del ámbito familiar y se conserva el derecho de adquisición preferente de los comuneros, coherente ya con la regulación del Código civil (art. 1522), como rasgo de comunidad cerrada que impide la libre transmisibilidad de las participaciones.

Los Estatutos de la Comunidad de Propietarios de Montes y Asociación de Ganaderos de Alcañiz, de 1965, señalan que para pertenecer a la Comunidad y Asociación, se requiere poseer al menos veinticinco acciones (art. 39). Los estatutos determinan también la limitación de venta y arriendo de acciones exclusivamente entre asociados, pero permite la incorporación de nuevos asociados por adquisición de acciones solicitándolo a la Asamblea General, informe de la Junta Directiva y admisión por mayoría simple de la Asamblea General. Para ello el peticionario debe tener vecindad en Alcañiz durante un plazo de cinco años. Adquieren automáticamente la condición de asociados las personas que justifiquen haber heredado al menos veinticinco acciones y que tengan con relación al causante la cualidad de herederos forzosos (art. 38).

En la Sociedad Civil de Comuneros de los Montes de Fabara, de 1921, los estatutos establecen que el capital social de 11.800 pesetas está dividido en 1.118 cédulas de participación, de 100 pesetas cada una, y que «las participaciones serán intransferibles en absoluto, salvo en el caso excepcional de emigración del tenedor o que a éste no le quede ninguna otra finca. La Junta resolverá en estos casos lo que estime procedente, así como el destino que pueda darse a las participaciones

---

formar parte de la Sociedad desde la aprobación del Reglamento. Vid. intervención de David Arbués en estas mismas *Actas*.

que se trate de transferir» (pacto 4º). La interposición de la personalidad jurídica de la sociedad en la titularidad del patrimonio y aprovechamientos supone, como regla general, que el socio no adquiere derechos dominicales durante la vida de la sociedad sobre sus bienes y derechos, sino que es un usufructuario, derecho que no puede transmitir por actos *inter vivos* ni por sucesión hereditaria.

Podemos concluir que el fin de mantener la integridad de las fincas y montes objeto de adquisición por los comuneros y socios a través de las cláusulas de indivisión o de las limitaciones u obstáculos para su realización, se traslada también a la transmisión de las cuotas o participaciones. El común origen vecinal de las personas que las constituyeron determina también su evolución y pervivencia, restringiendo el acceso y la permanencia en las mismas para evitar que personas extrañas a la vecindad o no relacionadas familiarmente con los comuneros originarios pudieran participar y decidir en las comunidades de montes. La vecindad y domicilio en la población se convirtió en el requisito común inicial de adquisición de los títulos de participación unido a la vinculación familiar con los titulares originarios, lo que indica un carácter claramente germánico de estos consorcios, que ha pervivido especialmente en las comunidades de las comarcas en las que había un mayor arraigo consuetudinario de la institución de las *Casa*, por imputarse a ella la titularidad de las participaciones, representada por los miembros de la familia. Pero el fenómeno social de la emigración interior ha puesto en cuestión la continuidad de este requisito, aplicado de forma estricta, ya que el incumplimiento del mismo no conducía necesariamente a la pérdida automática de la titularidad dominical, propio de las comunidades germánicas y, en algunos casos, hemos visto como la pérdida de la vecindad lo que originaba era una suspensión, que no pérdida, de los derechos de los partícipes.

### 5.3.2. Derechos y obligaciones de los partícipes

En la Comunidad de Galve, la escritura constitucional de 1898 declara los derechos de los vecinos accionistas a realizar los aprovechamientos de pastos, leñas y gamones y caza (cláusula quinta), pudiendo acceder a los mismos los vecinos no accionistas pagando determinadas cantidades a los órganos de la comunidad, y el mismo tratamiento reciben los nuevos vecinos que no tengan la titularidad de alguna acción. Como señala EMBID<sup>76</sup>, es mucho más restrictivo el uso agrícola, no reconociendo derecho alguno sobre las roturaciones a los vecinos no accionistas. Esta situación se modificará con el paso del tiempo y la extensión de las roturas, por lo que los vecinos accionistas se reservan los derechos de pastos y se extiende vecinalmente la posibilidad de roturar y cultivar una parcela en el monte, limitando su extensión.

En los Estatutos de Galve de 2013, bajo la denominación de «Sociedad de Montes de Galve», el art. 8 enumera los siguientes derechos de los llamados accionistas: participar en la administración y gobierno de la Sociedad, cuando son elegidos como miembros de la Junta directiva; ser informados de todos aquellos datos relativos al funcionamiento de la Sociedad que les interese conocer; participar en

---

<sup>76</sup> EMBID, *op. cit.*, p. 131.

los aprovechamientos de pastos y parcelas, en los términos previstos por los estatutos; transmitir, con limitaciones, las acciones *inter vivos* o *mortis causa*; derecho de adquisición preferente de las acciones de otros socios; y los demás que señale los estatutos, con especial mención del derecho al voto para elegir los miembros de la Junta directiva, y de presentación de su candidatura para cualquiera de los cargos.

Entre los deberes de los accionistas, se encuentran (art. 9): cumplir los preceptos de la legislación, estatutos y acuerdos de la Junta General; desempeñar con diligencia los cargos de la Junta Directiva o cualquier otro; asistir a las reuniones convocadas; defender los intereses de la Sociedad de Montes en proporción al número de acciones; comunicar a la Junta General los datos y características de cualquier transmisión de acciones; facilitar el acceso a agentes de protección de la naturaleza y forestales a los montes de la sociedad (arts. 113 y 114 Ley de Montes de Aragón); y todos los demás que deriven de las normas o acuerdos.

En el Reglamento del Monte Estós de 1918 solo se mencionan los derechos de aprovechamiento pecuarios de los vecinos propietarios del Monte, que pagan una cantidad por el aprovechamiento igual que los no propietarios, pero tienen derecho a recibir el sobrante de los ingresos; y aunque no se menciona expresamente, derecho a elegir los miembros de la Junta Administrativa.

En los estatutos de la Comunidad del Monte Estós de 1999, se enumeran entre los derechos de los partícipes (art. 9): a asistir, que puede delegarse, y votar en las Asambleas Generales, teniendo cada copropietario un voto; a elegir y ser elegido para los cargos de la Comunidad; a percibir los rendimientos repartibles del Monte; a disfrutar de los aprovechamientos individuales que autorice la Junta Administrativa; y a separarse de la Comunidad recibiendo de ésta el importe de su participación.

Entre los deberes (art. 10) figuran: acatar los acuerdos de los órganos de la Comunidad; abstenerse de realizar usos o aprovechamientos de bienes de la comunidad sin permiso de la Junta Administrativa o contrariando la autorización; abonar las cuotas que fije la Asamblea General; poner en conocimiento de la Junta Administrativa cualquier información que pueda afectar a los intereses de la Comunidad; y poner en conocimiento de la Junta Administrativa el propósito de enajenar su participación.

En los Estatutos de la Comunidad de Propietarios de Montes y Asociación de Ganaderos de Alcañiz de 1965, se dedican los arts. 36 a 42 a los derechos y obligaciones de los asociados pero además de la obligación ya citada de permanecer por cincuenta años en la Comunidad y la prohibición de vender o arrendar las acciones a no asociados, los derechos y obligaciones se ciñen al aprovechamiento pecuario de los montes con el mismo número de cabezas de ganado que acciones posean, pagando a la Comunidad por el exceso, y la obligación de nombrar representante cuando se ausente de Alcañiz.

En la Sociedad de Comuneros del Monte de Fabara (1921) no hay clausulado específico sobre derechos y deberes de los socios, pero se menciona la obligación

de permitir el pastoreo de sus terrenos por el resto de asociados una vez levantadas las cosechas, bajo sanción de perder el derecho de roturar, cortar leña y fabricar cal y yeso en los montes de la Comunidad; también tienen derecho a ampliar sus roturaciones sin perjuicio de tercero, pagando una cuota por ello, y la obligación de pagar una cuota anual por cabeza de ganado por el derecho de pastos o hierbas; y el derecho a recibir los repartos de beneficios en proporción a su participación y de elección de los órganos de la Sociedad.

#### **5.4. El objeto de las comunidades y sociedades: explotación y aprovechamientos de los montes**

En Galve (1898) se adquieren cinco fincas, que se dividen en mil acciones o partes alícuotas iguales, «entendiéndose que esta división se hace intelectualmente y no materialmente pues el dominio de dichas fincas continuará *proindiviso* como hasta ahora» (base 1<sup>a</sup>). Las fincas se utilizan para aprovechamientos de pastos, que corresponde a los copropietarios vecinos, dando derecho cada acción a un cupo de ocho cabezas de ganado lanar o cabrío o el equivalente de otras especies; otros aprovechamientos que corresponden a los copropietarios son los de leñas y gamones, pero para el consumo doméstico y hornos, y no para la venta. Los aprovechamientos y usos agrarios de los montes se restringen para los copropietarios, y se prohíben para los no propietarios aunque, como se ha señalado, posteriormente se extendió el derecho a roturar parcelas por el resto de vecinos de la población. Las normas de 31 de marzo de 1962 sobre lotes de parcelas<sup>77</sup> indican que la concesión a los vecinos de las parcelas no conllevaba un correlativo derecho de propiedad sobre las mismas, de las que era propietaria y administradora la Comunidad a través de la Junta administradora: «2<sup>a</sup>. Todos los vecinos que tienen lotes de parcelas, son únicamente usufructuarios de las mismas, para que las trabajen a usos y costumbres de la localidad y produzcan lo que más les interesa».

En los Estatutos de 2013, se indica que los montes de la Comunidad son montes privados en comunidad de bienes *proindiviso* (arts. 1 y 2), dividida por sus copropietarios en mil acciones o cuotas alícuotas iguales, y que el objeto de la «Sociedad» es la administración y aprovechamiento de dichos montes, cuyo régimen de explotación conjunta «consistirá en la contribución económica y participación en los beneficios en igual proporción al número de acciones que sean propietarios» (art. 6).

En el capítulo IV (actos de disposición), se regula el aprovechamiento de leñas y gamones (art. 21); el de pastos (art. 22), que comparten copropietarios y vecinos, pagando todos un pequeño canon por cabeza de ganado, pero con preferencia en el aprovechamiento de los accionistas respecto al resto de vecinos; el de roturación de parcelas, al que tienen derecho todos los vecinos de Galve con casa abierta durante más de seis meses, pagando un canon y siendo la adjudicación rotativa y renovable cada diez años; y los artículos siguientes (24 a 26) ya no se refieren a aprovechamientos tradicionales, sino a los nuevos aprovechamientos

---

<sup>77</sup> EMBID, *op. cit.*, p. 242.

cinagéticos, de extracción de minerales industriales e instalaciones eólicas, facultándose al presidente de la Comunidad para suscribir contratos de explotación con empresas o particulares destinados a estos aprovechamientos en terrenos comuneros. Finalmente, la Junta General podrá aprobar la instalación de colmenares (art. 27), o solicitudes de cesiones de uso u otros aprovechamientos o actos de disposición, que podrá aprobar por delegación la Junta Directiva con posterior ratificación de la Junta General (art. 28).

Sobre el Monte de Estós, ya se han comentado los aprovechamientos y derechos de los copropietarios a los mismos en el Reglamento de 1918, que perviven también con una extensa y detallada regulación en los Estatutos de 1999, que dedica el capítulo IV (arts. 36 a 54) a los mismos, contemplando los aprovechamientos ganaderos, madereros y de leña, y otros frutos, cuyo régimen sigue determinando la Junta Administrativa (art. 36. Regla general). Cabe destacar el art. 53, sobre otros aprovechamientos, que establece la competencia de la Junta Administrativa para «promover nuevas formas de utilización de las que sea susceptible el Monte, de modo que sin perjuicio de su debida conservación y mejora, pueda ser objeto de aprovechamientos y usos que respetando los tradicionales, propicie otros acompañados a las necesidades económicas y laborales de Benasque y que permitan incrementar los rendimientos del Monte», citando a continuación posibles iniciativas sobre arrendamiento de terrenos, constitución de derechos de superficie para construcciones aisladas, y con fines turísticos, deportivos o meramente recreativos, explotación directa o por cesión de pistas de esquí de fondo, fomento de aprovechamientos cinagéticos y otros usos secundarios, siempre bajo contraprestación, y contando con la autorización o aprobación de la Asamblea General.

La peculiaridad de la Comunidad y Asociación de Ganaderos de Alcañiz, lleva a incluir en los estatutos como asociación el patrimonio de la Comunidad que corresponde a los montes adquiridos, que configura el patrimonio fundacional, y los derechos sobre abrevaderos en el término municipal y en otros colindantes (arts. 47 a 50); y respecto a los aprovechamientos, además del principal pecuario, los estatutos regulan la posibilidad de que la Junta Directiva conceda, con contraprestación, aprovechamientos de leñas y canteras, cesión de terrenos para la construcción de caminos, y aprovechamientos para usos agrícolas, en los que son preferidos como cesionarios los asociados.

En la Sociedad de Comuneros de los Montes de Fabara, los estatutos de 1921 de la Sociedad particular civil que se constituyó para la adquisición de unas Dehesas, pero tiene también por objeto la posible adquisición de otras fincas que pudieran convenir a la Sociedad, y la explotación de aquellas conforme al contrato constitutivo y los acuerdos de los órganos de la Sociedad (pacto 1º), y cuyos aprovechamientos principales son los agrícolas y ganaderos (pactos 17º, 18º y 19º).

## **6. Situación y problemática de las comunidades y sociedades de montes privadas aragonesas**

La historia de las comunidades y sociedades privadas de montes ha sido, tanto en Aragón como en otras regiones, muy accidentada. No podemos entrar en

este trabajo en las causas sociales y económicas de los cambios que han sufrido estas entidades, pero sí podemos situarlas en el marco de una triple crisis que ha sufrido el mundo rural español en el siglo veinte: la crisis de una economía rural de subsistencia, que complementaba sus rentas con los aprovechamientos colectivos, especialmente de pastos y leñas en los montes, y que han perdido su importancia en las economías domésticas y, en algunos casos, han prácticamente desaparecido; la crisis de la agricultura tradicional familiar, que ha debido responder a un proceso de modernización y de adaptación a las demandas del mercado, cada vez más globalizado; y la propia crisis del mundo rural, enfrentado a nuevos modelos sociológicos urbanos, que ha sufrido un enorme proceso migratorio y de cambio en las relaciones convivenciales, difuminándose los sistemas de solidaridad vecinal colectiva reglados consuetudinariamente en favor de un mayor protagonismo individual y de otras formas organizativas de cooperación<sup>78</sup>.

En relación a las comunidades y sociedades colectivas privadas de montes hay que constatar, en primer lugar, que incorporaron los principios y reglas comunitarias tradicionales y consuetudinarias en el régimen de los usos y aprovechamientos de los montes adquiridos y en su propia organización, que ha sido un factor importante en su evolución. La identificación con la comunidad poblacional o vecinal de sus miembros está presente o subyace en la regulación de estas comunidades, incluso en las que adoptaron o han adoptado la forma societaria de organización, por lo que no son simples comunidades de bienes privadas, sino que cumplen una función social en la vida y desarrollo de estas poblaciones.

Esta estrecha conexión vecinal ha determinado las distintas situaciones en las que podemos encontrar a estas comunidades de montes, ya que en algunas ocasiones la falta de actividad o de organización, o la reducción sustancial de sus miembros, y la estrecha relación con la Administración local como representación de los vecinos, ha originado una confusión entre lo privado y lo público, y la gestión- y en algunas ocasiones la titularidad- de estas comunidades por los Ayuntamientos. En sentido contrario, ha existido una fuerte corriente disgregadora en las comunidades, que se produjo desde su origen por la reivindicación de particulares de la titularidad de estos bienes o por el paso del tiempo en la individualización de las cuotas, y su posible transformación económica, con reclamaciones de posibles sucesores de comuneros originarios e inmatriculación registral de las cuotas con vistas a una posible división o disolución de la comunidad, que transformase el valor de uso por el valor de cambio de las mismas, al perderse la vinculación con la población de origen o por desinterés en sus aprovechamientos.

SANZ JARQUE ordena los problemas y sus causas de las sociedades y comunidades de montes en Aragón, especialmente en la provincia turolense en las que tenía contabilizadas sesenta y dos entidades en 1980, y apunta que son muchas las circunstancias que han de tenerse en cuenta, y algunas de ellas peculiares de cada entidad, por lo que no cabe generalizar los problemas y las posibles soluciones<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> SANZ JARQUE, J. J., «Comunidades y sociedades de montes de origen vecinal», en *Homenaje a Lorente Sanz*, Zaragoza, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 2002, p. 174.

<sup>79</sup> SANZ JARQUE, *op. cit.*, (1980), p. 79.

Constata, en primer lugar, la desaparición de algunas de ellas, convirtiéndose sus tierras en bienes municipales de naturaleza comunal y en muchos casos en fincas particulares, por apropiación a través de roturaciones que, finalmente, se inscribieron en el Registro de la Propiedad sin oposición de los representantes de la entidad. En otras ocasiones se destinaron a repoblación forestal mediante consorcios o con cambio de titularidad<sup>80</sup>. También, en este sentido, señala la importancia para su desaparición o transformación de la pérdida de documentos, archivos y registros.

Y como causas generales, señala:

1. *Pérdida de importancia por el cambio social.*

El cambio social en el ámbito municipal en el que se sitúan estas comunidades han hecho perder su importancia originaria, factor que va unido a la pérdida de importancia de los aprovechamientos agrosilvopastorales en los montes<sup>81</sup>, la emigración generalizada en pequeñas poblaciones y la reducción del número de habitantes dedicados al sector primario.

2. *Cambios en la titularidad*

Indica SANZ JARQUE como la titularidad nominalista y precisa de los socios fundadores de la comunidad se ha sustituido por una titularidad indefinida, imprecisa y litigiosa de quienes les han sucedido.

Ello ha ocurrido en razón a dos causas principales: la no inclusión de las participaciones y derechos en la comunidad en el haber hereditario, ni haberse inscrito o liquidado los correspondientes impuestos. Y unido al anterior, la pérdida de la vecindad.

SANZ JARQUE vincula la pérdida de la vecindad a la extinción de la titularidad en la comunidad, por lo que el derecho revierte a la comunidad y acrece a los demás comuneros. Como hemos visto con anterioridad en este trabajo, solo en las comunidades de corte germanista va ligada la titularidad de participaciones

---

<sup>80</sup> Vid. MARTIN-RETORTILLO, C., «Comunidad de bienes de origen comunal», *op. cit.*, p. 223; NIETO, A., *Bienes comunales*, *op. cit.*, p.

<sup>81</sup> Los problemas en el ejercicio y mantenimiento de los derechos sobre los aprovechamientos ya comenzaron en la época anterior a la desamortización, pero se agudizaron tras ésta. En muchos casos, la adquisición vecinal de los montes salvó de su extinción a estos derechos de pastos, pero en otros casos fueron las mismas comunidades compradoras de montes las que pusieron obstáculos o consiguieron extinguir derechos de pastos que se ejercían como mancomunidades o servidumbres de pastos (alera foral) con vecinos de otras poblaciones sobre tales montes. Ya denunció RIPOLLÉS Y BARANDA, M., *Jurisprudencia civil de Aragón*, Zaragoza, imprenta de Calixto Ariño, 1897, pp. 277-279, que el paso de montes comunes a propiedad privada de individuos y «asociaciones, constituidas éstas en muchos pueblos con objeto de que los aprovechamientos continuaran en beneficio del mayor número de vecinos», había ocasionado en ambos casos perturbaciones en el ejercicio de la alera foral y las mancomunidades de pastos, de tal forma que dicho autor, coetáneo al proceso desamortizador, considera que el cambio de dueños de los montes suponían una amenaza de total desaparición de dichos derechos de pastos. ISABAL, M., voz «Pastos», en *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XXIV, p. 467, en nota, indica, tras la adquisición de los montes por particulares y vecinos, los abusos que se producían en los aprovechamientos y el riesgo de desaparición de las comunidades de pastos, por oponerse al art. 600 CC, y de las servidumbres colectivas de pastos, por tener un carácter comunal según la legislación y podía hacerlo enajenable por el Estado y dar lugar a la intervención forestal de la Administración pública. Y FAIRÉN GUILLÉN, V., *La alera foral*, Zaragoza. Institución «Fernando el Católico», 1951, pp. 59-61 y 168-9, describe como no se hizo constar la servidumbre de pastos de alera foral en algunos boletines de ventas de bienes desamortizados, por lo que originó confusiones y extinciones de aleras forales, aunque en otros casos sobrevivió e incluso tuvo importancia dicho aprovechamiento en la adquisición de algunos montes desamortizados por las comunidades vecinales. También desapareció posteriormente en algunos montes en que se ejercitaba el derecho de pastos por roturación de los terrenos.

nominales con la vecindad, pero ello es debido a que no se ostentan cuotas patrimoniales efectivas sino que la propiedad pertenece colectiva y solidariamente a los vecinos comuneros, y sirve de medida de participación en caso de disolución de la comunidad, o -solo en algunas de ellas- en los aprovechamientos y en la participación en los órganos de gobierno y administración. Ello ocurre en algunas comunidades del Pirineo y, parece, que en la comunidad de Castel de Cabra, que el autor desarrolla a modo de ejemplo.

Niega, por tanto, el proceso de mercantilización y disponibilidad de las participaciones o cuotas de estas entidades fuera de la vecindad, que considera no solo ilícita o nula, pero que se contradice con el art. 399 CC. La regulación de las comunidades y sociedades de montes aragonesas, adaptadas necesariamente al modelo romanista de comunidad, introdujeron desde su contrato constitutivo la indivisión de la entidad y las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones, vinculadas a la vecindad, pero previeron que en caso de pérdida duradera de vecindad dichas cuotas las adquiriese la comunidad o se adquiriesen por el resto de comuneros, otorgándoles un derecho preferente de adquisición.

Ya hemos señalado previamente como, en razón principal a la emigración de los territorios rurales, los estatutos y reglamentos de estas comunidades han relajado la vinculación vecinal y ha pasado a tener una más destacada importancia la vinculación familiar con los comuneros originarios, para mantener el carácter «cerrado» de las comunidades frente a extraños.

Se ha descrito por varios autores<sup>82</sup>, la época de confusión en las titularidades de las comunidades al paso de dos generaciones, que originaron -como señala NIETO- multitud de conflictos por pérdida de los vínculos de solidaridad vecinal y peticiones de división de las comunidades, y por deficiencias en las titularidades, que se agravaban con el paso del tiempo, la emigración y la falta de constancia en las transmisiones sucesorias, que llegaron a hacer casi imposible averiguar y conocer quiénes fuesen los verdaderos titulares del condominio, y que también desembocaron en peticiones de reintegro del valor de cuotas y participaciones, provocándose conflictos y desavenencias sumamente perturbadoras (MARTÍN-RETORTILLO).

Cabe señalar el cuidado que ponen en la modificación de los estatutos y reglamentos (Comunidad de Monte Estós, 1999; Comunidad de Galve, 2013) las entidades en el libro registro de socios y comuneros, con precisas indicaciones sobre transmisiones, altas y bajas, y la obligatoriedad de su inscripción en los mismos, además de en los correspondientes registros públicos.

---

82 MARTÍN-RETORTILLO, C., «Comunidad de bienes de origen comunal», *op. cit.*, pp. 214-17; NIETO, A., *Bienes comunales*, *op. cit.*, pp. 411-13; ISABAL, M., voz «Pastos», en *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XXIV, p. 467, en nota, señala los abusos que se producían en los aprovechamientos y que cualquier cambio en la parte de propiedad exigía para su inscripción operaciones y gastos de los que se solía prescindir «produciéndose, al cabo de algunos años, grandes confusiones»; FLÓREZ DE QUINONES, V., «Comunidad o servidumbre de pastos», en *RDP*, 237, (1933), pp. 167-8, consideraba que pasaron aquellos bienes comunes a constituir un condominio de imposible administración en la práctica, al transcurrir de algunos años, por ser imposible averiguar la participación que cada interesado correspondía en la titularidad, al realizarse las transmisiones hereditarias sin testamento ni declaraciones de herederos. Y EMBID, *op. cit.*, (1993), pp. 87 y 111, plantea la inadecuación entre el régimen concreto de la comunidad de Galve y el régimen general de estas comunidades, que encierra una conflictividad latente innegable, que se expresa también por el amplio período de tiempo transcurrido desde la constitución de la comunidad y la pérdida de conciencia de los titulares actuales y del sentido de su titularidad.

También influye, como señala KARRERA<sup>83</sup>, encontrarnos ante situaciones jurídicas en las que no se da el paso jurídico de constitución en sociedades civiles o mercantiles con personalidad jurídica y por ello, el ropaje jurídico de la comunidad de bienes planteará, no en el inicio pero sí tras los ineludibles traspasos generacionales, problemas en la administración y disposición de los montes. Destaca especialmente el desconocimiento y dispersión de los copropietarios ha llevado a la toma de decisiones por personas sin la suficiente representación de la comunidad, e incluso el destino de las rentas obtenidas adquiere un elevado riesgo de constituir una apropiación indebida de bienes ajenos (SATZ 21 de junio de 1974, Sociedad Comunera de los Montes de Pedrola, que condujo a su disolución; y SAP Huesca de 30 diciembre 2004, sobre el Monte de Bandalíes<sup>84</sup>).

### 3. Cambio de destino de las tierras

Comenta SANZ JARQUE el extraordinario, y en algunos casos radical, cambio experimentado respecto al uso de los patrimonios de las sociedades y comunidades de montes al desaparecer la ganadería en algunas poblaciones y los aprovechamientos de pastos y leñas. Han aumentado las repoblaciones forestales y las roturaciones de los montes, que se limitaban en los contratos de constitución de las comunidades para preservar los aprovechamientos pecuarios frente a los agrícolas<sup>85</sup>, fenómeno que ha sido ya imparable con la modernización de la maquinaria agrícola y la transformación en regadío de amplias zonas.

MANGAS NAVAS comenta como la compra y subsiguiente partición del predio enajenado entre el vecindario, haciendo compatible la división en lotes familiares con el mantenimiento de ciertas prácticas colectivas de uso tradicional (pastos y leñas en común), siendo frecuente cierto grado de intermediación municipal, parece ser una situación bastante extendida tras la desamortización en varias provincias. Y que, en los casos que las fincas se dividieron en lotes agrícolas manteniendo aprovechamientos colectivos, la evolución ha llevado a una coexistencia incómoda entre lo individual y lo colectivo, y el condominio ha solido hacer difícil toda forma de explotación agraria eficaz, mientras que los vecinos de los pueblos que actuaron con un mayor sentido comunitario, adquiriendo los bienes desamortizados para mantener su integridad indivisible en beneficio del vecindario, como en los valles pirenaicos de larga tradición ganadera, eran más proclives a una explotación comunitaria, aunque la acomodación a las nuevas fórmulas de asociación originaron problemas y fracasos<sup>86</sup>.

83 KARRERA EGIALDE, M.M., «Un modelo social de defensa jurídica frente a la enajenación de bienes comunales (concepciones rurales versus urbanas)», *op. cit.*, versión electrónica, p. 8.

84 JUR\2005\28037. El recurrente exigía la rendición de cuentas de la comunidad, que administraba una Asociación, y cuyos beneficios se dedicaban a fines municipales vecinales.

85 Lo señala EMBID, *op. cit.*, (1993), pp. 87-8 y 112, referido a la comunidad de Galve; y una visión general de la pérdida de importancia de estos aprovechamientos, ligados a una agricultura de autoconsumo, en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., «Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura», *Anuario de Derecho Civil*, 1976, n° 2, p. 296

86 MANGAS NAVAS, J.M., *La propiedad de la tierra en España: los Patrimonios Públicos. Herencia contemporánea de un reformismo inconcluso*, Madrid, Instituto de Estudios Agrarios, Pesqueros y Alimentarios, 1984, pp. 219-22, con cita de COSTA para los casos del Pirineo aragonés.

Con ocasión de la actualización de su trabajo sobre sociedades y comunidades de montes en 2002, SANZ JARQUE<sup>87</sup> señala tres grupos de situaciones en la actualidad de estas entidades que refiere, de nuevo, especialmente a la provincia de Teruel:

*1. Comunidades y sociedades que aparentemente han desaparecido, sin haber actual noticia de las mismas.*

Considera que en estos casos se han «apoderado» de los bienes los Ayuntamientos, convirtiéndolos en bienes comunales, incluyéndolos en el inventario de bienes comunales del municipio, con conocimiento y connivencia, en algunas ocasiones, de los propios comuneros para eximirse del pago de impuestos. De esta situación y de la siguiente se trata en el apartado de Derecho administrativo local al establecer, siguiendo la clasificación que hace EMBID, las relaciones sobre los bienes entre Ayuntamientos y comunidades de montes.

Cabe anotar, con SANZ JARQUE, que dichas comunidades privadas no han desaparecido ni necesariamente se han extinguido los derechos de los comuneros, por lo que es posible su reivindicación por sus legítimos titulares.

*2. Comunidades y sociedades de Montes que subsisten formalmente, pero que no tienen vida orgánica alguna, ni funcionan; siquiera los vecinos gozan personalmente de sus derechos en los montes y tierras; y con la aportación de la ganadería pagan los impuestos de la vieja contribución rústica.*

Para SANZ JARQUE son la mayoría de ellas y, a veces, no son conocidas por la población donde se encuentran los bienes. En estos casos los Ayuntamientos se arrojan funciones de administración («administradores por cuenta de otro») y hasta actúan como si fueran titulares de sus bienes, lo que es positivo dado el estado de abandono y desinterés de los socios-vecinos, que no contaban con una organización estable de la comunidad ni con una gestión profesionalizada de la misma., pero no dejan de ser los Ayuntamientos «administradores por cuenta de otro», con la obligación de rendir cuentas.

*3. Comunidades y sociedades de montes que funcionan y tienen vida orgánica y societaria, con domicilio social abierto.*

SANZ JARQUE indica que son pocas en la provincia de Teruel, pero significativas por las funciones e intereses económicos y sociales que representan, entre las que incluye las «Sociedades de Ganaderos», que es una clara alusión a la Comunidad de Alcañiz.

Son las únicas que considera que realizan una utilización y explotación adecuada de su patrimonio, mientras que considera que en los otros casos las tierras están infrautilizadas y mal utilizados los múltiples recursos que encierran, no cumpliendo la función de conservación racional y ecológica de los montes.

Sin embargo, cabe mencionar que, en algunas comunidades, además de la intensificación de los usos agrícolas, son otro tipo de aprovechamientos los que van tomando relevancia, como los ambientales, de ocio, cinegéticos, mineros,

---

<sup>87</sup> SANZ JARQUE, J. J., «Comunidades y sociedades de montes de origen vecinal», *op. cit.*, 2002, pp. 178-9.

energéticos (aerogeneradores), etc., a través de contratos de arrendamiento a empresas, lo que indica el valor del patrimonio de las comunidades como reserva para otras actividades.

No hace ya propuestas el profesor SANZ JARQUE en 2002 sobre posibles soluciones a los problemas generales de las sociedades y comunidades de montes en Aragón, salvo una invocación general a la necesidad de una utilización racional y ecológica de las tierras que favorezcan el desarrollo empresarial y contribuyan al desarrollo regional<sup>88</sup>. En 1980 ya insistía en el mejor uso y aprovechamiento racional de los recursos, pero reclamando la participación de los propios interesados en la búsqueda de soluciones particulares para cada entidad, pero también soluciones generales por resultar una cuestión de interés público, que afecta a la ordenación del territorio y a la agricultura, «y son los gobernantes a nivel nacional y regional quienes deben poner manos en obra»<sup>89</sup>.

Los problemas pasados y actuales no nos deben hacer olvidar la historia, y como el profesor MARTÍN-RETORTILLO señalaba las ventajas obtenidas frente a los inconvenientes observados. Destaca al respecto la posibilidad de mantener los aprovechamientos tradicionales en manos de la comunidad vecinal, tan importantes como aprovechamientos necesarios y rentas complementarias para la subsistencia económica familiar, lo que no hubiera ocurrido si se hubieran adjudicado las tierras a terceros, y el mantenimiento de los sistemas tradicionales de aprovechamientos, equitativos y racionales en el uso y reparto entre los vecinos, lográndose incluso incrementar los rendimientos de los mismos, sin intervención o interferencia de Administraciones Públicas.

La evolución de estas sociedades y comunidades de montes ha sido diversa, como constata SANZ JARQUE para las turolenses, y los retos actuales son de modernización en la explotación agraria sostenible de los patrimonios y de actualización de sus regímenes estatutarios, por los cambios de usos, titulares y gestión de las comunidades. Como señala KARRERA<sup>90</sup>, una de sus fortalezas es mantener una entidad de grupo vinculada por la posibilidad del aprovechamiento de una explotación agraria, que vincula los bienes de origen vecinal y comunal con la agricultura de grupo, que propugnaba GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>91</sup> como una de las bases para una reforma agraria de los patrimonios colectivos y públicos. Añade SABIO ALCUTÉN la conclusión, aplicada a la comunidad de Biota, pero extensible a otras aragonesas, que «desde un enfoque socioambiental no salen mal paradas ciertas formas de gestión de terrenos comunales o vecinales, no necesariamente por tener tal carácter colectivo, sino porque su acceso estaba razonablemente bien regulado y el manejo de los recursos agrarios forestales resultaba más sostenible (...); más que la forma de propiedad en sí

88 SANZ JARQUE, J. J., «Comunidades y sociedades de montes de origen vecinal», *op. cit.*, 2002, p. 177.

89 SANZ JARQUE, *op. cit.*, (1980), p. 82.

90 KARRERA EGIALDE, M. M., «Un modelo social de defensa jurídica frente a la enajenación de bienes comunales (concepciones rurales *versus* urbanas)», *op. cit.*, versión electrónica, p. 10.

91 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura», *op. cit.*, pp. 305 y ss.

misma, incidieron en la sostenibilidad los criterios de manejo y gestión, y ahí las propiedades vecinales autorreguladas se revelaron bastante eficaces»<sup>92</sup>.

En su evolución, ya no se puede calificar a algunas comunidades de «estáticas» sino dinámicas, dedicadas no solo al uso y disfrute de los bienes sino a la explotación de sus variados recursos, lo que les aproxima a una configuración societaria como veremos. Esta evolución ha sido más fácil para las que adoptaron la forma societaria desde el inicio -o se les reconoció tal naturaleza-, o se han transformado posteriormente en sociedades de diversa clase. El destino de otras comunidades, que han permanecido aletargadas en el tiempo o no se han adaptado a las nuevas formas de gestión y organización, es más incierto, lo que no impide que continúen su actividad como comunidades con su propia regulación, y decidan los propios comuneros su continuidad privada o establecer una mayor interrelación con las administraciones locales en el uso vecinal de los bienes.

Ponía de ejemplo también GARCÍA DE ENTERRIA de fórmulas de gestión de patrimonios colectivos la legislación de los montes vecinales en mano común, como norma que contempla la titularidad y gestión vecinal de aprovechamientos, separada de las entidades públicas, y esta solución es la que ha dado también la jurisprudencia territorial para algunas de estas comunidades, con rasgos germánicos, del Pirineo aragonés. La aplicación efectiva de la ley estatal de 1980 en Aragón, o el desarrollo autonómico de la legislación de montes vecinales en mano común, parece una mejor solución que la solución para los montes de socios- nueva denominación que se otorga a las comunidades *pro indiviso* de montes- de la reforma de la ley estatal de montes de 2015 (art. 27 bis. *Montes de socios*), que inicia una nueva acción desamortizadora, en este caso contra las comunidades privadas vecinales y a favor del Estado.

Esta reforma, como se explica al tratar de la legislación de montes, venía motivada por los problemas de gestión y actualización de titularidades de comunidades de montes en varias provincias españolas, destacando la de Soria, representadas por la Asociación Montes de Socios, que denunciaba la situación de olvido y falta de gestión en los montes de socios, por no estar adecuados a la Ley y encontrarse, con asiduidad, con grandes trabas administrativas a la hora de tomar decisiones o realizar cualquier trámite. Consideraba especialmente dos grandes problemas<sup>93</sup>:

• **Falta de acreditación documental:** *Se trata en su mayoría de pro indivisos cuya última inscripción registral se produjo hace más de 100 años. El saneamiento legal de estos montes pasaría por actualizar datos de cuatro o cinco generaciones de propietarios. La asignación catastral de estos terrenos es también confusa y, con*

---

92 SABIO ALCUTÉN, A., *Lo que es del común no es de ningún. Campesinos disidentes y defensa del monte vecinal en Biota*, Zaragoza, Diputación Provincial de Zaragoza, 2004, p. 75. Podemos conectar los criterios de sostenibilidad mantenidos por Alberto SABIO con los defendidos por la premio Nobel Elinor Ostrom, *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, México, UNAM-CRIM-FCE, 2000, que ofrece una alternativa, avalada por el estudio de varias instituciones de larga duración en varios países, al agotamiento progresivo de los bienes comunes por el uso egoísta y progresivamente depredador de los mismos, lo que se ha denominado «la tragedia de los comunes» desde el artículo de Garret Hardin en 1968, sin que las soluciones vengan dadas por el Estado o derivadas de la privatización de los recursos de uso común, desarrollando estrategias de cooperación y organización común que obligan a actuar conjuntamente para obtener mayores beneficios que si actuaran independientemente, adaptando las reglas a su realidad institucional concreta y proyectándolas al futuro para perdurar, con participación y supervisión de sus miembros.

93 [http://montesdesocios.es/sites/default/files/dossier\\_informativo\\_completo.pdf](http://montesdesocios.es/sites/default/files/dossier_informativo_completo.pdf)

*frecuencia, errónea. En ocasiones la adjudicación se realiza indebidamente a sociedades inexistentes, a titulares fallecidos, o a entidades que no representan exactamente a los legítimos propietarios de los montes.*

• **Dificultades de administración:** *La gestión y el aprovechamiento de estos montes se ven entorpecidos por la exigencia legal de acuerdos mayoritarios entre los cotitulares, dificultados por la dispersión de los propietarios, la escasa coordinación entre ellos y, a veces, el desinterés de las nuevas generaciones. Todo esto impide la gestión ordenada y sostenible de estos territorios y sus aprovechamientos, imposibilitando la formalización de contratos o acuerdos, así como el acceso a subvenciones o ayudas públicas para su conservación.*

Resulta al menos preocupante que una reforma legal que intenta solucionar problemas detectados en muchas comunidades de montes aporte una solución muy diferente a la solicitada por representantes de estas entidades.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil, en el acta citada de la sesión de 1 de junio de 2016, menciona dicha reforma de la ley estatal de montes, pero remite a una posible reforma de la legislación aragonesa sectorial de montes para buscar «la solución más adecuada a los problemas existentes para la gestión de algunos montes vecinales en mano común». Rechaza la modificación del Código del Derecho Foral de Aragón para incluir el reconocimiento de personalidad jurídica a las comunidades y sociedades de montes de origen vecinal, ya que origina un contrasentido en el caso de las sociedades reconocidas como tales, pero no parece que sea suficiente con la reforma de la legislación aragonesa de montes para dar solución jurídica a algunos de los problemas que tienen las comunidades privadas de montes en Aragón, ya que su naturaleza es más variada que la de los montes vecinales en mano común, que pueden tener acomodo en la ley estatal sectorial de 1980, o en el desarrollo en este ámbito de la ley aragonesa de montes.

El problema jurídico de origen y de fondo que tienen las comunidades privadas de montes en Aragón es su casi incompatible adaptación al modelo de comunidad ordinaria regulada en el Código civil, y puede plantearse una alternativa en la legislación civil aragonesa que contemple rasgos diferenciales del Código civil, como hace en algunos aspectos el art. 585 CDFA al regular las mancomunidades de pastos y ademprios, y un mayor ámbito de autonomía privada de las entidades, como hace la Compilación navarra en la regulación de la comunidad *proindiviso* en las leyes 370 a 375, de naturaleza por tanto voluntaria, pero también permanente, finalista y organizada, semejante a las «comunidades funcionales», de las que tratamos más adelante.

## **7. El régimen jurídico de las comunidades de bienes en el ordenamiento español**

### **7.1. En el Derecho civil estatal**

*7.1.1. La comunidad de bienes en el Código civil. El pacto de indivisión y los límites de la autonomía privada.*

La comunidad de bienes se regula en el Código civil como la propiedad de una cosa o de un mismo derecho cuando pertenece *proindiviso* a varias personas

(art. 392.I). La situación de comunidad se produce por la cotitularidad de un derecho de propiedad (copropiedad o condominio) o de otro derecho real sobre una cosa o patrimonio. A la comunidad de bienes dedica el Código civil el Título III del Libro II (arts. 392 a 406).

Como ha señalado la doctrina, los requisitos para que exista una comunidad de bienes son: a) una sola relación jurídica entre la pluralidad de titulares y el objeto; b) un único objeto (cosa, derechos, patrimonio) que ha de ser indivisible materialmente, ya que si el objeto pudiera dividirse existiría una comunidad o cotitularidad *pro diviso* (como la regulada en el art. 586 CDFR); d) una pluralidad de sujetos de modo simultáneo y no sucesivo; e) un conjunto de titularidades de idéntico contenido cualitativo, aunque pueden pertenecerles en una proporción cuantitativa distinta; y f) la falta de personalidad jurídica de la comunidad de bienes.

La comunidad de bienes regulada por los arts. 392 y ss. CC responde al modelo de la comunidad ordinaria o romana<sup>94</sup>, ya que dichas normas: a) establecen la existencia de cuotas, que no son una parte material de la cosa -indivisa físicamente-, sino que representan una parte abstracta o ideal de ella, con un valor determinado (art. 393); b) dichas cuotas determinan la proporción en que participan en el uso y en los beneficios y cargas de la cosa común (arts. 393 a 395); c) determina un régimen de mayorías en la administración de la cosa común (art. 398) y de unanimidad para los actos de alteración material o enajenación de la misma (art. 397); d) reconoce a cada comunero la plena propiedad de su cuota, de la cual puede disponer libremente (art. 399); y e) concede a cada comunero la facultad de pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común (art. 400).

Las fuentes de regulación las señala en el párrafo 2º de art. 392: «A falta de contratos, o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título», por lo que se rige en primer lugar por los pactos o contratos, si los hubiere, después por las disposiciones especiales de la comunidad que se trate, y en último lugar por las disposiciones del Código sobre la comunidad de bienes. No cita dicho artículo los usos y costumbres como fuente normativa, que coloca la Compilación navarra, en su ley 371, entre el título de constitución y las disposiciones legales.

Los pactos y contratos que puedan regir la comunidad están condicionados por las normas imperativas que les sean aplicables según su naturaleza y, en sede de comunidad de bienes, existen diversas posiciones doctrinales, pero podemos considerar con MIQUEL que son imperativas en el Código civil las reglas

---

<sup>94</sup> La comunidad romana, señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «tiene su origen en una concepción individualista, en la cual la preeminencia se concede siempre al individuo y la situación de comunidad se concibe como algo transitorio, incidental y desventajoso (*communio incidens*). La preeminencia del derecho del individuo impone el reconocimiento de un ámbito de poder exclusivo sobre una parte o porción de derecho ostentado en común (cuota). El carácter incidental, transitorio y desventajoso que a la comunidad se atribuye, hace que deba facilitarse el camino para la desaparición de este estado, otorgando a cada comunero la posibilidad de salir inmediatamente de él en cualquier momento mediante la llamada *actio communi dividundo*». DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, Tecnos, 11993, p. 85.

contenidas en los arts. 398.3º, 400, 403 y 405<sup>95</sup>. Más allá de estas normas, en las comunidades de origen convencional serán sus propias reglas las que determinen el régimen de la comunidad, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC)<sup>96</sup>.

Las comunidades colectivas privadas de montes en Aragón, que nacieron a fines del siglo XIX, invocaron en las escrituras de adquisición del patrimonio común y de constitución de la comunidad, bajo muy diversas denominaciones, la aplicación supletoria de las normas del Código civil sobre la comunidad de bienes, considerando comúnmente los pactos y la costumbre como fuentes de aplicación previa a dichas normas. La combinación de los pactos de indivisión perpetua de la comunidad y la aplicación de las reglas consuetudinarias comunitarias por las que se regían previamente al proceso de desamortización civil de los bienes, con la nueva disciplina privada de las mismas por el Código civil, que respondía a los principios del liberalismo e individualismo en el régimen de propiedad y a la tradición romana de considerar transitorias y antieconómicas las situaciones de comunidad, ha sido especialmente problemática en estas comunidades, que surgieron precipitadamente para evitar el despojo desamortizador de estos bienes que eran indispensables y de absoluta necesidad para la subsistencia de la comunidad vecinal. Reitera MARTÍN-RETORTILLO que la premura e impremeditación en la transmisión de bienes, a veces por fiduciarios del vecindario, ocasionó la deficiencia técnica al redactar las escrituras de remitir a las normas de la comunidad de bienes del Código civil, produciéndose la anomalía de que un aprovechamiento colectivo privado quedase encajado en unas normas inadecuadas, contrarias a la esencia y características fundamentales de la comunidad vecinal anterior<sup>97</sup>.

No había otros moldes en la legislación civil de fines del siglo XIX donde encajar estas comunidades privadas que en un Código civil que rechazó regular las formas comunitarias de propiedad y aprovechamiento de bienes de origen consuetudinario, salvo para facilitar su desaparición (arts. 600 a 604 CC), y estableciendo como

95 MIQUEL GONZALEZ, J. M., «Artículo 392» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo V, vol. 2º, Madrid, EDERSA, 1985, pp. 55-6. En cuanto a los pactos tendentes a limitar la libertad de disposición de cada comunero sobre su cuota (art. 399), la eficacia de los mismos quedaría sometida a las limitaciones que, con carácter general, impone la ley a las prohibiciones de disponer de origen negocial, excepto testamentarias y por donación. También BELTRAN DE HEREDIA, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, *op. cit.*, pp. 192-94.

96 TORRES LANA, J. A., «Artículo 392», en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II (artículos 333 a 608), dirección J. L. ALBÁCAR LÓPEZ, Madrid, Trivium, 1991, p. 265, comenta que el art. 392 permite valorar la autonomía privada en materia de derechos reales y reflexionar sobre la disponibilidad de contenidos dentro de un tipo y la aplicación a regímenes especiales, y todo ello «resalta con más fuerza, si cabe, la naturaleza eminentemente dispositiva de las normas que integran el título, prestas a admitir el juego contrario de la autonomía incluso en puntos tan delicados como la prohibición de división o el pacto de indivisión, que atenta, en principio, contra un sagrado principio de la cotitularidad, el reconocido en el artículo 400. Ello sin embargo no mengua la fuerza expansiva del régimen del Código como derecho supletorio de las lagunas convencionales o de las que existen o puedan existir en las disposiciones especiales».

97 MARTÍN-RETORTILLO, C., «Comunidad de bienes de origen comunal», *op. cit.*, p. 226. MIQUEL hace una reflexión a partir de la Ley de 11 de mayo de 1980 de montes vecinales en mano común sobre la posible existencia y origen de comunidades de tipo romano: «Ahora bien, la existencia de este tipo de comunidades sobre los montes no impide la existencia de otras organizadas como una comunidad ordinaria entre sujetos determinados o determinables por ser propietarios de ciertas fincas. Así se ha puesto de relieve, por una parte, que a raíz de la desamortización se adquieren las fincas desamortizadas por grupos de vecinos y se organiza el condominio por cuotas». MIQUEL, «Artículo 392», en *Comentarios*, *op. cit.*, t. V, vol. 2º, pág. 20.

modelo institucional y social el de la comunidad ordinaria romana. Como hemos visto, las escrituras de constitución de las comunidades aragonesas intentan evitar la aplicación del ejercicio de la acción de división por cualquier comunero -y en cualquier momento- del art. 400, con pactos de indivisión indefinida o perpetua, bien acogiendo al artículo 401 (Galve, 1898; Castel de Cabra, 1897) por resultar inservibles o inútiles las fincas, si se dividiesen, para los aprovechamientos que realizaban en las mismas los comuneros, que eran los mismos aprovechamientos que ejercitaban comunitariamente con anterioridad regidos por normas consuetudinarias; o bien se acogían a una duración determinada, diez años (art. 400.II CC) en la Comunidad de Propietarios de Montes y Asociación de Ganaderos de Alcañiz (1895), pero obligaban al comunero que la solicitase con posterioridad a satisfacer todos los gastos que la división ocasionase.

Muchas comunidades de montes aragonesas han sobrevivido hasta la actualidad sin que los comuneros hayan ejercitado la acción de división o se haya impugnado lo regulado en los pactos, estatutos o reglamentos sobre este extremo, a pesar de las contiendas judiciales en dichas comunidades<sup>98</sup>, y las comunidades han modificado sus normas estatutarias aprobando y ratificando la duración indefinida de las mismas (Galve, 2013), o declarando (Alcañiz, 1965) que no puede pedirse la división hasta transcurridos cincuenta años y que a otros efectos los montes son indivisibles, y siguen rigiéndose dichos estatutos supletoriamente por los artículos 392 a 406 CC.

El ejercicio de la «*actio communi dividundo*» por cualquier comunero no es solo una forma de salir de la comunidad, sino que origina la desaparición de la propia comunidad y la concreción material de la cuota sobre la cosa o patrimonio, o de su precio. El ejercicio de la acción no tiene límite temporal por ser imprescriptible (art. 1965 CC), tiene como límite los generales de la buena fe y el abuso del derecho (art. 7 CC, y por analogía con art. 1705), y es irrenunciable, aunque se pueden establecer pactos sobre su ejercicio, por tiempo determinado que no superen los diez años, y prorrogarse dicho plazo cuantas veces se acuerde de forma expresa (art. 400.II) por todos los comuneros, ya que el pacto entre algunos comuneros solo les obliga a ellos<sup>99</sup>.

El carácter de orden público que atribuye los caracteres de absolutividad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad a la acción de división es puesto en duda por MIQUEL y CRESPO, que entienden que deriva de una configuración clásica y tradicional de la comunidad de bienes para garantizar el valor económico de la cuota a cada uno de los copropietarios, pero que carece de sentido ante comunidades en que la división no favorece esa finalidad sino la perjudica, garantizando mucho más el valor económico de la cuota la indivisión con libre transmisibilidad de la cuota ideal de cada partícipe. En tales casos en que la cosa

98 Cabe citar, a título de ejemplo, la SAP Teruel de 14 de junio de 2001 (AC 2001/2508) que reconoce la comunidad privada *proindiviso* de Galve, sin haberse planteado o entrar en la cuestión de su duración, e igual ocurre en la SAP Huesca de 13 junio 1997 (AC 1997,1737) (Comunidad del Monte Chibluco, Loporzano, 1887), que «no se cuestiona en este pleito la validez de este acuerdo, ni su conformidad con el artículo 400 del Código civil...» (FD 2º). Lo acordado en 1887 (cláusula 12ª) era que los montes no podrían ser partidos o divididos sin acuerdo unánime de todos los copropietarios.

99 DÍEZ- PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1986, p. 776.

es más fácilmente enajenable y más rentable económicamente, por partes ideales que la cosa entera, «tal derecho sería perfectamente renunciable, y tal renuncia nunca podría considerarse como contraria al interés o al orden público», o puede considerarse que la acción de división no se ha renunciado, sino que carece de sentido porque la indivisión garantiza mejor el derecho de cada copropietario. Y respecto a la imprescriptibilidad de la acción, si no tiene sentido hablar del derecho a pedir la división por no concederse a ningún condueño facultad alguna para hacer cesar el estado comunitario, menos lo tendrá referirse a la imprescriptibilidad de la acción para hacer efectiva la división<sup>100</sup>.

La facultad de los comuneros para pedir la división tiene como límite también la indivisibilidad de la cosa común al formular el art. 401 CC que: «sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina», y el art. 404 cuando «la cosa fuere esencialmente indivisible». La fórmula del art. 401, indica DÍEZ-PICAZO, es poco afortunada por su imprecisión y generalidad, ya que la idea del destino económico (uso a que se destina) debe entenderse en un sentido objetivo, determinado por la naturaleza de la cosa<sup>101</sup>, aplicable a los supuestos de cosas comunes que tienen relación con otras cosas por una función de subordinación y servicio<sup>102</sup>. El precepto establece que, en los supuestos comprendidos en dicho artículo, no existe la acción de división -con todas sus consecuencias-, por contemplarse como una excepción del art. 400.

El supuesto de indivisibilidad del art. 404 es de indivisibilidad física de la cosa, que impide la división material de la cosa por hacerla inútil para todos y alterar su rendimiento económico, pero permite la disolución de la comunidad por el procedimiento de vender la cosa común y repartir el precio. A este supuesto, con la misma finalidad, se une el contemplado por el art. 1062 CC (por remisión del art. 406 CC), por desmerecer mucho la cosa por su división, disolviendo la comunidad por adjudicación de la cosa a uno de los copropietarios que indemnizará a los demás por el valor de su participación.

La jurisprudencia, y una parte de la doctrina, aplica las consecuencias de los arts. 404 y 1062 CC a todas las situaciones de indivisión, ya sea física, jurídica, económica o social, pero el art. 401 es una excepción al art. 400 que impide el ejercicio de la acción de división y por tanto la disolución de la comunidad, mientras que el art. 404 trata del modo de ejercicio o resultado de la acción de división cuando la cosa no es fraccionable<sup>103</sup>. Los comuneros pueden decidir voluntariamente dar a la cosa en copropiedad una determinada utilidad o destino que haga a la cosa indivisible materialmente (art. 404) o que desmerezca

100 MIQUEL GONZALEZ, J. M., «Artículo 392» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo V, vol. 2º, Madrid, EDESA, 1985, pp. 441-4. CRESPO ALLUÉ, F, *La división de la comunidad de bienes*, Valladolid, Lex Nova, 1993, pp. 38 a 45.

101 DÍEZ- PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, p. 777.

102 MIQUEL, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 474.

103 MORENO TRUJILLO, E., *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas*, Barcelona, José María Bosch, 1994, pp. 38-46.

económicamente por su división, pero no impediría la adjudicación a uno solo de los comuneros o la venta en pública subasta<sup>104</sup>, pero el art. 401 es un exponente de que el Código civil admite la comunidad forzosa, un tipo de comunidad en la que los comuneros carecen de acción de división por razones de conveniencia socioeconómica por una finalidad superior al interés individual de los partícipes, que podría ser apreciada en cada caso por los Tribunales en el momento que cesase esa necesidad de mantener la cosa indivisa (cuando medie justa causa, por analogía con el art. 1707 CC), debiendo volver al régimen normal de división, por lo que la indivisión no es perpetua sino forzosa.

El art. 400.II utiliza los términos «pacto» y «convención», y para MORENO TRUJILLO tienen un significado y aplicación distinta, de tal modo que el convenio o contrato de indivisión se aplica a las comunidades reguladas por el Código civil desde su inicio, en las que los comuneros acuerdan dotar durante un número de años de permanencia a la situación mediante un contrato de indivisión típico, regulado en sus caracteres esenciales en el art. 400-II CC, sometido a término final, pero admitiendo prórrogas. Pero si la comunidad no es incidental sino convencional, el acuerdo de indivisión irá incluido en el contrato de constitución, como un pacto más de la reglamentación del contrato de comunicación de bienes, en el que se regula también la duración de la comunidad y que tendrá por objeto actuar sobre las facultades de pedir la división, tal como ocurre en las comunidades aragonesas estudiadas<sup>105</sup>.

#### 7.1.2. Derechos de los comuneros en relación a la cuota y en relación a la cosa objeto de la comunidad

El comunero tiene también otros medios para no verse sometido a la permanencia en la situación de comunidad, y este derecho no necesariamente ha de traducirse en el ejercicio de la acción de división, ya que puede hacerse por otros mecanismos como la transmisión de su cuota (art. 399) o la renuncia liberatoria a la misma (art. 394). La enajenación, cesión, hipoteca o la sustitución por otro en el aprovechamiento de la cuota, art. 399, como derecho de los copropietarios no tiene más limitaciones que sus efectos respecto a los condueños estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad, y al derecho de retracto reconocido en el art. 1522 CC<sup>106</sup>.

Este derecho a la transmisión y disposición de la cuota se restringe en las comunidades aragonesas a favor de familiares y vecinos. En los actos de constitución del siglo XIX el requisito de vecindad del adquirente era común, como herencia del comunitarismo vecinal anterior, muy presente en las comunidades pirenaicas por el protagonismo de la *Casa*, como referencia de pertenencia de las participaciones, por lo que se establece la igualdad e indivisibilidad de las cuotas, aunque sean varias personas las titulares (Estós, 1999, art. 5); pero los estatutos y reglamentos posteriores van dejando en un segundo plano el requisito de vecindad, estableciendo si acaso la preferencia de vecinos frente a no vecinos en caso de igualdad

104 CRESPO ALLUÉ, F, *La división de la comunidad de bienes*, op. cit., p. 135

105 MORENO TRUJILLO, E., *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas*, op. cit., pp. 68-71.

106 MIQUEL, *Comentarios...*, op. cit., p. 439. CRESPO ALLUÉ, F, *La división de la comunidad de bienes*, op. cit., pp. 27-8.

de condiciones de adquisición si se permite la incorporación libre de comuneros (Alcañiz, 1965, art. 38).

Siguen siendo, sin embargo, comunidades cerradas en las que subsiste la restricción de transmisión, limitada en Galve (2013) a parientes directos del transmitente por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado o a otros comuneros, o en la Comunidad de Monte Estós (1999), que establece la libre transmisibilidad de las participaciones, *inter vivos* y *mortis causa*, entre cónyuge, ascendientes y descendientes del transmitente y colaterales hasta cuarto grado y entre comuneros (art. 11 del Reglamento). En los Estatutos de la Comunidad de Alcañiz (1965) se limita la transmisión a los herederos forzosos, que además hayan recibido al menos veinticinco acciones.

Y se contempla generalmente el derecho de adquisición preferente de los comuneros, en su caso a través del derecho de retracto del art. 1522 CC, prohibiendo ceder o arrendar los derechos de participación a quien no sea vecino de la población (Castel de Cabra, 1897) o no sean asociados (Alcañiz, 1965).

Como señala KARRERA, «por la propia dinámica de la regulación codificada, se rompe el criterio de la relación de vecindad para determinar el derecho real sobre los bienes comunes puesto que la titularidad del derecho civil es de exclusivo orden privado, ya autónoma de referencias externas de vinculación derivadas de vecindad». Las comunidades privadas de montes han ido adaptándose en sus reglas de transmisión de cuotas a criterios menos rígidos que los originarios, que las acercan a la comunidad de bienes ordinaria, prevaleciendo la transmisión familiar *inter vivos* o *mortis causa* de las participaciones que establece una línea de continuidad con los titulares originarios, acompañada de la contemplación del retracto de comuneros o de la transmisión a la propia comunidad cuando no se podía cumplir el régimen estatutario, como limitaciones que mantiene cerrada a la comunidad respecto a partícipes extraños, pasando a ser un requisito secundario el de la vecindad. Por ello ha tomado más importancia práctica la obligatoriedad de las inscripciones de las transmisiones en los libros-registro de comuneros y socios, donde se anotan también las transmisiones y la adquisición y pérdida de la condición de partícipes, así como la restricción o prohibición de la partición de cuotas, especialmente en las comunidades que se habían configurado como igualitarias y solo correspondía una participación por titular, que representaba a una familia o *Casa* de la población.

Valgan los ejemplos citados para apreciar que no responden a la regulación del art. 399 CC, al contemplar el derecho que tiene cada copropietario sobre su cuota como independiente y exclusivo, y atribuirle la libre disposición sobre la cuota de su propiedad. Es una materia disponible en los contratos constitutivos, estatutos y reglamentos, que permite limitar el poder de disposición de la cuota de la que es titular el comunero, como testimonio de la evolución de la original comunidad vecinal y familiar.

En relación con los derechos que se refieren a la cosa o patrimonio objeto de la comunidad, regidos por el principio de subordinación o interdependencia, la participación colectiva en los aprovechamientos, heredada de la época anterior a la constitución de las comunidades, obliga a regular la actuación individual de

los comuneros (arts. 393 y 394 CC) como copartícipes de los mismos. Para ello, todas las comunidades crean un órgano de gestión y administración con competencias muy amplias, con la denominación de Junta administradora, Junta directiva u otras similares, en las que participan los vecinos comuneros, en algunos casos con criterios igualitarios y en otros en función del número de participaciones que se poseen. A las Juntas se encomienda la ordenación y gestión de los aprovechamientos, cuyo uso suele ser colectivo en los pecuarios y de leñas pero con restricciones en los agrícolas, estableciendo en los pecuarios una equivalencia de animales por cada participación o cuota; también las Juntas se ocupan del cobro del precio fijado por su uso, reducido en el caso de los comuneros y, en muchas ocasiones, los vecinos pobres no comuneros. La posibilidad de ampliar el uso de los montes a otros usuarios vecinos no comuneros, supone unos ingresos para la comunidad, habitualmente dedicados a los gastos, cargas, impuestos, mantenimiento y vigilancia de los montes, pero con posibilidad de repartir los sobrantes.

La toma de decisiones se realiza en las Juntas por un criterio de mayoría de votos, pero no hay mención en los contratos originarios de las comunidades sobre la necesidad de unanimidad de los comuneros en los acuerdos, salvo para la disolución de la comunidad, y por ello puede destacarse la extensión del régimen de mayorías no solo para los actos de administración (art. 398), sino también para los que la doctrina y jurisprudencia interpreta como de disposición (art. 397). En los estatutos y reglamentos posteriores se regulan ya las Asambleas generales de copropietarios, como órgano de gobierno de la entidad, pero conservan las Juntas administradoras o directivas la mayoría de sus competencias, debiendo autorizar o ratificar la Asamblea general los acuerdos de mayor trascendencia.

Entre ellos cabe destacar los nuevos aprovechamientos cinegéticos, extracción de minerales o instalaciones eólicas (Galve, 2013), o con fines turísticos, deportivos o meramente recreativos (Monte de Estós, 1999), mediante arrendamientos o contratos de explotación, sobre los que cuestiona EMBID, para la comunidad de Galve, la necesaria exigencia de unanimidad en los acuerdos por la consideración de actos de disposición<sup>107</sup>.

Ha sido muy discutida la consideración de los arrendamientos a largo plazo como actos de administración o disposición. LUNA<sup>108</sup> resume la evolución de la jurisprudencia, que consideraba tras el Código civil que constituían un derecho real y suponían un acto de enajenación, y sancionaba con la nulidad aquellos contratos de arrendamiento que, bien por considerarse actos de disposición o por ser concertados por uno o varios comuneros sin contar respectivamente o con la unanimidad o con la mayoría de los demás partícipes (SSTS 28 marzo 1990, 25 septiembre 1995 o 19 septiembre 1997), mientras que la Dirección General de Registros y Notariado lo consideraba un acto de mera explotación y contratable por acuerdo de la mayoría de los condueños. La opinión de LUNA es que el disfrute por un tercero de la cosa

---

107 EMBID, *op. cit.*, pp. 109-11. La STS de 13 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9689), interpreta que el art. 397 del CC regula los actos de disposición y no de administración, incluyendo tanto los actos materiales de alteración, como los actos jurídicos de disposición de una cosa en copropiedad, esto es, los actos que vayan más allá de la administración y supongan una disposición o alteración de la cosa objeto de copropiedad, que requieren la unanimidad de todos los condueños.

108 LUNA SERANO, en LACRUZ *et alii*, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 2º, *op. cit.*, p. 351.

por largo tiempo priva a los comuneros de tal disfrute, y si no puede considerarse como un acto de enajenación, menos aún debe entenderse como un acto de administración en el sentido estricto del art. 398, y por tanto debe someterse al régimen de unanimidad, aunque no esté avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni de la Dirección General de Registros y Notariado<sup>109</sup>.

También la jurisprudencia territorial aragonesa ha rechazado como acto de administración, alcanzado por mayoría, el acuerdo de asignar a cada comunero una parte de las fincas de la comunidad, en proporción a sus respectivas cuotas, para ser usadas por cada uno de ellos en exclusiva durante veinticinco años, por considerar la Audiencia Provincial que no permitía un uso simultáneo o solidario sobre una parte de las fincas, era un acuerdo similar a la concesión de arrendamientos de larga duración (art. 1548 CC) y, especialmente no respetaba el destino de las fincas que exigía un uso directo y por entero de los copropietarios, y la utilización comunitaria de los pastos que era el principal aprovechamiento<sup>110</sup>. La Audiencia Provincial de Zaragoza ha aceptado, sin embargo, la transformación de una comunidad en sociedad cooperativa agraria por un acuerdo mayoritario, no considerando que el acuerdo debiera haberse adoptado por unanimidad, por lo no deducirlo del art. 397 CC, ni de la escritura de constitución de la comunidad ni del reglamento de 1977 que la regía<sup>111</sup>.

### 7.1.3. Las comunidades germánicas

La doctrina y la jurisprudencia han venido considerando, de forma mayoritaria, que nuestro Ordenamiento Jurídico solo reconocía expresamente la comunidad romana o por cuotas ideales indivisas en la titularidad plural de los derechos reales, como consecuencia de las exigencias marcadas por el art. 392 CC. Igualmente, se ha considerado que la comunidad germánica en nuestro Derecho se manifiesta en aquellas figuras jurídicas en las que existía una previsión legal específica (como en los casos de la comunidad de gananciales, la comunidad hereditaria, aprovechamientos vecinales colectivos y montes vecinales en mano común)<sup>112</sup>.

Se parte de la idea de comparar dos modelos de comunidad, la romana y la germánica, en plano de igualdad, lo que es un error como señala LACRUZ: «lo que propone, entonces, la doctrina como “comunidad germánica”, es una abstracción, un modelo teórico, pero no un instituto real y operante en un tiempo y

109 RODRÍGUEZ LÓPEZ, G, «Los actos dispositivos y de administración de los cotitulares y el Registro de la Propiedad. Especial referencia al arrendamiento», en REYES LÓPEZ, M. J. (coordinadora), *Comunidad de bienes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 677-702, crítica (pp. 700 y ss.) la Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 22 de abril de 2006, que sostiene que el arrendamiento es un acto de mera explotación adoptable en caso de comunidad por la mayoría de los conductores.

110 SAP Huesca de 13 de junio de 1997 (ROJ: SAP HU 324/1997 - ECLI:ES:APHU:1997:324). Comunidad del Monte Chibluco (Loporzano, Huesca).

111 SAP Zaragoza (Sección 2ª) 6 octubre 2015 (ECLI:ES: APZ:2015:1971). Comunidad de Monte Saso de Biota (Zaragoza).

112 La RDGRN de 8 de junio de 2011 (BOE de 1 de julio), admite la constitución de comunidades germánicas, justificando en la teoría del *numerus apertus* que rige en la creación de nuevos derechos reales, con arreglo a los arts. 2.2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario, y en el principio de autonomía de la voluntad del art. 392-II CC.

lugar determinados»<sup>113</sup>. MIQUEL insiste también en esta idea al entender que la comparación de modelos de comunidad ha de considerarse como «una contraposición entre dos ideas organizativas de la comunidad, pero no como la contraposición de dos regímenes jurídicos detallados», porque la comunidad romana admite diversas regulaciones sin que por ello cambie el tipo, y en la germánica el único punto de conexión común dentro de la falta de uniformidad es la indisponibilidad de cuotas sobre bienes concretos, extensible en algunas figuras concretas (sociedad y comunidad matrimonial de bienes) a la falta de disposición de la participación<sup>114</sup>.

En la comunidad germánica, también denominada propiedad colectiva o en mano común, indicará CASTÁN que la cosa pertenece a la colectividad sin ninguna división ideal de cuotas<sup>115</sup>, y este sometimiento del individuo a la colectividad determina, según DÍEZ PICAZO y GULLÓN, que la comunidad se configure como «una situación permanente y estable y, además, como una forma ventajosa de realizar determinadas funciones económicas»<sup>116</sup>.

En la *comunidad germánica o en mano común*, según la generalidad de la doctrina, se dan los siguientes caracteres: a) Los sujetos que disfrutan de los aprovechamientos colectivos están por lo general unidos por un vínculo de carácter personal (vecindad). b) El número de titulares es indeterminado y variable, por lo que el disfrute o aprovechamiento se hace sin delimitación precisa, faltando la idea de cuota en el sentido romano. c) La participación del comunero es inalienable e intransmisible a los herederos. d) La comunidad es indisoluble e improcedente el ejercicio de la *actio communi dividundo*<sup>117</sup>.

La configuración de las comunidades de montes aragonesas como comunidades de tipo germánico ha sido reconocida por la jurisprudencia territorial en relación con algunas comunidades del norte de Aragón al examinar su régimen jurídico, concluyendo que eran verdaderas situaciones de montes vecinales en mano común y aplicándoles la legislación estatal de estas entidades. Este encuadre legal facilita el reconocimiento de las comunidades en mancomún para justificar su naturaleza, ante el desamparo normativo en el Código civil, pero estas comunidades se constituyeron como otras comunidades del territorio aragonés, con claros rasgos de comunidad romana en las escrituras de constitución<sup>118</sup>. La sociedad del Monte Sampietro, constituida como «sociedad civil anónima particular» en 1919, expresa en la escritura de constitución que el capital estaba dividido en ochenta

113 LACRUZ, *Elementos...*, op. cit., tomo III, vol. 2º, pág. 288.

114 MIQUEL, «Artículo 392», en *Comentarios...*, op. cit., t. V. vol. 2º, pág. 13 en su nota 17.

115 CASTÁN, *Derecho Civil...*, op. cit., tomo segundo, vol. 1º, pág. 403.

116 DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, op. cit., III, pág. 85.

117 Reproduzco, por su valor de síntesis, lo expresado por BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, op. cit., pág. 107.

118 KARRERA, «La calificación y configuración jurídica de las comunidades y sociedades de montes tradicionales», op. cit., pp. 86-92, realiza un análisis de los posibles «ajustes» de la denominada comunidad germánica con las comunidades tratadas, concluyendo que no existe una plena acomodación entre lo establecido en los estatutos de constitución de estas sociedades de montes y lo exigido por la estructura de la comunidad germánica, ya que dicha configuración no es legal sino doctrinal (p. 92).

acciones nominativas, y en su reglamento del año 2000 reconoce una acción a cada una de las *Casas* de los seis pueblos que formaban la Mancomunidad del Quiñón y Yeba; el Monte Omprius se adquirió por sextas partes indivisas y posteriormente se extendió esta titularidad a otros vecinos de Arasán y Urmella; y la SAP Huesca de 30 diciembre 2004 (Monte de Bandaliés) niega al demandante la condición de copropietario proindiviso de las fincas que integran el Monte<sup>119</sup>. Sin embargo, la SAP Huesca 28 enero 1999 explica cómo se constituyó la comunidad de propietarios en 1955 sobre el Monte La Plana formando un condominio indivisible, con una propiedad *in solidum*, sin atribución especial de cuotas a los partícipes.

En la comunidad en mano común la simple mención de existencia de cuotas es problemática. Las posibilidades son, como sintetizan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, que las cuotas no existan o, si existen, sean puras medidas de valor de goce que no determina un derecho exclusivo del comunero sobre ellas<sup>120</sup>. Para BELTRÁN DE HEREDIA, la palabra cuota en el Derecho germánico «nunca significa un derecho concreto del comunero sobre una parte de los bienes de la comunidad, sino que, más exactamente, sirve para indicar la condición, posición o situación del comunero como miembro de la comunidad»<sup>121</sup>. En otros casos se entiende, como resume LACRUZ -citando a PÉREZ GONZALEZ y a CASTÁN-, que «no hay derecho actual a una cuota que pueda ser objeto de enajenación o dé lugar a la liquidación; sí como razón o medida de la participación que corresponde a los comuneros en el remanente líquido que resulte después de pagadas las deudas»<sup>122</sup>. En este sentido se pronuncia también GARCÍA-GRANERO, para quien «la cuota es una exigencia conceptual, más bien institucional de toda relación de cotitularidad: «la cuota, en la comunidad germana, significa tan sólo que su titular forma parte de ésta, que es copartícipe; pero sin atribuirle una porción, siquiera sea abstracta, del derecho común, ni ser tampoco un módulo o criterio determinativo de la medida o proporción en que ha de gozar de la cosa común, ya que el aprovechamiento se hace en forma colectiva o indeterminada. La cuota viene a ser, simplemente, a modo de expectativa para el caso de disolución o ruptura del vínculo personal, o sea, una determinación hipotética establecida eventualmente en previsión de que la comunidad llegue a disolverse»<sup>123</sup>.

---

119 La SAT Zaragoza (Civil) de 6 de octubre 1955 (Archivo TSJA, sentencia nº 104 de 1955), falla, ante la pérdida documental de la constitución de la Comunidad del Monte de Escalona, «que el citado Monte de Escalona, ha sido objeto de aprovechamiento y disfrute mancomunado, desde hace más de treinta años, poseyéndolo proindiviso en concepto de condueños, pública, pacíficamente y sin interrupción, hasta el año mil novecientos cuarenta y seis, por iguales e indivisas partes por los sucesores de (...) Así como los causantes de todos ellos, estando la Comunidad de bienes desde inmemorial y estando consumada la prescripción, en el año mil novecientos cuarenta y seis correspondiendo el dominio de una séptima parte a cada uno de ellos».

120 DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, Tecnos, 1993, p. 85.

121 BELTRAN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes...*, *op. cit.*, p. 81.

122 LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, vol. 2º, Barcelona, J.M. Bosch, 1989, p. 287.

123 GARCIA-GRANERO FERNANDEZ, Juan, «Cotitularidad y comunidad *Gesamnte Hand* o comunidad en mano común», en *R.C.D.I.*, tomo XIX (1946), pp. 230-231. KARRERA, «La calificación y configuración jurídica de las comunidades y sociedades de montes tradicionales», *op. cit.*, p. 87, indica que ello es así «porque en este tipo de comunidades la cotitularidad recae principalmente sobre la idea del derecho a los aprovechamientos y frutos más que sobre la idea de apropiación del bien por cada titular».

La vecindad en la población tiene una relevancia especial en estas comunidades, con referencia a la pertenencia a una *Casa*, dotada de una cierta subjetividad jurídica como titular de las participaciones, en la titularidad del patrimonio que corresponde a los distintos partícipes como miembros de la colectividad<sup>124</sup>, y determina, como indica CUADRADO IGLESIAS, que exista «único derecho total con una pluralidad de titulares, no pudiendo los comuneros disponer de su participación, surgiendo su titularidad única no en función del individuo aislado, sino como miembros del grupo social. En este tipo de comunidad existe una relación más íntima entre los miembros de la colectividad que en la comunidad romana»<sup>125</sup>. Esta vinculación personal entre comuneros, distinta de la relación real que genera la comunidad romana, preexiste, según GARCÍA-GRANERO, «a la misma relación de comunidad económica, a la que genera por su propia virtud y eficacia y de modo reflejo o secundario»<sup>126</sup>.

Y el otro rasgo característico de estas comunidades es la existencia de un órgano rector de la comunidad, que suele denominarse Junta Administrativa o Administradora. Para LACRUZ, «en la comunidad germánica es precisa, en principio, para todas las actuaciones, la formación de una voluntad común, que puede ser la de todos los miembros, la de la mayoría o la de uno de ellos al que la ley ha asignado el papel de órgano de expresión de esa voluntad común»<sup>127</sup>. Es habitual que este órgano de expresión de la voluntad común sea un órgano de gestión que, como indica GARCÍA-GRANERO, «reúna en sí todas las potestades gestionales, representacionales y dispositivas que, en principio, corresponden a la colectividad; sin que pueda esto considerarse como determinativo del nacimiento de un nuevo ente jurídico»<sup>128</sup>.

Por ello, la jurisprudencia territorial (por todas, SAP Huesca 26 diciembre 2003) concluye que estas comunidades «son características de los denominados montes vecinales en mano común, regulados en nuestro Ordenamiento Jurídico primero en la Ley 52/1968, de 27 de julio, y actualmente en la Ley 55/1980, de 11 de noviembre. Dicha normativa hace referencia a los montes que pertenecen a agrupaciones vecinales, en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas, y que vienen aprovechándose consuetudinariamente en mano común por los miembros de aquéllas en su condición de vecinos (art. 1 de la vigente Ley), cuya titularidad dominical corresponde, sin asignación de cuotas, a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate (art. 2). Si bien la administración, disfrute y disposición del monte vecinal en

---

124 La «titularidad» de la *Casa* permite la transmisión hereditaria de participaciones, siempre que los nuevos consortes reúnan los requisitos de domicilio y vecindad. Estos requisitos ya se relajan en los nuevos reglamentos, como el de la Comunidad de Monte Estós de 1999, que permite la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de las participaciones, especialmente al cónyuge y parientes hasta el cuarto grado y a otros comuneros, que traigan causa de alguna de las personas que fueron partícipes originarios (art. 6), sin mención del requisito de vecindad. Coincide KARRERA, *op. cit.*, p. 88, en la existencia de estas limitaciones o restricciones en la disposición de la parte porcionera, que ya hemos señalado existen en otras comunidades aragonesas de áreas geográficas distintas, indicando una cierta aproximación a las comunidades ordinarias.

125 CUADRADO IGLESIAS, *Aprovechamientos en común de pastos y leñas*, Madrid, Ministerio de Agricultura, 1980. pp. 333-334.

126 GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pp. 233.

127 LACRUZ, *Elementos...*, *op. cit.*, t. III, vol. 2º, pp. 288.

128 GARCÍA-GRANERO, *op. cit.*, pp. 232.

mano común corresponde exclusivamente a la comunidad propietaria (art. 5), la gestión administrativa del monte pertenece a los órganos estatutariamente establecidos, en defecto de los cuales ejercerá dicha facultad una Junta provisional compuesta por un Presidente y dos Vocales (art. 6)» (FD 3º).

La indivisión permanente de estas comunidades ya no viene determinada por el pacto de indivisión de los comuneros, sino que deriva de la caracterización legal de estas comunidades, tal como viene expresado en el art. 2.1 de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre: «los montes vecinales en mano común son bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables».

## 7.2. En el Derecho mercantil y fiscal

### 7.2.1. Derecho mercantil

Cabe destacar simplemente que las comunidades de montes puedan adquirir personalidad jurídica como sociedad civil y también, por su objeto y actividad, como sociedades personalistas mercantiles, y que en la previsión del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, aprobado en Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, se reconoce ya explícitamente la figura jurídica de la comunidad de bienes bajo la denominación de «comunidad de empresa» en el artículo 213-35, encuadrado en las normas del Capítulo III («De la constitución de las sociedades mercantiles») y, en concreto, de la Sección 7.ª («De la sociedad mercantil no inscrita»): «Las normas del presente Capítulo se aplicarán a la comunidad voluntaria que explote una empresa o cualquier otra unidad productiva de bienes o servicios, así como a la comunidad incidental que tenga igual objeto, siempre que en este caso haya transcurrido un año desde su nacimiento»<sup>129</sup>.

### 7.2.2. Derecho fiscal

Fiscalmente las comunidades de bienes se contemplan en el art. 35.4 de la Ley General Tributaria: «Art. 35.4. Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición».

Y la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en su art. 6º, declara que no están sujetas a dicho impuesto:

#### Artículo 6. Atribución de rentas.

1. Las rentas correspondientes a las sociedades civiles que no tengan la consideración de contribuyentes de este Impuesto, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como las retenciones e ingresos a cuenta que hayan soportado, se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes, respectivamente, de acuerdo con lo establecido en la Sección 2.ª del Título X de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación

<sup>129</sup> Ministerio de Justicia. Propuesta de Código mercantil elaborada por la Sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, Madrid, Ministerio de Justicia, 2013.

parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

2. Las entidades en régimen de atribución de rentas no tributarán por el Impuesto sobre Sociedades.

Y tributan, por tanto, los comuneros por los rendimientos de la Comunidad en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Sin embargo, a raíz de la modificación del art. artículo 7 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, que estableció en su apartado 1º que: «Serán contribuyentes del Impuesto, cuando tengan su residencia en territorio español: a) Las personas jurídicas, excluidas las sociedades civiles que no tengan objeto mercantil», la Agencia Estatal de la Administración Tributaria publicó la Instrucción de 13 de noviembre de 2015 en la que realizaba, a efectos fiscales, una distinción entre comunidad de bienes y sociedad civil<sup>130</sup>.

«Por otra parte, el Consultivo ANP 8287/2015 del Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria dispone que: «se considera que una mera distinción formal, basada en la denominación de comunidad de bienes o sociedad civil, no es suficiente para la aceptación por la AEAT de lo manifestado por los interesados, debiendo ser objeto de la debida calificación, máxime cuando las normas aplicables son de carácter imperativo y con consecuencias tributarias importantes para los constituyentes de las distintas entidades, régimen de tributación que no puede quedar al arbitrio de los asociados, sino que deberá ajustarse a la correcta naturaleza de la entidad y actividad desarrollada».

En conclusión y, de acuerdo con lo expuesto, en el caso de comunidades de bienes que se constituyan para poner en común dinero, bienes, o industria con el ánimo de obtener ganancias y lucros comunes estaremos en presencia de una sociedad civil que desde el 1 de enero de 2016, será sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades.

Por último, conviene hacer referencia a las figuras mixtas, que son aquellas en las que confluyen caracteres tanto de comunidad de bienes que persigue el disfrute de un patrimonio común, como de sociedad civil que desarrolla una actividad económica.

Respecto a estas figuras y su calificación el Consultivo ANP 8287/2015 del Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria indica que habrá que analizarlos individualmente, tomando en consideración la previa existencia o no de un patrimonio poseído en común, que será necesario conservar y mantener, sin perjuicio de su posible explotación posterior, o la existencia de una voluntad de unir bienes con ánimo de obtener ganancias. En el primero de los supuestos estaríamos ante una comunidad y en el segundo ante una sociedad civil.

---

130 AEAT. Circular 1602. <https://es.scribd.com/doc/290752106/Instrucciones-AEAT-Sobre-Sociedades-Civiles-y-Comunidades-de-Bienes>.

En conclusión, de acuerdo con todo lo anterior, cuando se solicite un NIF de comunidad de bienes o sociedad civil, para valorar ante qué tipo de entidad estamos habrá que analizar el documento que acredite situaciones de cotitularidad o el acuerdo de voluntades aportado para solicitar dicho NIF, tomando en consideración:

- a) Si hay o no previa existencia de un patrimonio.
- b) Si el patrimonio es poseído en común por todos los comuneros.
- e) Si hay voluntad de asociarse diferente de la mera copropiedad que ya deben tener todos los solicitantes.
- d) Si se aportan nuevos bienes o derechos fuera de la copropiedad pre-existente.
- e) Si hay o no socios no copropietarios».

En relación con la fiscalidad de los montes vecinales en mano común, originalmente, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, no contemplaba a estas comunidades como sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, pero se las incluyó por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, siendo objeto de críticas por las organizaciones representativas de la comunidades de los montes vecinales en mano común, al considerar que no gozaban de la estructura organizativa suficiente y de la capacidad contributiva necesaria como para que el hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades se realizase respecto a ellas de un modo autónomo y diferenciado de la obligación tributaria los comuneros como personas físicas en el caso de existir un reparto de las rentas generadas por el monte.

Actualmente el art. 7.1.j las contempla como sujetos pasivos del impuesto: «Las comunidades titulares de montes vecinales en mano común reguladas por la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, sobre régimen de los montes vecinales en mano común, o en la legislación autonómica correspondiente»<sup>131</sup>.

### 7.3. En la legislación de asociaciones y cooperativas

#### 7.3.1. Legislación de asociaciones

Cabe una breve referencia a la legislación de asociaciones, ya que fue una fórmula jurídica utilizada en siglo XIX tras la adquisición de los montes por algunas poblaciones, destacando en este sentido la Comunidad de Propietarios de Montes

<sup>131</sup> Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. CAPÍTULO XV. Régimen de las comunidades titulares de montes vecinales en mano común.

Artículo 112. Régimen de las comunidades titulares de montes vecinales en mano común.

1. La base imponible correspondiente a las comunidades titulares de montes vecinales en mano común se reducirá en el importe de los beneficios del ejercicio que se apliquen a:

- a) Inversiones para la conservación, mejora, protección, acceso y servicios destinados al uso social al que el monte esté destinado.
- b) Gastos de conservación y mantenimiento del monte.
- c) Financiación de obras de infraestructura y servicios públicos, de interés social.

La aplicación del beneficio a las indicadas finalidades se deberá efectuar en el propio período impositivo o en los 4 siguientes. En caso de no realizarse las inversiones o gastos dentro del plazo señalado, la parte de la cuota íntegra correspondiente a los beneficios no

y Asociación de Ganaderos de Alcañiz, por la peculiaridad de su composición con miembros copropietarios agrícolas y ganaderos.

Se acogieron a la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, que contemplaba un amplio campo de regulación para entidades sin legislación especial en su art. 1.º: «1. El derecho de asociación que reconoce el artículo 13 de la Constitución podrá ejercitarse libremente conforme a lo que se preceptúa en esta Ley. En su consecuencia, quedan sometidas a las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo, o cualesquiera otros lícitos, que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia. Se regulan también por esta Ley los gremios, las sociedades de socorros mutuos, de previsión de patrono y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo», excluyendo (art. 2.2) a las sociedades «que no siendo de las enumeradas en el artículo 1.º se propongan un objeto meramente civil o comercial, en cuyo caso se regirán por las disposiciones del derecho civil y del mercantil, respectivamente».

Las corporaciones de ganaderos, como la Casa de Ganaderos de Zaragoza o las de Tauste o Caspe, se acogieron a la Ley de Asociaciones de 1887, pero posteriormente pasaron a regularse por la Ley de Sindicatos agrícolas de 28 de enero de 1906 (Gaceta de 30 de enero de 1906): «Artículo 1.- Se consideran Sindicatos agrícolas, para los efectos de esta ley, las Asociaciones, Sociedades, Comunidades y Cámaras agrícolas constituidas o que se constituyan legalmente para alguno o algunos de los fines siguientes», definidos de forma muy amplia: adquisición de maquinaria o ejemplares reproductores, o abonos, animales y elementos de producción, venta, elaboración de productos de cultivo y ganadería; roturación, explotación y saneamientos de terrenos incultos; construcción o explotación de obras aplicables a la agricultura, ganadería o industrias derivadas o auxiliares; creación de instituciones de crédito agrícola o de cooperación, de mutualidad o seguro, etc. El art. 2 establecía unos requisitos sencillos para la constitución de un Sindicato agrícola: solicitud al Gobernador de la provincia por, al menos, 10 personas que deseen formarlo o una Asociación agrícola legalmente organizada, acompañada de los Estatutos, lista de las personas que formen el Sindicato,

---

*aplicados efectivamente a las inversiones y gastos descritos, junto con los intereses de demora, se ingresará conjuntamente con la cuota correspondiente al período impositivo en que venció dicho plazo.*

*La Administración tributaria, en la comprobación del destino de los gastos e inversiones indicadas, podrá solicitar los informes que precise de las Administraciones autonómicas y locales competentes.*

*Esta reducción es incompatible con la reserva de capitalización prevista en el artículo 25 de esta Ley y con la reserva de nivelación de bases imponibles prevista en el artículo 105 de esta Ley.*

*2. Los beneficios podrán aplicarse en un plazo superior al establecido en el apartado anterior, siempre que en dicho plazo se formule un plan especial de inversiones y gastos por el contribuyente y sea aceptado por la Administración tributaria en los términos que se establezcan reglamentariamente.*

*3. Las comunidades titulares de montes vecinales en mano común tributarán al tipo general de gravamen.*

*4. Las comunidades titulares de montes vecinales en mano común no estarán obligadas a presentar declaración por este Impuesto en aquellos períodos impositivos en que no obtengan ingresos sometidos a este, ni incurran en gasto alguno, ni realicen las inversiones y gastos a que se refiere el apartado 1.*

*5. Los partícipes o miembros de las comunidades titulares de montes vecinales en mano común integrarán en la base del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas las cantidades que les sean efectivamente distribuidas por la comunidad. Dichos ingresos tendrán el tratamiento previsto para las participaciones en beneficios de cualquier tipo de entidad, a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 25 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.*

indicando las que pertenezcan al Comité directivo, y los recursos con que han de contar para su sostenimiento. Y el art. 3 reconocía la capacidad de obrar de estas entidades: «Se reconoce a los Sindicatos agrícolas la capacidad jurídica que determina el art. 38 del Código civil».

Las Casas de Ganaderos citadas se acogieron posteriormente a la Ley de Cooperativas de 1942, y no han dejado de tener posteriormente esta forma jurídica, pero por las especiales características de la Comunidad de Alcañiz, ésta siguió rigiéndose por la legislación de asociaciones, y adaptó sus estatutos a la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones<sup>132</sup>, que solo excluía de su ámbito de aplicación en su art. 2 a «las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según se define en las Leyes, y se constituyan con arreglo al Derecho Civil o Mercantil». Sin embargo, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, ya delimita de forma más precisa y extensa su ámbito de aplicación, excluyendo en su art. 1.4 a «las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico».

Es por ello que en la Proposición de Ley reguladora de la comunidades y sociedades de montes presentada antes las Cortes de Aragón, se hace referencia a su exclusión posterior de la Ley de Asociaciones de 1964 por considerarlas entidades públicas, que carece de fundamento -aunque no fuera la forma jurídica más adecuada para estas entidades-, y se las excluye expresamente de la nueva regulación de asociaciones de 2002.

### 7.3.2. Legislación de sociedades cooperativas

Lo más destacado de la legislación cooperativa actual, en la coexistencia competencial entre la legislación estatal y autonómica, y en relación a las comunidades de bienes, es que las comunidades de bienes pueden ser socios de las cooperativas (arts. 12 y 93) en la Ley estatal de 1999 (Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas), pero no en la aragonesa (art. 16 del Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón), que solo admite como tales a las personas físicas y jurídicas.

En el caso de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, ya la Ley estatal de cooperativas de 1987 rechazaba la explotación pecuaria como objeto principal de la misma, pero en su art. 136 incluía como posibles socios de esta clase de cooperativas a los Entes públicos, las comunidades de bienes y derechos, y «los aprovechamientos agrícolas y forestales, los montes en mano común y demás instituciones de naturaleza análoga, regidas por el Derecho Civil común o por el Derecho Foral, debiendo designarse para aquellas un representante ante la cooperativa». La nueva Ley estatal guarda silencio respecto a estas clases *atípicas* de socios en los arts. 95 y 96, y la Ley aragonesa tampoco ha aprovechado la puerta abierta por la Ley estatal de 1987 para incluir en las cooperativas aragonesas

<sup>132</sup> BOE n.º 311, de 28 de diciembre de 1964.

del art. 81 las comunidades de bienes, de montes o instituciones de naturaleza análoga regidas por el Derecho civil aragonés.

En la Ley aragonesa, tanto en las cooperativas agrarias (art. 80) como en las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra (art. 81) pueden ser socios los «titulares de explotaciones agrícolas o ganaderas del sector agroalimentario o forestales», pero la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, solo considera a algunas comunidades familiares y sucesorias, en su art. 4, como posibles titulares de explotaciones agrarias<sup>133</sup>.

A pesar de la indefinición legislativa, la «Comunidad de Monte Saso» de Biota (Zaragoza), constituida por escritura notarial de 29 de mayo de 1881, por compra de los terrenos a la familia nobiliaria que los detentaba, se constituyó en 2015 en Cooperativa de explotación comunitaria de la tierra bajo la denominación «Monte Saso de Biota Sociedad Cooperativa Limitada». Exigió la Comunidad que los comuneros se dieran de baja en la Comunidad y de alta en la Sociedad Cooperativa, lo que originó la oposición de algunos comuneros, que demandaron judicialmente a la Comunidad. La SAP Zaragoza de 6 octubre 2015 no anula los acuerdos de transformación de la Comunidad, adoptados por mayoría y no por unanimidad –al no considerar aplicable el art. 397 CC–, ya que no se exigía tal ni en la escritura de constitución ni en el propio reglamento de la Comunidad de 1977, y la modificación del Reglamento de 2005 establecía como requisito para ser partícipe en la Comunidad (art. 3): «c) Ceder el derecho de usufructo sobre el lote que le corresponda a la Cooperativa (...) que la Comunidad va a constituir para el mejor disfrute y administración del Monte Saso sito en Biota y tener por tanto la condición de socio de la referida Cooperativa». La Audiencia confirma la sentencia de instancia en cuanto que no perdían la condición de partícipes de la Comunidad, aunque no se hubieran dado de alta en la Cooperativa, por considerar contrario a la libertad de asociación (art. 22 CE) tal imposición<sup>134</sup>.

#### 7.4. En el Código del Derecho Foral de Aragón

El Libro IV, *Derecho Patrimonial*, del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo<sup>135</sup>, regula en su Título I las relaciones de vecindad (arts. 537 a 550) y en el Título II las servidumbres (arts. 551 a 587), y desarrolla el contenido del derogado Libro III de la Compilación de 1967, sobre Derecho de bienes, dividido también en dos títulos, de las relaciones de vecindad (arts. 143 y 144), y de las servidumbres (arts. 145 a 148).

El Capítulo V del Título II contempla los diversos derechos de pastos y adempios aragoneses en su configuración de servidumbres, derechos reales de aprovechamiento parcial y comunidades (arts. 582 a 587), expandiendo el contenido del art. 146 de la Compilación, comprendiendo la alera foral, otras servidumbres

133 Vid. CAÑIZARES LASO, Ana, "La comunidad de bienes en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias", en Estudios de Derecho Agrario. Ponencias y comunicaciones del VI Congreso nacional de Derecho Agrario, Málaga, 1997, pp. 77 a 89, y RAMÓN FERNÁNDEZ, F., «Comunidad de bienes y explotación agraria», en *Comunidad de bienes*, (Coord.: M. J. REYES LÓPEZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1077-1107.

134 SAP Zaragoza (Sección 2ª) 6 octubre 2015 (ECLI:ES:APZ:2015:1971).

135 Publicado en BOA nº 63, de 29 de marzo de 2011.

de pastos y los derechos reales personales de ademprios, que también pueden constituirse como comunidades, en mancomún o *pro diviso*.

En el Preámbulo del Código Foral (41. *Derechos de pastos y ademprios*), se explica la variedad y diversidad de las instituciones aragonesas, que responden a principios distintos del Código civil:

«Alera» y «ademprio» son términos aragoneses que denotan una notable variedad de servidumbres y comunidades tradicionales sobre pastos, aguas, leñas y otros aprovechamientos de los fundos. Su heterogénea configuración responde a tradiciones sociales y jurídicas propias, que el proceso desamortizador y el Código civil pusieron en peligro y las transformaciones económicas de los últimos siglos han ido reduciendo en número y en trascendencia social. La Compilación, sobre la base de una regulación mucho más amplia prevista en los Anteproyectos de Apéndice de 1899 y 1904, le dedicó un artículo, el 146, que ha sido clave en el enjuiciamiento de los conflictos que han llegado a los Tribunales y que, por su contenido, excluye la aplicación de los artículos 600 a 604 del Código civil (en particular, la redención forzosa) y presupone la posibilidad de servidumbres personales y de servidumbres recíprocas. Todo ello es aún más claro en la presente regulación, que distingue entre servidumbres y comunidades para adaptarse mejor a la rica variedad y complejidad que muestra la experiencia. No se ha pretendido, sin embargo, construir una regulación general de la comunidad de bienes en el Derecho aragonés, por lo que puede ser inevitable el recurso al Derecho supletorio, siempre interpretado de acuerdo a los principios del Derecho aragonés y en lo que sea compatible con los mismos.

Como señala el Preámbulo no se ha pretendido por el legislador aragonés una regulación completa de la comunidad de bienes, pero sí mostrar la diversidad de instituciones propias, y regular las comunidades de pastos y ademprios, que si necesitan la supletoriedad del Derecho civil estatal, deben ser interpretadas «de acuerdo a los principios del Derecho aragonés y en lo que sea compatible con los mismos» (art. 1.2 CDFA). Son, en definitiva, expresión de la importancia del pacto en Aragón como creador de relaciones jurídicas particulares y moldeador de instituciones es de enorme relevancia, y por ello declara el art. 3 del Código Foral, como antes la Compilación, que «conforme al principio *standum est chartae* se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés». Señalaba, al respecto, el profesor LACRUZ BERDEJO, en el comentario a este art. 3 de la Compilación, que el principio *Standum est chartae*, no desarrolla sus efectos sólo en la libertad del contenido de los contratos, sino también en otras relaciones de Derecho privado, y entre ellas los derechos sobre las cosas. Más adelante, expone supuestos posibles, entre ellos algunos referentes a las situaciones de cotitularidad: «En todo caso, no hay razón para considerar operante entre nosotros la prohibición del art. 400.2 del Código civil de pactar la indivisión por tiempo superior

a diez años, norma a la que se antepone la carta, pues tal pacto no es contrario a la ética o al «orden público»<sup>136</sup>.

La Sección II del Capítulo V del Libro IV CDFA se refiere a las comunidades de pastos y adempios, regulando las especialidades aragonesas de estas comunidades de bienes, como son las mancomunidades (art. 585), la comunidad *pro diviso* (art. 586), y estableciendo unas reglas comunes (art. 587) a ambas clases de comunidad<sup>137</sup>.

El art. 585 sobre mancomunidades establece:

*Artículo 585. Comunidad en mancomún.*

1. *La mancomunidad de pastos, leñas y demás adempios que exista por título o posesión inmemorial será indivisible, salvo pacto unánime. Ningún comunero podrá disponer de su parte sin consentimiento de todos los titulares.*

2. *Cuando, al dividirse una mancomunidad entre pueblos, no consten las cuotas o aportaciones respectivas, en defecto de otra regla aplicable, se estará al número de vecinos de cada pueblo al tiempo de la división.*

El art. 585 CDFA desarrolla algunos rasgos de las mancomunidades de pastos y adempios reguladas anteriormente en el art. 146 de la Compilación aragonesa de 1967<sup>138</sup>. Existe comunidad por la concurrencia de titulares dominicales que comparten un aprovechamiento, o varios, en el terreno común y que benefician a todos los comuneros, y los aprovechamientos ejercitables no diferirán de los tradicionales adempios tratados en el artículo 584 CDFA. Tanto en la ley 377 de la Compilación navarra como en el precepto aragonés se reflejan algunos de los rasgos de la comunidad germánica, pero sin su pureza histórica, ya que se considera indivisible por naturaleza y no se permite ejercitar la acción de división, pero cabe el acuerdo unánime en contrario; y la imposibilidad de disposición unilateral no es absoluta sino sometida a la voluntad comunitaria<sup>139</sup>. Ambos preceptos se

136 Añadía más adelante: «Tampoco lo será la declaración de voluntad que establezca una servidumbre de pastos en favor de una universalidad de individuos -los que en cada momento sean vecinos de tal pueblo, por ejemplo-; que vale en Aragón contra lo que parece ser la prohibición del art. 600 Cc. si se entiende que en su expresión comunidad de pastos entra también la servidumbre, recíproca o simple». LACRUZ BERDEJO, J. L., «Artículo 3. *Standum est chartae*», en *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, tomo I, D.G.A., Zaragoza, 1988, pp. 283 y 286.

137 Un tratamiento más extenso de estos artículos en ARGUDO PÉRIZ, J.L., «Sección 2ª. Comunidades», en *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, (dir.: J. DELGADO; coords.: M.C. BAYOD y J.A. SERRANO), Madrid, Dykinson, 2015, pp. 780-83; y ARGUDO PÉRIZ, J.L., «Parte sexta. Las servidumbres en el Derecho aragonés», en *Tratado de Servidumbres*, tomo II, (dir.: REBOLLEDO VARELA, A. L.), 3ª edición, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, pp. 981-988.

138 Artículo 146. Alera foral y «adempios».— *La alera foral y las mancomunidades de pastos, leñas y demás adempios, cuando su existencia este fundada en título escrito o en la posesión inmemorial, se regirán por lo estatuido en aquél o lo que resulte de ésta.*

139 Los comentaristas de la disposición navarra indican que el carácter de indivisibilidad de la comunidad es consecuencia de la nota de estabilidad o permanencia que acompaña a la comunidad en mano común, y no ha de entenderse «referida a la imposibilidad de división material o física del objeto común, sino a la propia relación jurídica existente entre los condóminos, impidiendo que resulte procedente su disolución por la voluntad unilateral de los partícipes», salvo que se acuerde de forma unánime por los comuneros. La especial relación que existe entre los comuneros de la mancomunidad origina que ninguno de ellos pueda disponer de su parte sin el consentimiento de los demás titulares. Y ello no impide que cualquiera de los condóminos abandone la comunidad, sino que se limita la facultad de disposición someténdola a la voluntad del resto de los comuneros, porque el interés comunitario prevalece sobre el de cada uno de los partícipes individualmente considerados. PÉREZ DE ONTIVEROS, C., «Comentario a las Leyes 370 a 392», en *Comentarios al Fuero Nuevo* (Dir. RUBIO TORRANO), Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 1208 y 1209.

refieren a la «parte» del comunero, lo que contradice la inexistencia de cuotas en la comunidad germánica, pero es una indicación de la medida que corresponde a cada partícipe en caso de abandono o disolución de la comunidad.

El apartado segundo del art. 585 establece que ante la falta de constancia de cuotas o aportaciones de los pueblos en las mancomunidades vecinales, en caso de división de la misma – que deberá producirse por acuerdo unánime de los partícipes-, la participación de cada entidad será la que corresponda al número de sus vecinos en el momento de la división, semejante a la regla de las «comunidades faceras» del Derecho navarro (ley 387.2), aunque ha sido la tradicional de las mancomunidades aragonesas.

Y el art. 587 establece el régimen común de las comunidades en mano común y *pro diviso* de ademprios, que se originan por título escrito o posesión inmemorial, y que se rigen por el título y la costumbre local o general. El contenido y los límites del derecho vendrán también determinados en cada caso por el ejercicio del aprovechamiento que realice cada comunero, en toda la extensión que consienta el disfrute correspondiente al ejercicio de los demás titulares, y sujetos a los límites generales del ejercicio de los derechos (art. 7 CC). Como en la comunidad en mancomún pueden no existir cuotas de participación, cada comunero puede tener un derecho sobre el entero bien que solo está limitado por los idénticos derechos de los otros partícipes.

La cuestión que se plantea con relación a las comunidades privadas de montes es si el régimen civil aragonés es aplicable a estas entidades. Los antecedentes del artículo 585 CDFA parecen referirse a comunidades de pueblos, ya que así lo expresa el art. 240 de Proyecto de Código civil aragonés de 1904<sup>140</sup> al referirse a las constituidas por vecinos de dos o más pueblos, aunque los aprovechamientos pueden realizarse en montes públicos o privados, el art. 16 del Apéndice foral aplica como supletorio el art. 601 CC en el régimen de la alera foral<sup>141</sup>; y el art. 146 de la Compilación incluía en el mismo precepto la alera foral y las mancomunidades de pastos, leñas y demás ademprios, por lo que al ser la alera foral una «servidumbre de pastos de día, unilateral o recíproca, entre términos de pueblos contiguos», como la define el art. 582 CDFA, cabía entender que la mención de

---

140 ARTICULO 240

*Las mancomunidades de pastos distintas de la alera foral y las que versen sobre aprovechamiento de árboles y arbustos y sus frutos, leñas y carbones, ó sobre extracción de piedra, cal, yeso, arcilla y otros materiales de aplicación á la construcción, constituidas a favor de los vecinos de dos ó más pueblos en los montes públicos de todos ó de cualquiera de los mismos ó de un particular, se registrarán por los títulos de concesión, ó por las concordias, decisiones arbitrales y escrituras que les den origen, y á falta de unos y otras por lo que la posesión inmemorial haya establecido para el caso.*

*Será de cuenta de los partícipes de la mancomunidad el sostenimiento de los derechos que á todos y á cada uno correspondan en ella, bajo pena de perderlos el que se niegue á sufragar los gastos.*

*Cuando por aplicación de las leyes desamortizadoras se enajenen uno ó más montes de los afectos á la mancomunidad, ó redima el particular los aprovechamientos que á favor de ésta graviten sobre el suyo, se dividirán los valores que se adjudiquen en representación del precio del dominio entre los diversos comuneros, en razón de lo que á cada cual le toque sobre la base de su número de habitantes conforme al censo de población.*

*En cuanto lo permita una rigurosa analogía, se adaptarán en su caso y lugar á las mancomunidades á que se contrae este artículo las disposiciones 3ª y 5ª del anterior, sin perjuicio al propio tiempo de la intervención administrativa á que alude en la 6ª.*

141 Apéndice Foral de 1925. Art. 16: «La alera foral, cuando su existencia esté fundada en título escrito o en vigente costumbre, se efectuará con sujeción a lo estatuido por el uno o por la otra, y en lo demás registrarán las disposiciones del Código Civil referentes a la comunidad de pastos en terrenos públicos».

las mancomunidades podía referirse a las servidumbres recíprocas entre los pueblos<sup>142</sup>. A ello se añade la confusión y el debate doctrinal y jurisprudencial sobre los derechos de pastos contemplados en los arts. 600 a 602 CC, que se inclina progresivamente a favor de la reducción institucional a contemplarlos exclusivamente como servidumbres, en su caso recíprocas, de pastos y leñas, aun reconociendo que pueden comprender verdaderos condominios en la titularidad de las fincas y aprovechamientos<sup>143</sup>.

La confusión parece derivar de la diferenciación entre montes de pueblos y montes de vecinos en el siglo XIX<sup>144</sup>, con consecuencias en el proceso desamortizador, ya que los montes de los pueblos se pusieron a la venta si se consideraban como bienes de propios y los montes de vecinos reconocidos como privados quedaron al margen de las ventas. El art. 600 CC prohíbe para el futuro la constitución de comunidades de aprovechamientos vecinales universales en terrenos privados y el art. 601 CC remite a las leyes administrativas para los aprovechamientos en terrenos públicos, por lo que se reducen los aprovechamientos vecinales en montes privados y se regulan administrativamente los bienes comunales de los ayuntamientos, comunidades de valle y de villa y tierra, entre otras entidades que pasan a formar definitivamente de la Administración Local; y el Derecho civil aragonés, desde finales de siglo XIX, contempla los aprovechamientos basados en títulos escritos o la posesión inmemorial que, en un gran número de casos, correspondían a los vecindarios de dos o más pueblos sobre montes de titularidad pública y también, en algunos casos debido al proceso desamortizador, de propiedad o copropiedad privada, que pueden configurarse como servidumbres de aprovechamientos ejercitados en comunidad (especialmente, art. 602 CC). Las servidumbres de aprovechamientos en común han sido frecuentes en Aragón, originando una diversa calificación de su naturaleza jurídica (SSAT Zaragoza 12 noviembre 1897, 22 diciembre 1926 y 29 octubre 1957).

Pero cabe que los aprovechamientos de pastos y leñas sean la expresión de una titularidad dominical sobre las fincas, y por ello CUADRADO admite como

142 Sobre los antecedentes del art. 146 de la Compilación aragonesa y las instituciones que contemplaba, vid. mi tesis doctoral: ARGUDO PÉRIZ, J. L., *Servidumbres y mancomunidades de pastos en Aragón: antecedentes forales y estudio del artículo 146 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, (dir. DELGADO ECHEVERRÍA, J.), 1997, publicación electrónica (ISSN 2254-7606): <https://zaguan.unizar.es/record/10022/files/TESIS-2013-015.pdf>, pp. 781 y ss.

143 La resume BERCOVITZ: «Los artículos 600 a 604 no contienen confusión alguna, sino que reflejan la decisión político-jurídica de reconducir las comunidades de pastos a ser tratadas como servidumbres y de facilitar su extinción con el fin de “liberar” los terrenos gravados por ellas y conseguir así su libre circulación en el mercado. Lo único que regulan, pues, los mencionados artículos son las servidumbres de pastos, tanto con un solo titular como con una pluralidad determinada o indeterminada de ellos, tanto personales como reales (art. 602). Ello no plantea contradicción alguna entre los artículos 388, 602 y 603. Estos dos últimos constituyen la vía para que en los supuestos distintos los propietarios puedan librarse -por vía excepcional frente a la regulación general- de las servidumbres de pastos y recuperar así la libre disposición de sus fincas». BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., «Sentencia de 24 de febrero de 1984», en C.C.J.C., 4 (enero/marzo 1984), n° 116, pp. 1365 a 1373. La cita es de la p. 1372. Vid. también ARGUDO PÉRIZ, J. L., «Capítulo 32. Servidumbres de pastos y leñas y otras comunidades de uso», en Tratado de servidumbres, (dir.: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.), Madrid, La Ley, 2015, pp. 1462 y ss.

144 La diferenciación, en NIETO, A., *Bienes comunales*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1964, pp. 349 y ss. (servidumbres vecinales) y 380 y ss. (comunidades de pueblos); y especialmente pp. 405-471 (montes vecinales) y el origen normativo de la distinción (pp. 427-32). Hace referencia a esta distinción KARRERA, «La calificación...», *op. cit.*, pp. 68-73.

posibilidades contempladas en los arts. 600 a 604 CC tanto las comunidades de tipo romano y germánico como las servidumbres personales<sup>145</sup>. El de comunidad responde al modelo del supuesto contemplado por LACRUZ de ejercicio del derecho de pastos en común cuando «la finca sobre la cual se ejerce es propiedad de los mismos ganaderos que lo usan, pues entonces los ganados pastan en finca propia de sus dueños (en la medida y condiciones convenidas entre éstos, o conforme a los usos y costumbres de la comarca, o, en último extremo, a las reglas del CC. en materia de copropiedad), y *nemini res sua servit*»<sup>146</sup>, y a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1984, existe «comunidad» o «mancomunidad» de pastos cuando «la titularidad dominical del predio o finca en cuestión pertenezca... a la totalidad de quienes se reúnen para disfrutarla comunitariamente... ya que hay un dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible»<sup>147</sup>.

Dentro de la comunidad de bienes, la comunidad de pastos no es sino una modalidad caracterizada por que los bienes son de propiedad común, para que de este modo todos los comuneros se beneficien y aprovechen de los pastos existentes en estos bienes. Al excluirlas de su regulación el art. 600 CC «en lo sucesivo», su régimen jurídico, según BERCOVITZ<sup>148</sup>, vendrá determinado por el título originario, por la costumbre, disposiciones especiales, normas administrativas, integrando sus lagunas por analogía con las normas sobre comunidad de bienes, sociedad, propiedad y derechos reales.

En el Derecho civil aragonés el encuadre de las comunidades en la regulación de pastos y adempios, no tienen dificultad por seguir el Código foral los principios de conservación y permanencia de estas entidades, regulando en el art. 584 los «tradicionales» adempios como derechos reales de aprovechamiento parcial (art. 555 CDFA), que sustituyen a las servidumbres personales (art. 531 CC), y regular las comunidades de pastos y adempios en el mencionado art. 585, y las posibles cotitularidades de aprovechamientos *pro diviso* en el art. 586. Ya se deducía la variedad de instituciones del art. 146 de la Compilación<sup>149</sup>,

---

145 CUADRADO IGLESIAS, M., *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, op. cit., p. 399. Vid. tb. pág. 388. El autor ha reiterado posteriormente su posición al analizar el art. 600 CC: «Sin embargo, aunque sea criticable la redacción del precepto por su escasa claridad y evidente confusión, ambas figuras jurídicas -comunidad y servidumbre- pueden concurrir cuando se trata de aprovechamiento de pastos y leñas en terrenos de propiedad privada. Todo depende del título constitutivo del aprovechamiento, de su carácter y de su extensión». Cfr. Comentario al «Artículo 600», en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1518.

146 LACRUZ, op. cit., p. 100.

147 STS (1ª) 16 febrero 1987, existe comunidad según «la calificación del inmueble o inmuebles de que se trate... como predio o predios pertenecientes a todos los interesados en dominio singular agrupado para el disfrute en común por todos ellos o en dominio plural indiviso».

148 BERCOVITZ, op. cit., p. 1373.

149 Vid. ARGUDO PÉREZ, J. L., «La delimitación de las mancomunidades de pastos aragonesas. Legislación y competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón», en *Derecho Agrario Español y de todas las Comunidades Autónomas. Congreso Internacional e Iberoamericano de Derecho Agrario*, Zaragoza, Diputación General de Aragón, 1993, pp. 327-336 (publicación electrónica en: [www.bivida.es](http://www.bivida.es)); y ARGUDO PÉREZ, J. L., «Parte sexta. Las servidumbres en el Derecho aragonés», en *Tratado de Servidumbres*, (dir. REBOLLEDO VARELA, A. L.), 2ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 1358 y ss.

pero los profesores EMBID IRUJO (1993)<sup>150</sup> y LÓPEZ RAMÓN (1996)<sup>151</sup>, en opuestos dictámenes sobre la Comunidad de Montes de Galve, no consideran que se den los supuestos de los arts. 600 CC y 146 Compilación aragonesa. Entiende EMBID que el derecho vecinal es un derecho real de aprovechamiento y goce, tomando la expresión de la obra de NIETO, similar a las servidumbres personales del art. 531 CC<sup>152</sup>, y LÓPEZ RAMÓN considera que se formó una comunidad de bienes pero no una comunidad de pastos, ya que los artículos citados caracterizan una servidumbre recíproca de pastos<sup>153</sup>. No se entiende bien el afán por reducir el ámbito de aplicación de las fórmulas jurídicas aragonesas comunitarias de aprovechamientos<sup>154</sup>, salvo por algunos antecedentes y por el reflejo de la regulación codicial, pero cabe afirmar que en el actual Código foral, diferenciadas ya las diversas clases de servidumbres (alera foral, otras servidumbres prediales y los derechos reales de aprovechamiento parcial) de las comunidades, el ámbito de aplicación de las comunidades en mancomún del art. 585 CDFFA es muy amplio cuando exista una copropiedad de terrenos cuyo objeto principal sea el aprovechamiento de pastos, leñas y otros usos, ya sea con la conformación de comunidad por cuotas o de tipo germánico, a la que parece hacer referencia el título del precepto.

El art. 585 CDFFA no establece un régimen como tal de las comunidades, ya que éste viene determinado por el título o la posesión inmemorial, y se limita a determinar la indivisibilidad de la comunidad, salvo por pacto unánime de los comuneros, rechazando la transitoriedad de la comunidad del Código civil (art. 400) y la libre disponibilidad de las partes o cuotas por los comuneros (art. 399 CC). En el caso de las comunidades de pueblos, que se contempla como un supuesto más pero no el único, el apartado 2º determina que, a falta de cuotas, la división se realizará según el número de vecinos de cada población, en lugar del acrecimiento al resto de consortes, que es el principio general de las comunidades germánicas. No encontramos obstáculo para la aplicación de esta disposición, que conlleva también la del art. 587, a las comunidades privadas de montes aragonesas, que ha sido contemplado por el Tribunal Supremo a comunidades de montes aplicando el art. 600 CC (STS 19 febrero 1982)<sup>155</sup>, es aplicable a las comunidades en mano común estudiadas del Pirineo aragonés, aunque la jurisprudencia

150 EMBID IRUJO, Antonio, *La defensa de los comunales (Planteamientos generales a partir de la realidad aragonesa)*, Madrid, Diputación Provincial de Zaragoza- Civitas, 1993. Le dedica el capítulo II del libro, pp. 65 a 254.

151 LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Dictamen sobre titularidades concurrentes en los montes de Galve», en *Revista de Derecho Civil Aragonés (RDCA)*, 1996, II (nº 2), pp. 25 a 48.

152 EMBID, *op. cit.*, pp. 135-7.

153 «La relación instituida entre dos fincas (o entre los montes de dos pueblos), de manera que los ganados de ambos propietarios (o de los vecinos de ambos pueblos) puedan pastar en la otra finca (o en los montes del otro pueblo), constituye la verdadera comunidad de pastos, que está ausente en la configuración de la comunidad de bienes de nuestro caso. Si puede hablarse de comunidad de pastos es únicamente para identificar el objeto principal del aprovechamiento que originariamente llevaban a cabo los condueños. Todo lo cual no excluye la posible existencia de mancomunidades de pastos con pueblos cercanos, cuestión ajena a los temas que aquí interesa tratar». LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.*, pp. 34-5.

154 *Vid.* ARGUDO PÉRIZ, J. L., «Los derechos de pastos aragoneses de origen foral: competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón, legislación y últimas resoluciones judiciales», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, año nº 5, Nº 2, 1999, pp. 163-168 (publicación electrónica en: [www.bivida.es](http://www.bivida.es)).

155 RJ/1982/749.

territorial solo cite la Ley de Montes Vecinales en Mano Común, y también a las comunidades por cuotas<sup>156</sup>, que son la mayoría.

El art. 392-II CC dispone que las comunidades se regirán por las reglas del Código civil a falta de contratos «o disposiciones especiales». Las disposiciones de la comunidad de bienes del Código civil (arts. 392 a 406) son supletorias en Aragón (art. 1.2 CDFA), y se aplican a falta de un régimen completo aragonés, pero el régimen aragonés en las comunidades privadas cuyo principal objeto sea el de los aprovechamientos que se realizan por los comuneros en la finca o monte de su propiedad ya determina la indivisibilidad legal de estas comunidades, por lo que no son de aplicación los arts. 400, 401 y 404 CC, y los títulos de estas comunidades pueden considerarse como conformadores de una comunidad de pastos y aprovechamientos, ya que no están prohibidas en el Derecho aragonés y es de aplicación el Código foral (disposición transitoria vigésimo tercera). Y tampoco cabe la libre disposición de las participaciones (art. 399 CC) sin consentimiento de todos los demás comuneros, aunque las restricciones y limitaciones de disposición ya están contempladas en los títulos y estatutos de las comunidades aragonesas, para impedir la entrada de extraños en las mismas y conservar los vínculos familiares o vecinales con los consortes originarios.

La «Proposición de Ley por la que se modifica el Código del Derecho Foral de Aragón en relación con la personalidad jurídica de las Comunidades o Sociedades de montes de origen vecinal», presentada ante las Cortes de Aragón para regular la personalidad jurídica de comunidades y sociedades de montes, quería añadir un art. 587 bis a este capítulo V, y la motivación de la Proposición de Ley se refiere a la «similitud» de estas entidades con las reguladas en los arts. 585 a 587 CDFA, por lo que cabe considerar la acertada previsión del legislador de contemplar la regulación de comunidades de bienes especiales en el Código foral, y permitir un posterior desarrollo normativo que podría comprender un régimen más amplio de las comunidades consorciales privadas de montes.

## 7.5. En el Derecho público: legislación de Administración Local y de Montes

### 7.5.1. Legislación aragonesa de Administración local

En el Derecho público aragonés, la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, contempla en su capítulo VI «Otras entidades locales», art. 95 «Normas peculiares y su modificación», la existencia de las comunidades tradicionales de aprovechamientos de carácter supramunicipal, reguladas en sus aspectos públicos por esta Ley, que se rigen por sus Estatutos y reglas convencionales o consuetudinarias: «1. La Comunidad de Albarracín, mancomunidades forestales, comunidades de tierras, pastos, aguas y otras análogas, actualmente existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma, continuarán rigiéndose por sus propios Estatutos, pactos o concordias y demás normas consuetudinarias». El apartado 2º permite las modificaciones estatutarias, en razón de la adecuación a las nuevas circunstancias sociales y económicas, y para ampliar sus fines,

<sup>156</sup> Vid. especialmente la SAP Huesca de 13 de junio de 1997 (ROJ: SAP HU 324/1997-ECLI:ES:APHU:1997:324). Comunidad del Monte Chibluco (Loporzano, Huesca), ya comentada.

contando con la aprobación de dicha modificación por unanimidad de todos sus miembros.

Este artículo provenía del art. 8 de la Ley 6/1987, de 15 de abril, de Mancomunidades de municipios, que se deroga por la Ley de Administración Local de 1999, y estaba pensada para las comunidades de varios municipios con aprovechamientos en común, determinando un ámbito organizativo administrativo, y especialmente para la Comunidad de Albarracín<sup>157</sup>, por lo que difícilmente es aplicable a las comunidades en este trabajo tratadas, incluso a las consideradas como comunidades de montes vecinales en mano común, en las que suelen corresponderse los grupos vecinales con entidades locales menores.

Hay, sin embargo, una extraña referencia concreta a las comunidades y sociedades que no pueden ser otras que las de montes en la *Disposición adicional quinta*, sobre comunidades de origen vecinal: «Las sociedades y comunidades de vecinos que ostenten la titularidad conjunta de bienes continuarán rigiéndose por sus propios estatutos».

Habría que entender que se conserva el régimen tradicional de estas sociedades y comunidades, pero parece determinar un ámbito jurídico-administrativo no por la caracterización pública de los bienes, sino por la condición de vecinos de los comuneros. Esta *Disposición adicional quinta* de la Ley de Administración Local de Aragón, se modifica por el n.º 1 del artículo 33 de la Ley 10/2012, 27 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (B.O.A. de 31 diciembre 2012), con vigencia desde el 1 de enero de 2013:

*Quinta. Comunidades de origen vecinal*

1. Las comunidades tradicionales de origen vecinal, que ostentan la titularidad privada conjunta de bienes, se regirán por sus estatutos.

2. Las comunidades tradicionales de origen vecinal a los efectos de su publicidad podrán inscribirse en el Registro de comunidades tradicionales de origen vecinal de Aragón. En la inscripción deberán constar los siguientes datos:

- a) Los estatutos por los que se rige su funcionamiento.
- b) Los partícipes y su cuota de participación.
- c) El partícipe designado como presidente, que ostentará la representación legal de la comunidad para actuar en su nombre en el tráfico jurídico.
- d) Los que se establezcan reglamentariamente.

3. Las comunidades tradicionales de origen vecinal inscritas podrán actualizar sus estatutos por mayoría de las tres quintas partes del total de los partícipes que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación.

La simple referencia de la Ley de Administración Local de 1999 se precisa, pasando la denominación de estas entidades de «sociedades y comunidades de vecinos» a «comunidades tradicionales de origen vecinal» con titularidad

---

<sup>157</sup> SALANOVA ALCALDE, R., *Mancomunidades de municipios y autonomía municipal*, Zaragoza, D.G.A., 1989, especialmente págs. 43 a 48; y EMBID IRUJO, Antonio, «Dictamen sobre los diversos problemas jurídicos relativos a la modificación de los Estatutos de la Comunidad de Albarracín», en *Revista Jurídica de Navarra*, 10 (1990), págs. 81 a 106.

«privada» conjunta de bienes, regidas por sus estatutos; y se amplía con la creación del «Registro de comunidades tradicionales de origen vecinal de Aragón», de carácter administrativo, para inscripción de estatutos y otros datos como los partícipes y su cuotas, la persona designada como presidente -al que se atribuye la representación legal de la comunidad en el tráfico jurídico-, y otra información a determinar en un futuro desarrollo reglamentario.

Es una norma extraña y sin justificación en el preámbulo de la Ley 10/2012, en la que la única conexión con el Derecho público es la previsión del Registro administrativo, de carácter necesariamente informativo o declarativo y no constitutivo de tales entidades, cuya única consecuencia expresa es la posibilidad de actualización de los estatutos por una mayoría de tres quintas partes de partícipes y cuotas<sup>158</sup>. El régimen de las sociedades y comunidades de montes de origen vecinal, que pueden denominarse «tradicionales» si es una referencia cronológica a su origen, es de carácter privado y diferenciado claramente del de los bienes de las Entidades locales, por lo que no caben intromisiones del derecho público en su régimen jurídico constitutivo, salvo la posible atribución de personalidad jurídica por la inscripción en un registro administrativo, como ocurre con las sociedades agrarias de transformación.

Establecer el régimen de mayorías para la modificación de los estatutos de las comunidades de bienes está, en cualquier caso, subordinado a la regulación del Código civil u otras leyes especiales civiles, diferenciando entre actos de administración (art. 398 CC) y de disposición, que requiere la unanimidad de los copropietarios, del mismo modo que en la modificación de los estatutos de las comunidades supramunicipales del art. 95 de la misma Ley de Administración Local.

Por lo anterior, no se alcanza el sentido y finalidad de esta regulación de las comunidades privadas de bienes sin conexión legislativa con el derecho privado, salvo por un interés informativo y de publicidad de estas comunidades y la posible colaboración de las Administraciones Locales en aspectos de interés general, pero sería difícilmente entendible una intencionalidad de control y tutela de las comunidades de montes por las Administraciones locales, necesaria quizás en algunas comunidades que han perdido su actividad asociativa y pervive el carácter vecinal de los aprovechamientos administrados impropiaemente por los Ayuntamientos, pero que necesitaría una solución legal más amplia y completa que la discreta y limitada contemplación en una disposición adicional.

La permanencia de un cierto régimen colectivo o vecinal en los aprovechamientos de las sociedades y comunidades privadas de montes ha ocasionado también que estas entidades hayan basculado a lo largo del tiempo de su existencia entre una aproximación y colaboración de y con los Ayuntamientos, como secuela de un régimen comunitario vecinal anterior o la diferenciación entre el ámbito comunitario municipal y el comunero vecinal. El caso que, sin duda,

<sup>158</sup> Disposición adicional novena. Regulación del Registro de comunidades tradicionales de origen vecinal de Aragón.

El Gobierno de Aragón, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, regulará un Registro de comunidades tradicionales de origen vecinal de Aragón, a propuesta del Departamento con competencia en materia de régimen local.

servió para plantear la cuestión de fondo de las relaciones de las comunidades de montes y los Ayuntamientos fue el de la «Sociedad de Montes» de Galve (Teruel). Sobre la naturaleza jurídica y titularidad de los montes escribieron sendos trabajos, ya mencionados, los profesores EMBID<sup>159</sup>, que propugnaba el reconocimiento de la naturaleza pública y comunal de los montes, y LÓPEZ RAMÓN<sup>160</sup>, que defendió la existencia de una comunidad de bienes ordinaria de naturaleza privada. Sobre estas cuestiones se pronunciaron las sentencias, ya citadas, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Teruel, de 6 de octubre de 1999 y, en apelación, la de la Audiencia Provincial de Teruel de 14 de junio de 2001 (AC 2001/2508), que niegan que se haya producido una prescripción adquisitiva de la propiedad de dichos montes a favor del Ayuntamiento de la población, o exista un derecho de uso o servidumbre vecinal por los aprovechamientos agrícolas realizados en los mismos terrenos, calificándose esta situación de mera tolerancia o autorización por parte de la Sociedad de Montes. Las sentencias finalmente reconocen que la propiedad de los montes litigiosos corresponde a la Sociedad de Montes, y que ésta tiene la naturaleza jurídica de una comunidad privada de bienes, regulada supletoriamente por lo establecido en los arts. 392 y ss. CC.

Desde la óptica de las relaciones con las Administraciones Locales describe el profesor EMBID<sup>161</sup>, basándose en referencias normativas, doctrinales y jurisprudenciales, las diversas situaciones que se han producido en las comunidades y sociedades de montes:

*a) Desaparición de los bienes utilizados comunalmente como consecuencia de la disolución de las sociedades titulares y consiguiente partición de los bienes.*

Cita como ejemplo de esta situación la extinción decretada judicialmente, por la SAT Zaragoza (Sala de lo Civil) de 21 de junio de 1974, sobre la Sociedad Comunera de los Montes de Pedrola, por entender la Audiencia Territorial que la duración de una Sociedad Civil no podía ser indefinida (arts. 1700 y 1704 CC) y, también, por la irregularidad y caos de la vida societaria de la entidad, pero podría añadirse la misma razón para las comunidades de montes desaparecidas por el ejercicio de la acción de división por los comuneros, de acuerdo con lo establecido para la comunidad ordinaria en el art. 400 CC.

*b) La cesión de la titularidad de los bienes al Ayuntamiento*

Para el profesor EMBID es una situación frecuente que los bienes reviertan por cesión de los vecinos que originariamente los compraron a los Ayuntamientos, por dificultades de gestión, con carácter de comunales. A la razón de la dificultad de gestión por organizaciones no profesionalizadas, añade las aportadas por SANZ JARQUE<sup>162</sup> -y que sitúa especialmente en la década de los años cuarenta del siglo veinte cuando se reconstruyen los archivos y registros perdidos en la

159 EMBID IRUJO, Antonio, *La defensa de los comunales (Planteamientos generales a partir de la realidad aragonesa)*, Madrid, Diputación Provincial de Zaragoza- Civitas, 1993. Le dedica el capítulo II del libro, págs. 65 a 254.

160 LÓPEZ RAMON, Fernando, «Dictamen sobre titularidades concurrentes en los montes de Galve», en RDCA, 1996, II (nº 2), págs. 25 a 48.

161 EMBID IRUJO, *op. cit.*, pp. 89-100.

162 SANZ JARQUE, *op. cit.*, (1980), p. 79.

época anterior- de exención de impuestos de los bienes comunales, necesidades de repoblación forestal y la ventaja de seguir disfrutando los vecinos de los mismos aprovechamientos que venían realizando con anterioridad como comuneros.

Justifica esta vía también EMBID por la compatibilidad de cesión del Ayuntamiento, el mantenimiento en el uso de los aprovechamientos y el modo en que se realiza tal utilización, reflejada en las Ordenanzas que apruebe el Ayuntamiento, citando a título de ejemplo algunas Ordenanzas, y refrendada por el Consejo de Estado (Dictamen de 18 de diciembre de 1969) que, según establece la legislación de régimen local, debe informar las Ordenanzas municipales cuando se produce una restricción del principio de igualdad en el uso.

*c) La confusión con el patrimonio comunal del Ayuntamiento*

Comenta EMBID respecto a esta posibilidad como se puede producir un camino de ida y retorno de los bienes de las comunidades de montes, de la propiedad comunal a la privada y, otra vez, a la comunal, por la falta de diferenciación entre los bienes de las comunidades y los municipales y la gestión indiferenciada de ambos tipos de bienes, por lo que se llega a la inclusión pura y simple, sin cesión, en el Inventario de Bienes municipales sin oposición de los vecinos, produciéndose la confusión con el resto del patrimonio municipal.

*d) La reivindicación de la titularidad de los bienes por parte de los Ayuntamientos.*

En este caso, el posible paso de los bienes a la titularidad municipal no tiene lugar ni por la cesión amigable, ni por la confusión patrimonial, sino por el ejercicio de una acción reivindicatoria de la titularidad dominical de los bienes por parte del Ayuntamiento, partiendo de la existencia de un aprovechamiento de los bienes de carácter comunal y la falta de una titularidad privada consistente. Cita en su refrendo la STS (4ª) de 15 marzo 1980 (RAJ 1981 / 1800), que contempla una situación en la que los vecinos no llegaron a redimir el censo conforme a la legislación desamortizadora para consolidar el pleno dominio. La sentencia indica el carácter comunal de los bienes y sin prejuzgar lo que la jurisdicción civil pueda determinar acerca de la titularidad, estima acertado al menos que el derecho de aprovechamiento de los bienes se incluya en el Inventario de bienes del municipio con el carácter de comunal, y se inscriba en el Registro de la Propiedad, con independencia de que la Junta Administrativa de la Comunidad perviva con un carácter de simple administradora.

El ejemplo aragonés más significativo se produjo, como consecuencia de este dictamen, en el caso citado de la Comunidad de Galve, aunque la reivindicación del Ayuntamiento no tuvo éxito judicial.

*e) Permanencia en la situación de titularidad y aprovechamiento jurídico-privado.*

Esta última situación, aplicable a muchas comunidades y sociedades de montes aragonesas, plantea la pervivencia, original o con modificaciones, del condominio o sociedad privada y que, por tanto, los bienes no han pasado a titularidad individual, por apropiación o ejercicio de la acción de división por los comuneros o de extinción por los socios, o a propiedad municipal de corte comunal. Considera especialmente el profesor EMBID el peligro de una deficiente gestión de la

entidad por los órganos de la misma, o una simulación o apariencia de gestión privada de bienes que de hecho se consideran comunales, y que supone un modelo que puede entrar en crisis por la divergencia entre el régimen jurídico privado de titularidad y la utilización comunal vecinal de los bienes.

#### 7.5.2. *En la legislación de montes*

##### 7.5.2.1. Legislación aragonesa de montes

No es objeto de este trabajo desarrollar *in extenso* la posible aplicación del régimen jurídico de los montes a las comunidades y sociedades de montes privadas aragonesas, aunque no cabe duda que es un ordenamiento especial de incidencia en la utilización de los bienes de las mismas.

La legislación sectorial aragonesa corresponde a la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón (BOA n° 149, de 30 de diciembre), modificada por la Ley 3/2014, de 29 mayo.

El art. 4 declara la función social de los montes aragoneses, independientemente de su titularidad, y el art. 6° se dedica a la definición del concepto de monte y, por tanto, al ámbito de aplicación de la ley, coherente con las definiciones de la legislación forestal estatal básica vigente (art. 5), por lo que trataremos dicho concepto en la legislación estatal.

A los montes privados dedica la ley el capítulo III (arts. 24 a 27), indicando ya el art. 11.5 que «son montes privados los pertenecientes a personas físicas o jurídicas de derecho privado, ya sea individualmente o en régimen de copropiedad», por lo que no considera a las comunidades de montes como sujetos titulares de los mismos sino a las personas físicas que se unen por la titularidad de una comunidad de bienes. El régimen jurídico, en relación con la Administración pública, se establece en el art. 24:

#### Artículo 24. *Régimen jurídico de los montes privados*

1. *Los montes de propiedad privada se gestionan por su titular.*
2. *Las Administraciones públicas y los propietarios de estos montes podrán concertar convenios u otras formas de contratación o colaboración para la gestión de los mismos.*
3. *Los aprovechamientos y usos de los montes privados se someterán a los correspondientes instrumentos de gestión y ordenación y a la intervención del departamento competente en materia de medio ambiente del Gobierno de Aragón en los casos en los que venga exigido en la presente ley.*
4. *Serán indivisibles, salvo por causa no imputable al propietario, las parcelas forestales o de monte cuya superficie sea inferior a veinte hectáreas. Las parcelas forestales o de monte con superficies mayores serán divisibles siempre y cuando ninguna de las parcelas que resulten de la división sea inferior a las diez hectáreas.*

Los siguientes apartados del art. 24, se refieren a la formación de un inventario de montes privado, y se establecen determinados deberes de interés ambiental y público a los propietarios de los montes. Por sus especiales características, los montes privados pueden calificarse como protectores (art. 11.6), calificación

especial que se inscribe en el Registro de montes protectores de Aragón, por similitud con los montes de utilidad pública (art. 25), estableciéndose los efectos de la inclusión en el Registro (art.26) y de la pérdida de la condición de monte protector (art. 27).

A los montes vecinales en mano común se dedica el capítulo IV, de un solo artículo, el 28, que dispone: «Los montes vecinales en mano común se regularán por lo dispuesto en su legislación especial y, en su defecto, por el régimen de los montes privados que se establezca en la legislación básica estatal y en la presente ley», al que faltaría un desarrollo más extenso de competencias administrativas sobre los mismos. No consta oficialmente ningún monte aragonés clasificado como monte vecinal en mano común.

Tienen cierto interés las disposiciones adicionales sexta y decimoquinta de la ley por tratar de las sociedades y comunidades de montes:

a) Disposición adicional sexta. *Montes pertenecientes a sociedades extintas o sin capacidad de obrar.*

*Mediante acuerdo del Gobierno de Aragón se podrá declarar la utilidad pública para la expropiación forzosa e incorporación al dominio público forestal de los montes que cumplan alguna de las características y funciones establecidas para la catalogación de montes públicos en la presente Ley y pertenezcan a sociedades o personas jurídicas que hayan perdido su capacidad de obrar o se hayan extinguido y se encuentren pendientes de liquidación.*

Se hace referencia a los montes pertenecientes a sociedades extintas o sin capacidad de obrar, permitiendo al Gobierno de Aragón declarar la utilidad pública para la expropiación forzosa. La referencia a la pérdida de la «capacidad de obrar» parece más bien técnica que jurídica y referida a la falta de organización y gestión de los montes de estas sociedades.

b) Disposición adicional decimoquinta. *Gestión de montes pro indiviso.*

*El departamento competente en materia de medio ambiente desarrollará reglamentariamente el procedimiento de convocatoria y constitución de las juntas gestoras de montes en pro indiviso que se constituyan en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como su régimen jurídico. Dicho departamento creará un Registro administrativo de montes privados pro indiviso, en el que se inscribirán sus juntas gestoras, así como sus integrantes y cuota de participación, a efectos de publicidad, con independencia de su fecha de constitución.*

Si en la disposición adicional sexta se trata de las sociedades de montes personas jurídicas, en esta disposición se refiere a las comunidades privadas de montes, en las que la intervención administrativa es más intensa, ya que permite establecer administrativamente el régimen de organización de las juntas gestoras y el resto de su régimen jurídico. En relación con esta disposición hay que situar el nuevo art. 27 bis sobre los montes de socios de la reforma de la ley estatal de montes de 2015.

De nuevo, como en la legislación local para las comunidades tradicionales, se establece la creación de un «Registro administrativo de montes privados pro

indiviso», en el que se deben inscribir determinados datos de, se sobreentiende, las comunidades privadas de montes, a efectos de publicidad, incluyendo las que ya existían previamente.

#### 7.5.2.2. Legislación estatal de montes

La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (BOE nº 280, 22 noviembre 2003), ha sido modificada por la Ley 21/2015, de 20 de julio (BOE nº 173, 21/07/2015). El art. 5 establece el concepto de monte:

##### *Artículo 5. Concepto de monte.*

*1. A los efectos de esta ley, se entiende por monte todo terreno en el que vegetan especies forestales arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, que cumplan o puedan cumplir funciones ambientales, protectoras, productoras, culturales, paisajísticas o recreativas.*

*Tienen también la consideración de monte:*

- a) Los terrenos yermos, roquedos y arenales.*
- b) Las construcciones e infraestructuras destinadas al servicio del monte en el que se ubican.*
- c) Los terrenos agrícolas abandonados que cumplan las condiciones y plazos que determine la comunidad autónoma, y siempre que hayan adquirido signos inequívocos de su estado forestal.*
- d) Todo terreno que, sin reunir las características descritas anteriormente, se adscriba a la finalidad de ser repoblado o transformado al uso forestal, de conformidad con la normativa aplicable.*
- e) Los enclaves forestales en terrenos agrícolas con la superficie mínima determinada por la Comunidad Autónoma.*

*2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los demás apartados de este artículo, no tienen la consideración de monte:*

- a) Los terrenos dedicados al cultivo agrícola.*
- b) Los terrenos urbanos.*
- c) Los terrenos que excluya la comunidad autónoma en su normativa forestal y urbanística.*

Al tratar de las comunidades y sociedades de montes, hay que entender que los terrenos sobre los que recae el objeto de la entidad no necesariamente responden al concepto legal de monte, ni entran en el ámbito de su aplicación, por lo que es necesario hacer esta delimitación respecto a la legislación aplicable, que lo puede ser como montes privados en su totalidad, parcialmente o no serle de aplicación por ser, por ejemplo, terrenos dedicados al cultivo agrícola. Concluye KARRERA que el monte es un terreno de carácter rústico (no urbano), cuya utilidad se vincula a las especies de carácter forestal (no agrícolas) que los cubren o pueden cubrirlos (excluyendo árboles frutales, ornamentales, botánicos, etc.)<sup>163</sup>.

<sup>163</sup> KARRERA EGIALDE M. M., *Derecho de montes y propiedad privada*, Madrid, Reus-Asociación Española de Derecho Agrario, 2015, p. 152.

En este apartado se va a hacer una breve referencia a la regulación de la nueva figura de los «montes de socios» y a la legislación de montes vecinales en mano común, por su relación con las comunidades privadas de montes.

#### A) Montes de Socios

El nuevo art. 27 bis de la Ley 21/2015, sustituye a la disposición adicional 10ª de la Ley 43/2003, de Montes, sobre la gestión de los montes *pro indiviso*, que creaba la figura de las juntas gestoras, para la administración ordinaria y extraordinaria de estos montes. El nuevo y extenso art. 27 bis regula los «montes de socios», que son «aquellos cuya titularidad corresponde, en *pro indiviso*, a varias personas y alguna de ellas son desconocidas, con independencia de su denominación y de su forma de constitución». La junta gestora, constituida a instancia de cualquiera de los copropietarios ante el órgano competente de gestión forestal, será el órgano de gobierno y representación de la comunidad. Para la válida constitución de la junta gestora, es necesario el acuerdo de, al menos, las cuatro quintas partes de los propietarios conocidos, y su formalización por escrito (ap. 3º). La junta gestora es la que promueve los expedientes de investigación de la titularidad de las cuotas vacantes, siendo válidos sus acuerdos por el voto favorable de la mayoría de las cuotas de participación de los propietarios conocidos, presentes o representados.

Debe comunicar la existencia de cuotas vacantes a la Dirección General de Patrimonio del Estado que, de acreditar tales cuotas, se entenderán afectadas por ministerio de la ley al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente cuando se acuerde su incorporación al patrimonio de la Administración General del Estado (ap. 7º).

La junta gestora es un órgano, en principio, temporal ya que «se disolverá una vez todos los comuneros estén identificados conforme a derecho, momento a partir del cual se somete a las reglas de comunidad de bienes en régimen de *pro indiviso*, no procediendo la acción de división hasta que no se haya procedido a la identificación de la totalidad de las cuotas vacantes» (ap. 6º). Y es la propia ley la que determina el régimen de la comunidad de propietarios (ap. 8º): «Los propietarios de los montes de socios se registrarán en lo que no se oponga a esta regulación, por lo dispuesto en los artículos 392 y siguientes del Código Civil y, en particular, tendrán derecho de retracto. En cualquier caso, el derecho de retracto legal entre condueños no será aplicable en la transmisión *inter vivos* otorgada a favor del cónyuge o parientes por consanguinidad dentro del segundo grado del condómino o sociedades unipersonales del mismo».

Esta regulación ha sido objeto de severas y merecidas críticas, ya que introduce importantes modificaciones de las reglas constitutivas de las comunidades privadas de montes, además de una expresa desamortización de las cuotas vacantes en favor del patrimonio del Estado. No eran las propuestas realizadas por las Asociaciones que representaban a las comunidades de montes para resolver algunos de sus problemas.

Como indica BENEÍTEZ<sup>164</sup>:

*Para resolver el problema de la gestión de la comunidad, se propuso el sistema de Juntas Gestoras, sin personalidad jurídica (a modo de las juntas de propietarios de las propiedades horizontales), con facultades sólo de gestión, y que instaran procedimientos de actualización de titulación para fijar de quiénes eran todas las cuotas, las de los propietarios conocidos y las de los no aclarados, resultando una titulación económica y colectiva.*

*Y para resolver el problema de actualización de titulación, se propuso bien que se reconociera a las Juntas Gestoras legitimación para instar el procedimiento de actualización de titulación de todos con los procedimientos actuales, bien un procedimiento similar al de Concentración Parcelaria; o bien un acta de notoriedad también con procedimiento similar, abaratando costes por su carácter colectivo y salvando los principios de voluntariedad y rogación. Sólo aclarada la titularidad de todo el monte, si quedaren cuotas desconocidas, se procedería respecto de ellas conforme a la legislación general.*

De nuevo interviene una legislación sectorial pública para regular las comunidades privadas de montes, alterando elementos básicos de las mismas al no reconocer la autonomía privada normativa de las mismas, y someterlas a un estatuto legal que no se corresponde con la realidad de las mismas. El apoyo legal en la comunidad de bienes del Código civil no era satisfactorio ya en su constitución para estas entidades, que conformaron sus propios estatutos convencionales eludiendo algunos de los preceptos del Código, de aplicación supletoria en último grado, tras su propia regulación y las normas consuetudinarias. El art. 27 bis de la Ley de Montes ignora la regulación convencional entre las dos regulaciones legales, la especial de montes, en la medida que sea aplicable, y las de la comunidad de bienes del Código civil, y encorseta a las comunidades de montes en el estricto régimen legal, reconociendo el ejercicio de la acción de división en comunidades que se constituyeron como indivisibles. No parece que deba ser un interés público deseable la fragmentación de estas copropiedades, en el caso de que objetivamente sea posible, ni la concentración de la propiedad en uno o varios de los comuneros, por la expresa mención del legal retracto de comuneros (art. 1522 CC), que también podrá ejercitar la Administración pública titular de las cuotas vacantes.

#### *B) Montes Vecinales en Mano Común*

La legislación general de montes, estatal y aragonesa, reenvía a la legislación especial para la regulación de los montes vecinales en mano común, siendo aplicable en Aragón la Ley estatal 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común (BOE n° 280, de 21 noviembre 1980), que derogó la Ley 52/1968, de 27 de julio, sobre montes vecinales en mano común.

Es una institución, expresión de comunidad germánica en forma de propiedad forestal colectiva, con presencia en todo el territorio nacional, pero cuya

---

164 BENEÍTEZ BERNABÉ, J. M., «Montes de socios. Una nueva desamortización o cómo dar gato por liebre», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n° 63 (2015), pp. 74-77.

existencia destaca en varios territorios del noroeste peninsular y es de especial importancia en la Comunidad Autónoma de Galicia. Se trata de comunidades sin asignación de cuotas, cuyos miembros son los vecinos que en cada momento haya en la parroquia o aldea que no constituye un municipio, y a los que corresponde la titularidad y el aprovechamiento de los montes como grupo social, sin por ello constituir entidades administrativas. A esta propiedad colectiva, tradicionalmente, se le ha venido atribuyendo naturaleza privada y no comunal, aunque la atribución a los vecinos en cuanto a tales les aproxima en cierta medida a los comunales, siendo inalienables, indivisibles e imprescriptibles.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, establece que «la propiedad de los montes vecinales en mano común es de naturaleza privada y colectiva, correspondiendo su titularidad dominical y aprovechamiento a la comunidad vecinal respectiva» (art. 60), entendiéndose que la comunidad vecinal está compuesta por los vecinos que la integren en cada momento, y que vecinos comuneros son «aquellas personas titulares de unidades económicas, productivas o de consumo, con casa abierta y residencia habitual independiente dentro del área geográfica sobre la que se asiente el grupo social al que tradicionalmente estuviera adscrito el aprovechamiento del monte» (art. 61)<sup>165</sup>.

La Ley 52/1968, de 27 de julio, sobre montes vecinales en mano común, concedía «personalidad jurídica» a estas comunidades «para el cumplimiento de sus fines, incluso el ejercicio en la vía judicial o administrativa de cuantas acciones sean precisas para la defensa de sus específicos intereses» (art. 4.3), pero esta atípica atribución de personalidad jurídica fue corregida por la Ley 55/1980, en su art. 5: «1. La administración, disfrute y disposición de los montes vecinales en mano común corresponden exclusivamente a la respectiva comunidad propietaria, que tendrá plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, incluido el ejercicio, tanto en vía judicial como administrativa, de cuantas acciones sean precisas para la defensa de sus específicos intereses», ya que la expresión de la ley de 1968 crearía una persona jurídica interpuesta entre el monte y los vecinos, y éstos ya no serían titulares del dominio porque lo sería esa persona interpuesta.

Una redacción semejante a la de la Ley de 1968 se incluía en la proposición de ley aragonesa sobre sociedades y comunidades de montes, pero la Resolución de 20 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, explica que «en las comunidades de montes vecinales en mano común no existe persona jurídica única sino pluralidad de titulares de una propiedad colectiva, sin que cada uno de ellos tenga un derecho singular sobre la cosa, ya que es la pluralidad de sujetos la que tiene un único derecho total. El monte pertenece a

---

165 Los montes vecinales en mano común de Galicia se rigen también por la Ley gallega 13/1989, de 10 de octubre, de montes vecinales en mano común (BOE nº 35, 9 febrero 1990), modificada en sus arts. 21.2 y 23 por la Ley gallega 7/2012, de 28 de junio, de Montes de Galicia. Vid. sobre la Ley estatal de 1980, BOCANEGRA SIERRA, R., *Los montes vecinales en mano común. Naturaleza y régimen jurídico*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1986; LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA, C., «Aprovechamientos colectivos de recursos: montes comunales y montes vecinales “en mano común”; pastos y leñas», en *Revista General de Derecho*, año XLVIII, nº 576 (1992), pp. 7985-8004; TAMAYO CARMONA, J. A., «la comunidad vecinal de montes en mano común», en *Comunidad de bienes*, (Coord.: M. J. REYES LÓPEZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 911-960. Y sobre la Ley gallega de 1989, DÍAZ FUENTES, A., *Montes vecinales en mano común*, Barcelona, Bosch, 1999.

la colectividad, no a los individuos singularmente, que carecen de autonomía e independencia, pues no pueden disponer de su parte ni pueden pedir la división de la cosa común al ser la suya una titularidad que les viene conferida en cuanto miembros del grupo social. No se trata de persona jurídica sino de una mera pluralidad coaligada de un número indeterminado y variable de personas unidas por un vínculo de carácter personal, su cualidad de vecinos. La composición personal del grupo cambia con el paso del tiempo (fallecimientos y nacimientos, cambios de residencia), pero el monte sigue perteneciendo al colectivo»<sup>166</sup>.

Hemos señalado en este trabajo el reconocimiento judicial por la Audiencia Provincial de Huesca de comunidades vecinales en mano común, que no están clasificadas por la Administración aragonesa como montes vecinales en mano común. Los arts. 9 a 13 de la Ley 55/1980, regula los Jurados de Montes Vecinales en Mano Común, «ya creados, y los que el Ministerio de Agricultura acuerde crear en otras provincias, donde haya montes de los regulados en esta Ley», que ejercerán su competencia para conocer de las cuestiones que se promuevan sobre clasificación de los mismos. La clasificación que un Jurado Provincial realice de un monte como vecinal en mano común, una vez sea firme, producirá los siguientes efectos (art. 13):

1. *Atribuir la propiedad del monte a la comunidad vecinal correspondiente, en tanto no exista sentencia firme en contra pronunciada por la Jurisdicción Ordinaria.*
2. *Excluir el monte del inventario de Bienes Municipales o del Catálogo de los de Utilidad Pública, si en ellos figurase.*
3. *Servir de título inmatriculador suficiente para el Registro de la Propiedad.*

## **8. Las comunidades privadas de montes aragonesas como comunidades funcionales o societarias**

Podemos constatar, tras la exposición anterior, que las actuales comunidades consorciales<sup>167</sup> privadas de montes aragonesas, no responden al modelo institucional de comunidad ordinaria establecido por los arts. 392 y ss. del Código civil. Y es importante destacar como las sociedades de montes a las que se ha reconocido personalidad jurídica como sociedades civiles, no desarrollan un régimen sustancialmente distinto al de algunas comunidades de montes sin personalidad, lo que indica un sustrato común procedente de las reglas consuetudinarias comunitarias previas al periodo de desamortización civil del siglo diecinueve.

---

<sup>166</sup> La RDGRN de 20 marzo 2014 (BOE n° 100, 25 abril), niega que se pueda «constituir una sociedad de capital por una comunidad de montes vecinales en mano común, al carecer de personalidad jurídica, y no se acredita que el único socio fundador tenga personalidad jurídica como asociación».

<sup>167</sup> Utilizo el término «consorcio» por apreciar una proximidad jurídica conceptual e institucional de estas comunidades con los distintos consorcios con sujetos colectivos regulados en el Derecho aragonés, especialmente el consorcio foral (arts. 373 a 35 CDF). *Vid.* PALÁ MEDIANO, F., «Las explotaciones agrícolas en la Compilación del Derecho civil de Aragón», en *Temis*, n° 24 (1968), pp. 55-88, y especialmente pp. 85 a 87. Para un concepto general de comunidad consorcial «con actividad que se ejercita mediante la organización conjunta pero cuyo resultado recae directamente en la esfera de los intereses de los singulares partícipes», PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1995, pp. 198 y 208 y ss.

Y también ha podido comprobarse la distinta evolución de estas comunidades, en función de sus circunstancias particulares, que ha originado una división entre las comunidades en las que se ha fosilizado su régimen jurídico y las comunidades que han utilizado las modificaciones estatutarias para adaptar y actualizar su organización y régimen reglamentario. Esta diferenciación trae causa de la actividad económica y social de las mismas, de tal modo que una mayor explotación de los bienes objeto de la comunidad y la diversificación de usos y aprovechamientos ha originado, según KARRERA, que «de ser comunidades de conservación cuya persistencia y continuación vienen requeridas por el interés común de todos los partícipes en el aprovechamiento del bien común, han pasado a ser comunidades societarias en la organización para la explotación racional del terreno con la finalidad de distribuir los beneficios obtenidos»<sup>168</sup>.

En virtud de la autonomía privada como uno de los principios rectores de la comunidad de bienes (art. 392-II CC), los contratos, acuerdos y convenios entre los comuneros constituyen la ley fundamental de organización y disciplina de la comunidad. Cuando los comuneros reglamentan, desde su origen o con posterioridad, el contenido de la comunidad de bienes, la doctrina califica este contrato como una comunidad convencional reglamentada o contrato regulador de la comunidad de bienes.

Sin embargo, la doctrina se divide al determinar las consecuencias de este contrato de creación de la comunidad de bienes, defendiéndose tres criterios generales: a) que la comunidad de bienes creada es una verdadera comunidad y se regirá en lo no establecido en sus pactos por las disposiciones del título III del libro III del Código civil sobre comunidad de bienes; b) que la interrelación entre la titularidad de los bienes y el régimen convencional interno de la comunidad supone una conexión entre los arts. 392-II y 1669-II CC, y entran en juego no solo las reglas de la comunidad de bienes sino también las de la sociedad civil; y c) que la comunidad de bienes, especialmente en el supuesto de explotación de bienes, oculta la existencia de una sociedad personalista civil o colectiva, que correspondería a su verdadera naturaleza.

La primera posición ha sido defendida especialmente por TRUJILLO CALZADO<sup>169</sup>, para quien la comunidad de bienes convencional gozaría de autonomía propia y surge cuando la finalidad de la misma es el mero disfrute de los bienes. Sería un contrato atípico, denominado contrato de comunicación de bienes, diferenciado de los contratos asociativos, por el que dos o más personas se comprometen a poner en común determinados bienes o derechos de su respectiva titularidad para su atribución conjunta a todos ellos mediante la atribución de cuotas indivisas, que regiría tanto las relaciones internas como las externas, aplicándose supletoriamente el régimen legal de la comunidad ordinaria. Para MORENO QUESADA, no se puede hablar de un contrato del que nazca una comunidad sino que se pone en común un derecho que se adquiere por ese contrato, y este

---

168 KARRERA, *op cit.*, p. 95.

169 TRUJILLO CALZADO, M. I., *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes*, Barcelona, J. M. Bosch, 1994, especialmente pp. 39 a 71.

acuerdo, tanto sirve para constituir una sociedad (art. 1679 CC) como para constituir una comunidad, operándose uno y otro en función de la intención de las partes al realizarlo y de las otras circunstancias que diferencian ambas figuras<sup>170</sup>.

La interrelación entre comunidad y sociedad ha sido preconizada por CAPILLA<sup>171</sup>, MIQUEL<sup>172</sup> y PAZ ARES<sup>173</sup>, entre otros, y es mayoritaria en la doctrina, con matices<sup>174</sup>. Estos autores entienden que si la comunidad se rige por un contrato acordado por los comuneros, este contrato no puede ser otro que el de sociedad (arts. 1665 y ss. CC) y a las sociedades sin personalidad (art. 1669-II CC) se les aplican las normas de la comunidad de bienes, por lo que no encontramos en una zona fronteriza entre comunidad y sociedad, que resuelven aplicando las reglas de la comunidad de bienes a las relaciones externas, es decir, cuando estén implicados terceros, y las disposiciones del contrato de sociedad a las relaciones internas, a las relaciones entre socios. Añade MIQUEL, en un trabajo posterior, que la invocación de algunos autores al art. 392-II ignora que no se trata de un problema de libertad contractual, sino de tipicidad, y las reglas que se aplican. Expresa que la autonomía privada y la libertad contractual se mueven en dos planos distintos. En uno para elegir el tipo contractual o derecho real y en otro plano, dentro del tipo elegido. Si se elige el tipo «comunidad» hay normas imperativas, pero si las partes eligen el contraer una sociedad salen del tipo «comunidad» en cierta medida, quedando desplazadas por las de la sociedad en la medida que sean incompatibles, remisión que es parcial en el caso de las sociedades sin personalidad jurídica (art. 1669-II CC)<sup>175</sup>.

El tercer grupo cuenta también con un amplio apoyo doctrinal y jurisprudencial. También se da en caso de coexistencia de las figuras de comunidad y

170 MORENO QUESADA, B., «La naturaleza jurídica de la comunidad contractual», *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, nº 10 (vol. II), 1986, pp. 287 y ss.

171 CAPILLA RONCERO, F., *La sociedad civil*, Bolonia, publicaciones del Real Colegio de España, 1984, pp. 391-4. Afirma que no hay inconveniente en aplicar las normas de la sociedad a los socios de esa sociedad oculta, pues lo que se ha creado es una sociedad sin manifestación exterior (p. 392), mientras que la copropiedad tiene eficacia *erga omnes*, y frente a terceros se aplicará la única normativa aplicable con carácter general a estas situaciones: la de la comunidad de bienes, ya que los terceros ignoran que a esa comunidad se ha superpuesto una sociedad, la cual solamente vincula a los socios (p. 393).

172 MIQUEL GONZALEZ, J. M., «Artículo 392» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo V, vol. 2º, Madrid, EDERSA, 1985, pp. 6, 33-59. «Cuando la comunidad se haya originado por un contrato entre los comuneros, por el que se obliguen a poner en común bienes, probablemente se tratará de un contrato de sociedad, si la finalidad de éste se interpreta ampliamente, pero aunque no sea un contrato de sociedad, debe regirse por analogía por las disposiciones de éste en las relaciones internas» (p. 57).

173 PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1669», en *Comentario al Código Civil*, tomo II, (dirs.: PAZ-ARES, C., DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R., y SALVADOR, P.), Madrid, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, 1991, pp. 1369-1374. «Cuando sociedad y comunidad coexisten, las relaciones obligatorias se rigen por las normas de la sociedad (arts. 1665 y ss.) y las relaciones jurídico-reales de titularidad se rigen por las normas de la comunidad (art. 392 y ss.). Dicho de otro modo quizá más exacto: las normas sobre la comunidad *estructuran* la forma de titularidad del patrimonio social; las normas sobre la sociedad *regulan* las relaciones entre los comuneros» (p. 1373).

174 Por ejemplo, TENA PIAZUELO, I., *La caracterización de la sociedad civil y su diferencia con la comunidad de bienes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

175 MIQUEL GONZALEZ, J. M., «Comunidad y sociedad», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 53 (2012-13), pp. 375-6. «Comunidad y sociedad se diferencian en definitiva por la diversa voluntad de los partícipes en ellas. La voluntad vinculada por un contrato a crear y permanecer en la situación de indivisión de indivisión con aportaciones de diversa naturaleza para conseguir el fin común, es lo que determina la existencia de una sociedad, que puede absorber el régimen de comunidad totalmente, si es una sociedad externa, o modificarlo solamente en alguna medida si es una sociedad interna» (p. 382).

sociedad, en los casos en que el contrato de sociedad configura una sociedad interna, dando lugar a las llamadas «comunidades societarias», que explotan una empresa bajo una razón unificada en el tráfico. PAZ-ARES abjura de la llamada «comunidad de bienes» (CB) como forma de organización de la empresa colectiva, aunque haya obtenido carta de naturaleza en el derecho fiscal y laboral, por simples razones de evitar el fraude, y considera que es «un *monstruum* jurídico que hay que desterrar de nuestra praxis negocial». Añade que son sociedades externas y por tanto personificadas, ya que el carácter externo se desprende claramente del propósito de actuar unificadamente en el tráfico, y si el objeto es mercantil, habrán de considerarse sociedades colectivas irregulares, y si el objeto es civil, sociedades civiles<sup>176</sup>. Y DE LOS RÍOS concluye «que lo que tantas veces, ya para admitirlo, ya para negarlo, ha sido calificado como comunidad de empresa no es sino la manifestación de una relación societaria personalista en la que podrá faltar algún elemento accidental, pero que posee todos los caracteres sustanciales de la misma»<sup>177</sup>.

Los ejemplos contemplados de comunidades aragonesas pueden responder a los tres tipos, ya que encontramos comunidades cuya regulación es escasa y limitada, y está reducida a la escritura de compraventa, normalmente entre los vecinos comuneros adquirentes con terceros o con los comuneros fiduciarios, de las fincas objeto de desamortización con el único fin de conservar los aprovechamientos colectivos ya realizados en la época anterior y con una mínima estructura organizativa; otras que han mostrado una evolución de su régimen, y han desplegado un régimen organizativo de tipo asociativo y han diversificado los usos y aprovechamientos de los montes aportados a la comunidad; y una tercera clase, que ha desarrollado una explotación organizada de los montes y que han consolidado la forma originaria societaria, se han transformado en personas jurídicas de esta clase, o reúnen todos los elementos esenciales para considerarlas como tales por el tipo de actividad que realizan.

En casi todos los casos expuestos de las comunidades aragonesas, las denominaciones originarias incluían el término «sociedad» en su constitución, lo que nos lleva al debatido problema de la distinción entre comunidad y sociedad, sobre el que la jurisprudencia ha sostenido un criterio excesivamente riguroso, que MIQUEL critica por inadmisibile. La STS (1ª) de 17 de julio de 2012 (FD 3º), sobre una comunidad de montes, hace un esfuerzo integrador de los criterios y pautas de interpretación a seguir para determinar la naturaleza comunitaria o societaria de la entidad, especialmente cuando carece de un negocio jurídico de creación o desenvolvimiento de la misma:

*A) La valoración del título que originó la situación de indivisión, conforme a los criterios hermenéuticos generales, y de acuerdo a la naturaleza mortis-causa o inter vivos de la misma, con especial aplicación a este último caso, si diere lugar, a*

<sup>176</sup> PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1669», *op. cit.*, p. 1370. Para MIQUEL, «Comunidad y sociedad», *op. cit.*, p. 367, referirse en estos casos, como hacen algunos, a un contrato de comunidad de bienes, no responde ni a la definición ni a la regulación que de la comunidad hace el Código civil.

<sup>177</sup> DE LOS RÍOS SÁNCHEZ, J. M., *Comunidad de bienes y empresa*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 174.

la valoración de las conductas de las partes como medio interpretativo y a los usos de los negocios o del tráfico (1284 y 1287 del Código Civil).

B) De acuerdo con el criterio diferencial señalado con anterioridad, el examen del tipo o modo de explotación de los bienes puestos en común, de forma que, como criterio de interpretación general, la explotación conjunta con criterios y organización de empresa debería entenderse como una situación de sociedad, mientras que su mera utilización y aprovechamiento consorcial debería entenderse como situación de comunidad.

C) La aplicación, en su caso, de las doctrinas de los actos concluyentes y de los propios actos.

D) Respecto a la incidencia de la voluntad de las partes en el desenvolvimiento de la situación, y particularmente en relación con la denominada "*affectio societatis*", como criterio diferencial, debe señalarse que su aplicación como criterio interpretativo va más allá de la constatación del mero ánimo o disposición de estar en una situación de sociedad, requiriéndose a los partícipes la realización de actos de configuración potestativa que inequívocamente tiendan a la creación de una situación real y efectiva de sociedad civil.

E) Si la aplicación de los anteriores criterios no resuelve las dudas acerca de la calificación que merezca la situación objeto de estudio entonces se deberá aplicar el criterio "*pro-communio*" que se deriva de la mayor fuerza expansiva y sistemática que implícitamente viene en la generalidad del concepto de comunidad<sup>178</sup>.

Critica MIQUEL que el elemento decisivo en la jurisprudencia, también en la sentencia citada, sea finalmente la *affectio societatis*, que un contrato de sociedad no pueda existir sin un acuerdo expreso<sup>179</sup>; y para PAZ-ARES sin la exigencia del ánimo de lucro como elemento estructural del contrato de sociedad<sup>180</sup>.

A veces, las comunidades que se constituyen responden al modelo de comunidad ordinaria del art. 392 CC, aunque las disposiciones siguientes del Código no regulan el contrato de comunidad convencional constitutiva o de comunicación

178 RJ\2012\9331. Concluye en dicho FD 3º: «3. Como podemos observar, a tenor de la prueba practicada por la Audiencia, el presente caso no ofrece dudas de fondo acerca de la calificación de comunidad de bienes de la situación objeto de controversia. En efecto, tanto de la valoración de los criterios diferenciales expuestos, como de su pertinente interpretación en el proceso de interpretación, particularmente de la valoración del título de adquisición, de su interpretación histórica, de los actos concluyentes de los partícipes (expedientes posesorios a título individual y venta de cuotas indivisas de la propiedad), así como del modo explotación o aprovechamiento de las parcelas rústicas, se infiere una situación originaria de condominio que persiste claramente en la actualidad. Del mismo modo, según lo expuesto, la mera referencia al conjunto de propietarios como «sociedad de vecinos» o «sociedad de propietarios», en documentos no creadores o constitutivos de una situación de sociedad civil, o la celebración irregular de meras reuniones o asambleas, no constituyen prueba de una voluntad inequívoca de los partícipes de configurar *ex novo* una situación real y objetiva de sociedad, tal y como debe aplicarse a tenor del *affectio societatis* como presupuesto o criterio diferencial o determinante».

179 MIQUEL GONZALEZ, J. M., «Artículo 392» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, op. cit., pp. 43-44.

180 PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1665», en *Comentario al Código Civil*, tomo II, op. cit., pp. 1307-1311. Son varias las razones que aduce el autor, que van desde la «desfuncionalización» y «despolitización» del concepto de ánimo de lucro en nuestro ordenamiento jurídico desde el reconocimiento constitucional del derecho de asociación (art. 22 CE), a la evolución imparable hacia la degradación del ánimo de lucro a un mero rasgo tipológico sin valor conceptual, por no aplicarse legislativamente a entidades de carácter societario, de tal forma que cabe excluir el ánimo de lucro «como un desarrollo del derecho inmanente a la ley, bajo la corrección teleológicamente fundada en la norma contenida en el art. 1665» (p. 1311). A ello cabe añadir la previsión del art. 1678 CC, que contempla la posibilidad de la sociedad particular que tenga por objeto el uso de una cosa.

de bienes, por lo que puede considerarse un contrato atípico que contará con las normas generales de obligaciones y contratos como régimen subsidiario. En otras ocasiones, la constitución convencional y posterior organización de la comunidad le aproxima a la sociedad sin personalidad, a modo de sociedad interna, pero no cabe confundirlas con las sociedades en las que los socios deciden mantener ocultos los pactos (art. 1669.I), ya en este caso la causa no se encuentra en la voluntad de los partícipes sino en el propio ordenamiento jurídico, que no reconoce su naturaleza societaria o la inscripción registral, lo que no quiere decir que no exista una relación societaria<sup>181</sup>.

De este modelo de comunidad ha derivado lo que la doctrina y jurisprudencia han venido en denominar «comunidad funcional» o «comunidad societaria». PELAYO HORE, en 1942, las denominó comunidades «sociales», situadas a una distancia equidistante de la comunidad típica y de la sociedad civil, considerándolas como un supuesto de comunidad de bienes pero que participa en gran parte de las características fundamentales de la sociedad; que participa de los caracteres de estabilidad y permanencia de la sociedad, por lo que no cabe la aplicación del art. 400 CC, y en las que concurrían tres elementos: fin común, origen contractual y carácter accesorio<sup>182</sup>.

GODOY DOMÍNGUEZ indica que la «comunidad funcional» es una figura cuyos contornos jurídicos no están del todo perfilados y sobre la que no existe unanimidad en su aceptación, ni una definición común, más allá de fijar unas características o elementos calificadores<sup>183</sup>. No es propiamente una comunidad de tipo romano pero parte de ella para establecer sobre los bienes inmuebles atribuidos en cuotas indivisas objeto del contrato comunitario una unidad de destino, en función del destino predeterminado por la naturaleza del inmueble o el convenio de los comuneros, lo que le otorga los caracteres de comunidad estable y permanente<sup>184</sup>.

Surgió esta comunidad por el rechazo a la aplicación del art. 400 CC sobre la libre división de la comunidad y el destino común que cumplía el objeto de la comunidad, y fue reconocida desde RDGRN de 18 mayo de 1983<sup>185</sup>, que considera viable y admisible el contrato de constitución unilateral de un garaje en régimen de comunidad simple, funcional, organizada y permanente, a la que siguió la de 27 de mayo de 1983<sup>186</sup>, a partir de las cuales la doctrina distingue entre la comunidad ordinaria y funcional apreciando las siguientes diferencias: a) por su origen: normalmente involuntario en la comunidad ordinaria o incidental y

---

181 MUÑOZ DELGADO, C., «Comunidades que ejercen actividad empresarial», en *Revista de Derecho UNED*, n° 18 (2016), p. 611.

182 PELAYO HORE, S., «La indivisión perpetua en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, 1942, pp. 460-463.

183 GODOY DOMÍNGUEZ, L. A., «La comunidad funcional», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, n° 1 (2002), pp. 165 y 172-3.

184 PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1995, p. 201.

185 RJ/1983/6969.

186 RJ/1983/6972.

siempre voluntario y querido en la funcional; b) por su duración: transitoria y circunstancial en la comunitaria incidental y permanente y estable en la funcional; c) por sus fines: la ordinaria no se orienta a un fin o destino común de los partícipes y la funcional persigue un destino común; y d) por la organización: ausente en la incidental y estructurada en la funcional<sup>187</sup>.

En el núcleo de la caracterización jurídica de estas comunidades está el fin o destino común, que no puede consistir solo en la satisfacción de los intereses individuales de cada uno de los cotitulares, sino que debe tratarse de fines colectivos, que solo pueden conseguirse con el mantenimiento de la copropiedad<sup>188</sup>, constituyendo una comunidad de destino, ya que cumplen una función social normalmente de orden económico (función económica)<sup>189</sup>; y que justifica la exclusión de la libre división de la comunidad por los comuneros, aunque se discuta si la exclusión del art. 400 CC y la aplicación del art. 401-I se da exclusivamente en el caso de que las cosas objeto del patrimonio común estén al servicio de otras cosas de forma objetiva y duradera, es decir, de forma accesoria a otras fincas de titularidad privada de los comuneros, o cumpla una función principal el bien prestando una utilidad específica a sus titulares, sin que exista una interdependencia o subordinación a otros como principales de la relación o porque se haya establecido esa vinculación de destino en su constitución<sup>190</sup>.

La voluntariedad y el establecimiento de una organización van unidas en este tipo de comunidad, lo que nos lleva a los convenios, acuerdos, contratos y pactos de constitución de estas entidades. Como hemos señalado, el art. 392-II CC expresa que la comunidad puede regirse por «contrato», que puede referirse a una función creadora de la comunidad o a una función reguladora de la misma. Para MIQUEL no puede existir un contrato de constitución de la comunidad, ya que nadie está obligado a permanecer en la comunidad, por lo que un contrato de comunidad, remitido simplemente a las normas de comunidad carece de sentido, al menos sin un pacto de indivisión, como contrato obligatorio que sirve de causa para la adquisición de la propiedad, ya que la comunidad es el resultado de atribuciones patrimoniales, pero no causa de las mismas<sup>191</sup>. Reconoce, sin embargo, que existe contrato de constitución de comunidad, por adquisición a un tercero, mediante la tradición, ya que la comunidad surge como consecuencia de la adquisición, que es un caso común en las comunidades aragonesas. La mayoría de la doctrina defiende la existencia de un contrato atípico constitutivo de comunidad, o de comunicación de bienes, al que se aplicaría las normas generales de obligaciones y contratos como régimen subsidiario<sup>192</sup>.

187 PÉREZ PÉREZ, E., *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*, op. cit., pp. 201-2.

188 GODOY DOMÍNGUEZ, L. A., «La comunidad funcional», op. cit., p. 179

189 NÚÑEZ IGLESIAS, A., *Comunidad e indivisibilidad*, Madrid, McGraw Hill, 1995, p. 89.

190 GODOY DOMÍNGUEZ, L. A., «La comunidad funcional», op. cit., pp. 180-1. En las comunidades aragonesas pueden considerarse los aprovechamientos principales de pastos y leñas como complementarios de los agrícolas privados de los cotitulares, aunque tomaban una especial relevancia económica en las zonas de montaña.

191 MIQUEL, «Artículo 392», op. cit., pp. 33-35

192 BELTRAN DE HEREDIA, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, op. cit., pp. 41 y 191, con los límites del art. 1255 CC. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Contratos sobre comunidades convencionales. Cláusulas usuales», en

Constituida la comunidad por contrato, cabe distinguir la comunidad constitutiva y la reguladora de los derechos y obligaciones de los comuneros, que pueden coincidir en el mismo contrato o por acuerdos o reglamentaciones posteriores, y que pueden ser complementarios o modificativos del inicial, ocupándose también de las reglas de organización de la comunidad, formando parte del «título» de organización y funcionamiento de la comunidad<sup>193</sup>. No incluye el Código civil reglas de organización de la comunidad de bienes, pero resultan necesarias en las comunidades estables en las que se persigue la realización de un fin común colectivo, que requieren una organización suficiente con creación de órganos de gestión y administración<sup>194</sup>. Es por ello que puede considerarse que el título de la comunidad está formado por los acuerdos de constitución y las reglas de regulación, que pueden ser contratos distintos o negocios mixtos<sup>195</sup>, pudiendo denominarse estas normas reguladoras de la comunidad reglamentos o estatutos<sup>196</sup>, que pueden tener eficacia real<sup>197</sup>. Sobre las normas legales supletorias, tienen distinta opinión BELTRAN DE HEREDIA<sup>198</sup>, MORENO DEL VALLE<sup>199</sup> y ALBIEZ<sup>200</sup>, para quienes son supletorios los arts. 392 y ss. del Código civil; y MIQUEL, que defiende la aplicación de las disposiciones del contrato de sociedad, bien directamente o por analogía en las relaciones internas, y las

---

*Comunidad de bienes*, (Coord.: M. J. REYES LÓPEZ), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 1034 y ss., critica la posición de MIQUEL, para el caso que este autor niega de la imposibilidad de constitución convencional de comunidad cuando dos o más personas quieran aportar bienes o derechos, porque «en la comunidad de bienes constitutiva no hay propiamente un desplazamiento patrimonial, sino una transformación o mutación de la titularidad de los derechos y bienes que se aportan. La aportación de derechos y bienes no tiene en la comunidad de bienes un significado traslativo. Los derechos y bienes individuales se transforman en un patrimonio común y como consecuencia de ello cada aportador adquiere una cuota abstracta» (p. 1038). Y MORENO QUESADA, B., «La naturaleza jurídica de la comunidad contractual», *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, n° 10 (vol. II), 1986, pp. 287 y ss., explica que la comunidad no nace de un contrato con terceros, sino por uno celebrado entre los comuneros atribuyéndose cuotas en la adquisición común, por lo que el título de adquisición y el de comunidad normalmente coinciden por ser coetáneos y aparecer al exterior como uno solo.

193 MORENO DEL VALLE, M. A., *La organización de las comunidades de bienes por los propios comuneros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 199, p. 56. BELTRAN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 192, también considera que el acuerdo contractual que regula la vida interna de la copropiedad puede ser anterior, coetáneo o posterior al nacimiento de la misma. En el caso de ser posterior, considera que esta posibilidad no está prohibida por el Código civil, y es admisible, a pesar de suponer una cierta derogación de las normas legales; y puede referirse a todos los puntos y extremos de la copropiedad o solo a algunos de ellos, sometiéndose en lo demás, a las normas legales, que tendrán un valor subsidiario para todo aquello que el contrato no hubiese previsto.

194 GODOY DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 181.

195 MORENO DEL VALLE, M. A., *La organización de las comunidades de bienes por los propios comuneros*, *op. cit.*, p. 73. Más adelante entiende la autora que ambos pueden tener la naturaleza de contratos plurilaterales, derivados del contrato de comunicación de bienes y gozando, como pactos del mismo, de su misma naturaleza; y si se trata de reglamentar el goce de una comunidad ya en funcionamiento, la imposición -en principio- de la aprobación por la unanimidad de los comuneros no impide su encaje en la categoría de los contratos (pp. 99-102).

196 ALBIEZ, *op. cit.*, pp. 1044-46, lo considera atípico, sin provocar duda alguna su viabilidad y admisibilidad jurídica, pudiendo regular aspectos parciales de la comunidad o contener todas las reglas necesarias para su buen funcionamiento.

197 ALBIEZ, *op. cit.*, pp. 1027 y 1047. «Los pactos concretos de los comuneros o la regulación del contenido de la comunidad pueden ser de naturaleza personal o real (asimismo pueden ser objeto de inscripción registral siempre que esté inscrita previamente la comunidad de bienes o copropiedad en el Registro de la Propiedad)». Cita, en este sentido la RDGRN de 4 de diciembre de 2004 (RJ 2004/8155).

198 BELTRAN DE HEREDIA, *op. cit.*, p. 192, reconociendo que pueden regular una forma de organización social de tipo societario (p. 194).

199 MORENO DEL VALLE, M. A., *op. cit.*, pp. 136-9.

200 ALBIEZ, *op. cit.*, p. 1046, ya que considera su régimen próximo al de la comunidad de bienes.

de la comunidad ordinaria como supletorias de las comunidades regidas por disposiciones especiales<sup>201</sup>.

Por las dos vías que ofrecen estos autores cabe salvar las peculiaridades de las comunidades aragonesas en su régimen jurídico, ya que el amplio campo dispositivo de la comunidad ordinaria de bienes permite una amplia y diversa regulación de la misma, ya que para ALBIEZ solo son imperativas las normas de los arts. 397 y 398 CC, porque los arts. 401 a 406 se incluirían como necesarios por la función que cumplen para la división de bienes<sup>202</sup>, considerando por tanto que la comunidad fuese divisible, lo que no se corresponde con los arts. 401 y 404 CC.

Y si aceptamos, criterio que es razonable también para su aplicación a las comunidades de montes aragonesas que han actualizado y modificado su régimen de regulación comunitaria, que son aplicables las disposiciones del contrato de sociedad, bien por vía analógica o por remisión del art. 1669-II CC, por considerarlas sociedades sin personalidad jurídica, MIQUEL y PAZ ARES remiten a las reglas de la comunidad para las relaciones que configuran el derecho de cada comunero sobre la titularidad del patrimonio común (arts. 399, 403 y 405 CC), mientras que en las relaciones obligatorias internas sobre administración y disposición de la cosa (arts. 393 a 395, 397 y 398), y división y extinción de la comunidad (arts. 400 a 402 y 404), tampoco son aplicables cuando se considera existente una sociedad interna, y por ello el socio no puede pedir la división, ya que el contrato de sociedad le obliga a permanecer en la misma, salvo que concurra alguna causa que permita disolver el vínculo<sup>203</sup>.

Aunque el régimen de las «comunidades funcionales» sea incompleto y complejo, al no estar regulado como tal legalmente, cabe afirmar que ofrece una más amplia autonomía de la voluntad que la regulación de las comunidades ordinarias, que es la vestidura jurídica en la que se quiso encorsetar a las comunidades aragonesas. La afirmación de que son comunidades especiales cobra sentido al compararlas con las comunidades incidentales o transitorias y carecer de un régimen legal propio. La RDGRN de 18 de mayo de 1983, considerada como punto necesario de referencia de la comunidad funcional, aplica

---

201 MIQUEL, «Artículo 392», *op. cit.*, pp. 57-59. Por analogía cuando no pueda considerarse un contrato de sociedad lo constituido por los comuneros al poner en común bienes, rigiendo las reglas de la comunidad de bienes para las relaciones externas, si se produce el supuesto del art. 1669-II CC. También son aplicables las reglas del Título de la comunidad a las situaciones de comunidad, como supletorias de las disposiciones especiales que rijan en cada una de ellas, teniendo en cuenta que las comunidades «que se configuran partiendo de principios diversos no pueden regirse sin más por las disposiciones del Título III del Libro II, sino una vez comprobado que su especialidad lo consiente y que el legislador no ha regulado la materia en cuestión por estar ya regulada en el Título de la comunidad de bienes», ya que entiende que la regulación del Código solo se aplica directamente a las comunidades incidentales y a la comunidad hereditaria (pp. 58-9).

202 ALBIEZ, *op. cit.*, p. 1026. «Los comuneros tienen poder para determinar el reparto de beneficios y cargas así como las cuotas de participación (art. 393), fijar el uso y destino de la cosa con los límites establecidos (art. 394) y la contribución de los gastos de conservación (art. 395); incluso pueden limitar el poder de disposición de la cuota de la que es titular cada comunero (art. 399) y evitar la división de la cosa común (art. 400). Los comuneros pueden establecer cualquier otro pacto que ellos consideren necesarios para el buen funcionamiento de la comunidad y modificar o sustituir cualquiera otros anteriores». Incluye, pp. 1047-1074, cláusulas y pactos posibles en las comunidades de bienes, entre las que incluye algunas (pp. 1058 y ss.) que no corresponden con la imperatividad que adjudica al art. 397 CC.

203 MIQUEL, «Artículo 392», *op. cit.*, pp. 57-58. PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1669», en *Comentario al Código Civil*, *op. cit.*, p. 1373.

la Compilación navarra considerando que se constituye una comunidad atípica que se separa la de la incidental o romana por su carácter duradero con que aparece configurada, «y por esta circunstancia coincide con las comunidades especiales que regula la propia Compilación en el título II del libro III», que incluye la ley 377, semejante al art. 585 de nuestro Código foral.

Podemos concluir con KARRERA en «la conveniencia de dar acogida a las necesidades reales y a la exigencia de hacer funcional la comunidad, para que pueda servir al fin previsto en el acto de constitución de estas comunidades de montes, evitando que la misma quede congelada así como perjudicados los intereses colectivos, pues son variadas las razones que puedan aconsejar el cambio de objeto (recalificación urbanística, exigencias comerciales, etc.), sin que se pueda paralizar la vida e intereses de la comunidad, por causas imprevistas (fallecimientos, enfermedad, etc.), en base a una interpretación formalista y rígida del art. 392 del Código civil y de los principios hipotecarios»<sup>204</sup>.

### Conclusiones<sup>205</sup>

- La situación de las comunidades y sociedades de montes privadas de Aragón debería merecer una previsión legislativa de las Cortes de Aragón.
- Y ello tanto por su historia, exponentes de un modelo de organización comunitaria privada que gestiona un extenso patrimonio territorial, como por su número y la importancia que todavía conservan para el desarrollo económico y social de muchos pueblos.
- La necesidad de transformar los patrimonios colectivos en cotitularidades comunitarias privadas por efecto de la desamortización civil condujo a una precipitada articulación en los moldes que ofrecía el nuevo Código civil, cuyo modelo en la comunidad de bienes no respondía a la tradición consuetudinaria de la titularidad y gestión de estos bienes.
- Adaptadas forzadamente al marco codificador, los problemas jurídicos que han debido afrontar no han hecho sino crecer por el paso de una centuria, ya que su inadaptación original se ha proyectado en su desarrollo centenario, en el que se han producido cambios y modificaciones en estas entidades que no se pudieron prever en los actos de constitución.
- Entre los factores externos que han influido en la vida de estas entidades, cabe destacar el dramático proceso de despoblación rural en el siglo XX, la pérdida de importancia de los aprovechamientos tradicionales, que eran los regulados en escrituras y estatutos, y la evolución de una agricultura de subsistencia hacia una agricultura de mercado, así como la importancia del valor de cambio frente al valor de uso del patrimonio principal, la tierra.
- El estado de abandono durante varios decenios que han vivido las comunidades y sociedades de montes han ocasionado la ausencia de una gestión y

<sup>204</sup> KARRERA EGIALDE, M. M., «Un modelo social de defensa jurídica frente a la enajenación de bienes comunales (concepciones rurales versus urbanas)», *op. cit.*, versión electrónica, p. 14.

<sup>205</sup> Estas conclusiones han sido consensuadas con los coponentes de esta sesión.

administración eficaz, el olvido de las titularidades individuales en las mismas en las transmisiones *mortis causa*, y la pérdida de documentación (cuando no inexistencia) de la misma relativa a la vida social de las mismas.

- Recuperada una cierta visibilidad e importancia social y económica en los últimos años de estos patrimonios, bien por su transformación agrícola (regadíos, cambio de sistemas de cultivo y mecanización), mantenimiento de la ganadería extensiva, aprovechamientos forestales, junto con la aparición de nuevos aprovechamientos (ambientales y de ocio, energéticos, cinegéticos, deportivos...), el resurgir de estas entidades ha vuelto a plantear viejos y nuevos problemas jurídicos, cuestionando los viejos arquetipos organizativos ante las nuevas necesidades de convertirse en operadores jurídicos y económicos de mercado.

- Por ello, parece oportuno analizar en primer lugar la situación y necesidades de estas centenarias comunidades y sociedades de montes, y plantear diversas opciones de regulación que ayuden a adaptarse a la nueva realidad económica y social.

- Quizás no sea lo más adecuado soluciones legislativas precipitadas, ni escoradas necesariamente hacia un ámbito jurídico determinado con olvido del resto, porque la realidad parece indicar que existen sociedades de montes, con diversa conformación jurídica, que se han adaptado organizativamente y en su gestión adecuadamente a las necesidades del mercado, a la vez que otras –especialmente la mayoría de condominios- tienen más dificultades en su transformación organizativa y de gestión.

- Las previsiones normativas en la legislación de Administración local y de Montes pueden ser adecuadas para algunas comunidades que se han mantenido formalmente, pero que no desarrollan actividad autónoma o vida social y mantienen relaciones de cooperación con las Administraciones locales o sectoriales para la protección y mantenimiento de los patrimonios colectivos de ámbito vecinal.

- Pero tienen también una dimensión privada que determinó su origen y constitución, por lo que la previsión legislativa civil autonómica no es prescindible, articulando claramente la remisión a la legislación de montes vecinales en mano común (estatal o por el posible desarrollo autonómico) para aquellas que reúnan las características de comunidades germánicas, especialmente en zonas de montaña y de importancia forestal, y adecuando sus estatutos a este marco normativo con reconocimiento de estas entidades por las Administraciones públicas competentes; y en el caso de las comunidades configuradas originariamente como ordinarias o *proindiviso*, proyectando la previsión legislativa a su contemplación general en nuestro Derecho civil, que resuelva problemas elementales respecto a su duración, estabilidad y funcionalidad, así como adaptación organizativa y de gestión, con normas dispositivas y flexibles que permitan su incorporación a las nuevas necesidades económicas y sociales.

- Lo anterior debe realizarse sin menoscabo de los derechos de los titulares y nuevos adquirentes de participaciones en estos condominios, y de su participación no solo en los actos de disposición sino también de gestión de dichas comunidades; y de la función social de estos patrimonios colectivos en el desarrollo económico y social de estas poblaciones rurales.



## CUESTIONES PROCESALES Y DE FONDO ABORDADAS EN ALGUNAS RESOLUCIONES JUDICIALES.

D. DAVID ARBUÉS AÍSA

Abogado

**SUMARIO: I. Introducción.** 1. *Contenido de los estatutos o normas de comunidades.* a. Sobre la condición de socio. b. Sobre la duración. c. Pacto de indivisión. d. Facultades de administración y disposición. **II. Cuestiones Procesales.** 1. *Capacidad de obrar.* 2. *Jurisdicción.* 3. *Competencia territorial.* 4. *Legitimación.* 5. *Diligencias Preliminares.* 6. *Prueba.* a. Alcance probatorio del catastro **III. Cuestiones de fondo** 1. *Responsabilidad extracontractual de la sociedad y de sus integrantes.* 2. *Sobre el derecho de propiedad.* a. Efectos del deslinde administrativo y apeo. b. Usucapión. c. Fincas enclavadas. 3. *Condominio pro diviso con titularidades separadas, pública y privada, para suelo y vuelo.* **IV. Supuestos concretos.** 1. *Montes de Galve.* 2. *Montes de Bandaliés.*

### I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas se abordan distintas cuestiones tanto procesales como de fondo con cita de algunas resoluciones judiciales. Como norma general no ha habido problema para el acceso a la tutela judicial de estas comunidades o sociedades privadas de montes, se les ha reconocido no sólo capacidad para ser parte procesal sino que el examen de algunos supuestos sobre actuaciones extrajudiciales concretas denota su actuación en el tráfico jurídico contratando en nombre propio.

En primer lugar conviene acotar el concepto de monte<sup>1</sup>, siguiendo lo dicho en el artículo 5 de la ley, como todo terreno en el que vegetan especies forestales arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan

---

<sup>1</sup> CALVO SÁNCHEZ, L. y COLÓN PIAZUELO, E., «Las cuestiones generales de la nueva Ley», en *Comentarios Sistemáticos a la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes* (Coord. Luis CALVO SÁNCHEZ), Thomson-Cívitas, Navarra, 2005, pp. 400 y ss.). Un espacio rural del que no se pueden obtener rendimientos agrícolas, con unas funciones necesitadas de ponderación dirigida al equilibrio entre las de conservación y producción para llevar a cabo un crecimiento sostenido, que a la vez preserve la riqueza y la diversidad genética.

de siembra o plantación, que cumplan o puedan cumplir funciones ambientales, protectoras, productoras, culturales, paisajísticas o recreativas.

Podemos observar cómo el término “comunidad” o “sociedad” se utiliza de forma indistinta para referirse a los supuestos en los que el monte pertenece a una titularidad colectiva, generalmente de los vecinos de una o varias localidades, o a una titularidad individual en comunidad<sup>2</sup>. No será la denominación lo que nos oriente hacia una posible personalidad jurídica diferenciada de sus socios o titulares, sino si nos encontramos ante una auténtica sociedad constituida en forma que le dote de personalidad jurídica. En los demás supuestos nos encontremos con unas comunidades que tendrán capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

No obstante, estas comunidades en muchas ocasiones vienen dotadas de una estructura orgánica, una junta rectora, una asamblea general, que adoptan acuerdos por la voluntad conjunta de los socios o miembros de las mismas. Deslindar en estos supuestos si se está actuando con una “personalidad” diferenciada de sus socios o es una voluntad colectiva de estos, pero en su propio nombre, no es fácil y así lo veremos cuando analizamos la relación con terceros, la adquisición de derechos o la asunción de obligaciones y la responsabilidad extracontractual.

### **I.1. Contenido de los estatutos o normas de comunidades.**

La autonomía de la voluntad, y la libertad civil, conforma el estatuto jurídico de estas sociedades o comunidades, viendo como la jurisprudencia lo interpreta en atención a la finalidad para la que se crean, el aprovechamiento colectivo por sus titulares.

#### *I.1.a. Sobre la condición de socio:*

Las sentencias analizadas vienen a proteger la condición de socio atendiendo al origen y finalidad de estas comunidades. El asentamiento de población en el medio rural y el aprovechamiento colectivo por los vecinos, que a su vez son los titulares del monte, informa el contenido de las resoluciones.

Vemos así como se tiene por válido un pacto por el que las acciones quedaban latentes, sin tener que soportar gastos pero tampoco percibir beneficios, para el supuesto de que no se mantuviese la condición de vecino de la localidad<sup>3</sup>.

O como se reconoce el derecho de un socio a recuperar su condición de tal que ya había perdido, pese a que los estatutos impedían la incorporación de nuevos vecinos que se diesen de alta en el municipio, al entender que la condición de

<sup>2</sup> SANZ JARQUE, Juan José. “El Problema de las comunidades y sociedades de montes de origen vecinal en Aragón”, *El campo, Boletín de información agraria del Banco de Bilbao, Enero-Marzo, 1.980, n° 75*. “Con independencia de los diversos nombres con que se bautizado a estas entidades, entendemos que se trata de asociaciones o sociedades particulares típicas o especiales. Nos encontramos ante las mismas comunidades especiales de que se parte, a los que se les incorpora una estructura asociativa a efectos de su administración y mejor gobierno, esto es, para el mejor cumplimiento de sus propios fines.”

<sup>3</sup> Audiencia provincial de Huesca, Sentencia de 17 septiembre 1992, rollo de apelación 76/1992.

“El vecino accionista que deja de residir en el pueblo no se le excluye de la sociedad pero su acción permanece alestargada, quedando latente los derechos y el pago de tributos que deriven de la explotación de los pinares... persigue el sujetar a los vecinos de la localidad de Saravillo a residir en el pueblo para conseguir su supervivencia, es evidente no cabe afirmar que sea una causa inmorale la que priva de las ganancias a los socios que abandonan Saravillo...”

socio queda de alguna manera latente una vez adquirida y que su recuperación no supone una adquisición “ex novo”<sup>4</sup>.

*1.1.b. Sobre la duración:*

Estas comunidades huyen de fijar una duración específica, de hecho los Estatutos pretenden extender en lo posible la comunidad adoptando criterios de salvaguarda a la acción de división, que comportaría la extinción.

La Audiencia Territorial de Zaragoza siguió un criterio contrario tanto en la libertad de pacto, duración y posibilidad de disolución en una sociedad comunera de montes, desde el punto de vista de una sociedad civil personalista<sup>5</sup>.

*1.1.c. Pacto de indivisión.*

Unido a lo anterior y para lograr una prolongación en el tiempo de la situación de comunidad es frecuente encontrar en los estatutos pactos que intenten evitar la acción de división, siendo conscientes de que la solución dada por el Código civil no sólo no resuelve la cuestión sino que puede llegar a forzar una división no querida y contraria a la esencia y naturaleza de estas comunidades. Incluso se llega a afirmar que a estas comunidades, de naturaleza germánica, no les es de aplicación el límite temporal del artículo 400 Cc.

Así este pacto, más allá del límite de 10 años marcado por el artículo 400 del código civil, se ha declarado válido en aquellos supuestos en que al momento de constituir la comunidad, como condominio indivisible sin atribución especial de cuotas a los partícipes, así se acuerde. Se trataba de un supuesto que fue calificado de comunidad germánica en mancomún<sup>6</sup>. Al momento de formar los estatutos los partícipes acordaron, como cautela pero dejando clara su subsidia-

<sup>4</sup> Audiencia Provincial de Teruel, Sentencia 72/2001 de 29 Mayo 2001, Rec. 70/2001, Ponente: Hernández Gironella, Fermín Francisco. LA LEY 107267/2001

“...el hecho de que, con arreglo al art. 13 de los Estatutos de la Sociedad demandada, cualquier vecino que se de alta en el municipio, a partir de la fecha de aprobación de dicho reglamento, no pueda formar parte de la sociedad, en nada afecta al derecho de los actores, que como resulta acreditado en las actuaciones, no pretenden obtener «ex novo» la condición de socios, sino que en su día ostentaron ya la misma, y lo que pretenden es recuperarla conforme al art. 9 de los Estatutos referidos, para lo cual cumplen con todas las condiciones necesarias para ello...”

<sup>5</sup> Audiencia Territorial en Zaragoza, sentencia de 27 junio 1974. Ponente don Ricardo Mur Linares.

“... El problema queda circunscrito al examen del artículo cuatro de los Estatutos de los Sociedad, en el que se pacta la duración ilimitada de la misma... lo que obliga a concluir que el pacto duración no puede ir más allá de la vida de los socios... debiendo continuar al fallecimiento alguno de estos con sus herederos... la entidad social pudo tener vida en tanto viviera uno de los socios fundadores con los herederos de los demás socios; pero habiendo fallecido todos aquellos, la sociedad está extinguida y procede su liquidación...”

<sup>6</sup> Audiencia Provincial de Huesca, sentencia número 28/1999 de 28 enero. AC\1999\3063.

“El presente litigio no tiene por objeto declarar la configuración física de la finca sino determinar si procede o no su división... en la escritura de compraventa de 1955, al constituirse en la comunidad de propietarios todos ellos pactaron que se trataba de un condominio indivisible, con una propiedad “in solidum” sin atribución especial de cuota a los partícipes, quienes no podrían transmitir a título oneroso o lucrativo su derecho más que a sus derecho-habientes. Es cierto que, subsidiariamente, para el caso de que no se reconociera el tipo especial de comunidad pactado, los partícipes acordaron permanecer en indivisión por el tiempo máximo que tolera la ley, pero tal pacto sólo entraba en juego subsidiariamente, para el caso de que no se admitiera la especial forma de comunidad pactada la cual tiene todas las características de la comunidad germánica en mano común. Ésta, ciertamente, no se corresponde con la comunidad de bienes prevista en el Código Civil, cuyo artículo 400 viene a negar la validez los pactos de conservar la cosa indivisa por más de 10 años, aunque admite prórrogas sucesivas. Ahora bien, tal previsión de inadmisibilidad del pacto de indivisión únicamente rige para las comunidades de bienes ordinarias, las reguladas en el Código Civil, no siendo de aplicación a la peculiar comunidad del caso, que en absoluto se trata de un producto de ingeniería jurídica para eludir, en fraude de ley la previsión del citado artículo 400, sino que tiene las características de un monte vecinal en mano común...”

riedad entendida como no realmente querido, permanecer en indiviso en el tiempo máximo que tolera la ley, pero dejando sentado que nos encontrábamos ante un tipo especial de comunidad y que estaban pactando una voluntad inequívoca de duración en el tiempo<sup>7</sup>.

*1.1.d. Facultades de administración y disposición.*

Una de las notas características es dotarse de una estructura interna para el gobierno de la comunidad. Así se dotan normalmente de una Junta rectora, de una asamblea o Junta general y se determinan estatutariamente los criterios para la administración y la disposición.

Cuando no se respeta lo estatutariamente acordado en este funcionamiento interno, la jurisprudencia rechaza la validez de tal actuación. Así lo vemos en un supuesto que se analiza la forma de aprovechamiento del monte en concreto y, determinando que su modificación requerirá la unanimidad, se entiende que una cesión de porciones para uso individualizado de los propios socios, en este caso por un plazo de 25 años, es un auténtico acto de disposición, y aunque se adoptó por mayoría, no alcanzándose la unanimidad requerida en los estatutos, no se adoptó válidamente<sup>8</sup>.

En todo caso los órganos rectores al momento de decidir una cuestión deben sujetarse a lo previsto en los Estatutos, evitando que la discrecionalidad en un momento dado se convierta en arbitrariedad<sup>9</sup>.

O cómo se decreta la nulidad de un contrato de cesión de uso por precio por no respetar el procedimiento establecido en los Estatutos. En el concreto supuesto analizado concurría la especialidad de estar incluido en el Catalogo de montes, lo que supone que, en tanto no se acuerde su exclusión en juicio ordinario, debe someterse a la regulación administrativa de concesión.<sup>10</sup>

7 SANZ JARQUE, J.J. *op.cit.* “, De hecho, en muchos casos, como ocurre en las comunidades particulares que luego estudiaremos, los comuneros y vecinos al constituir dichas comunidades, solían pactar la indivisión, o bien temerosos de que no obstante su naturaleza especial, se pidiese impropriamente la división por aplicación del artículo 400 del Código civil, establecían cláusulas especialísimas dirigidas a hacer inviable la acción de división, como por ejemplo imponiendo a cargo de quien la pidiese todos los gastos necesarios para valorar, dividir y adjudicar las partes a cada uno. La indivisión indefinida o perpetua de estas comunidades se refiere a la cosa principal, al propio predio, y en tanto no se altere la naturaleza originaria y esencial. Indivisión que deriva no ya de una mera situación de hecho, sino como característica esencial de ella.”

8 Audiencia Provincial de Huesca sentencia de 13 junio 1997, número 210/1997. AC\1997\1737.

“Entendemos que no puede adoptarse válidamente el acuerdo en los términos que antes se ya expuesto, porque excede de un acto de simple administración, al no permitirse el uso simultáneo conjunto o solidario de una parte de las fincas y supone el ejercicio de las facultades similares a las necesarias para la enajenación... debe respetarse el destino de la cosa, en este caso de las fincas, y si se destino exige el uso directo y por entero de los copropietarios, no será suficiente el acuerdo de la mayoría que disponga modificación o alteración.”

9 Audiencia Provincial de Teruel, Sentencia 72/2001 de 29 Mayo. 2001, Rec. 70/2001, Ponente: Hernández Gironella, Fermín Francisco. LA LEY 107267/2001.

“...el hecho de que los Estatutos de la Sociedad demandada reconozcan a la Junta Directiva una facultad discrecional para la distribución entre sus socios de las Tierras de cultivo, no permite convertir aquella discrecionalidad en arbitrariedad, que se produciría si se estableciesen discriminaciones no autorizadas en la Ley o en los Estatutos, que vulnerarían abiertamente el principio de igualdad consagrado el art. 14 de la Constitución Española.”

10 Audiencia Provincial de Soria, Sentencia 46/2016 de 14 Abr. 2016, Rec. 57/2016.

“...nos encontramos con que el contrato suscrito lo fue por el Presidente en nombre de la Sociedad de Baldíos y Monte de Utero. Siendo lo cierto que los Estatutos de dicha entidad, preveían claramente, en su artículo 16 que sería preciso, por el Presidente, y antes de cualquier tipo de acción o contrato, relativo a “disposición o enajenación de bienes”, convocar

En el caso del Monte Saso de Biota, si bien se trataba no propiamente de un monte sino de tierra de cultivo pero de características muy similares a este tipo de comunidades<sup>11</sup>, se declaró válido un acuerdo de cesión a una Cooperativa de nueva creación, declarándose no ajustado a derecho la pérdida de la condición de socio del Monte a quienes no ingresasen en la Cooperativa.

## II. CUESTIONES PROCESALES

### I.1. Capacidad de obrar.

Cuando nos encontremos ante una “Sociedad de monte”, en la que más allá de su denominación queda suficientemente acreditada la existencia de una auténtica sociedad propietaria del monte, con personalidad jurídica diferenciada, es claro que corresponderá a esta sociedad el ejercicio de todos los derechos que como titular del monte ostenta. Cuestión distinta es determinar cuándo concurre el supuesto, pues el olvido que ha sufrido el monte, como consecuencia de la despoblación

---

una Asamblea Extraordinaria. No habiéndolo hecho así. Pero es más, en su artículo 19, preveía que “corresponde a la Asamblea extraordinaria adoptar los acuerdos sobre las materias que le son atribuidas conforme el artículo anterior”. Y pudiendo impugnarse, por los socios, conforme el artículo 34, los acuerdos adoptados de forma contraria a la ley. Es decir, se procedió a realizar un contrato, que versaba sobre disposición de bienes cuya gestión correspondía a la Asociación, sin haber convocado, ni haber obtenido el aval de la Asamblea como era preceptivo, lo que evidencia, que la actuación del Presidente era contraria a los estatutos de la sociedad, y, por tanto, no existía un consentimiento válido de la sociedad para la realización de este contrato. Siendo, por tanto, nulo de pleno derecho. De tal modo que los actos realizados por el Presidente, no podían vincular a la entidad. Habiendo actuado fuera del marco que estatutariamente le era conferido. Y cuando como consecuencia de la revocación de los cargos de la Junta Directiva, se tuvo conocimiento de la decisión adoptada, es, entonces, cuando se decidió por los miembros de la entidad, instar la nulidad del contrato, y devolver el precio pagado por el recurrente.../...Aplicando esta normativa que hemos dejado reseñada, no ofrece ninguna duda que el terreno que es objeto de ocupación temporal forma parte del Monte incluido en el Catálogo de Utilidad Pública, como se refleja en el contenido del informe emitido por la JCyL, de folios 98 y ss. y que como tal monte de utilidad pública, según el art. 12.1.a) de la citada Ley de Montes 43/2003 es un bien de dominio público que integra el dominio público forestal, cuyo régimen de uso de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.4 de dicha Ley consistirá en que: “La Administración gestora de los montes demaniales someterá a otorgamiento de concesión todas aquellas actividades que impliquen una utilización privativa del dominio público forestal”. En similares términos se pronuncia el art. 78.1.a) del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por R.D. 1372/198 cuando dispone que: “Estarán sujetos a concesión administrativa: a) El uso privativo de bienes de dominio público”; y precisa el art. 80 de ese mismo Reglamento que: “En toda concesión sobre bienes de dominio público se fijarán las cláusulas con arreglo a los cuales se otorgare, y sin perjuicio de las que se juzgaren convenientes, constarán estas...”. De tal manera que cualquier contrato suscrito, en orden a sus posibilidades de disposición, sería claramente un contrato intervenido y condicionado por un amplio pliego de condiciones administrativas que vienen impuestas y no pueden ser objeto de pacto por las partes, como es el canon o precio, duración y otras obligaciones que no son necesario recordar.

11 Audiencia Provincial de Zaragoza, sección segunda, sentencia 473/2015, de 6 de octubre de dos mil quince.

En este apartado debe indicarse que los demandantes pretendían, que el acuerdo de modificación de los estatutos de la Comunidad Monte Saso de Biota de fecha 24 de junio de 2005 en cuanto a la modificación de los artículos 3 y 4 del reglamento de la Comunidad fuera ineficaz por no alcanzar la unanimidad de todos los partícipes. Basaban pues su pretensión en la necesidad de que el acuerdo fuera alcanzado por unanimidad, sobre esta cuestión la escritura inicial remitía a la Junta de Gobierno como la encargada de la administración en general de los bienes, siendo en el reglamento indicado el órgano decisorio actuando siempre por mayoría, ya el reglamento de 1977 introdujo una serie de condiciones para poder ser partícipe de la Comunidad, por lo que no parece viable que la modificación indicada debiera haberse alcanzado por acuerdo unánime, no siendo en consecuencia aplicable el artículo 397 del Código Civil tal como viene planteada la demanda. Ahora bien, sobre la baja de los demandantes en la Comunidad por no darse de alta en el Cooperativa, la Sentencia de instancia estima parcialmente la demanda, teniendo en cuenta que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 16 de diciembre de 1948 dispone en su artículo 20.1 que nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. El artículo 22.1 de la Constitución Española reconoce el derecho de asociación, aunque no prevé expresamente la libertad negativa de asociación, no existiendo duda alguna de que la libertad negativa de asociación se halla implícitamente contenida en el indicado precepto constitucional, así lo indica con claridad el Tribunal Constitucional por todas (Sentencia 139/1989, de 20 de julio) y es obvio que los nuevos preceptos realizados en la reforma del 2005 que afectaban a los artículos 3 y 4 del reglamento, imponen la obligación de asociarse y la pérdida de la condición de comunero, por ello son contrarias a la norma constitucional, por cuanto teniendo en cuenta lo solicitado en la demanda procede únicamente estimar la prestación c) tal como indica la Sentencia recurrida confirmando la Sentencia apelada en este apartado.

rural y la pérdida de rentabilidad y utilidad, ha supuesto el abandono en todos los aspectos, incluso en la conservación de titularidades y documentos.

Si nos encontramos ante una “Comunidad de Montes”, con independencia de la denominación que adopte, vemos que gozan y han gozado de plena capacidad de obrar y de actuar en el tráfico jurídico. Así por ejemplo en el supuesto recogido por la Audiencia Provincial de Teruel<sup>12</sup> en el que la “Sociedad” de Montes de Galve había suscrito un seguro de vida con cobertura de fallecimiento y accionó judicialmente en ejercicio de las acciones que del mismo se derivan. No importa tanto la conclusión como el hecho en sí del reconocimiento de la plena capacidad de obrar, no sólo en el ámbito específico de gestión del monte si no en la de realización de actos y negocios jurídicos.

El nuevo artículo 27 bis de la Ley de montes<sup>13</sup>, con la singularidad de su aplicación a montes con cuotas de titulares desconocidos<sup>14</sup>, una vez se ha formado la Junta Gestora, otorga a ésta la función de gobierno y representación de la comunidad.

Estas juntas gestoras tienen un carácter provisional y un horizonte temporal limitado<sup>15</sup>, su función no es tanto la gestión y representación del monte como la actualización de la titularización con especial referencia a las cuotas vacantes, con el fin de crear un proindiviso ordinario que permite el ejercicio de la acción de división. La Ley le otorga la representación de la comunidad, pero los copropietarios son los titulares del monte, pues aun cuando se prevé una individualización fiscal de la junta gestora, esta no tiene personalidad jurídica diferenciada de los copropietarios del monte. Ahora bien, allí donde se haya constituido formalmente la junta gestora, y en tanto subsista por no haber agotado su función concreta, parece que la Ley le otorga la representación de la comunidad y por tanto la legitimación para ser parte procesal, cuestión esta no pacífica<sup>16</sup> al no venir entre sus funciones la propia defensa de la condición de “montes de socio” frente a

12 Audiencia Provincial de Teruel, sentencia 8/2009 de 14 enero 2009. La ley 48416/2009.

13 Ley de montes, Art. 27 bis 4. Corresponde a la junta gestora: a) La representación y la gestión de la comunidad. Para ello podrá adoptar los actos de gestión y de administración que mejor convengan a los intereses comunes, lo que incluye la gestión y el disfrute del monte de socios y de todos sus productos y la enajenación de toda clase de aprovechamientos forestales, agrícolas, ganaderos, energéticos y mineros, así como cualquier otro acto para el que estén facultados los propietarios por esta ley. La junta gestora podrá acordar el reparto de beneficios generados entre los socios, en proporción a su participación, con exclusión de los correspondientes a las partes no esclarecidas, que deberán invertirse en la mejora del monte.

14 Al parecer de distinta condición legal que aquellos que todas sus cuotas sean conocidas, con apariencia de tendencia a la desaparición de los mismos mediante la acción de división

15 Ley de montes, Art. 27 bis 6. La junta gestora se disolverá una vez todos los comuneros estén identificados conforme a derecho, momento a partir del cual se somete a las reglas de comunidad de bienes en régimen de pro indiviso, no procediendo la acción de división hasta que no se haya procedido a la identificación de la totalidad de las cuotas vacantes.

16 BENEITEZ BERNABÉ, José Manuel. “Montes de socios. Una nueva desamortización o cómo dar gato por liebre”. *Revista del Ilustre Colegio Notarial de Madrid*. 9 Octubre 2.015.

“No reconoce a las Juntas Gestoras la representación procesal en las acciones dirigidas a defender el carácter de “montes de socios”, como tal, como se pretendió. Esto es especialmente peligroso porque, por la falta de regulación de titulación y del tracto desde el siglo XIX, y por las variaciones de descripción, muchos de ellos desaparecen a favor de titularidad extraña (muchos acaban como montes de propiedad del municipio, y no lo son, o de cualquier listo o aprovechado, privado o público).”

terceros, sino más bien un órgano provisional tendente a actualizar la titulación de propiedad.

## II.2. Jurisdicción.

Estos montes no son comunales ni de titularidad pública. Pertenecen privadamente a un grupo más o menos determinado de personas, ya en comunidad romana, en comunidad germánica o incluso en forma societaria, pero en todo caso de naturaleza civil y privada<sup>17</sup> siendo por tanto la jurisdicción civil la competente.

Recientemente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en un conflicto de jurisdicción una vez iniciada la vía civil en ejercicio de la acción reivindicatoria y de deslinde frente a un Ayuntamiento que posteriormente inició un expediente de deslinde de un camino público. El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción establece que la competencia para conocer de la reclamación que ha dado lugar al conflicto corresponde al Juzgado de Primera Instancia<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Tribunal Supremo, sentencia de 22 diciembre 1926.

“El hecho incontrovertible de indivisión del monte de autos creó, desde su principio, relaciones jurídicas privadas de continuidad entre sus condóminos; derivándose lógicamente de los hechos probados que esta entidad colectiva es de índole civil y privada, y no público administrativa.”

Tribunal Supremo, Sentencia de 13 octubre 1981

“El problema de la pertenencia de un monte a los vecinos de un municipio o al Ayuntamiento, tiene un carácter indudablemente civil, ya que subyace una atribución de propiedad, y si bien la discusión definitiva sobre la titularidad dominical debe ser ventilada ante los tribunales de la Jurisdicción ordinaria, ello no impide que en el proceso contencioso-administrativo pueda examinarse la decisión del Jurado Provincial que decidió sobre la pertenencia del monte.”

Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 29 Feb. 1996, Rec. 14149/1991, Ponente: Fernández Montalvo, Rafael. LA LEY 3738/1996

“En el presente caso, la sentencia recurrida en apelación se dicta en un proceso contencioso-administrativo interpuesto, por la “Comunidad Vecinal de montes de Mano en Común de la parroquia de A.-R.”, contra acuerdo de 30 de abril de 1987 del Jurado Provincial de montes en Mano Común de La Coruña -desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra acuerdo del propio Jurado de 22 de enero de 1979- formulándose, en la demanda, como pretensión “la declaración de que los montes litigiosos pertenecen a la Comunidad Vecinal de la parroquia de Asados compuesta por todos los lugares, de la misma incluido Burés”. Y es a esta pretensión sobre la titularidad debatida -si los montes pertenecen sólo a los vecinos de Burés, como entendió el Jurado, o a todos los integrados en la parroquia de Asados (incluidos los de Burés), como sostenía la demandante- a la que, en definitiva, no podía dar respuesta la sentencia de primera instancia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, ya que tal cuestión era de la exclusiva competencia de la jurisdicción civil, conforme a los mencionados artículos 11.5 LMV y 10.9 de la Ley 55/1980. En definitiva, como resulta del art. 13.1 de esta Ley, la clasificación del Jurado Provincial supuso la atribución de la propiedad del monte a la comunidad vecinal correspondiente, en tanto no exista sentencia firme en contra pronunciada por la Jurisdicción ordinaria.”

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Zaragoza, Sentencia 71/2016 de 14 Mar. 2016, Rec. 328/2013:

“ Tal y como señala la representación de los acreedores, el contrato de aprovechamiento cinegético tiene naturaleza privada y por lo tanto, está excluido del régimen del TRLCSP. Dicho contrato debe incardinarse en la letra p del artículo 4.1, donde se regulan los contratos excluidos (Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.” Con cita de la S. AP de Burgos de 15 de marzo de 2006: “Ello parece que debe ser así aunque se arriende el derecho a cazar en un monte de utilidad pública que tiene la naturaleza de dominio público por razones de servicio público conforme al artículo 12.1, letra a) de la Ley de Montes, Ley 43/2003 de 21 de noviembre. Aunque el monte tenga la consideración de bien demanial no parece que deba decirse lo mismo de la caza o de alguno de sus aprovechamientos, respecto de los cuales no pueden predicarse las mismas notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad propias de los bienes de dominio público. Además el contrato de autos no responde al modelo de concesión que es la forma normal que permite la utilización privativa de los bienes de dominio público...”

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de conflictos de jurisdicción, sentencia 2/2016 de 28 junio. Recurso 2/2016.

“el conflicto se plantea por un Ayuntamiento con posterioridad al inicio de un juicio civil en el que un particular ejercita las acciones acumuladas reivindicatoria y de deslinde contra la Administración municipal -en el caso precedente además la acción declarativa de dominio-, cuestionándose por la entidad local solo la acción de deslinde, con base en la exclusividad de su potestad o prerrogativa, esto es, sin tener en cuenta, como se dijo en aquella sentencia y reiteramos ahora, que el Ayuntamiento parte “[...] de una premisa errónea, cual es la de entender que el propio recurrente reconoce

### II.3. Competencia Territorial.

La competencia territorial vendrá determinada por las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así será la naturaleza jurídica de la acción ejercitada la que nos indique la competencia territorial.

No obstante deberá tenerse en cuenta que en aquellos supuestos en los que se promuevan juicios declarativos ordinarios de propiedad que afecte a montes catalogados, será parte demandada la Comunidad Autónoma, además de, en su caso, la entidad titular del monte, debiendo ser emplazada a su debido tiempo la representación de la administración gestora, declarándose nulas las actuaciones en caso contrario<sup>19</sup>.

### II.4. Legitimación.

Una de las cuestiones de especial dificultad a la hora de plantear un procedimiento judicial será determinar quién está legitimado tanto activa como pasivamente como parte procesal.

Un número significativo de estos montes trae causa del proceso desamortizador, unos fueron adquiridos por personas físicas para incorporarlos a su patrimonio definitivamente, pero es bastante frecuente que la adquisición se hiciese por una o varias personas físicas, de forma fiduciaria, para después transmitirlos a una comunidad, determinando la pertenencia a la misma a través de unos estatutos. En muchas ocasiones se vincula la pertenencia a la condición de vecino de una o varias localidades, lo que hace que estos montes adquieran una situación jurídica especial, evidentemente no en comunidad romana sino como una comunidad funcional, muy próximos a los montes en mano común.

Pues bien, vemos en la jurisprudencia distintas formas de abordar la cuestión. Así en el supuesto del llamado "*monte común vecinos Arasan y Urmella*", denominación con la que figuraba en el catastro, se planteó demanda en ejercicio de acción popular por varios vecinos de estas localidades, accionaban en beneficio de las entidades locales menores de Arasan y Urmella. La demanda se desestimó al entender que no era la entidad administrativa quien había venido usando el monte a título de dueño, sino el común de los vecinos. Así las cosas quedó expresamente imprejuizada la cuestión de si la finca pertenecía a los demandados o al común de los vecinos<sup>20</sup>.

---

que se trata de un bien de dominio público, lo que no sólo no es cierto sino que está en abierta contradicción con el juicio ordinario entablado"; que "[...] hace supuesto de la cuestión, pues parte de la naturaleza pública del bien en litigio para atribuirse la prerrogativa de su ejercicio"; y que "No tiene en cuenta, por tanto, el Ayuntamiento que el actor ejercita, a través de un juicio ordinario, la acción de deslinde a que se refieren los arts. 384 a 387 del Código Civil, que, como señala la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1967, suele ir implícita en las contradictorias de dominio, por lo que nada obsta a que en un sólo procedimiento se puedan acumular de forma expresa y clara ambas acciones, la reivindicatoria y la de deslinde, al objeto de evitar, por razones de economía procesal, un doble litigio, consiguiendo que, previa delimitación de la propiedad sea además reivindicada - Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983, 17 de enero de 1984 y 19 de diciembre de 1990".

<sup>19</sup> Art. 18.2 Ley de Montes y art. 14.4 de la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón

<sup>20</sup> Audiencia Provincial de Huesca, Sentencia de 25 Mayo. 1999, Rec. 35/1999, Ponente: Gutiérrez Celma, Gonzalo. LA LEY 84014/1999. AC\19995567.

"...en el mejor de los casos para los demandantes, la finca no pertenecería a las entidades administrativas en cuyo beneficio se acciona sino al común de los vecinos, por lo que mal puede prosperar la demanda, en la que se pide la declaración del dominio en favor de las entidades administrativas, por lo que la misma está bien desestimada. Es

Siguiendo con la vertiente activa, habrá que distinguir los supuestos en los que un comunero ejercite acciones frente a terceros en defensa de la comunidad o bien se pretenda la nulidad de acuerdos adoptados por la propia comunidad<sup>21</sup>.

Referido a su vertiente pasiva, en el supuesto de los montes de Galve<sup>22</sup>, la demanda se dirige frente a la “*sociedad montes de Galve y todos los que sean titulares de acciones de la misma*”. Ciertamente es difícil alcanzar a todas las personas a las que afectará la sentencia. Evidentemente la extensión en la forma dicha en este párrafo y su notificación edictal, o en la forma que se acuerde para la mayor difusión de la presentación de la demanda, permitirá comparecer como parte a quien acredite representar a la “sociedad de montes” e incluso a quien acredite ser titular de un derecho individualizado. La cuestión se complica si un titular pretende comparecer individualmente, manteniendo una postura distinta a otros codemandados comparecidos. La respuesta, seguramente, será distinta según se haya adoptado un acuerdo interno en la “Sociedad” y sea éste el que se mantenga por la “sociedad” como demandada, pero de no existir tal acuerdo la cuestión no es de fácil respuesta pues inicialmente todas las posturas gozan del mismo grado de legitimidad, varios codemandados pueden oponerse o no por cuestiones de fondo distintas e incluso incompatibles.

Igualmente en su vertiente pasiva vemos algunos supuestos en los que se les reconoce abiertamente a los integrantes de la comunidad, admitiendo una demanda contra los comuneros en lugar de contra la comunidad<sup>23</sup>.

En algunos supuestos la denominación de “sociedad de montes” no se corresponde con la titularidad del monte, sino con su aprovechamiento. Tal es el supuesto examinado en la denominada “*Sociedad de montes de Singra*”, formada por un conjunto de ganaderos que habían suscrito un contrato de cesión gratuita

---

decir, con los datos existentes, la discusión no es si el monte reivindicado pertenece a las entidades locales, en lugar de a los demandados, sino que el problema queda circunscrito a si pertenece al común de los vecinos en lugar de a los demandados, tal y como alguno de ellos ha admitido y, así la cosas, aunque no proceda estimar la demanda, estimando parcialmente el recurso, entendemos que concurren circunstancias excepcionales que justifican la no imposición de las costas de la primera instancia conforme al artículo 523 de la Ley procesal pues, en definitiva, queda sin resolver si la finca pertenece a los demandados o a los vecinos. Los actores, en este proceso, han actuado ejerciendo la acción popular en beneficio de las entidades administrativas y, dada la dificultad representada por los datos históricos en litigio y el sutil matiz diferenciador entre un monte vecinal en mano común y un bien de dominio público de aprovechamiento comunal, no les es reprochable que optaran por reivindicar para las entidades administrativas en lugar de para la comunidad de vecinos.”

21 Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 601/2002 de 24 Dic. 2002, Rec. 249/2002.

“...los apelantes confunden la que ha de tener todo comunero para ejercitar acciones frente a terceros en defensa de los bienes comunes con la facultad que tienen de solicitar la nulidad de unos acuerdos adoptados sin cumplir las formalidades legales. En el primer caso es cierto que la Jurisprudencia viene exigiendo que no conste oposición de la mayoría de los copropietarios o que se acredite que la acción ejercitada es sin duda beneficiosa para todos ellos (S. 20 Dic. 1989, 21-89, 13 Feb. 1991, 8 Abr. 1992, 6 Nov. 1992 y 31 Ene. 1995 entre otras). Sin embargo cuando lo que se trata es de combatir acuerdos de administración o de disposición de la cosa común, adoptados con vulneración de las normas reguladoras de la copropiedad que vienen establecidas en los arts. 397 y 398 del Código Civil, cualquier comunero afectado puede solicitar la nulidad de los acuerdos al estar faltos de un presupuesto indispensable para que surtan efecto”

22 Audiencia Provincial De Teruel, Sentencia 80/2001 de 14 Jun. 2001, Rec. 252/2000, Ponente: Hernández Alegre, Juan Carlos., LA LEY 120079/2001.

23 Audiencia Provincial de Huesca, sentencia 28/1999 de 28 enero, AC\1999\3063.

con el propietario de los terrenos, en este caso una S.A.T.<sup>24</sup>. Ciertamente es que en este supuesto existe un contrato y por tanto una parte contratante determinada.

### *II.5. Diligencias Preliminares*

Es evidente que tanto la Comunidad como un tercero pueden solicitar estas diligencias en los supuestos legalmente previstos.

En un supuesto en que un socio pretendió solicitarlas contra la comunidad para la exhibición de documentos y cuentas de la sociedad o comunidad de montes de Galbe, se desestimó la pretensión al ser negada la condición de socio por la demandada, remitiendo a una previa acreditación de la misma<sup>25</sup>.

### *II.6. Prueba.*

Serán frecuentes los procedimientos en los que se ejercite una acción reivindicatoria o declarativa de dominio frente a quien ocupe o se proclame dueño de la finca o parte de ella.

Son conocidos los requisitos exigidos para el éxito de estas acciones.

En primer lugar el título legítimo de dominio del reclamante que se podrá acreditar por cualquier medio de prueba, sin que sea necesaria la constancia documental<sup>26</sup>.

En segundo lugar, y no menos problemático, debe identificarse la cosa reivindicada, con la necesaria determinación de los lindes, y su casi segura no coincidencia con la cabida consignada en los documentos, catastro y/o Registro de la propiedad<sup>27</sup>.

Un supuesto bastante frecuente será el de la confusión de linderos o identificación de la cosa objeto de reclamación. La Jurisprudencia nos dice que se

<sup>24</sup> Audiencia Provincial de Teruel, Sentencia 72/2000 de 26 Abr. 2000, Rec. 45/2000, Ponente: Ochoa Fernández, José Antonio. LA LEY 87072/2000

“La primera cuestión que hemos de dilucidar, la relativa a la reclamación por daños, que la actora basa en un incumplimiento del contrato y, alternativamente, en una responsabilidad extracontractual de la sociedad demandada, sobre la base de los arts. 1.101 y concordantes del Código Civil y en los 1.902 y 1.905 de dicho texto legal, choca con un obstáculo insalvable, que la recurrente no ha conseguido eliminar con sus alegaciones en esta alzada, y dado que la posibilidad del acogimiento de dicha pretensión indemnizatoria o resarcitoria, pasa por la justificación no solo de los daños sino por la determinación indudable de quien haya sido su autor, con la prueba practicada, no se ha determinado quien haya sido el autor material y directo de los daños, base de la reclamación y de la responsabilidad solidaria pactada, siempre que dicho agente sea uno de los ganaderos que integran la reiterada Sociedad de Montes de Singra.”

<sup>25</sup> Audiencia Provincial de Teruel, auto 231/2009 de 11 diciembre

<sup>26</sup> Sentencias del Tribunal Supremo 24 junio de 1966, 4 noviembre 1901, 6 julio 1982 y 16 octubre 1998.

<sup>27</sup> Audiencia Provincial de Teruel, Sentencia 108/2013 de 17 Dic. 2013, Rec. 111/2013, Ponente: Cerda Miralles, María de los Desamparados. LA LEY 217206/2013.

“El requisito de la cabida es accesorio no esencial ni principal. Y en nuestro caso, la proposición de parte implica, la definición de las lindes por la cabida. Pues no otra cosa es que no coincidiendo la descripción, ésta se alcance sobre la única base de algo que es meramente circunstancial y cuya eficacia, sólo es relevante previa definición de las lindes. Convirtiendo así lo accesorio en principal, para obviar la necesidad anterior de probar lo esencial que son las lindes... En resumen cualquier conclusión que pueda sacarse en función de la cabida, por sí sola, como es el caso, carece de potencialidad ninguna, para probar la coincidencia de una linde con lo que se pretende. Pues de admitirse ello, dicho en términos coloquiales, sería pintar como querer, por el procedimiento de confundir cabida real, susceptible de ser medida y finita, con el de superficie medida, para obviando los términos esenciales de una descripción, transformar un polígono cerrado en abierto y la superficie medida en disponible al gusto, para situarla donde convenga. Pues ignorando los lindes, la dimensión del polígono es infinita.”

debe reclamar una cosa concreta y determinada, no una cosa genérica<sup>28</sup>, debiendo identificarse plenamente, incluso que si es necesario un previo o simultáneo deslinde, deberá ejercitarse o acumularse la acción, cuya acumulación viene siendo normalmente admitida<sup>29</sup>.

Ahora bien debe tenerse en cuenta que ambas acciones son distintas, así el deslinde es ajeno a cualquier discusión de propiedad, reservada ésta para la reivindicatoria y la declarativa de dominio, la prueba tenderá no tanto a acreditar la propiedad como a la existencia de una auténtica confusión de linderos<sup>30</sup> y si no se ha acumulado a una acción protectora del dominio, la sentencia que se dicte no se pronunciará sobre el mismo, pronunciamiento éste que quedará reservado al procedimiento específico de contradicción del dominio.

La petición que se formule, acumuladas las acciones, y en concreto la prueba pericial que normalmente se acompañará, debe delimitar el área a deslindar y fijar la superficie global a deslindar, ubicando las fincas sobre el terreno<sup>31</sup>.

28 Sentencias del Tribunal Supremo 1 Marzo.1954 y 1 Junio 1965 entre otras muchas

29 STS de 5 de febrero de 1999; es requisito *sine qua non* que “la finca se determine sobre el terreno con sus cuatro puntos cardinales, debiendo estos concretarse con toda precisión y siendo este requisito identificativo esencial para que pueda prosperar cualquiera de las acciones que se derivan del art. 348 CC”. En el mismo sentido la STS de 23 de mayo de 2002.

Sobre la admisión de la acumulación Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1983, 17 de enero de 1984 y 19 de diciembre de 1990.

30 Audiencia Provincial de Cáceres, sentencia de 17 marzo 2009. La ley 7836/2009.

“...habiendo declarado el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 12 de Diciembre de 2.005 , que la viabilidad de la acción de deslinde depende de la existencia de un estado de confusión de linderos, en los términos que ha venido precisando una copiosa Jurisprudencia, que ha sido recogida por la Sentencia de 26 de Junio de 2.003 , que tiene precedentes, entre otras muchas, en las de 3 de Abril de 1.999, en la que se dice que el deslinde procede cuando los límites de los terrenos están confundidos de forma tal que no se puede tener conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad ni de su extensión, como también viene a decir la Sentencia de 14 de Octubre de 1.991 , o que encuentra, con diversos matices, expresión en Sentencias como las de 20 de Enero de 1.983 y las que en ella se citan, desde la de 14 de Enero de 1936 . En consecuencia, no es viable cuando los inmuebles están perfectamente identificados y delimitados (Sentencias de 21 de Junio de 1.997, de 20 de Junio de 1.986, 20 de Enero de 1.983, 25 de Marzo de 1.980 y 7 de Julio de 1980) ni cuando afecta a fincas que no están en linde incierta y discutida, como han dicho, entre otras, las Sentencias de 3 de Noviembre de 1.989, 16 de Octubre de 1.990, o de 27 de Enero de 1.995. En Sentencia de fecha 3 de Mayo de 2.004 , ha establecido el Alto Tribunal que, según reiterada Jurisprudencia de esa Sala (Sentencia de 26 de Junio de 2.003 y las en ella citadas), la confusión de linderos constituye presupuesto indispensable para la práctica del deslinde, y por ello, la acción no será viable cuando los inmuebles se encuentren perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio. Por fin, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de Junio de 2.003 -con cita de la Sentencia del mismo Tribunal de fecha 3 de Abril de 1.999 - significa que la acción de deslinde procede cuando los límites de los terrenos están confundidos, de forma tal que no se puede tener conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad ni su extensión, y en idénticos términos se pronuncia la Sentencia de 14 de Octubre de 1.991 añadiendo que se tiende a poner claridad en una linde incierta (Sentencias de 30 de Junio de 1.973, 27 de Mayo de 1.974 y de 27 de Abril de 1.981). A la existencia de la confusión de linderos como presupuesto de la acción de deslinde se refieren numerosas Sentencias del Tribunal Supremo. La Sentencia de 18 de Abril de 1.984 , afirma que según declaró ese Tribunal en Sentencia de 20 de Enero de 1.983 , la facultad de excluir, con los derechos que la integran de deslinde y cerramiento (artículos 384 y 388 del Código Civil), a fin de lograr la individualización del predio mediante la gráfica fijación de la línea de su polígono, evitando intromisiones, ha sido precisada en su finalidad y alcance por una Jurisprudencia reiterada que va desde la Sentencia de 14 de Enero de 1.936 a la de 27 de Abril de 1.981 , pasando por las de 8 de Julio de 1.953, 9 de Febrero de 1.962, 2 de Abril de 1.965 y 27 de Mayo de 1.974, en el sentido de que la confusión de linderos constituye presupuesto indispensable para la práctica del deslinde, y por ello, la acción no será viable cuando los inmuebles se encuentren perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio, circunstancias que no serán obstáculo ciertamente al ejercicio de la acción reivindicatoria.”

31 SAP de León de 5 de febrero de 2009 (LA LEY 26669/2009)

«Aunque la acción de deslinde y la reivindicatoria han sido declaradas compatibles por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de fecha 23 de diciembre de 1999 (LA LEY 3216/2000) que, a su vez, cita las de 30 de abril de 1964, 23 de marzo de 1967 y 24 de marzo de 1983), tal compatibilidad se ha de enmarcar en el ámbito de una indeterminación

### II.6.a. Alcance probatorio del catastro

La constancia catastral de la titularidad a favor de una determinada persona no constituye por sí sola un justificante del dominio<sup>32</sup>, pues la presunción de veracidad<sup>33</sup> puede ser contradicha por otras pruebas.

En este particular, y con el andar del tiempo, las nuevas exigencias del texto refundido de la Ley del catastro inmobiliario pueden ayudar a la deseada correspondencia entre el Registro de la Propiedad y el Catastro inmobiliario<sup>34</sup>.

## III. CUESTIONES DE FONDO

### III.1. Responsabilidad extracontractual de la sociedad y de sus integrantes.

La especial naturaleza de estas comunidades supone que puede haber supuestos de actuar conjunto o colectivo y otros en que un titular actúe en beneficio de la comunidad o en el suyo propio. También habrá supuestos en los que actúe una persona no titular por encargo de la comunidad o vinculado contractualmente con ella.

Los supuestos podrán ser muy diversos pero es evidente que una acción negligente, por ejemplo la dejadez en la conservación, puede generar daños a terceros. La individualización de la acción u omisión y su posible atribución a un acto individualizado de un "socio" o de un tercero vinculado de alguna forma con la comunidad, le derivará la responsabilidad del resultado, lo que no implica, necesariamente, que la comunidad no pueda ser declarada igualmente responsable frente a terceros.

Esta responsabilidad podrá ser reclamada al amparo del artículo 1902 del código civil, incluso frente a la sociedad o comunidad sin personalidad jurídica.<sup>35</sup>

de linderos y consiguiente reclamación de la porción de terreno resultante. Pero, en este caso, lo que se pretende es una directa identificación de la finca conforme a un concreto informe pericial, sin que en los hechos o en los fundamentos se haga la más mínima alusión a confusión de linderos que pueda justificar la petición de deslinde planteada como subsidiaria en el apartado 2 de la demanda. Para llevar a cabo un deslinde es preciso delimitar un área de fincas a deslindar y, a partir de una superficie conjunta, realizar la asignación de porciones de terreno conforme a lo previsto por los arts. 385, 386 y 387 del Código Civil. En el presente caso, los informes periciales miden la superficie de la finca de la parte que los encargó, pero ninguno de ellos delimita un área a deslindar y fija una superficie global a deslindar para ubicar las fincas sobre el terreno, con lo que la pretensión subsidiaria antes indicada no puede prosperar» (Fundamento de Derecho 3.º).

32 Sentencia del TS de 4 de noviembre de 1961 «la inclusión de un mueble o un inmueble en un Catastro, Amillaramiento o Registro Fiscal, no pasa de constituir un indicio de que el objeto inscrito puede pertenecer a quien figura como titular de él, en dicho Registro, sin embargo, tal indicio, unido a otras pruebas, puede llevar al ánimo del Juzgador el convencimiento de que, efectivamente, la propiedad pertenece a dicho titular; pero no puede constituir por sí sola un justificante de tal dominio, ya que tal tesis conduciría a convertir a los órganos administrativos encargados de ese registro en definidores del derecho de propiedad y haría inútil la existencia de los Tribunales de Justicia, cuya misión es precisamente la de declarar los derechos controvertidos».

33 Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Art 3. 3. "Salvo prueba en contrario y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos."

34 Ley de Montes, art 18.3 "La Administración titular o gestora inscribirá los montes catalogados, así como cualquier derecho sobre ellos, en el Registro de la Propiedad, mediante certificación acompañada por un plano topográfico del monte o el levantado para el deslinde a escala apropiada, debidamente georreferenciados, y en todo caso la certificación catastral descriptiva y gráfica en la que conste la referencia catastral del inmueble o inmuebles que constituyan la totalidad del monte catalogado, de acuerdo con el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. En caso de discrepancia se estará a lo que disponga la legislación hipotecaria sobre la inscripción de la representación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad.

35 Sentencia del Tribunal Supremo de 22 junio 1992 (RJ 1992.5642) y 10 marzo 1994 (RJ1994, 1736)

"el artículo 1902 el de aplicación a las personas jurídicas, aunque se valgan de personas físicas individualizadas para

En otras ocasiones podrá reclamarse al amparo del artículo 1.903 tanto por culpa in vigilando como por culpa in eligendo, y por tanto también como culpa propia de quien responde por un tercero.

También habrá supuestos en los que pueda acudir a la figura de la solidaridad impropia, que se produce para garantía y protección del perjudicado en los casos de responsabilidad extracontractual cuando en la concurrencia culposa de varios se aprecia análoga graduación y, mayormente, cuando no es posible su concreción en el ámbito respectivo.

Un supuesto frecuente será el de la venta a una empresa especializada en aprovechamiento maderero<sup>36</sup> que cause daños a un tercero en ejecución del contrato. Vemos supuestos en los que no es fácil deslindar a quien debe imputarse la responsabilidad por culpa. Pero también tenemos otros casos en los que se imputa esta responsabilidad sólo a quien haya causado el daño al quedar claramente individualizada su responsabilidad<sup>37</sup>, o a quien por su experiencia pudo prever que podía causar un daño a un tercero<sup>38</sup>

La responsabilidad extracontractual podrá imputarse a un tercero que cause daños al monte. En estos casos habrá que determinar quién está legitimado activamente para reclamar los daños. Como hemos visto estas comunidades gozan

---

realizar por su cuenta, orden y beneficio de aquella las acciones u omisiones de las que se deriven daños, sin asegurar adecuadamente los riesgos que podrían surgir”.

36 La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 18 de abril de 2005 declara:

«Para el recurrente-demandado la sentencia apelada rechaza de forma indebida la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al entender que resultaba esencial a la solución del litigio que estuvieran presentes quienes convinieron el contrato de madera y fijaron los árboles objeto de la misma, consintiendo su actuación en ejecutar materialmente los trabajos. Es cierto, en efecto, que el demandado taló el arbolado actuando a nombre de la entidad Torras Papel S.A., que había comprado la madera a (...). Mas, el concurso de aquellas otras personas no le eximía de responder frente al tercero por los daños y perjuicios causados en la ejecución de los trabajos conforme a lo pactado con la compradora y que incluso en el supuesto de que ésta se hubiera reservado algún tipo de control o dirección, tampoco enervaría su responsabilidad conjuntamente con quien le contrató, al no haberse determinado la concreta responsabilidad de éste y de la compradora. Estamos ante lo que la jurisprudencia califica de solidaridad impropia, o por salvaguarda del interés social, que se produce para garantía y protección del perjudicado en los casos de responsabilidad extracontractual cuando en la concurrencia culposa de varios se aprecia análoga graduación y, mayormente, cuando no es posible su concreción en el ámbito respectivo...; solidaridad predicable, a su vez, de quienes sean estimados responsables por aplicación del art. 1903 del Código Civil, lo que a tenor de lo dispuesto en el art. 1144 del Código sustantivo y de la propia doctrina jurisprudencial, desautoriza la apreciación de la figura del litisconsorcio pasivo necesario, pues no siendo la parte demandada ajena a la producción del daño de cuya reparación se trata la eventual existencia de otros responsables, ligados a los traídos a juicio y unidos entre sí y frente al acreedor por vínculos de solidaridad, excluye el litisconsorcio, al constituir en tales casos facultad del damnificado la de demandar a todos o sólo a alguno de los responsables».

37 Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 21 de julio 2003.

«Debe añadirse que en ningún momento hubo problemas de deslinde con la finca de las demandantes, ni debió haberlos para un maderista de profesión que contrata la madera y que da por supuesto que conoce la finca del vendedor al referirse en el contrato a toda la existente en el monte de su propiedad. Mas de haberlos tenido, su condición le exigía aclararlos antes de proceder a la corta. Pero es que, además, también debía conocer que se excedía en el corte no sólo por el número de robles talados, más de los que se le autorizaban, sino porque cortó y aprovechó madera por un valor superior al del precio del contrato. Se trata, en suma, de una negligencia directamente imputable a D. Marcelino y que además se ha beneficiado de la misma y como tal debe responder»

38 Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 31 de marzo de 2003.

“...dado que la posible pertenencia a terceros del árbol en cuestión tendrían que conocerla los técnicos al servicio de Unión Fenosa ante la frecuente constitución de servidumbres como la discutida, en especial teniendo en cuenta que el valor del castaño era notoriamente superior al precio pactado por el gravamen, se estima... que la apelada incurrió en imprudencia, siquiera leve, y por ello debe ser condenada a reparar los daños causados, en virtud de lo dispuesto en el art. 1902 del Código Civil» .

de capacidad de obrar, por lo que habitualmente será la comunidad del monte quien reclame los daños.

Pero es posible que pese a tratarse de una comunidad singular, en el caso de la sentencia citada un supuesto de monte vecinal en mano común en el que se acreditó el aprovechamiento individualizado de unos robles por un vecino, fue este vecino quien actuó en nombre y beneficio propio alcanzando tutela judicial y siendo indemnizado por los daños que se habían causado a unos robles del monte vecinal en mano común, pero de los que se aprovechaba individualmente<sup>39</sup>.

### III. 2. Sobre el derecho de propiedad.

#### III.2.a. Efectos del deslinde administrativo y apeo.

El abandono del medio rural por la población y la falta de seguimiento y aprovechamiento de los montes por sus titulares, ha llevado a considerar en algunos supuestos que estos montes, o parte de los, no pertenecían al común de sus titulares, como derecho de propiedad privada, sino de las entidades locales o supra-locales de su ubicación, pudiendo haber sido incluidos en el Catálogo de Montes de utilidad pública o afectados por el mismo.

Pues bien, la inclusión de una finca en el Catálogo de Montes de utilidad pública tan sólo establece una presunción de posesión en favor de la Administración, sin que se prejuzgue cuestión alguna de titularidad<sup>40</sup>.

En aquellos supuestos en los que se haya procedido al apeo del Monte Catalogado podrá entenderse como un acto de toma de posesión real, pero igualmente sujeto a prueba en contrario si pese al apeo no se ha alterado la situación de hecho de utilización en concepto de dueño por terceras personas.

Ahora bien, esta inclusión o afección del Catálogo supondrá, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18.1 de la referida Ley 43/2003, relativo a los efectos jurídicos de la inclusión de los montes en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, que la titularidad que en el Catálogo se asigne a un monte sólo puede impugnarse en juicio declarativo ordinario de propiedad ante los tribunales civiles, no permitiéndose el ejercicio de las acciones reales del art. 250.1.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>41, 42</sup>.

39 Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, Sentencia 770/2008 de 3 Oct. 2008, Rec. 297/2008.

40 Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 38/2015 de 23 Dic. 2015, Rec. 35/2015.

“tanto la inclusión de la finca discutida en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, como la orden aprobatoria del deslinde de 1984, tan solo vienen a establecer una presunción de posesión a favor del Ayuntamiento de Puertomingalvo, sin prejuzgar la titularidad de la finca que, como después se verá, se resuelve acudiendo a la prescripción adquisitiva.... Como desde entonces han transcurrido más de veinte años, se ha consumado la prescripción adquisitiva del dominio a favor de la entidad poseedora, en aplicación del art. 1957 del Código Civil, teniendo en cuenta que la adquisición se produjo con justo título, buena fe, y conocimiento de los supuestos propietarios..... la inclusión en el catálogo y la orden aprobatoria del deslinde tan solo establecen una presunción posesoria, al igual que la inscripción en el registro de la propiedad genera a favor del titular inscrito las presunciones posesorias de los arts. 35 y 38 LH. En todos estos casos se produce una inversión de la carga de la prueba que deberá desvirtuar la parte contraria. Por tanto, frente a la presunción posesoria cabe acreditar la posesión real, tal como sucede en este caso a favor del Ayuntamiento demandado.

41 Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 114/2010 de 12 Febrero 2010, Recurso 297/2009

42 Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 Mayo 1987.

### III.2.b. Usucapión<sup>43</sup>.

La falta de regulación específica afecta también a la posibilidad de adquirir por usucapión. No siempre nos encontramos ante montes en mano común, una de cuyas características es la imprescriptibilidad, aunque a veces las resoluciones judiciales hayan acudido a la asimilación con los montes en mano común, y hayan declarado su imprescriptibilidad.

La usucapión de montes públicos pertenecientes al Estado era posible, salvo que estuvieran adscritos a algún uso o servicio público (caso, por ejemplo, de los Parques Nacionales), al no tener el carácter de bienes de dominio público o demaniales, sino de bienes de dominio privado o patrimoniales, hasta la vigencia de la Ley de Montes de 2.003<sup>44</sup>.

La usucapión ha sido alegada tanto para la adquisición por particulares<sup>45</sup> como por la Administración.

---

43 KARRERA EGIALDE, Mikel M., "La calificación y configuración jurídica de las comunidades o sociedades de montes tradicionales".

El dominio de los montes, incluso públicos, es adquirido por particulares mediante prescripción adquisitiva, y así se admite en las siguientes disposiciones, siempre que la posesión fuera superior a treinta años, no contradicha y realizada a ciencia y paciencia de la entidad dueña del terreno, y acreditada mediante informaciones posesorias:

(1) La Real Orden de 4 de abril de 1883 (*Gaceta* 7 abril) dispone que los gobernadores mantengan al estado, pueblos y Corporaciones en la posesión de los montes declarados públicos que las personas particulares no hayan poseído pacíficamente durante treinta años, sin que la Administración haya ejercido actos posesorios.

(2) La Real Orden de 14 de enero de 1893 (*Gaceta* 19 enero) reproduce la anterior relativa a la defensa de la propiedad de los montes públicos.

(3) El Real Decreto de 1 de febrero de 1901 (*Gaceta* 6 febrero) establece que la inclusión de un monte en el Catálogo de los exceptuados de la desamortización por causa de utilidad pública no prejuzga ninguna cuestión de propiedad (art. 1) y acepta las informaciones posesorias para acreditar por ella la posesión quieta y pacífica durante treinta años (art. 15).

(4) La Real Orden de 20 de febrero de 1930 (*Gaceta* 28 febrero) señala que la prescripción de montes públicos por particulares, frente a la Administración, es la extraordinaria de treinta años, según han definido las citadas Reales órdenes y ha sancionado la jurisprudencia uniforme del Tribunal Supremo. Esta aclaración deriva de las normas hipotecarias conforme a las cuales se había pasado de exigir el plazo de treinta años para convertir la inscripción de la posesión en inscripción de dominio a establecer un plazo de diez años, pues sentada la presunción por la cual se reputa poseedor de buena fe al titular, el plazo de diez años debe ser suficiente para transformar la posesión inscrita en dominio (*cf.* arts. 41 y 399 LH de 1909, y 435 CC). Lo cierto es que se trata de un privilegio administrativo derivado de las citadas disposiciones emanadas del poder ejecutivo.

(5) El Real Decreto Ley de 17 de octubre de 1925 (*Gaceta* 18 octubre) dicta instrucciones para adaptar el régimen de los montes de los pueblos al Estatuto municipal y sus reglamentos en la defensa de la propiedad forestal, declarando como prueba bastante de pertenencia particular, tanto los títulos auténticos de dominio, inscritos en el correspondiente Registro de la Propiedad, como la posesión no interrumpida por más de treinta años y debidamente acreditada (art. 22).

44 Exposición de Motivos de la Ley de Montes de 2003: Por su titularidad, los montes son públicos y privados [...]. En el caso de los montes catalogados de utilidad pública, la ley opta por su declaración como dominio público, constituyéndose el dominio público forestal con estos montes junto con los restantes montes afectados a un uso o servicio público.

45 Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2ª, Sentencia de 10 Feb. 2003, Rec. 2011/1998, Ponente: Maeso Ventreira, Agosto. LA LEY 28886/2003.

"La imprescriptibilidad de los bienes comunales, consagrada por la vigente Constitución, ha sido una característica de tales bienes a lo largo de la historia, desde la Ley de Partidas (la Ley Séptima, Título XXIX, de la partida tercera, establece que un ejido u otro lugar cualquiera parecido a éste, de uso comunal del pueblo de alguna ciudad o villa no la puede ganar ningún hombre por tiempo) recogida también por la Novísima Recopilación, junto su característica de inalienabilidad y de bien fuera del comercio de los hombres, tal como se ha indicado ya en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta resolución. Y tales bienes no son susceptibles de prescripción (artículo 1936 del Código Civil), ni lo han sido históricamente. (SSTS de 27 Nov. 1923, 16 Abr. 1969, 30 Nov. 1989)."

Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 24 enero 1989. RJ 1.989\430. Que resuelve un conflicto con los llamados "llevadores de montes comunales de Tauste", que alegaban posesión a título de dueño, que es desestimada por tratarse de montes comunales.

La usucapión requiere la realización de actos concretos a título de dueño. Estos actos podrán ser realizados por personas concretas o por una pluralidad de individuos genéricamente considerada. En cada supuesto adquirirá por usucapión bien la persona que individualmente haya realizado los actos de dominio sobre una o varias parcelas también individualizadas, o esta comunidad, y en su favor, sin distinción de cada una de las personas que hayan realizado actos de dominio<sup>46</sup>, lo que comportará dificultades en orden a la prueba y resultado.

En el supuesto de los Montes de Galbe<sup>47</sup> se pretendía por el Ayuntamiento la declaración de dominio a su favor con la particularidad de que además deberían considerarse como montes comunales. En el supuesto concreto se desestima al entender que no ha habido posesión en concepto de dueño, pero además se deja constancia de la dificultad de una Administración de realizar auténticos actos de dominio pues lo realizado por los vecinos no le aprovecha para su título ya que en todo caso lo harían individualmente y sobre parcelas concretas. Al no estimarse la demanda no se aborda la cuestión del carácter de bien común como se pretendía.

No parece que pueda cuestionarse que cuando concurren todos los requisitos legalmente establecidos y así se acredite una Administración pueda llegar a adquirir por usucapión un bien en concreto<sup>48</sup>. Ahora bien, una vez que se haya acreditado que ha cumplido todos los requisitos, este bien se adquirirá con carácter de bien patrimonial<sup>49</sup>. Si la Administración adquiere como un particular, fun-

---

46 Sobre el particular puede consultarse KARRERA EGIALDE Mikel M. "La calificación y configuración jurídica de las comunidades o sociedades de montes tradicionales."

47 Audiencia Provincial de Teruel, Sentencia 80/2001 de 14 Jun. 2001, Rec. 252/2000, Ponente: Hernández Alegre, Juan Carlos. LA LEY 120079/2001

A mayor abundamiento, hay que indicar que aunque pudiéramos dar como acreditado, cosa que de ninguna manera se desprende de la prueba practicada, que los vecinos que accedieron al aprovechamiento agrícola de alguna parcela concreta de los montes la hubieran poseído pública, quieta, pacíficamente y en concepto de dueño por el tiempo suficiente para ganar la adquisición del dominio por prescripción, la demanda tampoco podría prosperar tal como viene planteada, pues la adquisición del dominio únicamente se habría producido a favor de aquellos particulares concretos en que concurrían dichas condiciones y exclusivamente por la parcela concreta adjudicada, pero nunca en beneficio del Ayuntamiento que, como tal, ningún acto posesorio ha realizado, y menos aún sobre la totalidad de los montes.

48 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Art 22, determina que las Administraciones públicas podrán adquirir bienes por prescripción con arreglo a lo establecido en el Código civil y en las leyes especiales.

Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Art. 14, «1. Las Entidades Locales prescribirán a su favor con arreglo a las leyes comunes, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales».

Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón. Art 21.

49 Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 309/2013 de 26 Jun. 2013, Rec. 429/2011. Ponente: Carnicero Fernández, Juan. LA LEY 134492/2013.

"El hecho de reconocer su originario carácter comunal, no obsta para que haya dejado de ostentarlo, y ello debido a la desafectación tácita alegada por las partes. No se trata aquí de un cambio de titularidad, que como ya hemos mencionado no se discute, sino de la conversión de un bien comunal en un bien de dominio público. Ya el art. 8.5 del Reglamento de Bienes de 27 de mayo de 1952, significaba que "se entenderá además producida la afectación de bienes a un uso o servicio público (...) sin necesidad de acto formal, cuando (...) b) siendo bienes comunales, durante el mismo período de tiempo (veinticinco años), fueran objeto de uso o servicio públicos". Así, el hecho de haber sido aprovechado el monte por vecinos de municipios distintos a Grisel por más de veinticinco años, propició que el Monte pasara a ser un bien demanial, tal y como la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2001 prescribe al referirse a dicho art. 8.5. Correspondiendo a la carga de la prueba a la actora sobre el carácter comunal del Monte objeto aquí del recurso, a la luz del

dando su adquisición en la usucapión regulada en el Código civil, adquiere como cualquier otro particular; por lo que si hubiese prosperado la demanda, es muy discutible que en aquella misma sentencia se hubiese podido declarar el carácter de comunal<sup>50</sup>, máxime con anterioridad a la Ley de Montes de 2.003.

La posesión ha de ser en concepto de dueño, y no como mero administrador. Así se ha declarado en un supuesto en que la Sociedad de Quiñon y Yeba solicitaba la declaración de dominio a su favor por haber venido poseyendo a título de dueño de la finca conocida como Monte Sampietro<sup>51</sup> por aportación

---

expediente y de los presentes autos, no queda acreditado dicho carácter, no llegando con ello a desvirtuarse la posición sostenida por el Ayuntamiento de Grisel.”

50 Audiencia Provincial de Soria, Sentencia 46/2016 de 14 Abr. 2016, Rec. 57/2016. “los Montes de Utilidad Pública, que fueron considerados como montes públicos por razón de su titularidad pública -sólo pueden ser declarados de utilidad pública los montes públicos ex artículo 24 del Reglamento de Montes - y además con la consideración jurídica inicial de bienes patrimoniales ex artículo 11 del Reglamento (“ Los montes públicos tienen la condición jurídica de bienes patrimoniales, y, por consiguiente, son de la propiedad privada del Estado, o de las Entidades a que pertenecen, conforme a los dos artículos precedentes “), en la actualidad ya son definitivamente considerados como montes públicos demaniales integrantes del dominio público forestal ex artículo 12. 1 a) de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Su Exposición de Motivos dice que “En el caso de los montes catalogados de utilidad pública, la ley opta por su declaración como dominio público, constituyéndose el dominio público forestal con estos montes junto con los restantes montes afectados a un uso o un servicio público.”

51 Audiencia Provincial de Huesca, Sentencia 302/2003 de 26 Dic. 2003, Rec. 186/2002, Ponente: García Castillo, José Tomás. LA LEY 218862/2003.

“las actuaciones llevadas a cabo sobre la finca conocida como Monte Sampietro por los vecinos de las localidades que vienen a conformar la mancomunidad de Quiñon Y Yeba son características de los denominados montes vecinales en mano común, regulados en nuestro Ordenamiento Jurídico primero en la Ley 52/1968, de 27 de julio, y actualmente en la Ley 55/1980, de 11 de noviembre. Dicha normativa hace referencia a los montes que pertenecen a agrupaciones vecinales, en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas, y que vienen aprovechándose consuetudinariamente en mano común por los miembros de aquéllas en su condición de vecinos (art. 1 de la vigente Ley), cuya titularidad dominical corresponde, sin asignación de cuotas, a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate (art. 2). Si bien la administración, disfrute y disposición del monte vecinal en mano común corresponde exclusivamente a la comunidad propietaria (art. 5), la gestión administrativa del monte pertenece a los órganos estatutariamente establecidos, en defecto de los cuales ejercerá dicha facultad una Junta provisional compuesta por un Presidente y dos Vocales (art. 6), lo que resulta especialmente significativo para el presente caso, pues ya hemos dicho que en algunos de los documentos aportados por la parte actora se distingue, con diferentes denominaciones, entre los vecinos de los pueblos de la mancomunidad y una Junta administrativa, de lo que deducimos que ésta no es estrictamente la propietaria del monte sino el Órgano encargado de su gestión o administración.”

“No ha de extrañar, por otra parte, que en 1919 se constituyera la Sociedad del Quiñon y Yeba con la forma de civil y anónima por acciones. Como sucedió en otras ocasiones en aquella época, un monte que pertenecía al común de los vecinos pudo haberse escriturado a nombre de uno o varios de ellos, quienes actuarían como fiduciarios, a fin de excluir al monte de la acción de las normas desamortizadoras.... Tampoco debe resultar extraño, por tanto, que Benjamín , que en el año 1917 promovió un expediente a fin de inscribir a favor de su padre la posesión del monte, actuara como fiduciario, tanto cuando creó la Sociedad y aportó el inmueble que constituía su capital social como cuando compareció en el expediente administrativo del año 1923, pues insistimos en que todas las actuaciones de gestión y explotación del monte las llevó a cabo no el Sr. Jose Augusto sino una Junta inicialmente compuesta por un Presidente y dos Vocales, a lo que podría añadirse que los beneficios obtenidos no se entregaban al Sr. Jose Augusto sino que se repartían entre todos los vecinos.”

“A la luz de todo lo que hasta ahora se ha expuesto, la demanda formulada por la parte actora sólo puede ser parcialmente estimada. Ha de acogerse, sin duda, para declarar la nulidad de las escrituras públicas y la cancelación de los asientos registrales por los que los demandados se adjudican, como herencia de su padre y abuelo respectivamente, la finca conocida como Monte Sampietro , pues queda patente, según hemos dicho, el mejor derecho que tiene el común de los vecinos de los pueblos del Quiñon y Yeba sobre los hoy demandados, cuyo causante, por lo que ha quedado probado en este proceso, quedó desconectado del monte en el año 1923, a partir del cual ha sido una Sociedad o Junta administrativa la que, en representación de los vecinos, ha gestionado y explotado la finca litigiosa.

La consideración de dicha finca como monte vecinal en mano común impide, sin embargo, que puedan estimarse otras dos de las pretensiones formulada por la parte ahora recurrente. No puede declararse que los demandantes tienen una acción con derecho a la posesión, propiedad y dominio de una cincuenta y cuatroava parte indivisa del monte según acuerdo adoptado por la Sociedad, ya en su forma actual de comunidad de bienes, el 25 de marzo de 2000, cuyo certificado es el documento uno de la demanda, dado que una de las características de los montes vecinales en mano común, según se desprende de la propia Ley, es la no asignación de cuotas al tratarse de una forma de comunidad germánica, de modo que tampoco es posible que la supuesta parte indivisa de cada uno de los demandantes se inscriba en el Registro de

que a la referida sociedad hicieron Benjamín y sus hermanas y por usucapión extraordinaria. Asimismo solicitaban que cada uno de los demandantes tendría una acción con derecho a la posesión y dominio de una parte indivisa del Monte Sampietro y, por último, que se declarase la nulidad de las escrituras de aceptación y adjudicación de herencias y de los asientos registrales existentes a favor de los demandados con relación al Monte Sampietro.

La conclusión de la sentencia es que nos encontramos ante un monte vecinal en mano común, lo que hace que por su imprescriptibilidad no pueda reconocerse un derecho adquirido por los demandantes a la adjudicación de una acción con derecho a la posesión y dominio de la parte indivisa, precisamente por tratarse de una comunidad germánica, que impide a los demandantes obtener una declaración a su favor de una parte indivisa que pueda acceder al Registro de la Propiedad; sin perjuicio de que esta condición de monte en mano común sea contradictoria con los títulos de los demandados, lo que supondrá la estimación parcial de la demanda.

Si partimos del hecho recogido en la sentencia de que una persona física se opuso en 1923 al expediente de deslinde para su inclusión en el catálogo de montes, parece obligada la conclusión de que se trataba de un bien privado, con independencia de su titularidad pues según se desprende también de la propia sentencia se había aportado a la sociedad actora. La parte actora, diversas personas físicas integrantes de la Sociedad de Quiñón y Yeba, alegaba que ésta venía realizando actos de dominio de forma continua e ininterrumpida, si bien en los documentos se recogían diversas denominaciones, en el que algunas ocasiones se hacía referencia a los “vecinos de...”. Se creaba así una confusión sobre quién era la persona que venía realizando estos actos de dominio. Es seguramente esta cuestión la que lleva a la Sala a considerar que nos encontramos ante un monte vecinal en mano común, entendiendo que las personas físicas que constituyeron la sociedad y se opusieron a la inclusión en el Catálogo de montes lo hacían como meros fiduciarios y para evitar las consecuencias de las leyes desamortizadoras<sup>52</sup>, pero no por ello puede concluirse que se trate de un monte en mano

---

la Propiedad, como igualmente se pide. Difícilmente puede hablarse, por otra parte, de prescripción adquisitiva a favor de la Sociedad, pues también es característica de los montes vecinales en mano común su imprescriptibilidad, tal y como se afirma tanto en el art. 2 de la Ley de 1980 como en el art. 11.4 de la reciente Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (cuyo art. 2.1, por cierto, establece la aplicabilidad de la nueva Ley a los montes vecinales en mano común, sin perjuicio, eso sí, de lo establecido en su legislación especial).

Finalmente, tampoco podemos declarar que la Sociedad del Quiñón y Yeba ha poseído a título de dueño la finca que fue aportada a la referida Sociedad por Benjamín y sus dos hermanas, pues insistimos en que es al común de los vecinos de las seis localidades del Quiñón y Yeba a quien, como sucede en los montes vecinales en mano común, corresponde la titularidad de la finca, mientras que la mencionada Sociedad, como se viene a reconocer indirectamente en el acuerdo de 25 de marzo de 2000, ha sido, a modo de Junta administrativa, el Órgano encargado de la gestión y explotación del monte, por lo que la Sociedad como tal no ha podido poseer a título de dueño pese a la indudable realización de un gran número de actos de administración sobre la finca litigiosa.”

52 MARTIN-RETORTILLO, Cirilo. “Comunidad de bienes de origen comunal”. *Anuario de Derecho Aragonés*, 1959-60. Tomo X. Pág. 206.

“Las consecuencias de esta reforma fueron desastrosas por la propia forma en que se efectuó la enajenación, con una total ausencia de sentido económico y social, a impulsos de una concepción rígidamente individualista, que, por un contagio de afrancesamiento decadente, inspiró la obra de Mendizábal y sus seguidores. Cientos y cientos de municipios rurales sufrieron los desastres de una política que empobreció y redujo a la miseria a esos pueblos y a la vez a sus vecindarios...”

común, aunque participe de alguna de sus características; siendo discutible que le afecte la imprescriptibilidad cuando la figura del monte en mano común se declara más por necesaria solución del caso que porque realmente lo sea con todos sus efectos y consecuencias.

Se concluye, por tanto, que el mejor derecho es el común de los vecinos y no de los herederos de quien se dice actuó como fiduciario. Ahora bien, como se ha dicho, es la consideración de monte vecinal en mano común la que lleva a la Sala a desestimar una prescripción adquisitiva de una participación indivisa a favor de los miembros de la Sociedad que nunca habían poseído a título de dueño, sino simplemente como una Junta administrativa de dicho monte.

### III.2.c. *Fincas enclavadas.*

Un supuesto bastante frecuente es el de los enclavados de tierra de cultivo o de monte dentro de un monte de titularidad pública. Estos enclavados pueden pertenecer a propietarios privados con títulos inscritos a su favor en el Registro de la Propiedad<sup>53</sup>. No es infrecuente que la cabida registrada en los títulos no coincida con la cabida general. En muchas ocasiones trae causa de una deficiente conversión de las medidas del país al sistema métrico decimal. El cahíz se redujo a 0 -57 -21 ha. a razón de 8 hanegas (715 m<sup>2</sup>), pero debe partirse del hecho de que el cahíz nunca ha sido una medida de superficie sino de capacidad<sup>54</sup>, de tal suerte que la calidad de la tierra influye en gran medida, pues a mejor calidad de tierra más se concentraba la semilla que cabía en un cahíz y por tanto la superficie era menor<sup>55, 56</sup>. En otros supuestos se deberá a roturaciones que han sido posibles

<sup>53</sup> Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 38/2015 de 23 Dic. 2015, Rec. 35/2015.

“A ello se refiere el art. 47 de la Ley de Montes de Aragón cuando, además de establecer que la orden aprobatoria del deslinde es título suficiente para inmatricular en el Registro, en su número primero, letra d), dispone que también es título suficiente para la inscripción de rectificación de la descripción de las fincas afectadas y la rectificación de situaciones contradictorias con el deslinde que no se hallen amparadas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, incluyendo el cambio de titularidad y la cancelación de inscripciones registrales. En sentido negativo lo vuelve a decir en su número segundo, “la resolución aprobatoria del deslinde no es título suficiente para rectificar los derechos anteriormente inscritos a favor de los terceros a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ... Y ello porque el referido precepto tan solo otorga protección a los adquirentes a título oneroso, señalando en su último párrafo que “los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”.

<sup>54</sup> En el reino de Aragón era la medida por excelencia para áridos. En principio equivale a 32,64 litros, y en alguna de sus variadas equivalencias locales a 33,048 litros. Se compone de ocho fanegas, 24 cuartales y 96 almudes o celemines. Sin embargo, hay gran variedad de cómputos según las regiones aragonesas, con divisores peculiares en algunos casos: así en Zaragoza y su partido el cahíz se divide en ocho fanegas, la fanega en tres cuartales y el cuartal en cuatro almudes, y el cahíz zaragozano equivale a cuarenta celemines castellanos; Se llamaba cahizada a la extensión de terreno que se puede sembrar con un cahíz de grano.

<sup>55</sup> En el recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Supremo número 11.966 de 1932, sobre impugnación del deslinde del monte “San Quintín y Valdánias”, se solicitó prueba documental sobre la cabida del cahíz en las Cinco Villas, informándose por la Jefatura de la sección Agronómica de Zaragoza y certificado por el Ayuntamiento de Luna, que el cahíz superficial en secano tiene, como mínimo, en el término municipal de Luna, una extensión de 82 áreas 32 centiáreas, y 1 hectárea 14 áreas 42 centiáreas como máximo, según se desprende de los estudios llevados a cabo, por orden judicial, por los peritos agrícolas don Ignacio Guiu Cortés Y Don Ramón Lorient, que pusieron de manifiesto, que, en buena parte de los pueblos de Aragón y Luna, con los demás de las Cinco Villas, entre ellos, el cahíz superficial de secano es el cahíz de puño o sea la extensión de la tierra precisa para sembrar un cahíz de trigo, que varía, dados los usos y costumbres del país entre los límites arriba indicados”

<sup>56</sup> LARA IZQUIERDO, Pablo, “Sistema aragonés de pesos y medidas: la metrología histórica aragonesa y sus relaciones con la castellana”. Zaragoza: Guara, 1984. <http://bibliotecavirtual.aragon.es/bva/i18n/consulta/registro.cmd?id=3699>

Pág. 86. El tema de las medidas de áridos es, sin lugar a dudas, el que más ocupa la atención de los tratadistas. La

como consecuencia de la modernización de la maquinaria agrícola, dándose así el auténtico supuesto de una ocupación de monte de titularidad pública o privada por un particular que lo viene usando en concepto de dueño.

Así pues una primera cuestión es que estas fincas, cuando sean y hayan sido de cultivo, tienen un carácter agrícola y no forestal por lo que en los supuestos que quede acreditado que siempre ha sido una finca de cultivo y que el problema de la cabida no trae causa de una roturación sino de una deficiente expresión de la misma, ya por reducción, ya por la costumbre de no incluir toda la superficie de los títulos, no le resultará de aplicación la legislación sectorial de montes. En aquellos otros supuestos en los que haya habido roturación es en los que podemos hablar concretamente de usucapión a favor de un particular, sin perjuicio de que también pueda ser alegado subsidiariamente en los anteriores supuestos.

Si el particular identifica y delimita con certeza y precisión las fincas de cultivo y la posesión inmemorial en concepto de dueño pública, pacífica y de buena fe, podrá alegar a su favor la usucapión adquisitiva.

En muchas ocasiones habrá conflicto con la inclusión de estas superficies en un monte catalogado e incluso deslindado, con la presunción de *iuris tantum* en favor de la Administración y las consecuencias sobre la usucapión por un particular.

Nuestro Tribunal Supremo sentó doctrina en relación a la Ley de Montes de 1.957 en su Sentencia de 6 de Noviembre de 2.014<sup>57</sup>. Recientemente también se

---

mayor parte de ellos viene a coincidir al respecto con las apreciaciones que destacábamos de Guardamino; en resumen: 1.º, que el sistema de medidas de áridos aragonés era: 1cahíz igual a ocho fanegas, 1 fanega igual a tres cuartales, y un cuartal iguala cuatro almudes; 2.º, que la fanega de Zaragoza era la oficial del reino de Aragón, salvo algunos lugares; y 3.º, que dicha fanega tenía una capacidad igual a cinco celemines castellanos y, por tanto, el cahíz aragonés equivalía a 40 celemines castellanos.

Pág. 87. No obstante, es preciso advertir que en Aragón existían diferentes tipos de cahizadas, que contenían un mayor o menor número de cuartales según lugares y términos.

Pág. 188 y ss. En síntesis, puede afirmarse que el cahíz de tierra aragonés era la unidad de superficie donde se debía sembrar un cahíz de trigo (medida ponderal y de capacidad a la vez). Ahora bien, es perfectamente conocido que las tierras no son todas iguales y, en consecuencia, unas admiten distinto volumen de sembradura que otras. Ante este hecho, se produce uno de los fenómenos más llamativos de la metrología: la diversidad de magnitud en una misma medida de superficie agraria. En efecto, en las peores tierras la unidad de superficie tiende a agrandarse, entendiéndose que se necesita una superficie superior a la normal para sembrar una unidad de volumen. Las tierras de mejor calidad, por el contrario, disminuyen la unidad de medida de superficie. En Aragón concretamente, el cahíz de tierra de calidad normal se entendía que debía tener 24 cuartales de tierra; es decir, 9600 varas cuadradas aragonesas (en torno a 57áreas). Los estatutos de montes y huertas de 1593 nos han dejado una detallada información de las diversas superficies que tenía el cahíz de tierra en cada uno de los términos de la ciudad de Zaragoza, junto con otras informaciones sobre cómo soguear o mediar la tierra, etc. En el término del Rabal los cahíces de tierra eran normalmente de 16 cuartales (unas38áreas); del Trallo de Monclús hacia arriba, de 24 cuartales; el lugar de Villamayor de 24 cuartales. Los términos de la acequia de Urdán y Xarandines eran de 16 cuartales en cahíz, al igual que los del término de la Almozara, etc. Esta diversidad, lejos de constituir para el investigador un obstáculo, viene a facilitar las cosas; se trata de conocer y cuantificar fundamentalmente aspectos relacionados con la producción, el trabajo, etc.; y, por consiguiente, se evitan así los cálculos en torno a diferencias de productividad entre unas tierras y otras, diferencias de precios, etc., aspectos todos ellos que, de haber existido una uniformidad en la unidad de superficie, nos veríamos obligados a tratar aunque fuera someramente.

57 Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 389/2014 de 6 Nov. 2014, Rec. 1344/2012

“la cuestión de la naturaleza y alcance que presenta el deslinde administrativo, en el plano de la controversia o conflictos de los títulos de propiedad, resulta pacífica conforme a la doctrina tradicional de esta Sala. En este sentido, y conforme a lo preceptuado por la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, aplicable al presente caso, debe destacarse la limitación del deslinde administrativo efectuado por la Administración, así como de la mera inclusión en el Catálogo de Utilidad Pública, como posible título determinante de la propiedad discutida, pues dicho título, de eficacia administrativa, solo otorga presunción posesoria en favor del Patrimonio Forestal del Estado y, en su caso, de la Entidad pública a cuyo nombre figura, pero sin que sea suficiente, por el solo, para rectificar o lesionar el derecho de propiedad de terceros; STS de

ha pronunciado, vigente ya la ley de montes de 2.003, en su sentencia de 11 de febrero de 2.016<sup>58</sup>.

31 de diciembre de 2002 (núm. 1296/2002 ). Presunción posesoria que, por extensión lógica, tampoco permite determinar directamente la naturaleza demanial de la finca enclavada cuyos títulos resulten discutidos.

.../... la confrontación de titularidades no puede dirimirse directa o presuntivamente por el alcance del deslinde administrativo como título de atribución del carácter demanial de la finca discutida.

En segundo lugar, conforme a lo anteriormente expuesto, procede valorar la prescripción adquisitiva alegada por la parte actora, pues ni la inscripción del monte, ni el deslinde administrativo efectuado han determinado directamente, o presuntivamente, la naturaleza demanial de la finca discutida. En este sentido, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, debe concluirse que en el presente caso concurren los presupuestos de la denominada usucapión secundum tabula, (artículo 35 LH) operándose tanto una inscripción registral, con la debida identificación de la finca, que equivale al justo título en la medida que no ha resultado atacada o impugnada en su validez, como al reconocimiento posesorio registral que permite al titular acceder a la posesión hábil para usucapir. Reconocimiento necesario que se otorga de un modo presuntivo pero que, en el presente caso, también concuerda con su realidad extraregstral; entre otros datos, por la regularidad del tracto sucesivo que proporciona el catastro, desde 1953, las pruebas testificales realizadas, el cerramiento de la finca, con un muro de piedra, desde hace 40 años, la ausencia de canon o descuento de la Junta Vecinal que prueba la naturaleza comunal de la finca.

En esta línea, tampoco puede resultar discutida la especial protección que el Registro de la Propiedad confiere al titular que inscribe su derecho, particularmente del reconocimiento posesorio y de su proyección con relación a la usucapión secundum tabulas y el principio de legitimación registral derivado de la presunción de exactitud del Registro (artículos 35 y 38 LH); STS de 11 de julio de 2012 (núm. 454/2012). En el presente caso, conforme a lo argumentado por la sentencia de Primera Instancia, y a la calificación otorgada por el Registrador de la Propiedad, no cabe duda que la mera y previa inscripción del monte, que accedió por el cauce del artículo 206 LH , sin su debida delimitación y deslinde, y cuya obligatoriedad derivaba tanto de la Orden Ministerial que la materializó, como de la propia Ley de 1957, cuestión que impidió la posible contradicción de los afectados prevista por el artículo 306 del RH , no solo no impedía la posible inscripción de fincas enclavadas o colindantes a dicho mote sin deslinde alguno, como así ocurrió al proceder el Registrador a la inscripción del predio de la actora, sino que tampoco impedía el anterior reconocimiento posesorio registral respecto de las fincas inscritas y debidamente identificadas.

58 Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 43/2016 de 11 Feb. 2016, Rec. 2790/2013.

En palabras de nuestro Tribunal Supremo, “el hecho de que una finca se halle enclavada dentro del perímetro deslindado de unos montes públicos, incluso incluidos desde el siglo XIX en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, y que, desde la fecha de entrada en vigor de la Ley de Montes de 2003, los montes públicos incluidos en dicho Catálogo -también los ya catalogados con anterioridad- vinieron a tener *ex lege* el carácter de bienes de dominio público o demaniales, sólo supone que, desde la referida fecha (22 de febrero de 2004), ya no puede adquirirse, ni derivativamente, mediante título y modo, ni originariamente, por prescripción adquisitiva, la propiedad privada de todo o parte de un monte público catalogado. Pero no cabe deducir necesariamente de ello que ni que antes de la promulgación de la Ley de Montes de 2003 no pudieran haberse adquirido enclavados de propiedad privada de particulares dentro de los perímetros de los montes públicos catalogados; ni que dicha Ley haya querido eliminar tales enclavados preexistentes, atribuyéndoles el carácter de demaniales.

Bajo la vigencia de la anterior Ley de Montes de 8 de junio de 1957 -y en línea con una larga tradición reflejada en los artículos 339 y 340 del Código Civil de 1889, a los que se remitía un Real Decreto de 10 de octubre de 1902-, los montes públicos pertenecientes al Estado, salvo que estuvieran adscritos a algún uso o servicio público (caso, por ejemplo, de los Parques Nacionales), no tenían el carácter de bienes de dominio público o demaniales, sino de bienes dominio privado o patrimoniales.

No lo disponía expresamente así ningún artículo de esa Ley -sí, el artículo 11.1 del Reglamento de Montes , aprobado por el Decreto 485/1962, de 22 de febrero [el «Reglamento de Montes de 1962»], y que continúa vigente en cuanto sus normas no se opongan, como en esta materia sucede, a lo dispuesto en la Ley de Montes de 2003 (apartado 2 de la Disposición Derogatoria Única de esta última Ley)-; pero así podía desprenderse del conjunto de su articulado, que, no obstante, establecía para los montes públicos catalogados un régimen jurídico sustancialmente diferente del común de la propiedad privada. Se lee en la Exposición de Motivos de la Ley de Montes de 2003: «Por su titularidad, los montes son públicos y privados [...]. En el caso de los montes catalogados de utilidad pública, la ley opta por su declaración como dominio público, constituyéndose el dominio público forestal con estos montes junto con los restantes montes afectados a un uso o servicio público [...] La institución del Catálogo de Montes de Utilidad Pública, de gran tradición histórica en la regulación jurídica de los montes públicos en España e instrumento fundamental en su protección, permanece y se refuerza en la ley. En primer lugar, al homologar su régimen, que ya era de cuasi dominio público, con el de los bienes plenamente demaniales.

Ese anterior régimen jurídico de *cuasi dominio público* estaba integrado, por:

1.ª) Una presunción *iuris tantum* art. 1251 CC, ahora art. 385.3 LEC de posesión civil (*ad interdicta* y *ad usucapionem*) del monte y, por ende, del correspondiente *ius possessionis* a favor de la Administración pública a cuyo nombre figurase en el Catálogo. A tenor del artículo 10 de la Ley de Montes de 1957 , con precedente en el artículo 1 de un Real Decreto de 1 de febrero de 1901 y desarrollo en los artículos 65 y 66 del Reglamento de Montes de 1962 : «La inclusión de un monte en

La conclusión es la posibilidad de usucapir hasta la entrada en vigor de la Ley de Montes de 2.003, en concreto desde el 22 de febrero de 2.004. Con posterioridad ya no pueden adquirir, ni derivativamente, mediante título y modo, ni originariamente, por prescripción adquisitiva, la propiedad privada de todo o parte de un monte público catalogado. Pero ello no modifica las situaciones anteriores, porque durante la vigencia de la Ley de Montes de 8 de junio de 1.957 los montes públicos pertenecientes al Estado, salvo que estuvieran adscritos a algún uso o

el Catálogo otorgará la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del estado, o por la Entidad pública a cuyo nombre figure, sin que esta posesión pueda ser combatida ante los Tribunales de Justicia por medio de interdictos o de procedimientos especiales. Uno y otra serán mantenidos en la posesión asistidos para la recuperación de sus montes por los Gobernadores civiles en todos los casos». Y del artículo 81 de la misma Ley se deducía que esta facultad de recuperación de la posesión no estaba temporalmente limitada al plazo de un año y un día a contar desde el acto de perturbación, separándose de la que ha sido y es la regla general en la materia para los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas.

2.ª) Aún más: una presunción *ius tantum* de titularidad o pertenencia del monte catalogado y, por ende, del correspondiente *ius possidendi*, a favor de la misma Administración. A tenor del apartado 6 del artículo 11 de la Ley de Montes de 1957: «la pertenencia o titularidad que en el Catálogo se asigne a un monte sólo podrá impugnarse en el juicio declarativo de propiedad y ante los Tribunales civiles, no permitiéndose en ejercicio de las acciones reales del artículo 41 de la Ley Hipotecaria con referencia a los montes catalogados o parcelas que de los mismos formen parte»; confirmando la existencia de tal presunción la imposibilidad legal de practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre de un particular de una finca que, según certificación de la Administración que figure como titular de un monte catalogado, forme parte del mismo: artículo 11.4 de la misma Ley y artículo 77 del Reglamento de Montes de 1962.

3.ª) La exclusión de la prescripción adquisitiva ordinaria de bienes inmuebles, regulada en el artículo 1957 CC y concordantes, como modo de adquirir la propiedad de todo o parte de un monte público catalogado por persona distinta de la Administración a la que el Catálogo asigne su titularidad. Sólo se admite al efecto, como en el artículo 1959 CC, la prescripción adquisitiva extraordinaria por posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante treinta años: artículo 14.b) de la Ley de Montes de 1957 -con precedente en los artículos 12 del anterior Reglamento de Montes de 17 de mayo de 1865 y 15 del Real Decreto de 1 de febrero de 1901 - y artículos 64.1 y 111 del Reglamento de Montes de 1962.

.../... la Sentencia 940/2006, de 28 de septiembre (Rec. 4590/1999 (LA LEY 110188/2006)), de esta Sala había declarado que el artículo 11 de la Ley de Montes de 1957 «establece que la resolución del expediente administrativo es título para la inmatriculación en el Registro de la Propiedad del monte, pero no es suficiente para rectificar o eliminar el derecho de propiedad de terceros; así, el artículo 15 dispone que el deslinde administrativo declara el estado posesorio, a reserva de lo que resulte del juicio declarativo ordinario de propiedad, y añade que queda expedita la acción ante los Tribunales ordinarios sobre cuestiones de propiedad, los cuales son los del orden jurisdiccional civil. Así, el deslinde no vincula a la jurisdicción civil en absoluto, por lo que dicha Jurisdicción puede declararlo nulo y sin efecto, en cuanto contradiga los pronunciamientos de la sentencia que decida el juicio sobre la propiedad, como así lo hace la Sala de instancia [...]. En definitiva, como puntualiza la sentencia de instancia, el deslinde administrativo en su día realizado es un título insuficiente para adquirir la propiedad y se encuentra sometido o claudicante ante el pronunciamiento de un Tribunal del orden jurisdiccional civil.

.../... Lo que la Administración recurrente parece sostener es que la norma del artículo 21.8 de la Ley de Montes de 2003 habría venido a imponer una drástica limitación a la posibilidad de que los afectados por el deslinde de un monte público catalogado logren vencer, en juicio declarativo ordinario de propiedad, la presunción de pertenencia a la Administración correspondiente de la totalidad de los terrenos situados dentro del perímetro del monte deslindado; a saber: que una tal posibilidad habría quedado restringida, no ya a quienes dispongan al efecto de títulos inscritos en el Registro de la Propiedad, sino sólo a los que, de entre ellos, tengan la condición de «terceros a que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LA LEY 3/1946)». Dicha tesis no puede compartirse. El repetido artículo 21.8 no tiene la finalidad que le quiere atribuir la Administración recurrente: no pretende más que establecer el alcance, respecto del Registro de la Propiedad, de la autotutela ejecutiva que es propia de la resolución administrativa que pone fin al expediente de deslinde. La mejor prueba de ello es que una norma de tenor prácticamente idéntico aparecía ya en el párrafo segundo del artículo 11.2 de la Ley de Montes de 1957; para la que resultaba absolutamente indudable que el demandante en el juicio declarativo ordinario de propiedad contemplado en el artículo 15.1 de la misma Ley podía fundar su pretensión en la prescripción adquisitiva por posesión ininterrumpida de más de treinta años de los terrenos pretendidos, sin necesidad de justo título y, menos todavía, de uno inscrito en el Registro de la Propiedad. Así se desprendía sin duda de su artículo 14.b), que reconocía valor y eficacia, ya en el acto del apeo, no sólo a «los títulos inscritos en el Registro de la Propiedad», sino también a «aquellas pruebas que de modo indudable acrediten la posesión ininterrumpida de más de treinta años de los terrenos pretendidos. Concluyente resulta, en fin, la consideración de que no cabe razonablemente atribuir a la Ley de Montes de 2003 la voluntad de confiscar los enclavados de propiedad privada preexistentes dentro de los perímetros de los montes públicos catalogados, atribuyéndoles el carácter de demaniales sin indemnización o compensación de ningún tipo, por la mera circunstancia de que los titulares de dichos enclavados no tuvieran la condición de terceros protegidos por la fe pública registral.»

servicio público (como por ejemplo, los Parque Nacionales), no tenían el carácter de bienes de dominio público o demaniales, sino de bienes de dominio privado o patrimoniales.

Condominio “pro diviso” con titularidad de separadas, pública y privada, para suelo y vuelo.

Aunque normalmente se trate de situaciones derivadas de un contrato, en ocasiones el concepto de monte se desvincula del suelo sobre el que se ha generado, lo que supone considerarlo fruto en su integridad y no incorporación por accesión. En particular el monte generado como consecuencia de la adquisición del derecho de vuelo por consorcio con una Administración pública.<sup>59</sup>

Estas comunidades pro diviso también se dan en ocasiones sobre una misma finca entre varios particulares, perteneciendo a un titular el derecho de siembra y a otro titular el derecho de pastos u otros aprovechamientos, a modo de lo previsto en el art. 586 del Código del Derecho Foral de Aragón.

Otro supuesto es analizado por el Tribunal Administrativo de Navarra en la localidad de Lekumberri, para concluir la existencia de un condominio pro diviso, público respecto del suelo y privado respecto del vuelo y las consecuencias que de esta particular situación se derivan. En el supuesto concreto el derecho al vuelo, referido al aprovechamiento arbóreo y helechal, debe ser respetado por el titular del suelo, pues las facultades dominicales del dueño del “vuelo” se pueden ejercitar sin necesidad el consentimiento del dueño del “suelo”<sup>60</sup>.

### **Supuestos concretos.**

#### Montes de Galbe.

Ya hemos citado anteriormente el supuesto del Monte de Galbe en el que el Ayuntamiento de Galbe pretendía el reconocimiento a su favor, como bien comunal, de unas concretas fincas con el argumento de haber sido emitido por los vecinos de la localidad por usucapión. Subsidiariamente, pretendía se reconociese a favor de los vecinos de la ley de un derecho real de goce y aprovechamiento sobre aquellos montes y sus productos.

La sentencia contiene una detallada argumentación de las consecuencias de la desamortización, y como la propiedad de los montes pasó de pública a privada.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia 2149/2015 de 30 Sep. 2015, Rec. 730/2012.

“El referido Monte, como luego se va a indicar con más detalle, se rige por las bases del consorcio aprobado en su día (folios 2 a 5 del expediente administrativo) en las que consta una clara separación entre la propiedad del suelo y la del vuelo. El suelo sigue perteneciendo a sus antiguos propietarios, que, en su día (folio 5 del expediente administrativo), autorizaron a la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos de Ferreras de Abajo a suscribir las bases del consorcio ya citado. El vuelo existente al aprobarse el consorcio y el que se cree como consecuencia de la aplicación de las bases del mismo pertenecerá al Patrimonio Forestal del Estado. El Monte, que viene constituido por el vuelo indicado, no pertenece a los propietarios sino al Patrimonio Forestal del Estado, ahora, después de las transferencias acordadas en su momento, de la Junta de Castilla y León, por lo que no existe pro indiviso sobre esa titularidad, que es el requisito que debe concurrir para aplicar la disposición adicional citada”

<sup>60</sup> Tribunal Administrativo de Navarra, sección tercera, resolución 1922/2015 12 de agosto de 2015. La ley 112,285/2015.

<sup>61</sup> Audiencia Provincial de Teruel, Sentencia 80/2001 de 14 Jun. 2001, Rec. 252/2000, Ponente: Hernández Alegre, Juan Carlos. LA LEY 120079/2001.

La forma de adquirir en este supuesto fue la habitual en muchos de los casos. Uno o varios particulares, como fiduciarios, adquirirían la finca al Estado para posteriormente constituir una comunidad y cederla a los vecinos de la localidad en la que se ubicaba el monte. Se creaba así una comunidad proindiviso que generalmente se dotaba de unas normas o estatutos de funcionamiento principalmente sobre quiénes podrían acceder a la titularidad y como se transmitirían las participaciones.

#### Montes de Bandaliés<sup>62</sup>.

Se solicitaba por el actor, una persona física, que se le declarase copropietario en proindiviso, sin determinación de su cuota de participación sobre unas fincas rústicas en Bandaliés. En primera instancia, con estimación parcial de la demanda, se le declaró copropietario en proindiviso sin determinación de cuota de dichas fincas, pero al no accederse al resto de peticiones interpuso recurso de apelación. La Audiencia concluye que se revela una forma de gestión muy similar a las características de los llamados montes vecinales en mano común. Consecuencia de ello es que se desestime la pretensión del actor de que la junta gestora no pueda realizar actos de gestión y de que los beneficios del monte sean entregados a la comunidad de copropietarios proindiviso de la que dice formar parte y así se le ha reconocido la primera instancia. La sentencia de la Audiencia, respetando el pronunciamiento que ha quedado firme, recoge que los beneficios nunca fueron para los comuneros individualmente considerados o para la propia comunidad, pues siempre se destinaban para la realización de mejoras en beneficio del pueblo. Mejor suerte obtiene en la petición de que la Asociación gestora rinda cuentas de su gestión, se añadía el particular de que se había acordado la disolución de esta asociación gestora para formar otra.

---

Los montes cuya propiedad es objeto del procedimiento pertenecían originariamente a los «propios de Galve», teniendo la catalogación de bienes propios que, en cumplimiento de lo establecido en la Ley de Desamortización General de 1 Mayo. 1855, fueron declarados bienes nacionales y vendidos en pública subasta que se anunció en el Boletín Oficial de Ventas de Bienes Nacionales de 28 Mayo. 1894 (doc. 2, 3, y 4 de los acompañados a la demanda), y que se celebró el 6 Jul. 1894, siendo adjudicados los mismos por la Subsecretaría de Hacienda el día 22 Dic. 1894 a D. Carlos M., que a su vez los cedió proindiviso a D. Domingo F. S. y ocho personas más

62 Audiencia Provincial de Huesca, Sentencia 269/2004 de 30 Dic. 2004, Rec. 56/2004, Ponente: García Castillo, José Tomás. LA LEY 275628/2004.

“ La Sentencia apelada, en efecto, declara que el actor es copropietario en pro indiviso de las fincas que integran el monte litigioso, añadiendo, eso sí, que lo es aquél sin determinación de su cuota de participación, pronunciamiento adecuado, por otra parte, a la súplica de la demanda, pues el actor se había limitado a solicitar que se le declarase propietario pro indiviso del monte sin mencionar para nada el tema de las cuotas, ya que, si bien dicha parte ha sostenido siempre que su participación en el monte es de veintiocho acciones, él mismo admite que desconoce cuántas acciones y cuántos partícipes existen en total, circunstancias que están describiendo una comunidad “pro indiviso” que de algún modo se aproxima a la comunidad germánica o en mano común, lo que, en cualquier caso, significamos partiendo siempre de la firmeza del pronunciamiento llevado a cabo en la Sentencia de instancia. .... / ... Consideramos, sin embargo, que acierta el Fundamento Tercero de la Sentencia apelada cuando señala que la gestión y el aprovechamiento de las fincas que constituyen el monte se ha venido llevando a cabo por los propios vecinos de Bandaliés a través de diversas instituciones representativas de aquéllos... / ... En realidad, lo declarado por los testigos en cuanto a la forma de gestionar el monte y sus aprovechamientos, así como a la existencia de organismos o colectivos (la parte actora niega que deban ser considerados como instituciones) cuyo carácter representativo de los vecinos es evidente y a través de los cuales se llevaba a cabo dicha administración, revela una forma de gestión muy similar a la que es característica de los llamados montes vecinales en mano común, ... / ... Con relación al extremo d), esto es, a la gestión posterior a la Asamblea de 11 de abril de 1999, ya hemos dicho que en aquella sesión se acordó la disolución de la Asociación demandada, hoy en liquidación, mostrando la mayoría de los vecinos una voluntad de que las actividades de dicho colectivo continuaran en otro igualmente representativo de aquéllos -cual podía ser el caso de la llamada Asociación de Vecinos-, ... / ... Conforme a lo hasta ahora expuesto, no deja de parecer razonable la pretensión del actor en cuanto a que la Asociación dé cuenta de la gestión del monte llevada a cabo con posterioridad a la disolución...”

## APUNTES DE DERECHO REGISTRAL A PROPÓSITO DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, DE MONTES PRIVADOS A FAVOR DE SOCIEDADES Y COMUNIDADES DE MONTES.

D. MIGUEL TEMPRADO AGUADO

Registrador de la Propiedad

**SUMARIO:** **I. Introducción:** *El Registro de la Propiedad como institución jurídica de defensa de la titularidad privada de las sociedades y comunidades de montes.* **II. Los montes vecinales en mano común.** *Particularidades en la inscripción a favor de los mismos, derivadas de su configuración jurídica.* **III. Inscripciones de montes privados.** *Novedades legislativas introducidas por la Ley estatal 21 / 2015 de 20 de junio de reforma de la Ley de Montes. Consideración especial de su artículo 27 bis.* **IV. Problemática común a la inscripción de montes de naturaleza privada:** *La actualización de la titularidad de la propiedad de los mismos. El secular problema del tracto sucesivo interrumpido.*

### **I.-INTRODUCCIÓN: El Registro de la Propiedad como institución jurídica de defensa de la titularidad privada de las sociedades y comunidades de montes.**

Desarrollando lo ya expuesto por los ponentes que me han precedido en su brillante exposición a propósito de la historia, evolución, naturaleza jurídica, y normativa sustantiva de aplicación a las sociedades y comunidades de montes en Aragón, trataré de referirme de forma lo más concisa posible, tanto a los montes privados, llamados **montes de socios** de titularidad privada de un propietario o varios pro indiviso, personas físicas o jurídicas, como a los **montes vecinales en mano común**, resaltando, el importante papel que como ya destacó Francisco Corral Dueñas y así viene refrendado cada vez más por el derecho positivo, desempeña el Registro de la Propiedad en su protección, tanto en el aspecto de cuidar el medio ambiente como en el de defender la titularidad privada de las comunidades y sociedades de montes, sobre dichos montes,.

Es un dato constatable, que tanto la Administración como los particulares acuden cada vez más, a la publicidad registral como pieza básica para conseguir los fines económicos y jurídicos propuestos. Y ello, porque el Registro tiene una doble faceta que consiste, por un lado, en proteger a los particulares proporcionándoles seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario; mientras que, por otro, destaca su aspecto social en cuanto puede servir de base para conservar las realizaciones en favor de la comunidad en general.

Dando por supuesto el aspecto primario social del mantenimiento de la masa forestal en general, que compone la defensa del medio ambiente, el Registro de la Propiedad, organiza además de modo especial, la **defensa** de los montes de naturaleza privada, frente al afán absorbente de los órganos administrativos, especialmente los municipales, ya que se trata de dejar a salvo el carácter de comunidades esencialmente privadas; por otro lado, y dentro de esta privacidad, los asientos registrales, garantizan la titularidad de estas fincas y preservación de las mismas en su integridad física y correcta delimitación superficial y perimetral, a través de los procedimientos implementados al efecto, en la legislación hipotecaria y catastral, por la Ley 13 / 2015 de 24 de junio, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de noviembre de ese año.

Estos montes cumplen una finalidad social en cuanto componentes de los recursos naturales renovables para la mejora del medio ambiente; pero suponen a la vez un conjunto de medios económicos perfectamente valorables y aprovechables, en beneficio de sus propietarios que son los habitantes de los términos municipales en los que se hallan. Hay, pues, un **aspecto social** y otro **privado** de no menor importancia, ambos susceptibles de protección y ésta puede y debe ser proporcionada por los asientos registrales.

## II. LOS MONTES VECINALES EN MANO COMÚN. Particularidades en la inscripción a favor de los mismos, derivadas de su configuración jurídica.

La modalidad de estos montes se da no sólo en Galicia, sino también en otras zonas del norte de España, como en Aragón, desde tiempo inmemorial y bajo la forma de una *titularidad colectiva* de unas comunidades que son sus propietarias.

El único caso, que se me ha planteado en mi experiencia profesional, de monte en *mano común*, resulta verdaderamente peculiar puesto que se trata de un monte inscrito como privado en cuanto a una mitad indivisa, que en pésima técnica registral, se hace corresponder con una mitad material, la llamada *mitad izquierda* que es la única inscrita en el Registro de la Propiedad y como monte perteneciente a los *vecinos de Biota*, (los vecinos y habitantes de la villa de Biota, que se expresan en nombre y voz del Consejo General de Vecinos), en cuanto a su *mitad derecha*, según resulta de la descripción de los linderos de la otra mitad, pero que no figura inscrita, es el del Monte Saso de Biota.

La peculiaridad reside en esta clase de montes, en que esa titularidad está ligada al carácter de **vecinos** de determinados núcleos de población rural, como las parroquias, aldeas, lugares, caseríos, barrios u otros similares, que **no** están constituidos formalmente como entidades municipales.

Según establece el apartado 4 del artículo 11 de la **Ley estatal 43 / 2003 de 21 de noviembre de montes**, reformado por la Ley 21 /2015 de 20 de julio, los montes vecinales en mano común son montes privados, que tienen naturaleza especial, derivada de su propiedad en común **sin asignación de cuotas**, siendo la titularidad de éstos de los vecinos que en cada momento integren el grupo comunitario de que se trate y sujetos a las limitaciones de indivisibilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Sin perjuicio de lo previsto en la **Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común**, se les aplicará lo dispuesto para los montes privados.

De igual forma la **Ley autonómica 15 / 2006 de 28 de diciembre de Montes de Aragón**, se remite a la legislación especial, estableciendo que, de manera supletoria, les será de aplicación el régimen de montes privados.

Dicha ley de 1980 constituye la única legislación vigente en ámbito estatal y no sólo resulta insuficiente para regular el marco jurídico de este tipo de montes, sino que además a la luz del resto de nuestro ordenamiento jurídico privado y público ha quedado desfasada, por lo que tanto a nivel estatal como de autonómico urge la elaboración de una nueva normativa, que dote a estos montes de un marco jurídico apropiado.

Tratándose el de los montes vecinales en mano común de un verdadero derecho de dominio de carácter privado sobre fincas, no sólo hay sólo posibilidad de inscribirlo, sino verdadera obligación, tal como lo expresaba el artículo 37 del **Reglamento de estos montes vecinales de 26 de febrero de 1970**. Este precepto, que hay que considerar vigente, establecía que todos los actos y contratos inscribibles que tengan por objeto un monte vecinal en mano común serán inscritos obligatoriamente en el Registro de la Propiedad.

Es pues un caso de inscripción de un bien inmueble, obligatoria, aunque declarativa, pero tienen las señaladas características especiales de corresponder a una *comunidad germánica* con indeterminación de cuotas entre sus titulares y que no deben ser confundidas con las dimanantes de los bienes públicos municipales.

La inscripción en el Registro de la Propiedad, atribuirá el **dominio** del monte a la comunidad vecinal a la que legítimamente pertenece, dando base con ello a la **exclusión** del Catálogo de Montes de Utilidad Pública o del Inventario de bienes municipales comunales en el que indebidamente hubiesen podido ser inscritos.

El artículo 9 e) de la Ley Hipotecaria, dispone que, entre las circunstancias que deben figurar necesariamente en el asiento de inscripción, está la de la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción.

En el caso de los montes vecinales en mano común, al tratarse de una comunidad de tipo germánico, sin atribución de cuotas, respecto a cada uno de los individuos integrantes de número variable en cada ocasión, podría surgir algún inconveniente para inscribir, ya que el artículo 54 del Reglamento Hipotecario exige precisar en las comunidades la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos.

Sin embargo, esta norma, dada para las comunidades romanas que son las más comunes, no debe suponer dificultad al tratarse de otro tipo especial de copropiedad. Nos basta con acudir a un solo ejemplo de comunidad germánica, de frecuencia cotidiana, como es la adquisición de bienes consorciales, que se inscriben en el Registro para ambos esposos, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal.

Por tanto, en estos montes se practicará la inscripción en favor de la comunidad vecinal de la parroquia, lugar, aldea o caserío de que se trate, sin necesidad de más especificaciones que las determinadas por su propia naturaleza y que se reconocen en su legislación especial.

Para completar la titularidad registral y a los efectos de una mejor e indudable identificación de la comunidad vecinal se pueden añadir los datos de su inclusión en los Registros administrativos existentes al efecto en los órganos autonómicos competentes.

Dichas comunidades tienen, según resulta del artículo 1 de la Ley, la plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, sin ninguna traba o requisito administrativo.

Pueden también consignarse los datos de las **personas u órganos** que ostenten la representación de la comunidad y que hayan intervenido como tales en el expediente o título que haya originado la inscripción.

Distinta es la cuestión de la atribución de *personalidad jurídica* diferenciada de sus integrantes a estas comunidades titulares en mancomún de dichos montes, posibilidad que ha sido rechazada de plano por la Dirección General de los Registros y el Notariado en su Resolución de 20 de marzo de 2014, que establece la acertada, entiendo, doctrina -contraria precisamente al espíritu de la proposición de ley para la introducción de un artículo 587 bis en el Código de Derecho Foral de Aragón-, de que en las comunidades de montes vecinales en mano común, no existe personalidad jurídica única, sino pluralidad de titulares de una propiedad colectiva, **sin que cada uno de ellos tenga un derecho singular sobre la cosa**. No se trata de persona jurídica sino de una mera pluralidad coaligada de un número indeterminado y variable de personas unidas por un vínculo de carácter personal: su cualidad de vecinos. La composición del grupo cambia con el tiempo (nacimientos, cambios de residencia, fallecimientos), pero el monte sigue perteneciendo al colectivo.

Resulta también muy criticable en la Ley de 1980, dada la naturaleza privada de estos montes, el que respecto de los Estatutos de estas comunidades, que determinan los derechos y deberes de los comuneros en cuanto al uso y aprovechamiento de estos montes, **no establezca la posibilidad de inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad**, al modo de lo que por ejemplo se establece en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal para los estatutos de los edificios en que se ha establecido ese régimen de propiedad especial y ello porque es esta la institución adecuada para que los derechos y deberes de los comuneros que en cada momento integren la colectividad, titular del monte,

tanto entre sí, como frente a terceros, tengan una garantía efectiva, a través de la publicidad registral, de una efectiva cognoscibilidad.

### III. INSCRIPCIONES DE MONTES PRIVADOS. Novedades legislativas introducidas por la Ley estatal 21 / 2015 de 20 de junio de reforma de la Ley de Montes. Consideración especial de su artículo 27 bis.

Los montes privados son aquellos pertenecientes a personas físicas o jurídicas de derecho privado.

Entre los montes privados, se mantiene la figura de los *protectores*, que son aquellos que cumplen alguna -y ya no todas como en la legislación anterior- de las condiciones que se exige a los públicos para declararse de utilidad pública.

La catalogación como protectores, se producirá mediante expediente que se tramitará por el órgano competente en materia de medio ambiente de la Comunidad Autónoma respectiva. Dicha catalogación como monte protector, aunque la legislación vigente no lo contemple, **deberá hacerse constar**, sin perjuicio de las inscripciones en los registros administrativos previstos en la legislación vigente, en el Registro de la Propiedad a través de la **certificación** que recoja los trámites esenciales de dicho expediente y su aprobación como firme en vía administrativa, en el que se identifique sin lugar a dudas la finca registral de que se trate.

Los montes privados se gestionan en la forma que disponga su titular, aunque dicha gestión se ajustará, en el caso de los protectores, al correspondiente instrumento de gestión o planificación forestal, al que, a su vez, deberá ajustarse el proyecto de ordenación del monte o plan dasocrático, elaborado por su propietario. La aplicación de dichos instrumentos será supervisada por el órgano forestal de la comunidad autónoma. A falta de dicho instrumento, la gestión del titular conllevará la necesaria autorización previa para los aprovechamientos forestales en los términos que la comunidad autónoma establezca.

La elaboración de este plan dasocrático, resulta obligatoria en el caso de montes -que por esta sola circunstancia tendrán la consideración de protectores- ubicados en espacios de la Red Natural de Aragón, según resulta del artículo 83 del Decreto Legislativo 1/ 2015 de 29 de julio de Gobierno de Aragón por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Espacios Protegidos de Aragón.

A destacar también como límite en la disponibilidad de los montes privados la de su indivisibilidad cuando tengan una superficie inferior a 20 hectáreas o si son de mayor superficie, siempre deberán resultar parcelas no inferiores a 10 hectáreas, según resulta del artículo 24.4 de la Ley de Montes de Aragón.

El Gobierno de Aragón, a través del Departamento competente en materia de medio ambiente, en los casos de transmisiones de montes de extensión superior a 200 hectáreas o montes protectores, tendrá **derecho de adquisición preferente**, de manera que notarios y registradores, no podrán autorizar ni inscribir las correspondientes escrituras, sin que se acredite previamente, la notificación a dicho departamento la circunstancia de la transmisión. En todo caso la Administración tendrá un año a contar de la inscripción en el Registro de la Propiedad, o desde

que hubiese tenido conocimiento oficial de la transmisión, para ejercer el **derecho de retracto**.

En todo caso, tanto respecto a la norma de la indivisibilidad, como a la del derecho de adquisición preferente, en relación a los montes privados, sean protectores o no, cabe destacar la necesidad de reformar la vigente legislación forestal, en cuanto que los Registradores de la Propiedad, carecemos de los medios y criterios para poder aplicarlas, al **no estar regulado** el modo y forma de hacer constar la condición de monte, en las inscripciones de las fincas rústicas que pudieran tener tal consideración.

Pero hechas estas apreciaciones generales en cuanto a la normativa vigente en materia de montes privados y descendiendo a la problemática real de las dificultades jurídicas que a día de hoy plantea el tema de la determinación de la titularidad de los montes privados o montes de socios, la práctica registral revela que las inscripciones de estos montes, se practicaron en la mayor parte de los casos, a través de los procesos que ya han sido analizados con anterioridad por los ponentes, desde una perspectiva histórica, a favor de una pluralidad de personas, en régimen de comunidad romana *pro indiviso*.

Dichas inscripciones, partiendo de las primeras enajenaciones del Estado a favor de particulares de bienes municipales en subasta pública, tuvieron una continuidad que no fue más allá de las primeras décadas del pasado siglo XX, en la práctica totalidad de los casos. La actualización de la titularidad de dichas fincas, a favor de las personas que traigan causa de los titulares registrales de esas porciones ideales de propiedad, supondría la tarea hercúlea de la recopilación y presentación a inscripción de la documentación relativa al transcurso de cuatro o cinco generaciones de personas, por aplicación del principio hipotecario de tracto sucesivo, formulado en el artículo 20 de la ley hipotecaria, lo cual resulta imposible, puesto que en la mayoría de los casos, esas transmisiones hereditarias y sus correspondientes títulos sucesorios, no fueron ni siquiera solemnizados, en el preceptivo documento público.

Para la depuración y actualización de la titularidad jurídica de los montes de naturaleza privada, pertenecientes a una pluralidad de titulares, una de las principales novedades introducidas por la reforma de la Ley de Montes por la Ley 21 / 2015 de 20 de julio, ha sido la introducción del nuevo art. 27 bis, en el que bajo la denominación **montes de socios**, regula el supuesto de hecho de aquellos cuya titularidad correspondiendo, en *pro indiviso*, a varias personas, alguna de ellas son *desconocidas*, estableciendo un procedimiento que permitirá a los titulares conocidos proceder a su **gestión**, convocando una Junta Gestora, evitando así el abandono y deterioro del monte, y desaprovechamiento de los recursos naturales y a la vez, esclarecer la *titularidad de las cuotas vacantes*, para cuya investigación pueden apoyarse en los datos obrantes en el Registro de la Propiedad, en el Catastro, en escrituras públicas, en testimonios y actas notariales o en partidas de nacimiento o de bautismo de los últimos titulares conocidos y de sus descendientes.

Si la Junta Gestora, notificara a la Dirección General del Patrimonio del Estado, la existencia de indicios fundados de la existencia de una o varias cuotas carentes de dueño conocido, ésta incoará el correspondiente procedimiento de investigación y si a resultas de dicho expediente se acreditase la existencia de *cuotas vacantes*, se dictará **resolución**, incorporando dichas cuotas al patrimonio de la Administración General del Estado, con afectación al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Sobre dichas cuotas, podrá iniciarse procedimiento de enajenación, conforme al artículo 112 de la ley 33 / 2003 de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La junta gestora se disolverá una vez todos los comuneros estén identificados conforme a derecho, momento a partir del cual se somete a las reglas de comunidad de bienes en régimen de pro indiviso, **no** procediendo la acción de división hasta que no se haya procedido a la identificación de la totalidad de las *cuotas vacantes*.

Los propietarios de los montes de socios se registrarán en lo que no se oponga a esa regulación, por lo dispuesto en los artículos 392 y siguientes del Código Civil y, en particular, tendrán derecho de retracto. En cualquier caso, el derecho de retracto legal entre condueños no será aplicable en la transmisión ínter vivos otorgada a favor del cónyuge o parientes por consanguinidad dentro del segundo grado del condómino o sociedades unipersonales del mismo.

Este artículo, como acertadamente señala José Manuel Benítez Bernabé, no resuelve en absoluto el problema de la actualización de la titulación de estos montes, estableciendo la incorrecta consideración de las cuotas de dueño desconocido como cuotas vacantes o sin dueño y ello para que en última instancia vayan a devenir de titularidad de la Administración General del Estado, quienes, en una suerte de *nuevo proceso de desamortización*, proceda a su enajenación en pública subasta.

Con ello se dará entrada a través de estas ventas en pública subasta a nuevos propietarios, desvinculados por completo de la comunidad vecinal que había venido disfrutando de los aprovechamientos del monte, quienes podrán a través de la acción de división de cosa común a promover la totalidad de la venta en pública subasta.

Aparte de esta desatinada solución al problema de las cuotas de titular desconocido (que no vacantes), esta norma **no** dota a las Juntas Gestoras de ningún medio para la actualización de la titulación **ni** les confiere legitimación para la incoación de acciones dirigidas a la reanudación del tracto sucesivo.

De nuevo, por tanto, procede apuntar, la necesidad de una regulación autonómica que al menos en Aragón, establezca un nuevo marco normativo adecuado a la verdadera naturaleza de estas propiedades que si bien, encajan en el marco de la comunidad romana en cuanto a su titularidad por cuotas indivisas, tienen también un indudable aspecto de comunidad funcional, en palabras del autor citado, dada su indudable voluntad de permanencia, por lo que en dicha legislación,

entre otros aspectos se debería contemplar la posibilidad de establecer sin limitaciones el pacto de **indivisión**, así como en su caso, una remisión a la legislación hipotecaria para la resolución de los **seculares problemas** en estas propiedades como el de la falta de titulación para la reanudación del tracto y de inscripción de la descripción actualizada del monte en cuanto a la determinación objetiva de sus linderos y de la medida superficial comprendida dentro de los mismos.

#### **IV. PROBLEMÁTICA COMÚN A LA INSCRIPCIÓN DE MONTES DE NATURALEZA PRIVADA: la actualización de la titularidad de la propiedad de los mismos. El secular problema del tracto sucesivo interrumpido.**

La desacertada regulación del artículo 27 bis de la Ley estatal de Montes, conducirá en la práctica totalidad de los casos a que los propietarios de montes de socio, **no** contemplen de ningún modo el recurso a la vía prevista en dicho artículo dado los indeseados efectos que como acaba de exponerse, pueden llegar a producirse, caso de ser aplicado.

Pero el problema sigue allí, y por tanto los operadores jurídicos sin potestad jurisdiccional, hemos de ser capaces de buscar las vías adecuadas, para dar solución al verdadero atolladero jurídico que supone la determinación de los actuales titulares de montes que fueron inscritos a nombre de grupos reducidos de personas que podían ser de unas decenas a centenares de ellas, unidas por su pertenencia a un municipio o entidad local menor y que hoy, por transcurso de varias generaciones pertenecerían a miles de personas.

Una de las novedades, entre las muchas, en nuestra legislación hipotecaria por la trascendental reforma operada a través de la Ley 13 / 2015 de 24 de junio de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, ha sido la **desjudicialización** de los procedimientos como el expediente de jurisdicción voluntaria de reanudación del tracto sucesivo interrumpido y se establece la vía, regulada en los artículos 198.7 y 208, que se remite en parte al artículo 203 de la ley hipotecaria de un expediente de carácter exclusivamente notarial, que no obstante permitirá en caso de oposición, el recurso a un procedimiento judicial ordinario, y que permitirá la inscripción de un documento, exceptuando el principio general de tracto sucesivo, enunciado en el artículo 20 de la ley hipotecaria, cuando se den determinadas circunstancias que hagan evidente la **interrupción en la titulación** auténtica y suficiente, entre la persona que lo promueva y el titular registral, existiendo una clara imposibilidad de obtención del o de los títulos ausentes.

##### **Dispone el artículo 208 de la Ley Hipotecaria:**

«La reanudación del tracto sucesivo interrumpido se realizará en expediente tramitado con arreglo a las siguientes reglas:

**Primera.** No se entenderá producida la interrupción del tracto sucesivo cuando la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción haya adquirido su derecho directamente del titular registral o sus herederos. En tal caso, la inscripción únicamente podrá practicarse mediante la presentación del documento

en que se hubiera formalizado la adquisición, declaración o constitución del derecho, objeto de la inscripción solicitada.

**Segunda.** La tramitación se acomodará a lo previsto en el artículo 203, con las siguientes especialidades:

1.<sup>a</sup> Se iniciará el expediente mediante escrito en el cual, junto a la descripción de la finca, se expresará la última inscripción de dominio y todas las demás que estuvieren vigentes, cualquiera que sea su clase, y al que deberán acompañarse los documentos prevenidos en la letra a) de la regla segunda, del apartado 1 del referido artículo.

a) Título de propiedad de la finca que se pretende inmatricular, que atribuya el dominio sobre la misma al promotor del expediente, junto con certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela o parcelas catastrales, que se correspondan con la descripción literaria y la delimitación gráfica de la finca cuya inmatriculación se solicita, con expresión de los titulares catastrales de dichas parcelas y sus colindantes, así como sus respectivos domicilios.

2.<sup>a</sup> **Deberán** aportarse por el interesado, junto con los documentos que acrediten su adquisición, **aquellos otros de los que disponga** que justifiquen la adquisición de los titulares intermedios de los que traiga causa y cualesquiera otros que considere oportuno para justificar su petición.

3.<sup>a</sup> Junto a los interesados referidos en la regla quinta del apartado 1 del artículo 203, deberá ser citado en todo caso quien aparezca, según la última inscripción vigente, como titular del dominio o derecho real cuyo tracto interrumpido se pretende reanudar o, si consta fallecimiento de este, sus herederos, debiendo acreditar el promotor tal extremo y la condición e identidad de éstos.

Quinta. Recibida la comunicación del Registro acreditativa de la extensión de la anotación, acompañada de la correspondiente certificación, el Notario notificará la pretensión de inmatriculación, en la forma prevenida reglamentariamente, a todos aquellos que, de la relación de titulares contenida en el escrito acompañado a la solicitud, resulten interesados como titulares de cargas, derechos o acciones que puedan gravar la finca que se pretende inmatricular, a aquel de quien procedan los bienes o sus causahabientes, si fuesen conocidos, al titular catastral y al poseedor de hecho de la finca, así como al Ayuntamiento en que esté situada la finca y a la Administración titular del dominio público que pudiera verse afectado, para que puedan comparecer en el expediente y hacer valer sus derechos. Asimismo, insertará un edicto comunicando la tramitación del acta para la inmatriculación en el «Boletín Oficial del Estado», que lo publicará gratuitamente. Potestativamente el Notario, atendidas las circunstancias del caso, podrá ordenar la publicación del edicto en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, también de forma gratuita. En la notificación se hará constar: a) El nombre y apellidos, domicilio, estado, profesión, número de documento o código de identidad del promotor y cualesquiera otros datos que puedan facilitar su identificación; b) Los bienes descritos tal como resultan de la certificación catastral de la parcela; c) La especie de derecho, carga o acción en que, según el promotor, pueda estar

interesada la persona notificada; d) Los términos en que, sin merma de sus derechos, podrán inscribirse o anotarse los documentos públicos de que los mismos resulten; e) Apercibimiento sobre los perjuicios que, de la omisión de la inscripción o anotación, puedan derivarse.

Asimismo, notificará la solicitud, con expresión literal de los extremos recogidos en las letras a) y b) y en la forma prevenida en esta Ley, a los propietarios de las fincas registrales y catastrales colindantes y a los titulares de derechos reales constituidos sobre ellas en los domicilios que consten en el Registro y, caso de ser distintos, en cualesquiera otros que resulten del expediente.

4.<sup>a</sup> Cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad, la citación al titular registral o sus herederos deberá realizarse de modo **personal**.

La misma regla se observará si, a pesar de tener la inscripción más de treinta años de antigüedad, se hubiese practicado con posterioridad, dentro de dicho plazo, cualquier otro asiento relativo a cualquier título otorgado por el titular registral o sus herederos.

**Tercera.** Si los citados comparecieran y así lo convinieran unánimemente en virtud de acta firmada por el Notario junto con todos los interesados, se extenderá la inscripción del título del solicitante, si fuera procedente.

**Cuarta.** Si alguno de los citados no compareciese o, compareciendo, formulase oposición, el Notario dará por concluidas las actuaciones, dejando constancia de dicho extremo en el acta que ponga fin al expediente con expresión de la causa en que se funde. En ese caso, el promotor podrá entablar demanda en juicio declarativo contra todos los que no hubieran comparecido o se hubieran opuesto, ante el Juez de primera instancia correspondiente al lugar en que radique la finca.

**Quinta.** No perjudicarán al titular de buena fe a cuyo favor hubieran sido practicadas las inscripciones resultantes del expediente a que se refiere este artículo, cualquiera que fuese la naturaleza del título en que se funde, los títulos de dominio o de otros derechos reales contradictorios con el del solicitante que no hubieran sido inscritos en el Registro con anterioridad».

En palabras de José Manuel García García, con esta nueva regulación, queda ya clarificada la naturaleza jurídica que se pretende dar al expediente de reanudación de tracto como un **expediente de jurisdicción voluntaria extrajudicial**, pues su tramitación o instrucción se encomienda al Notario y su resolución definitiva al Registrador.

Sin embargo, tanto este autor como la generalidad de la doctrina, entienden que la nueva regulación, no sólo es que no haya simplificado dicho expediente, sino que ha introducido reformas que lo hacen especialmente *gravoso* y en la mayoría de los casos, especialmente en el que nos ocupa, obligará al Notario a dar por concluso el expediente simplemente por el hecho de que alguno de los citados no compareciese como impone la regla cuarta de este artículo, haciendo este expediente de peor condición que el de inmatriculación de fincas no inscritas del artículo 203 de la ley hipotecaria en que respecto de dichos interesados, se

establece en su regla sexta que podrán comparecer para hacer valer su derecho, pero sin que su no comparecencia paralice el expediente.

Debe tenerse en cuenta, no obstante la importante doctrina sentada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 23 de mayo de 2016, B.O.E de 10 de junio, en el sentido de que el tenor literal de esa regla cuarta debe ser entendido en relación al número 4º de la regla tercera precedente que establece la obligatoriedad de la notificación personal al titular registral o sus herederos, cuando la inscripción cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años, de manera que la necesaria **conclusión** que establece la regla cuarta, solo será de aplicación a los casos de *incomparecencia* de titulares registrales o herederos de los mismos que en aplicación de la regla tercera hayan sido citados personalmente o los casos de *comparecencia con oposición* de cualquier otro titular registral con derecho inscrito (piénsese en el caso del titular o heredero acreditado del titular de cualquier cuota indivisa del monte), con independencia de la antigüedad de su asiento y ello porque otra interpretación se alejaría del concepto y finalidad propios de este procedimiento y dificultaría gran parte de los supuestos en la práctica, quedando estéril su previsión legal.

Aun con todo, entiendo que la aplicación del expediente notarial del artículo 208 de la ley hipotecaria, al caso que nos ocupa de los montes de socios, presentará en la práctica jurídica diaria no pocas **dificultades** como pueda ser, la labor, a veces hercúlea, a desempeñar por el promotor de la identificación, para cada una de las decenas o cientos de participaciones indivisas y en la medida de lo posible, de la cadena de titulares intermedios que permitan establecer la cadena de sucesivas titularidades que partiendo de la inscrita en el Registro de la Propiedad para cada cuota, permitan llegar a quien en el expediente alegue la condición de causahabiente o causahabientes de cada una de las participaciones indivisas del monte y ello dado que el artículo 208 de la ley hipotecaria en el número 2º de su regla segunda confiere al registrador, facultades de calificación en la averiguación de la **verdadera interrupción del tracto** al exigir al promotor la aportación no sólo de los documentos que acrediten su adquisición, sino también aquellos otros, de los que disponga, que justifiquen la adquisición de los titulares intermedios de los que traiga causa.

En efecto la identificación del título de adquisición del promotor (o promotores) y de los previos adquirentes (de cada una de las cuotas) resulta imprescindible, para que el Notario al autorizar el acta y el Registrador al calificar la misma pueda valorar la efectiva interrupción del tracto, evitando así que dicho expediente sea un medio para amparar caso de transmisiones sin título alguno, para cuya formalización deberá acudir al correspondiente juicio declarativo de dominio.

El expediente del artículo 208 de la Ley Hipotecaria, no es, sin embargo, el único medio de solución de la problemática de la reanudación del tracto sucesivo. En efecto la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado, como así resulta por ejemplo de su resolución de 4 de octubre de 2016 (B.O.E de 18 de octubre), admite que la sentencia declarando la adquisición de la propiedad

de una finca -o cuota indivisa de la misma- por vía de la **prescripción extraordinaria**, aun tratándose de fincas inscritas, pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad.

Ello no quita para que en el frecuente caso de que la demanda se haya dirigido genéricamente contra la *herencia yacente* o *desconocidos herederos* de algunos de los titulares registrales y no haya comparecido ninguno de los herederos de los titulares registrales demandados, deberá procederse, en aplicación del principio de tutela judicial efectiva, al nombramiento de un **defensor judicial**, en aplicación de lo previsto en el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En todo caso, entiende García García que dada la actual redacción del artículo 208 de la ley hipotecaria, la inscripción de la sentencia sólo será posible en caso de citación genérica a esos desconocidos herederos, cuando se trate de **inscripciones contradictorias de más de 30 años de antigüedad**. De ser de menos de 30 años, la literalidad del precepto, impondría la citación personal.

Entiendo en definitiva que a la luz de la legislación actual y en tanto ésta no ofrece como hemos visto soluciones realmente eficaces al problema de la reanudación del tracto sucesivo de las participaciones de los *montes de socios*, la vía del **procedimiento declarativo ordinario para declarar a favor de los titulares registrales que vengan ejerciendo su posesión a título de dueño sobre el monte, el dominio sobre las cuotas, cuyo tracto sucesivo quedó interrumpido hace casi un siglo o más, por usucapión**, si bien no constituye, con mucho, la vía más rápida ni económica para la solución del problema, es la única que de *lege data*, ofrece garantías al actor o actores para la satisfacción de su pretensión.

**Sesión III.**

**EL DERECHO FORAL ARAGONÉS  
ANTE EL ALZHEIMER**

**PONENTE:**

*Ilmo. Sr. D. Armando Barreda Hernández*  
PÁG. 149

**COPONENTES:**

*D. Daniel Bellido Diego-Madrado*  
PÁG. 199

*D. Francisco Javier Hernáiz Corrales*  
PÁG. 223



## EL DERECHO FORAL ARAGONÉS ANTE EL ALZHEÍMER

ILMO. SR. D. ARMANDO BARREDA HERNÁNDEZ

Magistrado Juez

**SUMARIO: I. Introducción. II. El interés del Derecho Foral Aragonés por las consecuencias de la enfermedad Alzheimer. III. La imperiosa necesidad de fijar el diagnóstico.** *a) Breve reseña de la enfermedad de Alzheimer. b) Un canto a la esperanza, sobre todo desde la prevención. c) La repercusión social de la enfermedad de Alzheimer. d) El crucial momento de la detección y diagnóstico. e) Consecuencias del impacto de la enfermedad de Alzheimer en el paciente y su propia familia. f) La importancia de hallar al líder familiar, más allá del efectivo cuidador. g) La controvertida burocratización del actual sistema intervencionista y la colaboración con las asociaciones de enfermos.* **IV. La idiosincrasia del proceso civil de incapacidad.** *a) La repercusión jurídica del consentimiento del enfermo en todos los ámbitos de su vida. b) Demasiadas incertidumbres sobre las expectativas del proceso, condicionada por un importante componente, el pedagógico, además del sociológico. c) La razón de ser del proceso de incapacidad. d) La trascendente actuación del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos. e) La apuesta del proceso civil resulta insatisfactoria. f) La vigente sistema de incapacidad en Aragón y los factores que delimitan su práctica diaria. g) Los efectos de la declaración judicial de la incapacidad. h) La imperfección del sistema judicial, demasiada formalidad en casos de normalidad.* **V. Alternativas más allá de la incapacitación judicial sobre la enfermedad de Alzheimer en Aragón.** *a) Las razones de buscar instrumentos jurídicos alternativos al judicial, última ratio, y evitar así el síndrome de las ventanillas giratorias. b) La necesaria implantación de un nuevo sistema en las instituciones de guarda y protección en Aragón, de acorde con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. c) Las posibilidades de regularización de situaciones de hecho sin previa sentencia judicial de incapacidad. d) Instrumentos jurídicos vigentes: (d-a) Derecho civil aragonés. (d-b) Derecho civil común supletorio.*

EN RECONOCIMIENTO A LA LABOR COTIDIANA, ABNEGADA Y SILENCIOSA DE CADA CUIDADOR, NUESTROS HÉROES

## I. INTRODUCCIÓN.

*EXCMOS. SRES. JUSTICIA DE ARAGÓN, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, DECANO DEL COLEGIO DE ABOGADOS, SEÑORAS Y SEÑORES LETRADOS, COMPAÑEROS, AMIGOS Y DEMÁS INTERESADOS POR CUALQUIER SITUACIÓN O CIRCUNSTANCIA EN ESTA MATERIA.*

Agradezco la oportunidad y confianza en compartir este espacio y tiempo de exposición y posterior debate, por muy limitado que resulte, **en un tema tan presente** sobre la problemática que suscita no solo entorno a **la protección y asistencia de las personas enfermas** mentales, en general, sino de aquellas, en concreto, aquejadas de la más común de las demencias, **la de Alzheimer**, cuyo padecimiento viene caracterizado por su irreversibilidad y lento desarrollo, que tanto agobia a nuestra sociedad.

La visión que se realiza este estudio del actual sistema viene limitado por ser este ponente un simple operador jurídico, por ello la perspectiva nunca será la sanitaria, siquiera la doctrinal dentro del derecho, y por tal razón, nada convencional, desde el momento que la elabora un simple juez del orden civil, un mero jurista práctico, que junto con fiscales, letrados de la Administración de Justicia, abogados, procuradores y notarios, amén de otros generosos profesiones, como médicos forenses, psiquiatras, neurólogos, psicólogos y trabajadores sociales, conforman un buen observatorio.

Por ello, siento decepcionarles, puesto que cuanto se trata a continuación viene referido a variadas situaciones que subyacen a diario en esa atípica labor que se desarrolla el **Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de los de Zaragoza, especializado en materia de Incapacidades, Tutelas e Internamientos involuntarios**, del que soy su titular desde hace no más de siete años.

Con ese afán nos hallamos con ustedes, aportando otra visión, desde las **posibilidades que brinda el Derecho Foral Aragonés**, tan preocupado siempre de mantener una notable altura técnica y de conservar las instituciones del Derecho civil aragonés para las generaciones futuras, aprovechando este Foro para reinterpretar sus principios y adecuarlo, si fuere menester, a las necesidades y expectativas de esas familias que padecen los efectos de esa aflicción en uno de sus miembros<sup>1</sup>, no olvidemos que en la actualidad atañe a más de 33.000 aragoneses.

Aunque parezca extraño el **objetivo** de este trabajo se asienta **no sólo desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino también sociológico**, porque esta temática se ve mediatizada por infinidad de factores, encima agravada por la continua evolución y transformación de los mismos, a veces, por **la lógica de las necesidades, además de los recursos y el contexto donde reside cada enfermo**, pues detrás de unos síntomas comunes y unas secuelas compartidas, cada caso merece una atención exclusiva.

---

<sup>1</sup> INFORME EXTRAORDINARIO DEL JUSTICIA DE ARAGÓN SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS ENFERMOS DE ALZHEIMER EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN de 30 de septiembre de 1996, Boletín Oficial de la Cortes de Aragón núm. 68 (IV LEGISLATURA).

No obstante, quisiera justificar la aceptación de compartir este magnífico proyecto, que en sí mismo me supera, sintiéndome pequeño, casi insignificante, ante lo que tanto y bien se trabaja en la investigación y tratamiento desde el mundo sanitario y asistencial, hasta en el jurídico, tan solo me asiste la posibilidad de rendir públicamente un sincero **homenaje** a esos héroes cotidianos, abnegados y silenciosos, los **cuidadores de cada enfermo de Alzheimer**<sup>2</sup>, porque ellos son la luz en la oscuridad, el bálsamo que supone hacerles sentir seguros, queridos<sup>3</sup>.

Y por lo que interesa a todos, este estudio **aspira a desplegar los actuales mecanismos legales y también**, porqué no, **a reclamar otros**, con la idea de ofrecer otras vías, alternativas, más humanas y respetuosas de cara a ir dando soluciones a esos problemas cotidianos que se van planteando este sector tan vulnerable de la población.

## II. EL INTERÉS DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS POR LAS CONSECUENCIAS DE LA ENFERMEDAD ALZHEIMER.

Hay que reconocer que nuestro Derecho civil aragonés además de ser calificado de complejo, rico, que presenta importantes especialidades respecto del Derecho civil común, entre las que destacan un amplio reconocimiento de la libertad civil, a través del principio *Standum est chartae*, artículo 3 del Código del Derecho Foral del Aragón (*en adelante CF*), que permite que los ciudadanos regulen sus relaciones con los demás mediante las normas que con tal fin se dan, ya sean contratos, capitulaciones matrimoniales, testamento, autotutela, etc., y que podíamos traducir como *“hay que estar a lo pactado”*.

Es esta específica materia, en instituciones como la llamada delación voluntaria, regulada en su artículo 108 del Código del Derecho Foral del Aragón (*en adelante CF*), donde queda plasmado ese carácter dinámico, cercano y dispuesto a afrontar esos futuros retos en materia de derechos sobre la persona, por la incidencia de acontecimientos que tanto atormenta a ese gran número de ciudadanos<sup>4</sup>.

Estamos **orgullosos, sin duda, del histórico pragmatismo del legislador aragonés**, cuando en la actual redacción del artículo 34 CF **continúa declarando la presunción de capacidad referida a toda persona mayor de catorce años no incapacitada judicialmente**, establecido ello de manera coherente con la ausencia de representación legal a partir de esta edad y la posibilidad de realizar por sí (*con la necesaria asistencia según los casos*) toda clase de actos y contratos, **pero también de esa afanada vocación de acomodarse a esos continuos cambios sociales o meras**

2 LEÑA FERNÁNDEZ, ilustre notario sevillano, ya jubilado, “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción.” Academia Sevillana del Notariado, Tomo 16, 2, 2008 Págs. 33-146, cuando explica una de las semblanzas más bellas al respecto:

“Cuidadores a quienes en muchas ocasiones, más de lo que uno mismo se imagina, ciertamente, los que estamos en primera línea, “...hemos de escucharles en esa suma de angustias e inquietudes que conforman el alma de esos parientes, cuando encaran la soledad e incompreensión de la burocracia en la que navegan, acuciados por esa demencia, y en cuya labor se les escucha y pregunta mucho, llenando esa angustia con paciencia, cariño y comprensión con frases de aliento que la pura ciencia jurídica no puede resolver”

3 ABC/MAYORES, edición digital, “La enfermedad del olvido”, 17 de septiembre de 2014.

4 BELLIDO ASPAS, Presidente del TSJA y Director del trabajo “DERECHO CIVIL ARAGONÉS”, CGPJ, CUADERNOS DIGITALES DE FORMACIÓN núm. 48-2015, Pág. 1-2.

**deficiencias o dudas al aplicar este Código**, puestas de manifiesto por parte de nuestra rica Jurisprudencia, las Memorias anuales de todas esas altas instituciones autonómicas (*El Justicia de Aragón, Fiscalía y Tribunal del Superior de Justicia de Aragón*) o este mismo Foro, cuando detalladamente plantean cuestiones y puntos de derecho controvertidos que sucesivamente a través de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Sirva de ejemplo, aquel vacío legal que llenara el vigente artículo 37 CF, al precisar el tipo de invalidez de los actos realizados por personas no incapacitadas en situación (*duradera o transitoria*), en la que carecían de aptitud para entenderlo y quererlo. Puesto que tratándose de proteger intereses particulares, se opta por la anulabilidad, precisando los aspectos de legitimación y prescripción, salvo que el acto, además, vulnere otras leyes; o cuando excluyera de las causas de incapacitación previstas en el artículo 38 CF la denominada prodigalidad que aun persiste en la legislación común.

La pretensión es ciertamente ambiciosa, toda vez que nuestro **Derecho Foral debe acomodarse no solo a las últimas reformas legales**, de tanto calado sobre esta materia que abordamos con tanto ímpetu, como lo es la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria o las modificaciones del propio Código Civil (*en adelante CC*) o la misma Ley de Enjuiciamiento Civil (*en adelante LEC*), relativas a la tutela, la curatela, la guarda de hecho o las ampliación de competencias de la Entidad Pública (aquí, la *Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón*), respecto a las personas en situación de desamparo con capacidad modificada judicialmente o susceptibles de serlo, **sino a la constante evolución de la doctrina emanada de los Tribunales de Justicia ordinarios y del Tribunal Constitucional**, y, de manera especial, la gran revolución que ha supuesto la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, firmada en Nueva York el día 13 diciembre 2006 (*ratificada por España en fecha 23 noviembre 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 21 abril 2008*), toda vez que esta normativa ya forma parte del ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 de nuestra Norma Fundamental y 1.5 CC, la cual reinterpreta los sistemas de protección de las personas con discapacidad.

También es importante esta iniciativa que brinda estos «VIGESIMOSEXTOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS», desde el momento que la organización, y el mundo jurídico en general, es conciente de que la enfermedad **de Alzheimer** representa uno de los retos con que se enfrentan las sociedades de los países desarrollados, entre otros motivos, debido al aumento en la expectativa de vida y el progresivo envejecimiento de la población, que facilitan el desarrollo de esta imparable demencia en nuestro entorno.

### III. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE FIJAR EL DIAGNÓSTICO.

#### A) Breve reseña de la enfermedad de Alzheimer.

La triste realidad es que llevamos ciento diez años de lucha contra el Alzheimer, con indudables avances médicos, sí, pero hay que tomarlo con reservas,

toda vez que dicha enfermedad descrita por primera vez en 1906 aún hoy sigue siendo degenerativa e incurable.

Según la Organización Mundial de la Salud, cada tres segundos una persona padece Alzheimer en el mundo, cifra que «podría multiplicarse por tres en el año 2030 en países con ingresos medios y bajos».

Precisamos partir de una pacífica y sencilla definición del Alzheimer, para distinguirlas de otro tipo de demencias, entre las que prevalece entre 50 y 70% de ellas, como aquella enfermedad neurodegenerativa primaria progresiva e irreversible, de inicio insidioso, caracterizada por una serie de rasgos clínicos como alteraciones cognitivas, funcionales, psicológicas y comportamentales<sup>5</sup>.

Tal es así que esta demencia atrofia las funciones cerebrales de las personas, especialmente aquellas de edad avanzada, despojándolas de su memoria y de su propia consciencia.

Esa situación conlleva mucho sufrimiento e impotencia en una primera etapa a los mismos pacientes, y siempre a sus familiares cercanos, resaltando la importancia que provoca el detectarla cuanto antes y tratarla, con técnicas que en los primeros años no son únicamente farmacológicas, pudiendo suponer un cambio de estrategia y bienestar el simple hecho de anticipar unos instrumentos de índole jurídico y sanitario, desde luego, como un salto cualitativo en ese penoso camino, ralentizando el curso de la enfermedad en hasta en no pocos casos hasta los doce años de evolución.

De acuerdo con *The Alzheimer Association*<sup>6</sup>, este padecimiento, en un principio, afecta la memoria a corto plazo, provocando que la persona tenga dificultades para hacer las tareas del día a día (como preparar algún alimento sencillo) y problemas de orientación (como recordar qué día u hora es).

Se trata de una situación difícil que implica enfrentarse a cotidianas y simples situaciones que rompen con el equilibrio físico y emocional tanto de la persona que la padece, como de los que la rodean.

Aunque no es fácil determinar la causa exacta, los médicos pueden determinar cuando una persona comienza a desarrollar demencia, y aun así todo resulta muy complicado<sup>7</sup>.

---

5 Otros tipos de demencia, junto al de la enfermedad de Alzheimer, la más común, se encuentra la demencia vascular (de infartos múltiples): la cual muchas veces es el resultado de un derrame cerebral. Cuando esto ocurre, áreas pequeñas del cerebro se dañan irreversiblemente. La aparición de demencia vascular es repentina. Los síntomas dependen de que área del cerebro está afectada, pero la memoria y otras funciones cognitivas, como la habilidad de tomar decisiones, están dañadas; la demencia con cuerpos de Lewy: la cual causa las alucinaciones, el delirio, problemas con el movimiento, y una disminución de la habilidad cognitiva; la demencia frontal-temporal: que afecta a la personalidad y al habla pero no afecta a la memoria. También existen otra variedad de demencias, menos comunes y varían en la edad de aparición, como lo son, entre muchas, las demencias de la enfermedad de Parkinson, de Huntington, de Creutzfeldt-Jakob y otras enfermedades de los priones, además de las derivadas del VIH/SIDA, de lesiones cerebrales traumáticas o el síndrome de Wernicke-Korsakoff (incluye demencia provocada por el abuso del alcohol), y la derivada de la Leucodistrofia. <https://www.dementiacarecentral.com/caregiverinfo/tipos-de-demencia/>

6 The Alzheimer Association, <http://www.alz.org/espanol/overview-espanol.asp>

7 MORENO DE LA CONCEPCIÓN, "P300 Y DETERIORO COGNITIVO: APLICACIÓN A CASOS FORENSES EN EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL DE ARAGON", Madrid 2016, páginas 3 a 6.

Se buscan causas, remedios, ayudas,... y al mismo tiempo se observa cómo el escenario se agrava entre otras razones por el imparable fenómeno demográfico, con ese incremento del número personas de avanzada edad, tanto en términos absolutos como relativos, y el aumento paralelo de las enfermedades edad-dependientes como la demencia tipo Alzhéimer, supone un incremento del sector de población con algún tipo de discapacidad física o psíquica asociada a la edad, que exige una adecuada respuesta social.

Pero desde luego no es el único, como lo son ese aumento de la esperanza de vida, retraso de la edad y disminución de la nupcialidad, o el mismo descenso de la natalidad en los siglos XX y XXI, condicionado por un notable envejecimiento relativo de la población española, especialmente intenso a partir de 1970<sup>8</sup>, y las palpables consecuencias del cambio estructural de la realidad familiar y sus roles, existiendo una diversidad de modelos producto de la variedad de formas de convivencia y los efectos de las crisis matrimoniales (*segundos y ulteriores matrimonios y/parejas de hecho, hermanos de un solo vínculo, soledad o aislamiento de alguno de los progenitores,...*<sup>9</sup>), la gestación tardía (*se ha triplicado el nacimiento del primer hijo en mujeres a partir de los cuarenta años*<sup>10</sup>), la cada vez más normal movilidad geográfica,..., sin olvidar los devastadores efectos de la crisis económica, sin duda, cuando a pesar de haber sido aprobada en 2006 con el consenso de todas las fuerzas parlamentarias una Ley de la Dependencia, la insuficiente dotación presupuestaria para financiar las políticas de dependencia ha convertido en papel mojado una ley presentada en su día como una de las normas sociales más importantes de nuestro país.

Máximo cuando lo peor de esos buenos propósitos de apoyar a esas familias es que en la actualidad se condena a casi medio millón de enfermos que necesitan de ella a no recibir ningún tipo de asistencia.

Porque mientras el número de personas reconocidas como dependientes ha ido aumentando paulatinamente hasta llegar a la cifra actual de 1.191.406, la aportación del Estado para costear el servicio apenas cubre el 12% del gasto, cuando la ley le obliga a aportar el 50% del total, dejando a las Comunidades Autónomas el otro 50%<sup>11</sup>.

8 REVISTA ESPAÑOLA DE MEDICINA LEGAL, 2012; Pág. 38(3):89-90: "La investigación en los procedimientos de incapacidad de las personas con enfermedades neurodegenerativas que cursan con demencia", Josep Arimany-Mansoa, Esperanza L. Gómez-Durána, Mercè Boada, Silvia Ventura Mas, Lluís Tárraga, Dolors Clos Masó y Jorge Matías-Guiu.

9 ARRIAGA, 10 de septiembre de 2015, "¿ESTÁ SUFRIENDO UNA CRISIS DE PAREJA POR EL CUIDADO DE SUS PADRES?", <http://www.domukea.com/cuidado-de-ancianos/esta-sufriendo-una-crisis-de-pareja-por-el-cuidado-de-sus-padres>.

10 XV ENCUESTO NACIONAL DE SALUD Y MEDICINA DE LA MUJER, SAMEM 15, celebrado en Madrid del 18 al 20 de febrero de 2016, entre otras conclusiones se hizo constar que el embarazo después de los 40 es una tendencia a la alza, "... Los expertos en estadísticas han encontrado que especialmente en el grupo de edad de a partir de 40 años, las tasas de nacimiento han ascendido notablemente en los últimos 20 años. Según los datos del Instituto Nacional de Estadísticas, mientras que en 1991 tan sólo un 0,8% de los nacimientos fueron llevados a cabo por mujeres en sus cuarenta y más, en el año 2000 ese porcentaje aumentó a 1,8% y en 2003 ya era un 3,9%. El número de mujeres que se quedan embarazadas después de cumplir los 40 años se ha triplicado desde el 2000, una cifra "escandalosa" para los especialistas en ginecología, que han advertido de que la cantidad y calidad oocitaria disminuye a partir de los 35 años comprometiendo la fertilidad,... para determinar que la ciencia no ha conseguido superar al reloj biológico " <http://www.aragoninvestiga.org/xv-encuentro-nacional-de-salud-y-medicina-de-la-mujer/>

11 EL MUNDO, Editorial del 6 de agosto de 2016, "LA LEY DE DEPENDENCIA, UNA ASIGNATURA PENDIENTE DEL SISTEMA DE SALUD PÚBLICA".

<http://www.elmundo.es/opinion/2015/08/06/55c2537be2704e8e6b8b459f.html>

Como reconocía a primeros de agosto de este mismo año 2016 el propio Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón, el Sr. Santos, en su balance del primer año de gobierno, son 13.923 los aragoneses que, según los últimos datos publicados por el Ministerio de Sanidad, siguen a la espera de recibir una prestación económica o asistencial (*teleasistencia, ayuda a domicilio, plaza en un centro de día o en residencia*), pese a tener reconocido el derecho, si bien admite que al menos en el último año se ha logrado invertir la tendencia y cada día 6 personas se incorporan al sistema, frente a las 5 que se perdían antes. En total, suman actualmente 19.070, 2.240 más de las que en julio de 2015 recibían ayuda<sup>12</sup>.

### **B) Un canto a la esperanza, sobre todo desde la prevención.**

Así, a fecha de hoy hay **cierto grado de optimismo**, principalmente desde la prevención, y no obstante, seamos francos, también existe desesperanza entre quienes sufren la enfermedad en sus propias carnes, no encontrando consuelo en los devastadores datos estadísticos.

Son escalofriantes, por ejemplo, las conclusiones emitidas el año internacional de la enfermedad de Alzheimer, en 2011, constatando como en el mundo hay 24 millones de enfermos, 6 millones en Europa, más de 500.000 en España, estando afectada el 10% de la población mayor de 65 años y casi al 50% de la población mayor de 85 años, presumiendo que en los próximos 40 años se duplicará la población de más de 55 años, afirmando que tal demencia tiene un origen y unas causas aún desconocidas, imposible de prevenir, no existiendo ninguna medicación que lo retrase o que frene su curso<sup>13</sup>.

Frente a lo anterior, fue ya esperanzadora la Declaración Internacional de 111 expertos en demencia, incluida la enfermedad de Alzheimer, emitida en Londres (*diciembre 2013*), dentro de la cumbre del G-8 sobre esta temática, donde científicos y médicos –entre ellos, D. Antonio Lobo Satué, Catedrático Emérito de Psiquiatría de la Universidad de Zaragoza-, procedentes de 36 países, no dudaron en proclamar que la misma se puede prevenir adoptando medidas adecuadas frente a los factores de riesgo, estimando que así podría evitarse hasta una quinta parte de los nuevos casos para el año 2025<sup>14</sup>.

Otros estudios, de modo ilusionante, pronostican de manera esperanzador, cómo esta enfermedad está por lo menos más cerca de la cura, según publicara la revista especializada "*Science Translational Medicine*", donde un grupo

12 EL HERALDO DE ARAGÓN del día 12 de agosto de 2016, Aragón atiende a 19.000 dependientes, un 14% más que hace un año. La DGA reconoce que la Comunidad está "mal" respecto al resto y lo achaca a que partía de una situación "muy complicada". <http://www.heraldo.es/noticias/aragon/2016/08/12/aragon-atiende-000-dependientes-mas-que-hace-ano-1008879-300.html>

13 CENTROS DE REFERENCIA ESTATAL DE DE ATENCIÓN A PER SONAS CON ENFERMEDAD DE ALZHEÍMER Y OTRAS DEMENCIAS de Salamanca, en sus conclusiones de 2011, [http://www.crealzheimer.es/crealzheimer\\_01/investigaciones/index.htm](http://www.crealzheimer.es/crealzheimer_01/investigaciones/index.htm).

14 LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD y ALZHEÍMER'S DISEASE INTERNATIONAL, 2013, "La demencia, incluida la enfermedad de Alzheimer, se puede prevenir; Hasta una quinta parte de los nuevos casos para el año 2025 podrían evitarse con políticas de salud pública adecuadas"; Antonio Lobo, catedrático e investigador de la Universidad de Zaragoza, es uno de los científicos que firman esta declaración.

de científicos australianos descubrieron un tratamiento que puede restaurar la memoria utilizando tecnología de ultrasonido, augurando revolucionar los procedimientos actuales sin el uso de drogas<sup>15</sup>.

Desde todos los ámbitos, con ese afán, se hace una y otra vez un llamamiento con urgencia a los gobiernos para que apoyen más investigaciones sobre prevención y adopción de políticas de salud pública derivadas de los resultados de esta investigación.

Además, ese y otros tantos grupos de científicos reiteradamente manifiestan que la prevención es un poderoso enfoque adicional para el desarrollo de fármacos para el tratamiento de la demencia. El desarrollo de fármacos hasta ahora ha costado alrededor de 40.000 mil millones de dólares, sin ningún beneficio apreciable en el retraso de la progresión de la enfermedad, salvo un pequeño alivio de sus síntomas.

Y en esa línea, al admitir que aproximadamente la mitad de la gran disminución de la mortalidad provocada por enfermedades del corazón e ictus cerebral (*accidentes cerebro-vasculares*) en los últimos 50 años ha sido el resultado de las medidas de salud pública adoptadas para modificar los factores de riesgo, se confía en que el mismo enfoque funcionaría para la demencia, proponiendo un esfuerzo coordinado para descubrir los factores de riesgo modificables de ella y para aprovechar los ya identificados.

Por ello, habiendo pruebas suficientes para justificar una acción inmediata de los gobiernos, mientras llegan estos ambiciosos objetivos, alcanzables a largo plazo, sin embargo, ofrecemos una serie de instrumentos jurídicos a esas personas aquejadas por esa enfermedad, como medida imprescindible para disminuir en la medida de lo posible la repercusión de estos múltiples trastornos en nuestro territorio, permitiendo que los pacientes con demencia y sus familias mejoren la calidad de sus vidas con la máxima calidad y bienestar.

### **C) Repercusión social de la enfermedad de Alzheimer.**

En nuestra sociedad se va tomando plena conciencia de la enfermedad de Alzheimer y de la debida atención a sus pacientes como uno de los problemas médicos más comunes en los ancianos, por ello, sanitariamente se postula que es necesario realizar un diagnóstico sensible y específico para poder establecer unas medidas preventivas y terapéuticas eficaces que redujeran su coste, amén de otra cadena de apoyos asistenciales de otra índole que acompañen a los parientes.

Ningún país —*y España tampoco es una excepción*— está preparado para afrontar este problema, que se convierte en un reto, en una prioridad socio-sanitaria si se tiene en cuenta el coste que representa atender a una persona con Alzheimer.

Más de 31.000 euros al año por término medio, asumidos en su mayor parte por la propia familia. Si este indicador se aplica al conjunto de familias afectadas, la cifra supera los 50.000 millones de euros anuales, en España.

---

<sup>15</sup> SCIENCE TRANSLATIONAL MEDICINE (Sci Transl Med), 2015 Journal impact, [https://www.researchgate.net/journal/1946-6242\\_Science\\_translational\\_medicine](https://www.researchgate.net/journal/1946-6242_Science_translational_medicine)

Pero la enfermedad de Alzheimer, además de sus síntomas clínicos, genera otros no ya en el paciente, sino en la propia familia y, más en concreto, en su cuidador principal: problemas médico-físicos, psicológicos, sociales, laborales..., que tienen difícil cuantificación. Y este panorama se va a ver duplicado en los próximos años debido a la cada vez mayor esperanza de vida de la población y a la consolidación del fenómeno conocido como “*el envejecimiento del envejecimiento*”<sup>16</sup>.

Nadie mejor que las asociaciones de familiares, para reivindicar los derechos de las personas afectadas, ante la sociedad en general y ante la Administración en particular. El factor diferencial con respecto a otras entidades radica en el hecho de estar configurada por personas que padecen o han padecido en carne propia los efectos de la enfermedad sobre un ser querido. Por lo tanto, como afectados que son, ellos atesoran el mayor y el mejor de los conocimientos, tanto sobre las necesidades como sobre las aspiraciones que el conjunto del colectivo precisa.

Y sirve cualquier motivo, la misma Organización Mundial de la Salud (OMS) la fecha de cada 21 de septiembre fuera declarado el Día Mundial del Alzheimer, momento en el que se aprovecha por todas las Asociaciones de Familiares de Personas con Alzheimer y otras Demencias y de la propia CEAFA/AFEDAZ para reclamar la máxima atención.

Y recientemente, el pasado día 14 de noviembre de este año, destacamos como en la gala de entrega anual de premios de la Asociación de Familiares de Enfermos de Alzheimer (AFEDAZ) de Zaragoza, que recayera entre otros en una de las instituciones organizadoras de estos XXVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, en la persona de quien la preside, don Fernando García Vicente, justo por difundir y divulgar el trabajo que realiza en esta provincia, que el próximo año celebrará el 25º aniversario de su fundación, siendo que la misma ya ha atendido, según directora, Sra. Cantabrana, «*a 2.000 personas en nuestro territorio, aunque en España, las 310 asociaciones que existen se han ocupado de unas 200.000*».

La presidenta ha reclamado que se considere a esta enfermedad como «*una prioridad sociosanitaria*», al tiempo que ha recordado que «*es necesario luchar y apoyar investigaciones que ayuden a prevenir el Alzheimer*».

La enfermedad degenera a una persona, concretamente «*a sus neuronas progresiva y crónicamente*», y se da «*principalmente, en mayores de 65 años*», aunque lo peor, es que «*lo padece el enfermo, pero lo sufre la familia e impacta en la sociedad*»<sup>17</sup>.

En esa línea de toma de conciencia es donde las asociaciones de familiares alcanzan el equilibrio entre ambas dimensiones —*la reivindicativa y la colaborativa*—,

16 KOLDO AULESTIA URRUTIA, presidente de CEAFA (Confederación Española de Asociaciones de Familiares de Personas con Alzheimer y otras demencias): “CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PARA AVANZAR EN LA DEFINICIÓN DE LA POLÍTICA DE ESTADO D E Alzheimer”, 23 abril 2015, <http://www.ceafa.es/actualidad/noticias/>

17 HERALDO DE ARAGÓN, 15 de noviembre de 2016, AFEDAZ entrega sus premios anuales al Justicia de Aragón y a COAPEMA. La Asociación incide en la importancia de la detección precoz de esta enfermedad que afecta principalmente a mayores de 65 años. <http://www.heraldo.es/noticias/suplementos/salud/2016/11/14/afedaz-entrega-sus-premios-anuales-justicia-aragon-coapema-1142429-1381024.html>

puesto que solo de esta manera podrán ocupar la posición que les corresponde ante los gobiernos, para los que han de ser asesores privilegiados.

Una asociación de familiares —*por muy amplio que sea su conocimiento sobre una situación concreta*— no puede ni debe limitarse exclusivamente a exigir a la Administración sin dar algo a cambio.

Han pasado ya los días en que las asociaciones buscaban la solidaridad basándose en hacer aflorar la compasión.

Ahora las asociaciones, como colectivos de carácter territorial, como AFEDAZ en Aragón, con arraigo en la población, han mejorado su técnica de expansión, con serios profesionales en sus propias organizaciones, superando aquellos tiempos que su organigrama lo componían meros voluntariados, que no perdiendo ese grupo de personas tan válidas, emprenden desde óptica una decidida implicación y apoyo económico no solo de sus socios sino de entidades bancarias, buscando la colaboración y complicidad de las administraciones a sus diferentes niveles, desde el mismo Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón hasta organizaciones más cercanas, como comarcas, ayuntamientos, asociaciones de barrios y otras tantas ONG implicadas activamente en este tipo de enfermedades.

Y para ello, primero han sido capaces de demostrar seriedad y solvencia, trayectoria profesional, transparencia en la gestión y calidad en la acción.

### **C) El crucial momento de la detección y diagnóstico.**

El abordar cualquier metodología para mejorar las consecuencias personales, laborales o económicas de la enfermedad de Alzheimer resulta imprescindible diagnosticarla. Inicialmente el único signo observable de la enfermedad, posiblemente sea algún olvido leve, que pueda confundirse con cambios de memoria asociados a la edad. También se observa inicialmente desinterés en actividades laborales y descuidos en tareas rutinarias<sup>18</sup>.

Pero el momento de la detección de esta demencia comporta una singular situación debido a múltiples factores, no siempre médicos, por la exploración física, el sometimiento a la consiguiente serie de pruebas y luego evaluación neurológica y psicológica, al existir diferentes estudios y test que se realizan para saber si se padece o no la misma, y caso afirmativo la fijación de su estadio<sup>19</sup>, sino en momento anterior peses ante esos claros síntomas de alerta o sospecha se decide acudir al médico.

En modo alguno es un tema irrelevante, por cuanto el mismo afectado simplemente trata de disimular esas señales de alarma, apoyándose en su cónyuge, por ejemplo, a la hora de decidir o de responder a preguntas, quien a su vez actúa con cierta complicidad cada vez más, ocultando ese progresivo deterioro cognitivo frente a su ambiente más cercano, como hijos o amigos, en temas más que

18 PÉREZ DÍAZ, ARMENGOD RAMO y SOTERAS DÍAZ: "EL CUIDADO Y LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL EN DEMENCIAS, MANUAL PARA EL CUIDADOR", Dep Sanidad, Bienestar Social y Familia DGA, Zaragoza 2013. Págs. 21 a 38.

19 ACARÍN, Nolasc (2010) Alzheimer. Manual de instrucciones. Madrid. RBA. Libros S.A. Págs. 79 y 80.

patentes, sencillos y rutinarios (*haciendo la misma pregunta una y otra vez, repitiendo la misma historia, palabra por palabra, perdiéndose en sitios conocidos o dentro de casa o el mismo hábito de pagar las cuentas,...*), y todo ello produce un importante retraso para su tratamiento de cara a ese seguro deterioro.

La situación familiar es que a veces todo se va de las manos, cuando desbordado el cuidador pide auxilio ante comportamientos de maneras extrañas o inesperadas, pudiendo resultar agotadoras, embarazosas y hasta peligrosas para su propia integridad personal.

Está claro que existen multitud de variantes, pero partiendo del hecho que un enfermo tiene un promedio de diez a doce años de vida después del diagnóstico, ese periodo queda condicionado por la fijación del marco de la evolución de la enfermedad.

Y es que esos meros efectos médicos de ese diagnóstico en fase ligera o moderada, a veces severa cuando se realiza tarde, sirve para seleccionar el o los medicamentos y para la evaluación de la pérdida de autonomía.

La importancia de explicar ese aludido sentido pedagógico radica en la manera de poder actuar en esos primeros momentos, cuando nos hallamos en la fase ligera de la enfermedad de Alzheimer, por ejemplo, puesto si bien no se consigue beneficiarse de la Ley de Dependencia o de otras ayudas que se reservan para una fase de superior deterioro, en cambio, desde el aspecto jurídico, podremos articular unos importantes instrumentos preventivos, por cuanto con apoyos óptimos, como luego explicaremos, pudiendo continuar razonando y comunicándose bien con los otros, con problemas para encontrar las palabras precisas y emplear frases más cortas, incluso mezclar ideas que no tienen relación directa entre sí, buscando, porqué no, esa autonomía y determinación que debería permitirle adoptar decisiones sobre el propio curso vital, asegurando así su dignidad, el respeto propio y de los demás, y su integridad como sujeto autónomo de derechos<sup>20</sup>.

He aquí, en esa primera e incipiente fase ligera de la enfermedad, es donde aparece y se puede desarrollar ese nuevo concepto y visión de la discapacidad al establecer un revolucionario sistema de apoyo en la toma de decisiones, como propugna el artículo 12 de la mentada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Pero más allá, en fases más avanzadas resulta imposible contar con el paciente, estando hablando ya de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse, cuando al tener más dificultades para la comunicación (*tanto de expresión como de comprensión*) presenta una total desorientación temporal y espacial.

Hablamos de una fase moderada (*...con la memoria alterándose progresivamente, olvidando sucesos recientes, siquiera lo que acaba de comer, ni de asimilar o comprender los hechos nuevos, como un matrimonio o el fallecimiento de un pariente, amén de otras reacciones agresivas, desproporcionadas respecto al motivo que las ha desencadenado...*)

---

20 GARCÍA LORENTE, Mecanismos de apoyo: desde el punto de vista jurídico, asistencial y sanitario, CGPJ, Madrid 2011, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 24/2011, Pág. 4

o de esa otra extrema, la fase severa (*...no llegando a reconocer a su cónyuge o a sus hijos, aunque conserve la memoria emocional, si bien muestra un humor imprevisible: grita, llora, se agita; no reaccionando coherentemente ante una situación, ni comprende una explicación, balbuceando, repite palabras sin pies ni cabeza, y solo utiliza correctamente algunas palabras concretas. No comprende lo que se le dice,...*)<sup>21</sup>.

#### **D) Consecuencias del impacto de la enfermedad de alzhéimer en el paciente y su propia familia.**

Pero retomemos el tema justo al dramático momento del diagnóstico, al de esa amarga realidad condicionada al cuándo y cómo responde el paciente y, sobre todo, su íntimo entorno ante la confirmación de la enfermedad de Alzhéimer y el estadio en que se haya fijado la misma, convirtiéndolo en la piedra de toque para afrontar ese largo y tortuoso camino.

Por ello, será el equipo médico que trate al paciente el que deberá contar con un amplio equipo multidisciplinar (*psicólogos, asistentes sociales, letrados,...*) de cara a informar de manera clara, didáctica y cierta, no ya el punto de vista sanitario que corresponda, como de las consecuencias que comportará en su vida familiar, social, laboral y patrimonial, entre otras.

Dejamos claro que en el supuesto de que no exista ese entorno familiar, o no puedan ni quieran asumir esa responsabilidad, deberán ser los Servicios Sociales quienes promoverán tal iniciativa o luego hacerse cargo de la situación, que en nuestra Comunidad Autónoma correspondería en su caso a la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón<sup>22</sup>.

Lo primero que quiere el interesado, de estar en esa primera fase, plenamente consciente de ello, y de manera especial los familiares, es **información clara sobre la enfermedad**, de cara a orientar y apoyar qué hacer o cómo actuar ante las distintas dificultades que puedan ocurrir, o de cómo deben actuar ante la pérdida de memoria, entre otros, así como facilitar el que deberá ser el más rápido contacto con asociaciones de enfermos de Alzhéimer (*como lo es AFEDAZ*) y amplios recursos para el afectado, ya sea con servicios de rehabilitación/terapia ocupacional domiciliaria, ya en centros de día o residenciales permanentes o temporales.

Lo anterior es básico, pero la **realidad** no es ésta, toda vez que la respuesta al **fuerte impacto que provoca el diagnóstico inicial** de esta enfermedad, primero, en el propio paciente, *fuertemente condicionado a que acepte o no la misma, de cara a mantener durante el mayor tiempo posible las actividades de la vida diaria, y, por tanto, su autonomía personal, potenciando y mantenimiento sus capacidades físicas y cognitivas, logrando que permanezca en su entorno habitual*, no es siempre la que debiera, y,

21 FUNDACIÓN ALZHÉIMER ESPAÑA, Fases del Alzhéimer, página Web modificada por última vez el miércoles, 25 noviembre 2015, <http://www.alzfae.org/cuidador/98-alzheimer-faq/fases-alzheimer>.

22 Artículo 148 CF y Decreto núm. 168/1998, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos

segundo, porque tampoco su familia acoge de manera uniforme a esa tremenda noticia, o bien no la entiende, no la quiere aceptar o si.

Es decir, el núcleo familiar cercano del paciente, **desde ese primer diagnóstico**, descartados los propios de la edad u otra dolencia, se antoja como el **momento clave a la hora de asumir esa nueva situación**, destacando las importantes **implicaciones jurídicas que comporta para el afectado en todas las esferas de su vida** (*personal, familiar, laboral, social y patrimonial*).

En todos los estudios realizados al efecto, ante el conocimiento del diagnóstico por parte de la familia aparece como la manifestación más común la de su aturdimiento e incredulidad<sup>23</sup>.

Para poder manejar estos sentimientos negativos, la estructura familiar entra en un periodo de negación de la enfermedad, que no le permite mantener el control de la situación como debiera, no pocas veces derrumbándose.

Por supuesto, no todos los miembros de la familia mantienen la negación con la misma intensidad ni durante el mismo tiempo, y esto también puede ser fuente de conflictos, ya que los miembros más realistas se vuelven críticos e intolerantes con los negadores.

Poco después del diagnóstico, los familiares del enfermo van entrando en una fase de asimilación de la misma. En ésta pueden producirse alteraciones de la conducta familiar, estableciendo un silencio respecto a la enfermedad, motivado por el deseo de proteger al paciente del sufrimiento. Sin embargo, este tipo de comportamientos pueden provocar que el enfermo quede aislado emocionalmente, sin posibilidad de dar respuesta a sus ansiedades y temores, al no poder comentarlas con su familia.

Con el avance de la enfermedad, la familia asume la pérdida del enfermo en la organización familiar, iniciando una etapa de depresión, asumiendo la realidad de la enfermedad.

Y este contexto, la continuidad del modelo tradicional de apoyo y cuidado familiar se ha visto gravemente amenazado por los intensos cambios sociales de las últimas décadas, debiéndose a la redefinir roles y reasignación de tareas entre esos parientes, muchas veces insuficiente, porque se precisa acompañarse de políticas sociales de protección.

### **E) La importancia de hallar al líder familiar, más allá del efectivo cuidador.**

Todo se agrava cuando, aun antes del tremendo peregrinaje sanitario y administrativo que se avecina la enfermedad, ello provoca complejas alteraciones de la vida familiar, y entre otras, la **necesidad de designar quién deberá de liderar esas acciones, que no es necesariamente coincidente con el cuidador, a veces, ni con el propio tutor.**

---

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ SOLOMANDO, Trabajo fin de grado de la Facultad de Trabajo Social, Universidad de Zaragoza, septiembre de 2013, "El desarrollo de la enfermedad del Alzheimer, desde el diagnóstico hasta la necesidad de cuidados especializados", <http://docplayer.es/19376019-El-desarrollo-de-la-enfermedad-del-alzheimer-desde-el-diagnostico-hasta-la-necesidad-de-cuidados-especializados.ht>

Ese liderazgo se fundamenta en un valor por encima de todos, la credibilidad entre los suyos, entendida como la responsabilidad de cumplir con ese complicado compromiso de enfrentarse a variadas e inimaginables decisiones y situaciones, demostrar capacidad de decisión y admitir sus errores. Ha de tener agallas para aceptar las críticas y modificar aquellas conductas que producen malos resultados, toda vez que hablamos de una larga enfermedad, donde aparecen momentos difíciles y aun así hay que saber mantener la calma, controlar las emociones y ser estable. De nada sirve perder los nervios.

Y esa predisposición, sin saber porqué, es innata del líder en el núcleo familiar; por ello, de su buen hacer **dependerá la adopción de la estrategia familiar de cara a afrontar el reto de acompañar al afectado** en condiciones razonables para solventar apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica con relación a la magnitud que le afecten a sus derechos e intereses, adaptándose en cada momento a las concretas necesidades y recursos humanos/patrimoniales, siempre de manera respetuosa con la voluntad y las preferencias de la persona involucrada, adoptando un carácter dialogante y reconciliador para con todos parientes, garantizando que no haya conflicto de intereses ni influencia indebidas, resultando siempre un válido comunicador para con el cuerpo médico y demás instituciones.

Los objetivos específicos de ese líder han de centrarse cuanto antes de cara a poner en marcha todos los recursos para mejorar las condiciones de vida, el desarrollo de la medicina y el acceso mayoritario a los servicios de salud público y que son:

- Saber cómo afecta emocionalmente, cognitivamente la enfermedad en los familiares, desde que se lo comunicaron hasta la fase actual.
- Tener un conocimiento pleno de los trámites necesarios para utilizar los recursos (*servicios y prestaciones*) a disposición de del enfermo Alzheimer.
- Conocer los distintos recursos especializados para sus cuidados en fases avanzadas <sup>24</sup>.

Y es que la forma y manera en que se solventen **esos trastornos en la vida familiar**, fijado la diagnosis y su tratamiento, determinarán la metodología de afrontar las consecuencias normales de la enfermedad con arreglo al grado de compromiso del grupo de acorde a su capacidad de disponibilidad personal y económica, y que sin pretender ser exhaustivos **pueden desglosarse a priori en tres tipos**:

- **Estructurales** (*que se concretan en alteraciones de los roles y funciones familiares, en la distribución de la cargas o en la aparición de conductas de aislamiento social*), toda vez que las consecuencias en los diferentes miembros de la familia dependen en gran medida del parentesco que guarden con el enfermo. Así, el cónyuge del enfermo, si vive, se encuentra ante una situación de angustia ante la enfermedad de la persona con la que ha compartido una gran parte de su vida.

---

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ SOLOMANDO, loc. cit., Págs. 32 a 34

Esta relación de codependencia supone que, en ocasiones, el familiar no acepte la enfermedad y, en consecuencia, se niegue a informarse sobre ella y adopte un papel secundario en el cuidado del enfermo. Este tipo de conductas suelen requerir la colaboración de algún hijo o hija, que le ayude a asumir la realidad de la enfermedad, para evitar principalmente la angustia de sentirse solo con el problema.

Por el contrario, otros cónyuges participan activamente en el cuidado del enfermo, dándose con frecuencia el caso de que en las primeras fases de la enfermedad se produzca el fortalecimiento de los vínculos, mientras el enfermo tiene un cierto nivel de autonomía.

Por su parte, también es frecuente la implicación de los familiares más directos, como suelen ser los hijos o hijas del enfermo, que a veces viven lejos de los padres, complicando así su colaboración con el cuidado del enfermo.

- *Procesuales o del ciclo vital*, de forma que el paso de una a otra etapa supone reajustes en la estructura y en las relaciones de la familia.

De este modo, el impacto de la enfermedad depende de si se produce en un momento centrípeto o centrífugo del desarrollo familiar. En los momentos centrífugos, como la independización de los hijos, la enfermedad puede dificultar o incluso impedir el movimiento de apertura de la familia, ya que el hijo que iba a abandonar el hogar puede posponer su decisión para tener la posibilidad de cuidar al enfermo.

Por otros, los momentos centrípetos, en los que la familia se cierra más sobre sí misma, como por ejemplo en las edades más tempranas de los hijos, el enfermo competirá involuntariamente con la atención que merecen otros miembros de la familia, como pueden ser los descendientes más pequeños, que son descuidados ante la gravedad de la enfermedad de uno de los abuelos. En estos casos se produce una “*parada de emergencia*” en el ciclo de vida familiar, y una verdadera involución en el desarrollo de la familia.

En cualquier caso, el efecto que produzca la enfermedad y la respuesta del entorno del enfermo tiene un alto grado de dependencia del ciclo de vida que la familia esté atravesando en ese momento.

- Y de la *respuesta emocional*, cuando a la familia se le comunica el diagnóstico de Alzheimer, sufre una impactante alteración emocional y pasa por un periodo de estrés, ya que debe afrontar la enfermedad de su ser querido, y anticipar el dolor que se presentara tras la pérdida.

La respuesta puede depender de ciertas variables, como pueden ser las características personales de cada individuo, el papel que juega en la familia el paciente y las relaciones mismas entre sus miembros, la historia previa de pérdidas, ya que el haber sufrido muertes anteriores se encuentra más vulnerable, o la existencia de suficientes recursos socioeconómicos, permitiendo a las que cuentan con un adecuado apoyo social y económico disponer de una mayor estabilidad emocional y menor riesgo de desorganización familiar.

**F) La controvertida burocratización del actual sistema intervencionista y la colaboración con las asociaciones de enfermos.**

Desde todos los colectivos **se aboga en estos tiempos por un contundente intervencionismo institucional**, como respuesta a las necesidades individualizadas, configurando un complejo derecho asistencial, poniéndose de manifiesto que ello no solo debe afectar a la enfermedad en sí, en el ámbito estrictamente sanitario, sino la situación individual de cada afectado con relación con su entorno, dando lugar a soluciones distintas, más fáciles o complejas, aspirando que sean los poderes públicos quienes actúen de manera coordinada y puntual con la familia o los servicios sociales con la red sanitaria desde el primer diagnóstico.

Lo anterior, no obstante, tiene un alto precio para las familias afectadas, ese largo periplo del previo reconocimiento (*y descoordinación*) por parte de las distintas administraciones del sistema de ayudas y sistemas de protección, a través de la tramitación y resolución de todo aquello a lo concerniente a la invalidez laboral, la fijación del grado de discapacidad, la determinación de la dependencia y/o la declaración judicial de incapacidad, llegado el caso.

La normativa relativa a la Ley de Dependencia es enorme, según constatan sindicatos y patronales son más de 800, pues incluye más de 671 normas de comunidades autónomas y 134 estatales. Asimismo, alertan de la desigualdad de condiciones de acceso a las prestaciones del sistema en función de donde vive el beneficiario.

Así, continuas noticias y comentarios parecen desmoralizar a todos los que creemos en el Estado del Bienestar que consagra nuestra Carta Magna, entre los que baste recordar:

- Uno de cada cinco dependientes murió antes de recibir la ayuda;
- Ni vacaciones ni descanso para el cuidador de personas dependientes;
- Prestar servicios a las personas dependientes es más caro que dar prestaciones;
- Los dependientes mayores de 80 tienen que esperar dos años por una plaza de residencia;
- A los dependientes les cuidan amas de casa mayores de 50;

Por ello, la puesta en marcha la maquinaria judicial se antoja como un recurso *in extremis*, y desde aquí se aboga para que sea subsidiaria, proporcional y, siempre, necesaria en caso de conflictividad.

Asumido lo anterior, siendo realistas, esa excesiva regulación y el síndrome de la *ventanilla giratoria* genera un coste personal excesivo en familiares-cuidadores, en no pocas ocasiones con altos niveles de alteraciones emocionales como depresión, ansiedad, irritabilidad,... provocando un inmenso estrés a veces por simples problemas asistenciales, propia de su baja autoestima y la restricción de sus relaciones sociales, que por preestablecidos medios adecuados se hubieran podido amortiguar o eliminar, como son las estrategias de afrontamiento y el conveniente apoyo social.

Debemos ser optimistas de cualquier manera, ya que tenemos perspectivas de adelantar cuanto menos el momento del proceso judicial de incapacitación, por ello hagamos un canto a la esperanza en el mundo de los enfermos de Alzheimer sobre la prevención y progreso de los fármacos que los científicos vienen anunciando, destacando la importancia del diagnóstico precoz de tal padecimiento y la mejor manera de resolver el impacto que ello comporta no ya en el paciente sino en su entorno, de cara a resolver de la mejor manera posible las consecuencias, adelantando situaciones que irremediamente se plantearán en su ámbito personal y/o patrimonial.

#### IV. LA IDIOSINCRASIA DEL PROCESO CIVIL DE INCAPACIDAD.

##### A) La repercusión jurídica del consentimiento del enfermo en todos los ámbitos de su vida.

El eje central de toda la temática sometida a estudio descansa en el **carácter restrictivo que debe existir en materia de incapacidad**, dada la presunción legal de capacidad que existe al respecto, de ahí que desde el punto de vista jurídico, detectada la demencia, **todo versa sobre el alcance del grado de discernimiento del enfermo de Alzheimer** en los ámbitos de su vida, teniendo en cuenta el estado en que se encuentra y si las limitaciones no sólo son físicas, sino también psicológicas o de percepción derivadas del deterioro cognitivo que les impide y limita las facultades de autogobierno.

La interpretación de la actual legislación civil española, y la misma aragonesa, versa precisamente sobre la búsqueda de los necesarios apoyos para garantizar la máxima autonomía de ese tipo de enfermos, entendiendo que solo debe acudir a la incapacitación ante concretos supuestos que precisen de protección, graduándola, siendo que esa actuación, siquiera mediante medidas judiciales, no han de ser formuladas como meras fórmulas discriminatorias e indiscriminadas, sino delimitando sus facultades intelectivas y volitivas, ya que en ese trámite únicamente con la práctica de una serie de pruebas concluyentes se puede acreditar que puede o no permite ejercer sus derechos como persona, porque tales afecciones le impiden autogobernarse, con el consiguiente riesgo para su salud y su seguridad<sup>25</sup>.

Existen pues supuestos en que, en una fase inicial de la enfermedad, descrita la levedad de ese estadio, por ejemplo, la verdadera situación de discapacidad, no hay obstáculo alguno para que pudiera preservar unos espacios de cierta autonomía, sobre todo cuando ese desenvuelve en un entorno protegido.

Es tan importante el afrontar cada caso que salvando los obstáculos, tras la valoración de una prueba suficiente, apreciada que la demencia fuera de moderada a leve, encontrándose el paciente orientado en el espacio aun cuando su funcionamiento intelectual era deficitario.

Esa capacidad de gozar el enfermo de cierta autonomía para desenvolverse en un entorno protegido su domicilio e incluso en una residencia, aunque no

---

25 ATS, Sala 1ª, de fecha 21 de septiembre de 2016, FFJJ 3º y 4º.

podiese llevar una vida independiente por las limitaciones físicas y psíquicas que presente, afectándole tan solo levemente su capacidad intelectual y de deliberación, es una circunstancia tal que no le impedía decidir sobre cuestiones que guardaban relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación, incluso al plano patrimonial.

Aunque lo anterior es lo deseable no siempre es posible, cuando se retrasa el simple hecho de acudir al médico y el asumir el diagnóstico, al ser una enfermedad degenerativa y por ello irremediablemente va presentando con mayor o menor velocidad más y más limitaciones, para finalmente anularse totalmente la capacidad de decisión, sustituir su representación legal en el aspecto personal y patrimonial.

Por tanto, no se trata de un **sistema de protección** de la familia, ni del sistema sanitario, sino **única y exclusivamente de la persona afectada**, aquejada por esa enfermedad mental, esta especial demencia, donde el mismo es igual en derechos que el resto de los ciudadanos ante la ley, y en virtud de ella tiene esa protección integral, obligándonos consecuentemente a jueces y fiscales a garantizar esa efectiva vigilancia contra cualquier motivo discriminación.

**La igualdad que se proclama ha de ser efectiva** para todos los individuos afectados por esa demencia, de la misma forma que el resto, y lo es en todas las facetas de la vida desde la mayoría de edad, e incluso antes en importantes actividades referidas a la toma de decisiones, como es con carácter general el haber alcanzado los 18 años, y 14 años en Aragón.

Pues bien, en el estado actual no podemos negar que hay personas que sufren una grave enfermedad mental en las que es conveniente una actuación terapéutica que les permita hacer una vida normal y que evite que se puedan hacer daño a sí mismas o a terceros por esa ausencia de control sobre su persona y voluntad.

Aun, así debemos tener en cuenta que el **colectivo de personas con enfermedad mental** está integrado no solo por aquellas consideradas habitualmente como personas con enfermedad mental (*personas que padecen esquizofrenia, psicosis maniaco-depresiva, trastorno paranoide, trastornos de carácter psicopático, etc.*), sino también aquellas otras que padecen demencia senil u otro tipo de enfermedades degenerativas tipo Alzheimer, u otro tipo de trastornos como los alimentarios (*anorexia nerviosa y bulimia*), las adicciones (*alcohol, drogas*), o trastornos mentales de origen orgánico (*encefalitis, meningitis, entre otras*).

**Nos centraremos en el colectivo de personas con demencia tipo Alzheimer** en sentido estricto, puesto que permite un análisis más exhaustivo de la problemática que plantea la discapacidad psíquica por enfermedad mental grave dentro de las situaciones genéricas de discapacidad y dependencia, y por tanto, susceptibles de tratamientos de esta naturaleza, ya sea en el seno de los establecimientos psiquiátricos (*mediando ingreso, voluntario o no*), en el de establecimientos geriátricos o sanitarios ordinarios, en el domicilio o en cualquier otro lugar adecuado.

De tal manera, surge así el punto de inflexión, el relativo a definir la línea roja del **derecho individual de la autonomía del paciente**, a decidir sobre su salud,

fundamentalmente cuando afecta a personas con enfermedades que nos afanamos en salvaguardar:

En primer lugar, no ya en casos de intervención inmediata de patologías urgentes orgánicas, e incluso psiquiátricas, necesitadas de un tratamiento urgente, aun en contra de su voluntad, que apoya la legislación vigente y nadie discute.

Y, en segundo lugar, aquellos otros casos de intervención preventiva respecto a personas de complicada y larga evolución por trastornos mentales graves, de las que por distintas causas, como fuera la falta de conciencia de la gravedad de su estado, el indefectible abandono o escasa adherencia de todo tratamiento que aseguraba su control, la valoración de su entorno más cercano, inclusive el de los profesionales, sobre evidentes situaciones o efectos en sí mismas perjudiciales auto y heteroagresivas, en los que debemos esperar a que esta descompensación profunda, anunciada y previsible suceda, y solo así, a posteriori, reducido/roto la posibilidad de negociar/consensuar es posible la adopción de tomar la decisión por él.

He aquí donde radica toda la cuestión doctrinal del tratamiento de esta demencia, tratándolo terapéuticamente de manera ambulatoria que llegado el momento debe o puede ser forzoso, sobre si de manera preventiva se puede o no interferir el derecho a rechazar el mismo, desvalorizando su razones para no aceptarlo.

Es fácil entender que somos hipergarantistas de la autonomía del paciente con seguir o no con ese primer y sucesivo tratamiento, buscando esa *desjudicialización* de quienes prefieren regular mejor el problema de las personas que sufren una demencia y no se medican.

**La solución pasa en redefinir el límite tangencial entre la autonomía del paciente y la sustitución de su decisión en materia de salud mental**, esa área o sector de intersección en la que se sitúan las fases de agravamiento y pérdida progresiva de competencias de decisión para quienes dependiendo de su intensidad y afectación requieren un tratamiento farmacológico y medicación antipsicótica continuada, desde el momento que ello pudiera modificar el pronóstico, paliar o evitar que se asienta la enfermedad.

**B) Demasiadas incertidumbres sobre las expectativas del proceso, condicionada por un importante componente, el pedagógico, además del sociológico.**

Son demasiados los interrogantes, a los que muchas veces la ley no da respuesta y están en torno a las personas presuntamente incapaces, y las familias de los enfermos de Alzheimer no son una excepción, que sin ánimo de ser exhaustivos, citamos algunas preguntas de ese colectivo de afectados<sup>26</sup>:

- Incapacitación de hecho y de derecho. ¿Quién la otorga? ¿Basándose en que criterios se incapacita a alguien?

- Ingreso involuntario en una residencia geriátrica. ¿Es una necesidad imperiosa?

---

26 CLAVIJO JUANEDA, "Guía de buenas prácticas en los Juzgados de incapacitaciones: Excelencia en los procesos de incapacitación". Fundación AEQUITAS. Consejo General del Notariado, Madrid 1996. Págs. 4 a5.

- Directrices anticipadas y testamentos vitales. ¿Se deben respetar siempre?
- Decisiones subrogadas. ¿Quién debe tomarlas? ¿Quién controla la moralidad de dichas decisiones?
- Designación del tutor legal y responsabilidad moral del mismo. ¿Quién lo designa? ¿Es necesaria siempre la figura del tutor? ¿Se puede imponer?
- Intimidad y privacidad. ¿Es un derecho absoluto? ¿Qué límites o excepciones tiene?
- Abuso y maltrato. ¿Qué tipo de injusticias se producen con estos enfermos?
- Principio de autonomía y consentimiento informado. ¿Hasta donde son autónomos? ¿Cómo se lleva a cabo un consentimiento informado válido?
- Relaciones sexuales: abuso e instrumentalización del enfermo.
- Despido laboral: ¿Puede ser la enfermedad de Alzheimer un criterio de exclusión y despido?
- Derecho a conducir automóviles. ¿Es lícito poner en peligro la vida del enfermo y la de otras personas? ¿Cómo negarles este derecho?
- Problemas clínico-asistenciales:
  - Utilización de restricciones físicas.
  - Utilización de sondajes nasogástricos.
  - Cuidados del anciano incontinente.
  - Intensidad del tratamiento médico (*encarnizamiento*).
  - Sobreutilización de fármacos.
  - Cuidados en la fase terminal de la enfermedad.
- Deberes y obligaciones de la familia. Deber de alimentos, sí, pero ¿y deber de dar cariño? ¿Hasta donde tienen responsabilidad moral los hijos?
- Papel de la sociedad y del Estado. ¿Qué corresponsabilidad debe jugar el Estado?
- Vivir y morir con dignidad. ¿Cómo lograr una buena calidad de vida y una buena calidad de muerte en estas personas? ¿Es posible hablar de dignidad en las demencias?

La problemática diversa que encierra este tipo de demencia exige medidas de intervención muy heterogéneas, en las que hay que atender los aspectos bioéticos y jurídicos, que implican a la sociedad civil y a múltiples profesionales de la salud y del derecho.

La idea que debe presidir toda la actividad institucional es ofrecer información útil y comprensible sobre todas esas cuestiones que aparentemente son ajenas a la medicina, pero que pueden mejorar la comunicación del médico con el paciente, con la familia, con los demás profesionales y con la sociedad en general.

Esa es la pedagogía a la que nos referimos, donde son los profesionales que tratan directamente con los enfermos y sus familias, con esa tremenda angustia, quienes han de adelantarse a los acontecimientos, si bien con una formación adecuada, por supuesto.

Se deber reclamar la necesidad de normalizar todos los elementos informativos que deben figurar en la historia clínica, introduciendo en ella los aspectos jurídicos y legales que puedan ser de interés para el paciente, el grupo familiar y los profesionales que intervienen, siendo éste un debate abierto de gran trascendencia<sup>27</sup>.

### C) La razón de ser del proceso de incapacidad.

El objeto del procedimiento de incapacidad es bastante simple<sup>28</sup>, puesto que descansa en la idea de dar la respuesta más idónea de aquellos capaces que a consecuencia de cualquier limitación física o psíquica, se vean mermados en sus facultades decisorias, limitando o anulando su autogobierno, revelando, en definitiva, la necesidad de poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en la norma cuando por esas circunstancias concurrentes pudieran verse considerados formalmente como incapaces, grupo éste caracterizado por dos notas fundamentales:

1º. Que su incapacidad no se produce, habitualmente, salvo casos traumáticos, en un instante. El menor se convierte en mayor de edad al sonar las doce campanadas del día en que cumple dieciocho años. El mayor capaz va convirtiéndose en incapaz poco a poco, gradualmente.

2º. Que han sido capaces alguna vez, y en tal época de lucidez han podido ejercer su autonomía de la voluntad, asentada en su libertad, que la Ley le otorga, previendo incluso lo que quieren que se haga con ellos cuando lleguen momentos, si llegan, de falta de capacidad.

Nos hallamos ante un sencillo procedimiento civil, y a la vez emotivo, donde prima las amplias competencias y directa actuación del juzgador de instancia, en donde como ya aprobamos antes no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada, y en esa garantista tramitación surgen una peculiar casuística en que pareciéndose muchas veces los procedimientos, al final, cada uno es distinto.

La capacidad jurídica se presume, en los términos que proclama el artículo 12 de la Convención o el mismo artículo 34 CF, de tal forma aparece así como principio básico, siendo quizás el gran avance desde 1983, el imperativo legal de dar **audiencia al afectado**, plasmado en la necesidad de ser oído, la opción de personarse en las actuaciones con abogado y procurador, proponer las pruebas que estime pertinentes y oponerse a cuantas decisiones se adopten.

En esa línea de protección, de **manera obligatoria** esa persona aquejada de una enfermedad mental **será examinada directa y personalmente por el juez y un facultativo independiente, el Médico Forense**, que según el sentido propio de ese trámite impone el inquirir, investigar o escudriñar con diligencia y

<sup>27</sup> BOADA ROVIRA y ROBLES BAYÓN «DOCUMENTO SITGES 2009»: "Análisis y reflexiones sobre la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia", Editorial Glosa, Barcelona, Págs. 11 a 13.

<sup>28</sup> Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", como Texto Re fundido de las Leyes civiles aragonesas, publicado en Boletín Oficial de Aragón (BOA) núm. 63 de 29 de Marzo de 2011 y vigente desde 23 de Abril de 2011, en su Título I, Capítulo II "Incapacidad e incapacitación".

cuidado del paciente sometido al proceso como demandado, actuación ésta que no puede calificarse propiamente de reconocimiento judicial que configura con carácter general el artículo 353 LEC, sino que se trata de una prueba directa, legal autónoma y obligada, que junto con las que se refiere el artículo 759 de dicha ley adjetiva y las que luego suministran las partes compongan el material probatorio suficiente para pronunciar la decisión judicial que, en el ámbito civil, se presenta como una de las más trascendentes, y que una vez constatada la situación de incapacidad revela la necesidad de poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en la vigente legislación, pues ésa y no otra es la finalidad de la incapacitación, la protección de la persona que no se halla en condiciones físicas o psíquicas para protegerse a sí misma.

Nuestra actual legislación regula un especial y amplio marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la mejor toma de decisiones a favor del incapaz. Ya no se trata de hacer un genérico traje a medida de la persona con discapacidad, sino de confeccionarlo concreto, el que procediera.

Se trata de fijar lo que la doctrina más moderna de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo viene calificando de un traje o **trajes a medida**<sup>29</sup>, y esa es la gran aspiración del sistema judicial.

#### **D) La trascendente actuación del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos.**

En todo este entramado referido al estado civil de las personas desvalidas o en riesgo de serlo destaca la función constitucional del Ministerio Fiscal, destacando que su intervención excede del ámbito puramente personal y privado, en detrimento del principio dispositivo, propio de nuestro sistema procesal civil.

La actuación de esta institución queda doblemente proyectada, siempre como parte plena, desplegando su ejercicio *ex Constitutione* a la defensa de la legalidad y del interés público<sup>30</sup>, teniendo la iniciativa y potestad de investigar de oficio o

---

29 SSTS, su Sala 1ª, de fechas 20 de abril 2009, 1 de julio 2014, 13 de mayo y 20 de octubre de 2015, o 3 de junio de 2016, FJ 3º, por la que toda esta actividad judicial desplegada al efecto "... precisa de un conocimiento de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones...". E insiste tal jurisprudencia, que "...para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones ...".

30 Circular de la FGE núm. 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, ya que es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en virtud de lo dispuesto en el artículo 124.1 de la Constitución Española de 1.978 en relación con los artículos 1 y 3.6 y 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y el artículo 757.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

a instancia de cualquier persona, antes incluso de iniciado un proceso judicial y luego controlando y vigilando todas y cada una de las actuaciones en que se encuentre un menor o persona desvalida.

La intervención del Fiscal en el orden jurisdiccional civil es una necesidad impuesta, no ya por razones históricas, sino por la propia delimitación constitucional de sus funciones, en defensa de la legalidad, con independencia de su objeto justo en esta materia sobre la modificación de la capacidad de las personas, actuando tanto como actor, como demandado, y de no comparecer el interesado, incluso como defensor judicial del mismo, ofreciendo como peculiaridad que puede y debe actuar en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación de cara de quienes pudieran ser declarados incapaces y la inspección de cualquier clase en centros de internamiento psiquiátricos o geriátricos.

Con ese propósito en el periplo judicial, por imperativo legal, el Ministerio Fiscal es siempre parte del proceso, no solo para determinar si procede o no modificar la capacidad de una persona, y en su caso qué alcance debe tener esa modificación y qué medida fuera menester para el mejor sistema de protección o de apoyo, sino de sus amplias competencias sobre el control y vigilancia de las tutelas o curatelas de las personas discapaces.

Normalmente este “conocimiento” llega al Fiscal a través de las comunicaciones realizadas por los centros en donde se hallan internadas (*que suelen ser obligatorias conforme a las legislaciones autonómicas*), organismos públicos como la Seguridad Social, los informes emitidos por los profesionales de las redes de asistencia social dependientes de Ayuntamientos o Diputaciones Provinciales, así como por los familiares, vecinos o conocidos del presunto incapaz.

Recibida la noticia por parte del Fiscal, se inicia una fase que se podría llamar de “instrucción” y que en la práctica diaria se suele denominar “*diligencias informativas previas a la interposición de la demanda*”, por cuanto consisten en recabar toda la información necesaria para poder determinar si procede o no interponer demanda de incapacitación, y en su caso, poder promoverla adecuadamente<sup>31</sup>.

En esa actividad fiscalizadora el Ministerio Fiscal viene tomando en consideración una serie de **circunstancias básicas y condicionantes para cada supuesto**; a saber, conocer cuáles son las condiciones de vida y actividades que puede hacer la persona afectada por el procedimiento; qué necesita realmente esa persona para poder ejercer con la máxima plenitud posible, su capacidad jurídica; en qué va a beneficiar realmente la sentencia que se dicte a sus condiciones de vida, debiendo tenerse en cuenta finalmente, que todas las personas tenemos diversas habilidades funcionales, que afectan a diversas esferas de la vida.

El Ministerio Público<sup>32</sup> en su demanda inicial, y de no ser promotor del proceso, entonces como defensor judicial, solicita del perito judicial la información

31 GANZENMÜLLER ROIG. “Modificación de la capacidad e n el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la tutela, curatela y un sistema de apoyos flexibles”. CGPJ 2016, Curso “Protección a las personas con discapacidad a luz de la Convención de la ONU de 20 06”.

32 Circular núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria; Instrucción núm. 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de

precisa para obtener la fundamentación individualizada, ese traje a medida, para configurar de la respuesta más adecuada, cuyos datos versan sobre los siguientes aspectos:

a) Habilidades funcionales de la vida cotidiana, es decir actividades que puede hacer una persona a diario: vestirse, asearse, usar medios de comunicación, cocinar, limpiar etc.;

b) Habilidades de índole patrimonial, es decir todas aquellas actividades relacionadas con su patrimonio; control de cuentas bancarias, manejo del dinero de bolsillo, realización de contratos, prestamos etc.;

c) Habilidades de índole sanitario, es decir posibilidad de tomar decisiones en relación a tratamiento médicos quirúrgicos, farmacológicos, rehabilitadores etc.

d) Habilidades de índole social, es decir si puede deambular sola por la calle, usar medios de transporte público, decidir sobre su lugar de residencia etc.

Es por ello que valorando todas las circunstancias, la sentencia que se dicte en su día, a modo de vestido único para esa persona, tendrá que ajustarse a sus necesidades, de tal forma que la incapacidad que se pida y luego se conceda, en su caso se acomode perfectamente solo y exclusivamente a ella, en cuanto que, cada discapaz, necesita su especial medida de protección.

En todo caso, las diligencias informativas se archivarán desde el mismo momento en que se inicia el procedimiento judicial, así como también en el supuesto de que no proceda interponer demanda de incapacitación, según las investigaciones realizadas por el Ministerio Fiscal aún cuando se acuerde reaperturarlas si las circunstancias se modifican, y sin perjuicio de comunicar la decisión a quienes resulten ser familiares legitimados, para que puedan interponer la correspondiente demanda si lo estiman procedente.

Supuestos distintos son aquellos en los que el Ministerio Fiscal toma la iniciativa no ya para promover la demanda sino la adopción de medidas cautelares, una vez que por conducto de órganos judiciales, sanitarios o servicios sociales, se ponen de manifiesto situaciones que propician una rápida actuación sobre personas con signos de evidente riesgo de su salud, a veces también por sospecha de exclusión social, ya fuera por la reiteración de ingresos puntuales en un módulo de agudos de cualquier servicio hospitalario de psiquiatría, ya por la condena y cumplimiento de una o varias medidas de seguridad de tratamiento ambulatorio o internamiento en centro psiquiátrico penitenciario, al habersele apreciado una eximente completa o no de enajenación mental en un proceso penal.

Por último, merece la pena reseñar que por algunas fiscalías, en determinadas casos, con gran crispación de las familias y con la negativa de ellas mismas, se promueven indiscriminadas demandas sobre personas muy enfermas, sin duda, pero en un contexto de gran orden en todos los aspectos (*afectivos, atenciones y autocontrol patrimonial*), incluso de acorde con un sistema preventivo de voluntades

---

las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.; o Instrucción núm. 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas.

con idea de permanencia para supuestos más allá de que hubiera una declaración que modificara su capacidad, a veces, por el simple hecho de estar ingresado el afectado por la demencia de manera permanente en un geriátrico.

Y es que en estos casos parte de la desconfianza hacia la familia, tal vez por que el anterior sistema de «*tutela familiar*» había entrado en crisis, como hoy, la familia sólo se preocupaba de constituir la tutela..., cuando hacía falta, más por interés de la propia familia que por interés del incapaz. Y pasa de forma radical a la «*tutela judicial*», pensando que el Juez defenderá al incapaz mejor que su familia nombrando luego a uno de sus miembros, o de carecer de ellos a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos u otra Fundación de prestigio en la Comunidad Autónoma, sobre todo, en supuestos de conflicto de familia, desbordamiento, situación de desprotección o incumplimiento imposible o inadecuado de deberes<sup>33</sup>.

#### E) La apuesta del proceso civil resulta insatisfactoria.

Con carácter general, el artículo 38 CF establece que **nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial**, lo que, añadimos, tendrá lugar tras seguirse el proceso especial sobre capacidad regulado en los artículos 748 a 763 LEC, cuyo inicio queda sometido a la iniciativa de las personas que se encuentran legitimadas para promoverlo cuales son (*salvo el supuesto de los menores*) el cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el Ministerio Fiscal y el propio interesado.

Tal declaración judicial tiene una doble incidencia: De una parte, exige determinar si la necesidad de protección acreditada requiere un régimen de asistencia o un régimen de representación o sustitución; Y, de otra, una vez determinado el régimen, la esfera de actuación, personal y patrimonial, en la que se precisa la asistencia o representación.

En ambos casos, se exige una clara correlación entre la prueba practicada y la determinación judicial, cuando para alcanzar su plena convicción entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante, y hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya reconocido directamente sus facultades cognitivas y volitivas (*superando las preguntas estereotipadas*), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona<sup>34</sup>.

Y ello siempre que sean causas de incapacitación, es decir, enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma<sup>35</sup>.

33 LEGERÉN MOLINA, "La tutela del incapaz ejercida por la Entidad Pública; estudio del artículo 293.3 del Código Civil", Fundación AEQUITAS, Madrid 2012. Págs. 184 a 202.

34 GUILARTE MARTIN-CALERO, CGPJ 2016, "CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR: EL SISTEMA ESPAÑOL A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK". Curso "Protección a las personas con discapacidad a luz de la Convención de la ONU de 2006".

35 SAP de Teruel núm. 133/2013, de fecha 27 de septiembre, que recoge la doctrina del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

Esos motivos están concebidas en nuestro derecho foral como abiertas, de modo que no existe una lista, sino que para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) siendo lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno, tanto sea permanente como oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma.

En definitiva, y conforme a dicha doctrina jurisprudencial, es necesaria para la declaración judicial de incapacidad la concurrencia de los siguientes requisitos<sup>36</sup>:

1º/ La existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, en los términos anteriormente referidos;

2º/ Que dicha enfermedad o deficiencia sea persistente;

Y, 3º/ Que, a consecuencia de tales padecimientos, resulte el sujeto incapaz de defender sus propios intereses o, gobernarse por sí mismo, si bien tal expresión no ha de entenderse sólo en el sentido de una ineptitud total o absoluta, bastando al efecto que la enfermedad o deficiencia implique una importante y efectiva merma en la capacidad autogobierno.

Pero esa fórmula judicial no es obligatoria, porque a tenor de lo previsto en el 38.2 CF, al igual que el artículo 200 CC, la definición jurídica de la incapacidad, sólo se aplica cuando las causas de incapacitación afecten al «efectivo» autogobierno de esa persona, entendido y relacionado de acuerdo con su vida, su entorno social y familiar, relaciones e intereses económicos, lo que deja abierta otras vías, sea constante o permanente la enfermedad, o bien esporádica, cuando las fases cíclicas o críticas de la misma produzcan consecuencias susceptibles de actuación.

Hay una gran parte de personas mayores en la que se dan supuestos de una causa «clínica» incapacitante, pero que no le afecta a su autogobierno de forma efectiva, así es el caso por ejemplo, de la persona enferma de Alzheimer que hace tiempo que se encuentra ingresada en una residencia totalmente sufragada por su pensión, y adecuadamente cuidada, tanto residencial como médicamente, o cuando esa misma persona está al cuidado de su familiares.

En estos casos la declaración de incapacidad es inocua, excepto en aquello que efectivamente sea necesario. Ello supone, de entrada, que se debe determinar caso por caso si procede o no la declaración de incapacidad, aunque esto suponga que en supuestos de personas con la misma patología, en unos se deba proceder a la declaración de incapacidad y en cambio en otros no<sup>37</sup>.

Y es que esa vía debe guiarse por **otros principios que le son propios**: la **necesidad** (*actuación pública cuando las circunstancias fácticas, físicas y psíquicas, del sujeto lo demanden*), la **subsidiariedad** (*adopción de medidas de protección pública cuando no sean suficientes o adecuadas las medidas adoptadas privadamente para la protección de la persona vulnerable*) y la **proporcionalidad** (*adecuación de la medida a las circunstancias personales de la persona y revisión periódica de la medida para comprobar si se sigue acomodando a aquéllas*).

<sup>36</sup> SSAP de Zaragoza, su Sección 2ª, de fecha 20 de marzo de 2014, 17 de marzo de 2015 o 20 de septiembre de 2016.

<sup>37</sup> PUIGGALÍ TORRENTÓ, "Dignificación de la vejez con incapacidad en la sociedad actual", CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación 60-2008, Págs. 4 a 5.

No siempre es precisa esa formal declaración, de tal manera esas causas que la condicionan tampoco actúan como requisitos *sine qua non*, como ocurre en los internamientos involuntarios por trastornos psiquiátricos, la adopción de medidas cautelares en situaciones urgentes, la admisión de escenarios especiales de guarda de hecho, la gestión negocios ajenos, el reconocimiento de determinadas víctimas de ilícitos penales, incluso a la hora de aplicar para responsables criminales de eximentes por enajenación mental.

En esa tesitura, este tipo de juicio verbal especial, por las razones que venimos exponiendo debe desplegarse como una herramienta subsidiaria, sin complejos, asumiendo lo que existe más allá de los despachos y salas de vista.

Y es que, hoy por hoy, hablar de un proceso civil de incapacitación, a cualquier ciudadano, no digamos si tiene a un familiar susceptible de serlo, provoca incertidumbre y bastante desasosiego, y es ahí donde proclamo que falta pedagogía y los operadores jurídicos somos los responsables.

El actual sistema judicial en este partido judicial, y el de Zaragoza, se encuentra bloqueado, insuficiente para responder a las expectativas que espera de ella la población aragonesa, entre otras razones por el gran número de asuntos que asume –*cercano a los 2000 procedimientos nuevos al año y con 2300 tutelas en trámite, con mayor pendencia que cualquiera de los 5 Juzgados de Incapacidades de Madrid, los 3 de Barcelona o los 2 de Valencia*– y el hecho incontestable que la pendencia de un proceso tiene una duración de año y medio, una barbaridad.

La fuerte carga que soportan las familias al promover la demanda directamente o a través de la Fiscalía de Incapacidades, de manera habitual en la última etapa de la enfermedad de Alzheimer, conlleva que la declaración de incapacidad sea declarada como total y con carácter permanente en el 90%.

Esa razón provoca esa desazón entre los parientes, puesto que en las fases anteriores a la enfermedad no se contempla por regla general esta instancia judicial, así estos afectados llegan agotados y desencantados del sistema legal ideado, que para mayor abundamiento, salvo supuestos de conflictos de intereses personales o patrimoniales entre ellos, la tutela se les antoja innecesaria o simplemente incómoda.

Y tampoco sirva como justificación que el resto de las Administraciones tenga abandonado a este colectivo, y ello queda palpable en el último informe del primer semestre de 2016 del Observatorio Estatal de la Dependencia, cuando denuncia un incremento de las diferencias territoriales, siendo Aragón una de las comunidades con «*más dificultades*»<sup>38</sup>.

A pesar de las mejoras, insisten en que el actual incremento de personas atendidas en el último año «*es claramente insuficiente*», cuantificando unas tremendas cifras, como la que un total de 13.994 aragoneses están en el llamado «*limbo de la dependencia*», es decir, un 42% de las personas dependientes en Aragón no reciben prestación ni servicio alguno pese a estar en lista de espera con el derecho reconocido.

---

38 XVI dictamen del Observatorio Estatal de la Dependencia de la Asociación de Directoras y Gerentes en Servicios Sociales, primer semestre 2016, <http://www.directoressociales.com/images/documentos/dictamenes>

Adelantando la conclusión de este estudio, se puede afirmar sin paliativos que esta apuesta civil ideada resulta insatisfactoria para los enfermos de Alzheimer con un entorno normalizado.

#### **F) El vigente sistema de incapacidad en Aragón y los factores que delimitan su práctica diaria.**

Se puede afirmar que no existe especialidad reseñable alguna en este ámbito procesal que marque una diferencia con el resto del Estado, aunque parezca lo contrario, no solo en la siempre compleja interpretación de las normas<sup>39</sup>, sino en su efectiva aplicación, viéndose condicionada por muchos factores, como es la dedicación exclusiva o no de los órganos judiciales encargados de esa función, la misma predisposición personal de los operadores jurídicos, los recursos personales y materiales, el número de habitantes o la dispersión geográfica.

La situación real en el partido judicial Zaragoza, es que tan solo existe un solo Juzgado civil especializado en esta materia, llevando aparejadas dos competencias consustanciales a la incapacitación que alteran el normal funcionamiento en que se inspiran los procesos, en concreto, los principios de inmediación, oficialidad y de protección al presunto incapaz o la persona privada de su libertad por razones de un trastorno psicótico:

A/ Las tutelas/curatelas, donde además las peculiaridades de índole procesal existen otro tipo de componentes que influyen directamente en el ejercicio jurisdiccional que el es propio, primando la inmediación del Juez y las amplias facultades que le otorga el legislador a tal fin, está para el tema de las salidas para realizar esos preceptivos reconocimientos dentro y fuera del Juzgado para llevar a cabo el examen del presunto incapaz, junto con el perito judicial.

Y, B/ La otra competencia de los internamientos psiquiátricos forzosos e incluso geriátricos, de carácter urgente, con una actuación no más allá de las preceptivas 72 horas desde que se tuviera conocimiento de cualquier ingreso de carácter involuntario, de cara a ratificar o no tal decisión médica.

Ambas actuaciones que se ven fuertemente condicionadas por la extensión geográfica de su territorio, 5437,78 km<sup>2</sup>, frente a los de Madrid, con 605,77 Km<sup>2</sup> (donde hay 5 Juzgados especializados), Barcelona, con 98,21 Km<sup>2</sup> (con 3), o Valencia (con 2), con 134,63 Km<sup>2</sup>.

Y si los anteriores datos no pareciera devastador, sirva de ejemplo otra circunstancia a esa extensión geográfica, que no es otra que la dispersión demográfica, ya que aun admitiendo la diferencia con esas grandes ciudades con más población; como son: Madrid, con 3.265.038 habitantes, Barcelona, con 1.615.448, Sevilla, con 994.087, o Valencia, con 798.033 habitantes frente a Zaragoza, con 798.092 habitantes<sup>40</sup>, resultando que en los **últimos diez años se incrementaron**

<sup>39</sup> Artículo 3.1 del Código Civil "1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."

<sup>40</sup> Partido Judicial de Zaragoza, lo componen 66 municipios: Alagón, Alcalá de Ebro, Alfajarín, Almochuel, Almonacid de la Cuba, Azuara, Bárboles, Belchite, Boquiñeni, Botorrita, El Burgo de Ebro, Cabañas de Ebro, Cadrete, Codo, Cuarte de Huerva, Farlete, Figueruelas, Fuendetodos, Fuentes de Ebro, Gallur, Gelsa, Grisén, Herrera de los Navarros, Jaulín,

en más de 100 el número de residencias de la tercera edad, actualmente existen registradas unos 126 centros geriátricos en toda la provincia, de las que son 72 en la Capital<sup>41</sup>.

Para mayor abundamiento, el hecho anterior provoca grandes complicaciones, tanto para el ciudadano como para la propia Comisión Judicial, como son grandes desplazamientos desde la sede de la oficina judicial en Zaragoza, y a la inversa, desde los puntos más alejados, por ejemplo, a Herrera de Los Navarros 67 Km, a Mallén 58 Km, a Moyuela 82 Km, o a Gelsa 49 Km.

### **G) Los efectos de la declaración judicial de la incapacidad.**

Seamos realistas, dictada la sentencia que pone fin al procedimiento, mediante la declaración formal de incapacitación total o parcial del demandado y la consiguiente constitución de la institución tutelar que corresponda, la cuestión es que la ciudadanía percibe una agrídulce sensación, pues fuera de esas frases retóricas o estereotipadas no entiende nada, desde el momento que no encuentra esa respuesta a las expectativas que a priori le suscitaba tal procedimiento, y que pese a la simplicidad que transmite su regulación procesal entre los profesionales del derecho, ese verbal especial, en la práctica configura para los interesados un complejo derecho asistencial, difícil de aplicarlo.

Si confluye además que la persona del tutor con la del cuidador la situación es tremenda, llegándose a no explicar cómo que todo siga igual a nivel personal, en su relación directa para con el enfermo, donde el resto de niveles de asistencia propias del cargo solo le proporcionan más y más penosidad (*hacer inventario, rendir cuentas periódicamente o solicitar las preceptivas autorizaciones judiciales*); preguntándose si frente a tanto dolor y las obligaciones para con su pariente la burocracia consustancial a la tutela sirven para algo en el día a día.

La finalidad del objetivo de ese proceso en muchas ocasiones cae en la lógica preocupación de los parientes cuando se dan por hecho que conocen los efectos mismos de la sentencia, no ya la proclamación de incapacidad en sí misma, ni el nombramiento de quién ostentara la función tutelar, sino porque en el transcurso de los trámites ante la fiscalía y el juzgado nadie tratara o explicara aspectos de competencia relacionados con las decisiones que influyen en la propia salud (*incluida la participación en investigaciones*), en el patrimonio (*como transacciones económicas, otorgamiento de poderes y decisiones testamentarias*) o en la asunción de responsabilidades de la vida diaria, que en ocasiones afectan directamente a los intereses de otras personas.

Lo resuelto en este tipo de procesos se presenta para los afectados como sesgada, tras un largo camino llevado por el enfermo y su entorno, abocados a esos

---

La Joyosa, Lagata, Lécera, Leciñena, Letux, Longares, Luceni, Luesma, Magallón, Mallén, María de Huerva, Mediana de Aragón, Mezalocha, Monegrillo, Moneva, Moyuela, Mozota, Muel, Novillas, Nuez de Ebro, Osera de Ebro, Pastriz, Pedrola, Perdiguera, Pina de Ebro, Pinseque, Pleitas, Plenas, Puebla de Albortón, La Puebla de Alfindén, Quinto, Samper del Salz, San Mateo de Gállego, Sobradriel, Torres de Berrellén, Tosos, Utebo, Valmadrid, Villafranca de Ebro, Villamayor de Gállego, Villanueva de Gállego, Villanueva de Huerva, Villar de los Navarros, Zaragoza y Zuera.

<sup>41</sup> Portal de la tercera edad en Internet

<http://www.tercera-edad.org/residencias-tercera-edad.asp?en=Zaragoza&pr=Zaragoza>

terribles efectos, la *ventanilla giratoria*, cuando ya al final, por distintas razones, se judicializa su problema.

Estas notas exigen una constante graduación en el alcance de su capacidad o incapacidad, así como el respeto a su voluntad, tanto presente como previamente expresada, puesto que hoy ya existe la posibilidad de arreglar muchos de los problemas existentes mediante un ejercicio sensato de lo que llamamos «*autonomía de la voluntad*» o «*autocomposición de intereses*», acción que, en manos de juristas prácticos –notarios o abogados–, bien puede convertirse en otra fuente creadora del Derecho por el camino del uso social, antes o al margen del proceso civil contencioso de incapacitación.

El abanico de decisiones judiciales que cotidianamente se toman, muchas veces sobreponiéndose, se sustentan no tanto en las varias patologías en sí, distintas a las anteriores, a veces de claridad meridiana, sino en aquellas referidas a la designación de a quiénes les corresponden los cargos tutelares, muchas veces en un contexto que aún no se dispone de la documentación que permite conocer la situación real o actualizada en las áreas social, económica y patrimonial.

Es más, estos expedientes permanecen abiertos durante toda la vida de la persona tutelada, salvo la anhelada restitución de su capacidad, complicado con los enfermos de Alzheimer, la remoción del cargo de tutor o el mismo fallecimiento del incapaz.

Pero detrás de ese sencillo y frío procedimiento judicial, hay personas, familias enteras que padecen las consecuencias de esa traumática patología y es ahí, justamente, donde se pretende hacer una incidencia en aras de mejorar el sistema previsto al efecto, la búsqueda de la toma de conocimiento de las personas frágiles que necesitan de estos apoyos.

#### **H) La imperfección del sistema judicial, demasiada formalidad en casos de normalidad.**

La **actual regulación aragonesa** (*igual que la estatal*) sobre la modificación o no de la capacidad, en su diaria aplicación, se muestra como **obsoleta, impersonal y, para colmo, lenta**, donde la obtención de una sentencia favorable o no, y el consiguiente nombramiento de tutor/curador, en el mejor de los casos, no va más allá de unos cánones sobre el que será el control y vigilancia meramente formal y puntual de jueces y fiscales, pero nunca sobre la enfermedad en sí misma, que tanto atormenta; la mayoría de los casos siquiera se pregunta más allá de genéricas circunstancias de la evolución del ámbito estrictamente sanitario o del propio internamiento, y en los últimos tiempos sobre el voto de manera mecánica.

El acudir a un procedimiento de incapacitación en estos casos sólo debe hacerse cuando sea estrictamente necesario, y en **última instancia**, debiéndose implicar en ello, tanto a las autoridades sanitarias o sociales que lo tratan, como a su habitual entorno social (*vecinos, farmacia, supermercado, banco, estanco, etc.*), y todo mediante **campañas de sensibilización** entre la sociedad para que se impliquen con una actitud crítica para defenderlos de potenciales riesgos y abusos de terceros, e incluso de parientes sin escrúpulos.

Porque a priori no tratamos con un grupo socioeconómicamente homogéneo, por tanto, debe estarse alerta y escudriñar si sobre ese frágil colectivo, normalmente de personas mayores, precisamente por parte de su entorno, no descartando el familiar, afronta intensas dificultades, problemas y abusos precisamente por su alta vulnerabilidad.

La cuestión es **preservar mecanismos de vigilancia y control**, sobre la base de recopilar información suficiente sobre los enfermos de Alzheimer, y el círculo en que desarrolla la vida cotidiana, mostrando una descripción detallada del perfil del paciente, y la situación familiar, sanitaria y económica en que se halla.

Solo a partir de ahí, de apreciar normalidad, es donde debe apoyarse la cuestión de **la desjudicialización, sobre la base de un principio de oportunidad**, toda vez que estando cuidado el enfermo por la familia, en su propio domicilio, en casa de algún pariente o ingresado en una residencia el grado de intervención institucional debe ser el mínimo o nulo.

El procedimiento de la declaración de incapacidad debe reportar «*siempre*» un beneficio a quien va dirigida, de lo contrario no procede, e incluso podría provocar un efecto perverso.

Se debe rehuir a la facilidad de buscar una incapacidad total a modo de una prevención futura o de conveniencia para la residencia o incluso para la familia pues se vulnerarían los dos principios esgrimidos de autonomía y dignidad.

Hay que buscar la proporcionalidad en la restricción de los derechos que tiene todo ciudadano así como una necesidad que justifique la declaración de incapacidad o internamiento para el presunto incapaz o a quien se le aplique un internamiento, siempre en su propio beneficio y con un tipo de protección que debe centrarse exclusivamente en aquellos aspectos en los que se precise tal actuación. Garantizar estos extremos es competencia de todos pero de modo especial en la de Jueces y Magistrados y el Ministerio Fiscal, como máximos garantes de lo prevenido en los artículos 24, 49 y 124 de la Constitución Española de 1978.

No obstante, esa situación ha pretendido cambiar el escenario a través del principio de intermediación, con la **nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria** (*en adelante LJV*) muy loable, pero insuficiente desde el momento que esa conexión personal con los afectados en la práctica provoca incluso, no ya más colapso para la oficina judicial, sino un **despropósito para los propios interesados**, a la hora de convocarlos a una serie interminable de sucesivas comparecencias, **exasperando los aspectos patrimoniales y olvidando completamente los aspectos personales**<sup>42</sup>.

Esta norma procesal conlleva un notable incremento de las exigencias burocráticas de tutores, curadores, defensores judiciales o guardadores de hecho, con multiplicación de trámites y exigencia de celebración de «*comparecencia*» para el examen de la mayor parte de las cuestiones, y si pareciera una exageración

---

42 SANTOS URBANEJA. Responsable de la Sección de Protección de Personas con Discapacidad de la Fiscalía Provincial de Córdoba. Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental, "El tratamiento de la discapacidad en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria", SEPIN, junio 2016 Referencia: SP/DOCT/19838.

extraigamos de ese texto las diligencias que deberán practicarse en la sala de vistas del Juzgado y que son:

- Nombramiento de defensor judicial (artículo 30 LJV).
- Nombramiento de tutor o curador (artículo 45 LJV).
- Formación de inventario, con posibilidad de remisión a juicio verbal en caso de controversia (artículo 47 LJV).
- Remoción de tutor o curador, haciéndose contencioso el expediente en caso de oposición (artículo 49 LJV).
- Excusa (artículo 50 LJV).
- Rendición de cuentas (artículo 51 LJV).
- Actos de disposición o gravamen sobre bienes o derechos de las personas con discapacidad (artículo 64 LJV).
- Protección del patrimonio de personas con discapacidad (artículo 58 LJV).
- Expediente en caso de oposición del Ministerio Fiscal al consentimiento prestado por el representante legal de persona con discapacidad previsto en la de la Ley Orgánica núm. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen (artículo 60 LJV).
- Adopción de medidas de protección respecto de personas con discapacidad previstas en el artículo 158 CC (artículo 87 LJV).

Todo resulta un despropósito, un exceso, obligando no solo al tutor, al afectado, a todos sus parientes y al Ministerio Fiscal acudir de nuevo al Juzgado una y otra vez, al menos anualmente, a ello hay que añadir el incremento de gastos que supone la norma de contar con Letrado y Procurador en determinados supuestos, no solo cuando sea requerido por la Ley (artículo 3.2 LJV), sino siempre que se formule oposición en el expediente (artículo 3.2, in fine LJV), para la interposición de recursos de revisión o apelación (artículo 3.2, in fine LJV), en el expediente de remoción (artículo 43.3 LJV) y para la autorización de disposición o gravamen cuando el valor supere los 6.000 euros (artículo 62.3 LJV)

Tal situación es de claramente imperfecta desde el momento que las garantías que ofrece el proceso civil para quienes atienden con total normalidad a estos enfermos de Alzheimer, salvo casos de conflictividad entre los parientes o administración compleja de patrimonios familiares, en ocasiones, no les aporta nada más que incomodidades; de ahí que para cientos de familias aragonesas ese control resulta excesivo.

Lo anterior da pie a **cuestionarse si el sistema que existe en la actualidad comporta la mejor fórmula para salvaguardar y proteger a estos enfermos mentales** mediante esos lentos y descoordinados mecanismos de decisión, asistencia y fiscalización, es decir, el previsto en nuestro vigente Código del Derecho Foral de Aragón, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y resto de leyes.

Como mantienen muchos autores, como el notario Segura Zurbano<sup>43</sup>, un ejemplo paradigmático de la *«desacomodación entre la realidad fáctica y la normativa lo constituye el de la tutela jurídica de quienes carecen de aptitud para su autogobierno»* es el hecho de haberse configurado todo el trámite de la incapacitación, hasta fecha reciente exclusivamente como un proceso contencioso e inquisitorio, sigue diciendo, hace que *«los parientes llamados a promover la incapacitación de quien carece de aptitud de autogobierno, se ven y seguirán viéndose abocados a dirigir una demanda contra su familiar y a seguir un proceso contencioso y contradictorio, que tiene por objeto restringir la capacidad de obrar del demandado, características que contribuyen poderosamente a que el proceso de incapacitación sea considerado como vejatorio, y explica la dificultad de convencer de lo contrario»*. En definitiva, como remacha, en la práctica *«la tutela sólo se constituye (...) cuando ha de realizarse alguno de los actos que el Código Civil somete a autorización judicial»*, y mientras no surge tal necesidad *«la atención y el cuidado del incapaz se siguen realizando por los padres y, faltando éstos, por los hermanos e incluso por los propios hijos del incapaz en los supuestos de demencias seniles, y estos parientes actúan en la práctica como una especie de Consejo de Familia de hecho, pero sin el amparo que a su actuación otorgaba el régimen anterior»*.

Así pues, hoy en día en Aragón esa familia actúa como guardadora de hecho, no empleando como debiera esa otra institución tan invocada y regulada, la Junta de Parientes, pero sin la menor trascendencia en nuestra sociedad por distintas razones (*falta de labor pedagógica de sus funciones o nuevas concepciones de familias*), capaz de configurar una alternativa al Juzgado.

Tan patente es este **rechazo sociológico a la incapacitación** de una persona que la propia LEC posibilita que *«...las autoridades y funcionarios públicos, que por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal»*, al igual que el último inciso del artículo 131.1 CF, sobre la promoción de la tutela ordinaria, al disponer taxativamente que *“...estarán obligados a promover la constitución de la tutela o curatela quienes soliciten la incapacitación de una persona. También, desde el momento en que conocieren el hecho que motiva la tutela,... la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y, si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados...”*, deber pues que es de carácter público, del que puede resultar responsabilidad cuando se incumple de manera dolosa o de manera negligente.

Pues bien, a pesar de ese imperativo legal de cara no ya a los meros guardadores de hecho sino a sus propios parientes o instituciones donde se encontrara internada o bien acudiera ésa regularmente (*centros de día o talleres terapéuticos/ ocupacionales*), la realidad desborda la ficción pues se constata lo siguiente:

- Aun cuando la Administración, en el ámbito de la Seguridad Social, *«no sólo conoce sino que reconoce y determina el grado de la invalidez que afecta a las personas*

43 SEGURA ZURBANO, CGPJ, “La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad”, Cuadernos de Derecho Judicial 20- 2005, Pág. 2

*que pretenden obtener la condición de beneficiarios»*, no acostumbra a trasladar tales datos al Ministerio Fiscal.

- Cuando un Tribunal, en cualquier orden jurisdiccional en el orden penal o en el orden laboral o social, aprecia la eximente de enajenación mental o declara la incapacidad permanente, ¿extrae las consecuencias civiles previstas en el artículo 753 citado?

- Cuando un Notario, requerido para autorizar un documento, sea un testamento, sea un poder, o sea de otro contenido cualquiera, deniega su intervención por considerar que el previsto otorgante no es capaz, e incluso es notoriamente incapaz, ¿lo comunica al Ministerio Fiscal?

Por mucho que se quiera explicar a la ciudadanía agobiada por este tipo de demencia lo que se desarrolla en la cotidiana actuación jurisdiccional, a través del proceso de incapacitación, y luego, en su caso, en esos expedientes de tutelas, en modo alguno permite obtener una serie de conclusiones que fueran lo suficientemente descriptivas como para sostener que con ello se avanza, siquiera se atenúan los efectos que se pretenden conseguir por mucho que se trate de explicar lo que está ocurriendo.

Con todo esta vía judicial no trata como debiera a los afectados y a sus familias, con esa dignidad y hasta con el consuelo que le merece lo que están pasando simplemente oyéndolas, dándoles consejos o simplemente apaciguándolas, en todos esos breves pero intensos minutos en los que se practican esas puntuales actuaciones, como es la preceptiva exploración del presunto incapaz realizada en sede judicial, residencial o su propio domicilio, o más tarde en el acto de la vista oral, en la denominada audiencia de parientes, y después en las rendiciones de cuentas u otras incidencias propias de la tutela, curatela o prórroga / rehabilitación de la autoridad familiar, lo que de nuevo da pie a **cuestionarse si el sistema que existe en la actualidad comporta la mejor fórmula para salvaguardar y proteger a estos enfermos mentales** mediante estos parsimoniosos y descoordinados mecanismos de decisión, asistencia y fiscalización.

En definitiva, la puesta en marcha la maquinaria judicial se antoja como un recurso *in extremis*, la cual se reitera que ha de ser subsidiaria, proporcional y, siempre, necesaria en caso de conflictividad, pero nunca de forma automática porque contradice tanto el principio *standum est chartae* proclamado en el artículo 108, como la efectividad de su delación voluntaria prevista para estos específicos casos en el artículo 109, ambos del CF, al disponer *“igualmente, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente podrá, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación”*, toda vez que su viabilidad, llegado el caso, puede motivadamente darse por extinguido por la autoridad judicial, *“...tanto al constituir la institución tutelar, como posteriormente a instancia del tutor o curador”*, en los términos que posibilita el artículo 114 CF.

## V. ALTERNATIVAS MÁS ALLÁ DE LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL SOBRE LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER EN ARAGÓN.

### A) Razones de buscar instrumentos jurídicos alternativos, el síndrome de las ventanillas giratorias.

Los sentimientos más generalizados de quienes han padecido el complejo perrillo judicial de la incapacidad son indistintamente los de agotamiento y perplejidad; resulta patética la realidad sobre el grado de satisfacción que ofrece el proceso en la práctica en las familias que padecen el triste peregrinaje por la Justicia.

Ante ello, se deben buscar alternativas, si bien los poderes públicos no puede mirar para otro lado, conformándose con este hastío, obligando a esos parientes a un sinfín de trámites, debido a ese **fuerte intervencionismo institucional**, que se convierte en esa clásica frase costumbrista del *“vuelva usted mañana”*, que tan bien reflejara LARRA, cuando criticara la pereza de los funcionarios españoles para cualquier asunto ante la Administración ya en el siglo XIX, y eso es lo que subyace de la triste burocracia creada al efecto, bajo el *“síndrome de las ventanillas giratorias”*, sin que ninguna autoridad pública tome las riendas y aplaque esa absurda **descoordinación para dilatar el adecuado sistema de ayudas**.

Hay que reconocerlo, existe vida más allá de los Juzgados, y no están sometidas a un proceso judicial de incapacidad todos los que estrictamente debieran, menos mal, pero si los que están, toda vez que de aplicarse a raja tabla lo que la vigente legislación exige simplemente tendríamos sometidos a cuestionar la modificación del grado de capacidad, por ejemplo, la de todo aquel mayor de setenta o setenta y cinco años.

Lo anterior queda en evidencia simplemente de las estadísticas oficiales<sup>44</sup>, cuando frente a las 20.000 personas reconocidas al día de la fecha, como dependientes en nuestro territorio, en los juzgados civiles especializados o no en incapacidad no llegan al diez por ciento los individuos<sup>45</sup>, es decir, las autoridades y la ciudadanía racionaliza o modula este recurso, empleándolo únicamente en casos puntuales de conflicto o desbordamientos de previsiones, salvo en casos notorios que por distintas circunstancias el Ministerio Fiscal actúa o debiera hacerlo de cara la protección integral o gradual de la persona que no se halla en condiciones, físicas o psíquicas, de protegerse a sí misma, de manera permanente.

En esa línea, ante la expectativa de tener que incapacitar a cientos de miles de personas de manera casi indiscriminada, solo porqué supere una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, o física o sensorial del 65%, del grado de discapacidad, por ejemplo, es bastante para pensar que habrá **otro modo de hacer las cosas** ante de someterlos a ese proceso judicial, teniéndolo siempre de manera

44 IMSERSO. La situación en Aragón a fecha 31 de octubre de 2016 de personas beneficiarias y prestaciones derivadas de la Ley de la Dependencia es de 20.146 del total de 856.452. [http://www.dependencia.imserso.gob.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/im\\_061364.pdf](http://www.dependencia.imserso.gob.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/im_061364.pdf)

45 EL HERALDO DE ARAGÓN del día 12 de agosto de 2016, Aragón atiende a 19.000 dependientes, un 14% más que hace un año. La DGA reconoce que la Comunidad está “mal” respecto al resto y lo achaca a que partía de una situación “muy complicada”. <http://www.heraldo.es/noticias/aragon/2016/08/12/aragon-atiende-000-dependientes-mas-que-hace-ano-1008879-300.html>

subsidiaria, de ahí que haya que establecer en la sociedad una cultura de prevención de la demencia en inicios, hasta de la misma vejez, y más cuando la edad biológica se alarga en el tiempo pero, en muchas ocasiones, con problemas para mantener plenamente la capacidad de obrar y de entendimiento, produciendo una situación incapacitante.

Utilizar, con todas la precauciones, los sistemas preventivos, como el dejar instrucciones precisas a los seres más allegados, el conferir poderes notariales, el establecer la auto-tutela, el buscar mecanismos de autosuficiencia financiera etc., pueden facilitar que ante una situación, en esta última etapa de la enfermedad, con evidente deterioro de la capacidad de discernimiento, no haga falta la declaración de incapacidad por no ser necesaria o, aun siéndolo, sea más fácil la constitución y funcionamiento del organismo tutelar derivado de la declaración de incapacidad por haber tenido la precaución de tomar medidas preventivas.

**B) La necesaria implantación de un nuevo sistema en las instituciones de guarda y protección en Aragón, de acorde con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.**

De todo lo visto hasta aquí podemos observar, por tanto, un panorama bastante inquietante, cuando la única salida de encajar sistemas de apoyo y protección es a través del procedimiento judicial de incapacidad para salvaguardar los derechos de las personas discapacitadas o susceptibles de serlo<sup>46</sup>.

Si una persona con capacidad modificable necesita asistencia y apoyo puntual para un acto o negocio de trascendencia jurídica, y la única manera de obtenerlo es a través de una institución que requiere que sea incapacitado, nos encontramos en las antípodas de los principios sentados por la Convención.

Abogamos pues para que en determinados supuestos se modifique la concepción de que la protección de una persona vulnerable y no se vincule, necesariamente, a los casos de falta de capacidad o incapacitación, sino que se haga uso de esos otros instrumentos de nuestro ordenamiento jurídico que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirva para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad.

Destaca por tanto la ruptura producida en el dogma de la incapacitación, donde ya no es necesario que ante una situación de merma de la capacidad jurídica la persona haya de ser conducida irremediablemente a un proceso judicial de pérdida de su capacidad civil.

Pues al igual de lo que ocurrió con la promulgación de la Constitución de 1978, la firma y ratificación por España de la Convención de la ONU de 2006 obliga a una reforma del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil españolas y, porqué no, la misma legislación foral civil aragonesa.

Como preludio de la Convención, ya mucho antes, a nivel internacional se dictó al respecto de esta materia la que hoy ya se considera un clásico acuerdo, la

---

46 CASTRO-GIRONA MARTINEZ y CABELLO DE ALBA JURADO, "Alternativas a la incapacitación", CGPJ 2016, Curso "Protección a las personas con discapacidad a luz de la Convención de la ONU de 2006".

**Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, adoptada el 23 de febrero de 1999**, sobre *“Los Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados”*, plenamente válido en nuestros días, la cual refleja claramente el *“principio de flexibilidad en la respuesta jurídica”* sobre las siguientes bases<sup>47</sup>:

*“1º.- Es necesario que las legislaciones nacionales prevean un marco legislativo suficientemente flexible para admitir varias respuestas jurídicas, correspondiendo a aquéllas definir la selección de los medios elegidos.*

*2º.- La legislación debe ofrecer medidas de protección u otros mecanismos jurídicos simples y poco onerosos.*

*Podrían consistir, entre otras, en confiar la gestión de fondos a la administración hospitalaria, en designar representantes con poderes estrictamente limitados por las autoridades administrativas según un procedimiento simple y poco costoso.*

*3º.- Deben arbitrarse medidas que no restrinjan necesariamente la capacidad jurídica de la persona en cuestión o a una intervención concreta, sin necesidad de designar un representante dotado de poderes permanentes.*

*Puede ser suficiente con la autorización por parte del mismo tribunal o de otro órgano de la intervención.*

*4º.- Convendría considerar medidas que obliguen al representante a actuar conjuntamente con el mayor y tenerlo en cuenta y así como medidas que prevean la designación de más de un representante.*

*5º.- Deberían incluirse entre las medidas de protección que, aquellas decisiones que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten a la salud o al bienestar, puedan ser tomadas en nombre del mayor incapacitado por personas cuyos poderes emanan de la ley, sin ser necesaria una medida judicial o administrativa.”*

Concluyendo con que *“...si la protección y la asistencia necesarias pueden ser garantizadas por la familia o terceros que intervengan en los asuntos del mayor incapacitado, no es necesario tomar medidas formales. Ahora bien, si las decisiones tomadas por un pariente o por una persona que intervenga en los asuntos del mayor incapacitado son reconocidas por la Ley, todo poder conferido o reconocido deberá ser cuidadosamente limitado, controlado y vigilado”*.

Visto este estado de cosas, como se viene abogando desde una fuerte apuesta de la Fundación AEQUITAS<sup>48</sup>, además de un sector mayoritario de la Sección de la Fiscalía de Incapacidades del Tribunal Supremo, y otras Fiscalías de Provinciales, como las de Valencia o Córdoba, avala ya por importantes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo<sup>49</sup>, son las siguientes:

<sup>47</sup> ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROSIQUIATRÍA: “Propuesta de Reforma de la legislación civil sobre protección de personas con discapacidad”

<http://www.notariosregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/reforma-de-la-legislacion-civil-en-proteccion-de-personas-con-discapacidad/>

<sup>48</sup> CASTRO-GIRONA MARTINEZ y CABELLO DE ALBA JURADO, “Alternativas a la incapacitación”, CGPJ 2016, Curso “Protección a las personas con discapacidad a luz de la Convención de la ONU de 2006”, páginas 14 a 17.

<sup>49</sup> SSTS, su Sala 1ª, de fechas 20 de abril 2009, 1 de julio 2014, 13 de mayo y 20 de octubre de 2015, o 3 de junio de 2016, doctrina ya citada.

1. Deben desvincularse de la previa incapacitación, la distinción entre capaces e incapaces está superada por la Convención, es decir, no puede negarse el ejercicio de la capacidad jurídica si no que, en vez de negar debemos partir de un punto de vista positivo: debe reconocerse el DERECHO a la provisión de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: podrían denominarse procedimientos de provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica.

2. El sistema de provisión de apoyos debe dotarse de la seguridad jurídica necesaria para que se garantice a las personas con discapacidad el derecho a ejercitar su capacidad y contratar con terceros, de modo que no queden fuera del mercado, por ello deben arbitrarse medidas judiciales y no judiciales con la intervención del concepto de «autoridad u órgano judicial» de la Convención para la determinación del sistema de apoyos.

3. El apoyo variará tanto por razón del sujeto, pues todos tenemos distinta capacidad mental, como por razón del objeto, es decir, en función del ejercicio del derecho de que se trate y de su repercusión para con los terceros, pues no es lo mismo comprar una entrada de cine que comprar una casa, el llamado conumente «traje a medida».

4. La finalidad del sistema de apoyos debe ser garantizar el ejercicio de los derechos y debe basarse en las preferencias y voluntad de la persona.

5. Para ello es preciso idear formas de protección aún más flexibles, temporales, revisables y voluntarias, tendentes más a las atenciones de la persona que a las del patrimonio y a ayudarle a tomar y realizar decisiones adecuadas más que a privarle de capacidad.

6. La supervisión por parte de una autoridad u órgano judicial debe proporcionar las salvaguardias adecuadas en una doble vertiente:

A) Positiva: en la determinación de los apoyos que garantice el respeto a los derechos, la voluntad, y preferencia de la persona.

B) Negativa: para evitar abusos mediante mecanismos de control: un régimen adecuado de control de los actos de las personas, físicas o jurídicas, encargados del «apoyo o asistencia en el ejercicio de la capacidad» de las personas con discapacidad. Tal régimen de control no tiene porqué ser siempre directo: puede establecerse simplemente la necesidad de ciertos consentimientos complementarios o de cierta asistencia técnica para aquellos casos en que la persona que ha instituido el mecanismo de protección no los ha previsto.

7. Es imprescindible la formación y especialización de todos los operadores jurídicos.

8. Los sistemas de determinación de apoyos deben concretarse con un régimen de publicidad de adecuado tanto para llevar un efectivo control de los mismos como para procurar el debido conocimiento por los terceros, a fin de hacer efectivo el respeto de los derechos de las personas con discapacidad y evitar la alegación de desconocimiento o ignorancia cuando se hayan perjudicado sus intereses.

9. Incrementar el régimen de responsabilidad de las personas e instituciones que ejerzan labores de apoyo, de manera especial, de los que ejercen tales labores por designación directa de la persona con discapacidad o de sus familias. Además

*de someter su labor a la supervisión por la autoridad pública, establecer en su caso, un sistema de rendición de cuentas de la persona y los bienes, y/u obligar a la constitución de garantías especiales, al menos para los supuestos en que el ordenante de la disposición no las hubiera excluido.*

*10. La intervención por parte de la Administración pública debe guiarse por los principios que le son propios: la necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad.*

*11. Paralelamente deben adoptarse medidas sociales, fiscales, laborales, educativas y sanitarias. »*

Nos advierte ese movimiento que quizás el principal problema al que se enfrenta la Convención consiste en que, por el momento, solo disponemos de pequeños ejemplos prácticos en la legislación que priman la autonomía de las personas y esas prácticas no son suficientes para determinar la manera de asegurar el acompañamiento en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, y por tanto, una eficaz implantación del sistema de apoyos.

Radica el punto fundamental de este nuevo modelo en establecer confianza y dotar de seguridad jurídica a los sistemas de apoyo para todas las personas con discapacidad, caso contrario, las propias personas con discapacidad podrían quedar al margen de la vida económica y social, pues todo sistema que sea fuente de inseguridad es rechazado por la sociedad, así lo proclama la Convención al hablar de “*autoridad u órgano judicial*”.

A este respecto destaca también dentro de nuestro ordenamiento jurídico la reciente reforma del **derecho foral catalán** que en su exposición de motivos enuncia varios principios que informan su regulación basándose directamente en la Convención<sup>50</sup>:

a) La necesidad de respetar en la mayor medida posible la autonomía de la voluntad y la capacidad de las personas.

b) La superación definitiva del dogma de la necesidad de la incapacitación judicial para la adopción de medidas de protección para los mayores de edad.

c) La superación del dogma de que solo pueden establecerse instituciones seguras y estables si ha mediado un previo proceso judicial contradictorio.

d) La constatación de que la rigidez de los controles de los sistemas tutelar no siempre se acomoda a las necesidades de la persona y cuidado de los bienes.

Esa ley 25/2010, de 29 de julio, que modificara el libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que en su capítulo VI, si bien mantiene los sistemas tradicionales de guarda y protección, incluye un nuevo instrumento de protección, la asistencia, dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas y además regula los poderes preventivos y el patrimonio protegido dentro de las instituciones de guarda y

---

<sup>50</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, artículo 211 y siguientes. Referencia: BOE-A-2010-13312.

protección. Si bien como crítica sigue basada dicha figura en el modelo médico rehabilitador al utilizar ese término.

Es la llamada teoría de la doble vía en terminología de SANTOS URBANEJA, que aboga por que de “*de lege ferenda*” se arbitre procedimientos-tipo para evaluar la capacidad de decidir de la persona respecto de actos concretos y que se articule un procedimiento de evaluación general para la determinación de apoyos en el ejercicio de la capacidad para los casos más severos o complejos, unido todo ello a la creación de sistemas no judiciales de determinación de apoyos similar a los mandatos de protección futura en relación con los hijos del derecho francés<sup>51</sup>.

### **C) Posibilidades de regularización de situaciones de hecho sin previa sentencia judicial de incapacidad.**

Actualmente en nuestro Código Foral ofrece la posibilidad de prestar apoyo y protección a las personas vulnerables por razón de discapacidad, sin tener que acudir a los Juzgados, a veces, simplemente cuando es necesario hacer unas concretas disposiciones patrimoniales (*caso de la puntual venta de su única vivienda para abonar los gastos de los cuidadores o la factura mensual de la residencia*), y de la misma persona, cuando no es “*capaz*” de hacerlo porque los mecanismos legales no se lo permiten, y no obstante, como veremos hay fórmulas válidas y con suficientes garantías.

La referencia a la incapacitación judicial no quiere decir que hasta que no sea dictada la sentencia de incapacitación la persona es, en todo caso, capaz, como tampoco implica que si no existe la sentencia de incapacitación, el realmente incapaz sea una persona capaz, el propio legislador admite varios supuestos al respecto, como la guarda de hecho, en el nuevo artículo 303 CC, frente a quien pudiera ser susceptible “*de una institución de protección y apoyo*”.

La sentencia constitutiva de la incapacitación prevista en el artículo 38 CF en relación con los artículos 199 y 200 CC y el artículo 760 LEC, tiene un efecto también declarativo, pues viene a reconocer la existencia de una situación o estado preexistente que impide a la persona gobernarse por sí misma, de modo que la situación determinante de la incapacidad concurrirá, de hecho, antes de ser dictada esa resolución para acreditar que la persona, en la fecha de que se trate, carecía de la capacidad de obrar necesaria, es decir, que era incapaz de hecho, y de ahí que, aunque la sentencia de incapacitación sea posterior, puedan ser impugnados los actos y contratos que haya realizado el incapaz con anterioridad de incapacitación, incluso antes de ser presentada la demanda con este fin<sup>52</sup>.

Existe, es cierto, una presunción de capacidad en tanto no se dicte la sentencia de incapacitación, pero no es una presunción *iuris et de iure*, sino que admite la prueba en contrario, para acreditar que la persona, en la fecha de que se trate, carecía de la capacidad de obrar necesaria, es decir, que era incapaz de hecho, y

51 CASTRO-GIRONA MARTINEZ y CABELLO DE ALBA JURADO, “Alternativas a la incapacitación”, CGPJ 2016, Curso “Protección a las personas con discapacidad a luz de la Convención de la ONU de 2006”, página 15.

52 DIEGO DIAGO, Tema 5. “Derecho de la persona. Capacidad y estado civil” CGPJ, CUADERNOS DIGITALES DE FORMACIÓN núm. 48-2015, Pág. 20 y ss.

de ahí que, aunque la sentencia de incapacitación sea posterior, puedan ser impugnados los actos y contratos que haya realizado el incapaz con anterioridad<sup>53</sup>.

Hemos de hacer referencia en este apartado a aquellas instituciones que, recogidas y refrendadas por nuestras normas, pueden suponer, a día de hoy, **alternativa a la incapacitación** de la persona afectada de una discapacidad cuando sea necesaria su intervención en un negocio jurídico o actuación con trascendencia en este campo, teniendo en cuenta que son mecanismos dotados de seguridad jurídica y escasa conflictividad judicial.

Ciertamente son aquellos supuestos en que los individuos afectados aun tomados como formalmente capaces, al estar amparadas por la presunción de capacidad del artículo 34 CF, de hecho carecen de discernimiento bastante por cualquier causa, como la demencia, por ejemplo, pero que manifiestan una serie de características que afectan a su poder de decisión de sus actos que justificarían el dictado de una sentencia de incapacitación, cuando la iniciativa podría recaer directamente por parte de su cónyuge o pareja sentimental estable, ciertos parientes, el Ministerio Fiscal y, llegado el caso, en supuestos de desamparo, la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos de la Diputación General de Aragón, e incluso el propio interesado.

Tal situación deberíamos calificarla como temporal o interina atendidas las obligaciones que impone el artículo 757 LEC al Ministerio Fiscal para promover la incapacidad en ausencia o no solicitud de los familiares llamados en primer lugar o por noticia recibida de hechos determinantes de incapacitación *-sean de las autoridades o funcionarios obligados a transmitir tal noticias de hechos conocidos por razón de sus cargos, sea de cualquier persona facultada para efectuar tal comunicación-*.

#### D) Instrumentos jurídicos vigentes.

De la misma forma, puede ocurrir que personas que han cumplido 18 años, no cuenten realmente (*en contra de la presunción legal*) con la capacidad para tomar decisiones, por razón de padecer una minusvalía, accidente, enfermedad, etc., en esos supuestos la *“presunción de capacidad”* se torna en *“presunción de incapacidad”* y el ordenamiento jurídico contempla una amplia serie de medidas para garantizar su protección:

(D-A) *Derecho civil aragonés.*

- Sirva proclamar como nuestro Código Foral en esa línea de buscar alternativas, entre otros supuestos, da un paso más al definir en el artículo 157 CF, como **guardador de hecho** a la persona física o jurídica que por iniciativa propia se ocupa transitoriamente de la guarda de una persona que podría ser incapacitada e imponerle la obligación de poner el hecho en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal.

---

<sup>53</sup> SSTS, Sala 1ª, de fechas 17 de marzo de 2016, declarando ineficaz de los actos de disposición efectuados por guardador de hecho de presunto incapaz; o la de 8 de abril de 2016, declarando la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador, al no probar concluyentemente dicha falta de capacidad en el momento del otorgamiento del testamento. Presunción de capacidad y *“favor testamenti”*.

También en el ámbito de la **intromisión en los derechos de la personalidad del mayor de edad no incapacitado** que no esté en condiciones de decidir por sí mismo el artículo 35 CF atribuye la prestación del consentimiento al cónyuge no separado judicialmente o de hecho, en su defecto al pariente más próximo o allegado que se ocupe de él y a falta de tales personas deberá resolver el juez.

Igualmente, en relación con los actos realizados por persona mayor de catorce años no incapacitada pero que al tiempo de la celebración carezca a la suficiente aptitud para entender y querer, el artículo 37 CF, con finalidad protectora del incapaz de hecho, regula la invalidez del acto en términos análogos, en relación a actos de menores bajo representación legal sin autorización previa, precisa:

- a) Nulidad radical cuando el acto vulnere leyes que exigen una capacidad específica, salvo que se establezca un efecto distinto;
- b) Anulabilidad a instancia del representante legal si llegara a haberlo o del propio interesado con la debida asistencia;
- c) Plazo de prescripción de cuatro años desde que se recobraron las facultades, se hubiera podido celebrar el acto sin asistencia o se produjo el fallecimiento;
- d) Posibilidad de confirmación del acto por aquellos que pudieran anularlo, valiendo lo dicho en relación a la posibilidad de confirmación expresa o tácita y de único ejercicio de la acción.

- La llamada **autotutela** plantea la posibilidad de que una persona prevea para el futuro, en plenitud de facultades, la delación del cargo tutelar a una determinada persona (autotutela positiva) y/o la exclusión del nombramiento de determinadas personas para ese mismo cargo (autotutela negativa), así como, en su caso, la retribución del tutor. La designación de la persona que ostente el cargo de tutor puede resultar de interés en las fases iniciales de enfermedades degenerativas cuyo curso natural sea el de una futura discapacidad del enfermo.

El Derecho aragonés lo contempla expresamente en su artículo 108 CF, al disponer que *“...cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal”*.

La designación, exclusión y demás disposiciones de la delación voluntaria vinculan al Juez al constituir la institución tutelar, salvo que el interés del menor o incapacitado exija otra cosa. En definitiva, la decisión última debe tomarse atendiendo al interés de la persona tutelada.

Igualmente cabe la designación de heredero a favor de la persona que preste al testador el cuidado y los alimentos que precise hasta el día de su fallecimiento. Es posible que o bien el heredero no se determine nominativamente en el momento de testar, con lo cual será al fallecimiento del enfermo cuando deba determinarse quién fue la persona concreta que le cuidó, o bien que se designe al heredero de

forma expresa y nominativa, siempre que cuide al testador hasta el momento de su muerte. También a través del testamento puede el titular de un patrimonio gobernar el mismo, aun después de su fallecimiento, dando instrucciones, prohibiendo disposiciones, designando la persona o personas beneficiarias del mismo y aun designando administradores de dicho patrimonio durante cierto plazo.

(D-B) *Derecho civil común supletorio.*

La propia regulación del Código del Derecho Foral de Aragón, como ya se comentara, establece la supletoriedad del derecho común español en lo no regulado y siempre de acuerdo con los principios que informan, por ello ha de buscarse superar las dificultades de armonización que existe en la actualidad con esos cambios legislativos estatales e internacionales sobre la materia y normas y principios del derecho aragonés sobre capacidad de las personas, autoridad familiar y tutela, y de manera especial con las innovadoras directrices de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Se infiere así del citado artículo 12 de esa Convención, que se establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Este cambio puede ser denominado como el paso del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” al modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”, de modo que la incapacidad absoluta debe dejar de ser la regla general y pasar a ser excepcional.

Ya fuera en el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria, hasta en el mismo del Código Penal se articulan instrumentos concretos previos o no vinculados de manera independiente a la incapacidad.

Mentaremos someramente estos instrumentos que son objeto de estudio por parte de los coponentes de esta amplia ponencia, baste reseñar alguno de ellos en el ámbito estatal:

- Los instrumentos de autotutela, en el orden civil, como son los poderes preventivos o la autodesignación de tutor; en el sanitario, como la necesidad de consentimiento o las instrucciones previas.
- Todas las posibilidades derivadas de la institución de la Guarda de Hecho.
- El valor y eficacia de los Decretos dictados por el Ministerio Fiscal.
- Las posibilidades que ofrece la constitución de un “Patrimonio Protegido”.

Y entre ellos, con más dedicación, traigamos a colación una serie de instituciones de la regulación española con posibilidades de regularización de situaciones de hecho con o sin previa sentencia judicial de incapacidad:

- La Ley 41/2003 regulada el denominado **Patrimonio Protegido**, la cual prevé a intervención de la persona con discapacidad, donde se utiliza el concepto de capacidad suficiente, no exige la previa incapacidad, previendo un control posterior por parte del Ministerio Fiscal.

Supone, simplificando, la posibilidad de afectar de modo duradero un bien o un conjunto patrimonial a la satisfacción de las necesidades de una persona con discapacidad.

En la vertiente que aquí nos ocupa es necesario destacar que basta que el beneficiario, titular del patrimonio, sea una persona con discapacidad psíquica igual o superior al 33% o física o sensorial igual o superior al 65%. No es necesario, por tanto, que sea una persona incapacitada judicialmente, ya que la ley habla de capacidad suficiente.

Otra cuestión de interés es que se prevé una legitimación bastante amplia para su constitución o para realizar aportaciones posteriores y, lo que es más importante, quedará sujeta a un régimen de administración, disposición y destino de los bienes a su extinción que, con una libertad casi absoluta, regula la persona que lo constituye.

Como únicos límites nos encontramos con que la administración y gestión no puede recaer en personas en quienes concurra causa de inhabilidad para ser tutores ni, lógicamente, en personas que no tengan capacidad para administrar sus propios bienes, que se requiere autorización judicial para todos los casos en que sería exigible al tutor obtenerla salvo que el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente y los consintiese, autorización cuya dispensa se puede solicitar a la autoridad judicial y que no se requiere pública subasta para la enajenación de los bienes que lo integran.

En cuanto al régimen de publicidad y como medios de garantía, el Notario ha de comunicarlo al Registro Civil, al Ministerio fiscal, y es necesario constatar la afección de los bienes que lo integran a través del Registro de la Propiedad si son bienes inmuebles, Registro de bienes muebles e incluso a través de la entidad gestora si se trata de participaciones en fondos de inversión, instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones de sociedades.

Lógicamente, cuando los recursos de la persona con discapacidad quedan sujetos a un régimen de administración y disposición que establece el aportante con las garantías que considera pertinente, y con las cautelas que la propia ley establece, deja de tener sentido y no será necesario recurrir a la incapacitación para conseguir una adecuada protección de la persona con discapacidad y su patrimonio.

- Muy relacionada con la anterior figura, hallamos también la **hipoteca inversa o pensión hipotecaria**, que es un negocio jurídico por el que se pretende convertir en renta la propiedad inmobiliaria. Puede adoptar la forma de préstamo o crédito garantizado con hipoteca, por el que el prestatario propietario de una vivienda, que debe ser de edad igual o superior a los 65 años o que se encuentre afectado de dependencia severa o gran dependencia, percibe una renta periódica –vitalicia o temporal no vitalicia- para subvenir a sus necesidades, que tampoco exige que sea declarada previamente incapacitada judicialmente. Cuando se extinga el préstamo o crédito, si sus herederos deciden no reembolsar

los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

La hipoteca inversa se encuentra regulada en la Ley 41 /2007, de 7 de diciembre, en su Disposición Adicional Primera, siendo definida como aquel préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia;

b) Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas;

c) Que la deuda sea sólo exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios, lo que le atribuye la nota de aleatoriedad, en contraposición a los contratos conmutativos, y

d) Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

- Otras posibilidades legales son los contratos de **renta vitalicia** y el **vitalicio**,

Así, el contrato de renta vitalicia en uno de los llamados contratos aleatorios previstos en el artículo 1790 CC, que se puede definir, de acuerdo con el artículo 1802, como aquel contrato mediante el cual una persona, a cambio de la enajenación de un bien mueble o inmueble, se obliga a efectuar una determinada prestación periódica, consistente en una cantidad de dinero, durante la vida de una o más personas *-se transfiere el dominio de un bien a cambio de que el deudor satisfaga durante la vida de una persona una pensión al designado como beneficiario-*.

Y distinto del anterior, es el denominado vitalicio, que carece de regulación específica en el Derecho común, si bien está contemplado en algunas regiones forales, como puede ser en Cataluña o la zona del Alto Aragón, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo, en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, al amparo de la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 CC, el cual es un negocio jurídico por el cual una persona denominada constituyente se obliga a transmitir el dominio de un bien mueble o inmueble o un capital de dinero a cambio de que otro sujeto, llamado cuidador, se comprometa a alimentar, cuidar, albergar en su casa, y procurar todo tipo de asistencia médica y farmacéutica a la persona o personas designadas en el contrato.

- También en aquellas **instituciones testamentarias**, en general y, en concreto, en la **designación de tutor por parte de los padres**, que por la vía del artículo 223 CC se permite a quien ostenta la patria potestad establecer un verdadero «*plan tutelar*» dejando indicaciones sobre los aspectos personales de sus hijos, a igual modo que la constitución de un patrimonio protegido, puede ser utilizado como

mecanismo de protección sin necesidad de incapacitación, cerrando su constitución con al figura del Albacea-Contador Partidor.

- Con arreglo a ese mismo precepto del Código Civil, permite directamente la **autotutela**, como en el derecho aragonés, cuando en ese artículo 223 determina “...asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público o notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

De nuevo se utiliza el término capacidad suficiente, por ello no sólo permite indicar quien quiere o quien no quiere que sea su tutor sino que permite establecer cualquier disposición sobre la persona y los bienes, pudiendo de nuevo mediante documento público realizar un verdadero traje a medida dando indicaciones sobre aspectos personales y patrimoniales.

- Esa incipiente detección puede provocar, llegado el caso, hasta la llamada **auto-incapacitación** prevista ahora en el artículo 757.1 LEC, cuando proclama que: «La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz».

Introduce así este precepto, entre las personas que pueden pedir la incapacitación, al propio incapaz, tal vez para eludir el problema de configurarse la tutela exclusivamente como un proceso contencioso «*contra el incapaz*» y queriendo resolver la polémica sobre la confusión entre incapacitación y tutela, ante la posibilidad de pedir la auto-incapacitación y la auto-tutela.

- Se destaca de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, conocida como “la **ley de la Dependencia**”, cuando las autoridades administrativas autonómicas no se exige la previa declaración judicial de incapacidad, acudiéndose a la infrautilizada institución de la guarda de hecho, regulada en los artículos 302, 304 y 306 CC, para que las personas encargadas de facto de la custodia, normalmente el cónyuge o un hijo.

Así, éstos parientes pueden solicitar de incoación del expediente de solicitud de los recursos de la Ley si resultaban beneficiosos para la persona con discapacidad, lo que dotaba de plena validez a la petición sin tener que instar procedimiento de incapacitación y constitución de instituciones de guarda de carácter permanente y genérico (*tutela, curatela, patria potestad prorrogada o rehabilitada*).

Todo ello con la cobertura del artículo 304 CC cuando afirma: «Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad».

- Despliega pues sus efectos la institución de la **Guarda de Hecho**, regulada en los artículos 302, 303 y 306 CC, la cual se caracteriza, pues, por dos rasgos básicos: 1. La asunción de un deber de protección respecto de un menor de edad o persona con discapacidad; y 2. La inexistencia de un específico deber de protección establecido por el ordenamiento jurídico.

No es definida por nuestro Código civil, pero sí que se le otorga una limitada regulación, por lo que puede hablarse de una situación de hecho a la que nuestro ordenamiento atribuye efectos jurídicos.

De esa escasa regulación no debe inferirse que se trate de una institución no querida por nuestro derecho o que esté necesariamente abocada a ser una institución transitoria o a su finalización una vez que es conocida por la autoridad judicial.

El artículo 303 CC establece al respecto que “...la autoridad judicial podrá requerir al guardador de hecho para que le informe de la situación y de su actuación, y adoptar las medidas que considere oportunas...”, pero no previene en ningún momento que necesariamente deba ponerse fin a esa situación, ni mucho menos que deba ser sustituida o excluida por otra forma de guarda derivada de un procedimiento de incapacitación. Declara, simplemente, de “tomar las medidas de vigilancia y control que considere oportunas”, que pueden adoptarse igualmente con relación al tutor o a cualquier otra institución tutiva.

- También la institución del **Defensor Judicial** trata de una de las formas o figuras de protección y guarda en este caso de los incapaces o susceptible de serlo, diseñada por la norma para proteger los intereses de estas personas, generalmente cuando hay conflictos de intereses entre quienes vienen llamados naturalmente a su protección y el propio menor o incapaz.

En este sentido puede decirse que participa de muchos de los caracteres de otras figuras similares como por ejemplo la tutela o la curatela, en la función que les es propia de defensa de intereses de personas desprotegidas.

Se viene a diferenciar de estas otras figuras en una serie de notas que le caracterizan cuales son la temporalidad en su actividad, su posibilidad de ser coetánea con otra figura similar, esto es a diferencia de las anteriores no es excluyente, y que es una figura subsidiaria, pues rellena y resuelve conflictos cuando las anteriores no pueden hacerlo, pero no resulta válida para acometer toda la actuación de representación y asistencia del presunto incapaz, o luego, incluso, después de haber sido declarado

Conforme al artículo 299 CC procede la designación de defensor judicial en tres supuestos:

a) En los casos de conflicto de intereses entre los menores e incapacitados y sus representantes legales o curador.

b) En los casos en que por cualquier motivo la persona designada como tutor o curador no cumpliera sus funciones en tanto subsista la causa o se designe un sustituto.

c) En los demás supuestos que conforme a las normas deba de existir un defensor judicial.

Desarrolla tal figura el nuevo artículo 27 LJV, cuando amplía ese grado de actuación en situaciones anteriores o posteriores a la declaración judicial de incapacidad, y así dispone:

1. *Se aplicarán las disposiciones de este capítulo en los casos en que proceda conforme a la ley el nombramiento de un defensor judicial de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o por modificar y, en todo caso, se solicitará:*

a) *Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o personas con capacidad modificada judicialmente y sus representantes legales o su curador, salvo que con el otro progenitor o tutor, si hubiere patria potestad o tutela conjunta, no haya tal conflicto.*

b) *Cuando por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.*

c) *Cuando se tenga conocimiento de que una persona respecto a la que debe constituirse la tutela o curatela, precise la adopción de medidas para la administración de sus bienes, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento."*

- La llamada **Tutela automática de incapaces**, donde la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234 CC.

Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad.

Se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor.

Se incorpora así al campo de los incapaces la llamada tutela automática de menores.

La tutela administrativa se da si no se nombra tutor al incapaz legalmente incapacitado por no poder encontrar ninguna persona física o jurídica que se haga cargo de la tutela.

También puede darse cuando un incapacitado o un incapaz natural que careciera de personas que le puedan prestar la asistencia necesaria por imposibilidad o inadecuado ejercicio de la labor protectora. Esta tutela es análoga a la establecida en materia de menores.

- La adopción de **medidas de protección** en base a lo dispuesto en el artículo 216.2 en relación con el artículo 158 CC o lo dispuesto en el mismo artículo 762 LEC, donde "*...se faculta al Juez, para que de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal y la Entidad Pública, dicte dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos... 1. Las medidas convenientes para asegurar la*

prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos (e incapaces) perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores (e incapaces) por alguno de los progenitores o por terceras personas.

4. La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor (e incapaces) y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

4. La medida de prohibición de comunicación con el menor (e incapaces), que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.”

- En el **ámbito penal** es importante, el paso dado por el legislador en la última modificación del **Código Penal, con relación a las víctimas de delitos que hayan sido o no previamente declaradas incapaces**<sup>54</sup>, establece su artículo 25 que cuando establece que “a los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.”

- Y, por último, con relación a la **participación criminal por enajenados mentales**, para el caso de apreciarse al sujeto activo de cualquier delito la eximente completa o incompleta de enajenación mental permanente, incluso transitoria, se le podrá aplicar una medida de seguridad, regulándose de esa manera en el artículo 20 del Código Penal, disponiendo al efecto que “**están exentos de responsabilidad criminal**:

1º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión...”.

Es más, puede concurrir **no ya una responsabilidad civil subsidiaria del padre o tutor**, conforme a lo dispuesto en el artículo 120.1 del Código Penal, de no constar la adopción de medidas de precaución para asegurar que la persona

<sup>54</sup> El vigente artículo 25 del Código Penal, vigente desde el 1 de julio de 2015, fue redactado por el número quince del artículo único de la LO núm. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO núm. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

declara incapaz judicialmente mayor de 18 años, considerada inimputable, de no haber adoptado medidas en razón a que estaba consumiendo drogas o deambulaba libremente en horas nocturnas, por ejemplo, por lo que se acreditada la culpa o negligencia en el control de la misma, al estimarse la existencia de relación de causalidad entre la actuación del tutor (culpa in vigilando) y el hecho delictivo cometido por aquella<sup>55</sup>, sino de una **responsabilidad directa**, en el artículo 118.1 del mismo Código Penal, sin necesidad de una previa declaración judicial de incapacidad, al afirmar que de ser apreciada la exención de la responsabilidad criminal del números 1.º (*enajenación mental*) del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a la regla de que “...son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan **bajo su potestad o guarda legal o de hecho**, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables...”

Si bien previene una moderación a tal drástica ampliación de estas personas cuando en el segundo párrafo que “...los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos”.

Zaragoza, 22 de noviembre de 2016

Armando Barreda

---

55 SAP de Zaragoza, su Sección 1ª –Penal-, de fecha 5 de noviembre de 2015, en un supuesto de un delito de robo con fuerza en las cosas, en el que aprecia la correspondiente relación de causalidad entre la actuación del tutor (culpa in vigilando) y el hecho delictivo cometido por aquella persona considerada inimputable, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la Diputación General de Aragón como tutora de la incapaz.

## ALZHEIMER Y FORALIDAD: EL ABOGADO ANTE EL ENFERMO Y LA ENFERMEDAD

D. DANIEL BELLIDO DIEGO-MADRAZO

Abogado

*“... Pythagoreorumque more exercendae memoriae gratia, quid quoque die dixerim, audierim, egerim, commemoro vesperi. Hae sunt exercitationes ingeni, haec curricula mentis, in his desudans atque elaborans corporis vires non magno opere desidero. Adsum amicis, venio in senatum frequens ultroque adfero res multum et diu cogitatas, easque tueor animi, non corporis viribus.”<sup>1</sup>*

Marco Tulio Cicerón, De Senectute<sup>2</sup>, XI. 38.

Hablar de alzhéimer es hablar en más de un 90% de la tercera y la cuarta edad, eufemismos contemporáneos de la vejez y o la ancianidad. Los médicos, nuestro Sistema Nacional de Salud y nuestras circunstancias de clima, alimentación, etc., han puesto muchos años a nuestra vida: las mujeres unos 86 años y los hombres unos 83 de media, ahora falta poner mucha más vida plena a esos tantos años.

El mal de Alzheimer en muy pocas ocasiones se manifiesta antes de los 70 años, una edad que hasta bien entrado el siglo XX era tenida por proveya. Por eso me he permitido citar a Cicerón al comienzo de esta breve intervención, porque lo que dice de la vejez, pensando en 20 años menos, sigue hoy siendo muy apreciable, aunque con esa corrección de edad.

---

<sup>1</sup> Traducción del autor: “...y según la costumbre de los pitagóricos, para ejercitar la memoria, recuerdo por la tarde lo que he dicho, lo que he oído y lo que he hecho cada día. Estos son los ejercicios de mi ingenio, las carreras de mi mente. Trabajando con esfuerzo y sudando en estas cosas no echo en falta las fuerzas del cuerpo. Me reúno con mis amigos, voy al Senado con frecuencia, y además apporto propuestas muy meditadas y las reviso no con las fuerzas del cuerpo sino con el espíritu.”

<sup>2</sup> La obra *De Senectute* (Sobre la vejez) la escribió Cicerón a los 62 años un año antes de morir y fue dedicada a su editor Tito Pomponio Atico. Fue un éxito “editorial” importante para la época. En diciembre de 1 año 43 A.C. Cicerón fue mandado matar por orden de Marco Antonio, entonces Cónsul, a quien criticó en sus 14 discursos conocidos como “Filípicas”, haciendo un paralelismo con los 4 discursos que Demóstenes dirigió contra Filipo II de Macedonia y también tituló como “Filípicas”.

**PREVIA) Dos ideas médicas para entender el mal de Alzheimer y su proceso degenerativo.**

Es prudente recordar o dar cuenta muy elemental y sencilla de qué es la enfermedad de Alzheimer y cómo se valora el grado de avance de la misma, al tratarse de un patología de evolución larga y que, por tanto, tiene distintas etapas, aunque la inmensa mayor parte se produce en la vejez, en la tercera o cuarta edad<sup>3</sup>:

P.1) El mal o enfermedad de Alzheimer suele presentarse a partir de los 65-70 años, aunque pueda haber casos de aparición prematura. No existe tratamiento para conseguir la curación y por tanto hoy es mortal en sí misma. Hay que puntualizar que se trata de una patología neurodegenerativa, por ello tiene un largo proceso temporal de evolución, que suele alcanzar en buena parte de los casos hasta 10 años. Véanse esas fases o etapas.

P.1.1) Fase 1 (LEVE): duración de 1 á 3 años: se mantiene la autonomía del enfermo bastando una supervisión; aunque hay una alteración en el aprendizaje y la memoria remota y un empobrecimiento de las habilidades, el enfermo mantiene sustancialmente su capacidad de obrar

P.1.2) Fase 2 (MODERADA): duración prolongada de 2 á 10 años: precisa de asistencia y/o cuidador; hay un deterioro claro de la memoria reciente, normalmente con desorientación espacial, afectación del lenguaje y del cálculo aritmético (valores económicos, medidas de todo tipo, etc...), el enfermo tiene una insuficiente capacidad de obrar y precisa ya de un curador y/o tutor

P.1.3) Fase 3 (SEVERA-GRAVE): duración entre 8-10 años: tiene dependencia total; hay un deterioro grave o profundo de las funciones intelectuales además de incontinencia urinaria y fecal y dificultades para su propia alimentación; el enfermo tiene una incapacidad absoluta y precisa de un tutor, ya que no puede regir su vida ni en lo más básico y mucho menos su patrimonio e intereses.

P.2) Para la determinación del estado de la enfermedad en cada paciente se emplean, con independencia de los análisis diagnósticos médicos, una serie de tests neuropsicológicos: los más empleado son el PDS<sup>4</sup> (Progressive Deterioration Scale), el NPI<sup>5</sup> (Neuropsychiatric Inventory) y el CIBIC PLUS<sup>6</sup> (Clinician's Interview Based Impression of Changed Plus).

---

3 El concepto "cuarta edad" viene referido a la que se desarrolla a partir de los 80 años, donde la frecuencia del desarrollo de procesos de alzheimer u formas de demencias seniles se intensifican significativamente.

4 El PDS (Progressive Deterioration Scale) sirve fundamentalmente para la medición de actividades de la vida diaria o cotidianas. Esta escala de valoración fue diseñada para medir el impacto del Alzheimer en los quehaceres diarios. El cuidador evalúa la capacidad del enfermo para realizar las actividades cotidianas de cualquier persona.

5 El NPI (Neuropsychiatric Inventory) para la medición de los trastornos neuropsiquiátricos de conducta y de la función cognitiva del enfermo. Este tests forma una escala que precisa una entrevista con el cuidador del enfermo y que conozca seriamente su conducta o modo actuar, ya en su casa o ya en una residencia o institución. Hay parámetros de frecuencia e intensidad sobre 12 factores de comportamiento: Delirios, agitación, depresión, alucinaciones, ansiedad, euforia, apatía, etc...

6 El CIBIC PLUS (*Clinical Interview Base Impression of Change Plus with Caregiver Input*) es un test de evaluación global para enfermos de mal de Alzheimer, en el que se valoran tanto la función intelectual, como el comportamiento y actividades diarias del enfermo con el sesgo del cuidador directo.

P.3) A través de éstos y otras pruebas, analíticas específicas como el PET cerebral, con FDG<sup>7</sup>, los neurólogos pueden con una alta fiabilidad (90%) diagnosticar<sup>8</sup> y establecer la fase en que se encuentra el paciente y siempre el enfermo podrá obtener un informe de su médico sobre el estado de la enfermedad, lo que puede tener utilidad a la hora de comparecer ante notario o realizar actos de disposición y/o personalísimos (otorgar testamento, modificarlo, etc...).

P.4) La enfermedad, según el estado actual de la ciencia, no tiene cura pero cada día sabemos más de ella. Está provocada por la acumulación en el cerebro de dos proteínas: la Beta amiloide y la Tau tóxica. Esas proteínas acumuladas, fundamentalmente la beta amiloide que forma unas placas, sobre la corteza cerebral afecta a la interconexión neuronal y las funciones intelectuales (empezando por la memoria, cálculo, etc ).

P.5) Hay decenas de líneas de investigación para mitigar y intentar paliar la enfermedad, algunas muy esperanzadoras (por ejemplo nueva molécula ASS234), pero mientras tanto Aragón tiene entre 35 y 40.000 enfermos<sup>9</sup> de alzhéimer que necesitan para sí mismos y sus familiares más próximos o convivientes herramientas de todo tipo médicas, asistenciales, sociales, etc..., pero también jurídicas para que esta enfermedad no sea además un «calvario» legal y burocrático.

## 1. El avance normativo general internacional sobre la discapacidad de las personas y su reflejo en España y Aragón.

La Carta Social Europea se aprobó en Turín el 18 de octubre de 1961, en ella había preceptos dedicados a la asistencia social y médica (arts. 12 á 15), pero España no la ratificó<sup>10</sup> hasta el 29 de abril de 1980. Llegamos tarde una vez más, por eso tuvimos luego que acelerar más que otros países. Para entonces la Constitución Española de 1978, además del art. 10 sobre la dignidad de la persona, había incluido algunas normas muy relevantes entre los principios rectores de política social y económica, pero todo estaba por construir; no obstante los arts. 49 y 50 CE ya declaraban:

*«Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.»*

<sup>7</sup> La FDG es un contraste “Fluorodesoxiglucosa” y es muy utilizado para el diagnóstico de enfermedades que afectan directamente al cerebro, ya que éste es un gran consumidor de glucosa.

<sup>8</sup> La Sociedad Española de Neurología presenta la regla de las **4 Aes** y **una C**, como los descriptores de los síntomas del alzheimer: **amnesia**, incapacidad para recordar hechos recientes incluso ofreciendo indicios o ayudas; **afasia**, dificultad de comunicación verbal, escrita o por mímica; **apraxia**, dificultad o pérdida de la capacidad de realizar movimientos de propósito, aprendidos y familiares, aún teniendo y el deseo de hacerlos, y **agnosia**, dificultad para reconocer el entorno o a personas, lugares, etc..., que antes eran familiares u ordinarios. La C hace referencia a la **conducta**, a eventuales cambios sobre todo en el estado de ánimo, irascibilidad y apatía.

<sup>9</sup> Ese dato ha sido publicado por Alzheimer Federación Aragonesa de Familiares de Enfermos de Alzheimer en su página web con motivo de pasado Día Mundial del Alzheimer (21 de septiembre).

<sup>10</sup> El instrumento de ratificación (sin restricciones por parte de España) de 29 de abril de 1980 se publicó en el BOE el 26 de junio de 1980,

*«Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.»*

Es innegable el avance de España en las cuatro últimas décadas hacia la construcción de un estado social y de derecho pero el sistema de protección social y, concretamente, todo lo relacionado con la dependencia y la vejez todavía está lejos de otros países europeos, valga como ejemplo la conocida como Ley de la Dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre), llena de buenos propósitos pero sin la dotación presupuestaria para su real aplicación. Hoy, casi 10 años después de su aprobación, es una norma en muchos aspectos pendiente de ser cumplida y llevada a la realidad.

Todos conocemos cómo el Código Civil enuncia los motivos genéricos de incapacitación<sup>11</sup> en su artículo 200 y a nadie se oculta que el alzhéimer termina generando un estado, en la persona que lo sufre, que le impide su autogobierno, tanto en lo patrimonial o económico, como en lo interpersonal o relacional y, por último, en lo personal y básico (alimentación, higiene, y autocuidado), pero no hay que empezar por el final, porque enfermos de alzhéimer se autogobiernan razonablemente durante algunos años.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) se aprobó por Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tras una rápida negociación, y fue ratificado por España (BOE 21-04-2008) y entró en vigor el 3 de mayo siguiente. Ha sido una norma esencial para provocar un cambio de perspectiva para enfrentarse y valorar las discapacidades y una de ellas es la provocada por el alzhéimer. Además debe tenerse en cuenta que este tipo de discapacitados siguen teniendo obligaciones legales, como pagar impuestos y hacer declaraciones tributarias. Si siguen siendo sujetos de derecho para estas obligaciones parece razonable que también sigan siendo sujetos de derechos y no quedar reducidos casi a una condición semoviente o «juguete roto».

Estos discapacitados van a ir perdiendo su capacidad de obrar<sup>12</sup>, normalmente poco a poco, al ser un proceso degenerativo, pero la CDPD y la legislación española aseguran que nunca pierden su capacidad jurídica<sup>13</sup> pues deriva de la personalidad (art. 29 Código Civil y se presume en los mayores de edad y de 14 años entre los aragoneses arts. 4.2 y 34.2 CDFR).

<sup>11</sup> Código Civil artículo 200. *Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.*

<sup>12</sup> La **capacidad de obrar** es la facultad que posibilita el actuar válidamente en el tráfico jurídico y que sea eficaz; se caracteriza por ser variable (limitada o plena: menor o mayor de edad), específica (a cada persona o individualizada) y condicional (bajo determinados presupuesto de discernimiento, inteligencia, etc...)

<sup>13</sup> La **capacidad jurídica** es la facultad inherente a toda persona, que está sometida a obligaciones y derechos de por vida; se caracteriza por ser universal (para todos los nacidos), incondicional (no hay requisitos a cumplir) e inmutable (permanente-de por vida)

La CDPD viene a cambiar en modo de abordar la discapacidad de las personas para que éstas sigan siendo sujetos de derecho, auténticos titulares de derechos, en condiciones de igualdad sobre derechos humanos, libertades fundamentales y respeto a su dignidad, como se declara en su artículo 1. La CDPD es una norma de garantía, puesto que las personas con discapacidad son, como conjunto, especialmente vulnerables y susceptibles de diversas formas de restricciones hasta llegar a la exclusión social. Se ha buscado con la CDPD que esos derechos de los discapacitados sigan siendo idénticos a las demás personas y que puedan ejercerlos efectivamente.

El enfermo diagnosticado de alzhéimer es no es propiamente un discapacitado en su fase inicial, aunque en la evolución de su enfermedad esas disfunciones iniciales se agravarán y serán discapacitantes a largo plazo y podrá ser «incapacitado» legalmente pero ¿es necesario llegar en tantos casos a ello? Mantengo y defendiendo que no<sup>14</sup>; porque eso supondría judicializar absolutamente la convivencia de decenas de miles de familias españolas cada año<sup>15</sup>. Muchos otros enfermos con severos déficits mentales no son incapacitados judicialmente de manera preventiva. Del mismo modo al enfermo de alzhéimer tampoco se le tiene que incapacitar judicialmente por prevenir determinadas situaciones, que, aunque posibles, no son demasiado probables.

El legislador español inició la defensa del discapacitado con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad y continuó con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y también la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. La norma principal del conjunto para la atención social a la dependencia es la 39/2006 de 14 de diciembre, Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia<sup>16</sup>, cuyas herramientas administrativas deberían ser mejor aprovechadas por nuestro sistema judicial, tanto en jurisdicción contenciosa como voluntaria para ahorrar tiempo y costes.

Pocos años después la Ley 27/2007, de 23 de octubre, vino a reconocer las lenguas de signos españolas y se da regulación a los medios de apoyo a la comunicación verbal para sordos y sordociegos, es decir, facilitar su comunicación como elemento esencial para su inclusión social. Finalmente la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria introduce nueva terminología, al adaptarse a la CDPD de 2006, ya no habla la Ley de incapaz, sino que emplea, como no,

---

14 Una reflexión próxima ya presentó el abogado Miquel PUIGGALÍ TORRENTÓ la ponencia “Dignificación de la vejez con incapacidad en la sociedad actual. Protección jurídica de las personas que sufren demencias”, publicada en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 60, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

15 La Organización Médica Colegial viene señalando como cifra aproximada desde 2014 que cada año se diagnostica unos 150.000 nuevos casos de demencias, de las cuales unas 40.000 son de alzheimer. No obstante la Sociedad Española de Neurología estimaba que entre un 30 y un 40% de los casos de alzheimer no están diagnosticados y en el caso de la fase 1 (leve) hasta un 80%.

16 Publicada en BOE de 15-12-2006 y entró en vigor en fecha 1 de enero de 2007; cuestión distinta es falta de dotación presupuestaria de que sus previsiones y políticas se pudieran poner en marcha cuando se estaba iniciando ya una crisis económica profunda (2007-2015) de la que todavía España no ha terminado de superar.

un eufemismo, “*persona con capacidad modificada judicialmente*”, regula por lo que aquí interesa el proceso de autorización de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores o discapacitados judicialmente.

La ratificación de la Convención Internacional de Nueva York y la preexistencia de otras normas españolas sobre discapacidad obligaba a nuestro legislador a una labor de coordinación y refundición, por lo que por mandato de la Disposición Final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se dictó el Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas de Discapacidad y su inclusión social. Esta norma es, por tanto, aplicable a los enfermos de alzhéimer, pero muchas de sus previsiones son quimeras si se pretenden aplicar a éstos, ya que en su último estado, que puede durar varios años, de evolución el enfermo de alzhéimer no tiene el menor control de sí mismo o de su patrimonio para las más básicas necesidades.

El legislador aragonés aprobó la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, que estableció normas sobre la incapacidad y la incapacitación así como las relaciones tutelares (tutela, curatela y defensor judicial, además de guarda de hecho y administrativa); esta Ley aragonesa quedó integrada en el proceso de codificación civil, culminado con el Código de Derecho Foral de Aragón en 2011 (arts. 100 á 182) resultando una regulación completa<sup>17</sup>. De otro lado la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (art. 2.e) señala entre sus objetivos el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación por discapacidad, de alguna forma en sintonía con las normas estatales e internacionales de reducir las situaciones adversas a los discapacitados, lo que incluye a los enfermos de alzhéimer, y también señala la norma (art. 36.3) prestaciones especializadas<sup>18</sup> a discapacitados; cuestión distinta es la realidad de cómo se está

<sup>17</sup> En ocasiones sentencia de las audiencias provinciales aragonesas resuelven la argumentación jurídica de sus sentencia con fundamento en el Código Civil y sin práctica mención al vigente Código Foral. Aunque la solución a la que se llegue pueda ser la misma, no es correcta esa cita reiterada del Código Civil para casos aragonés y sobre supuesto plenamente previsto en el ordenamiento foral.

<sup>18</sup> BOE, núm. 201 20 de agosto de 2009. Sec. I. Pág. 71560 **Art. 36.3:** “ *En particular, son prestaciones de servicio en los servicios sociales especializados: a)...*

*b) Servicios de valoración especializada. Son servicios destinados a evaluar situaciones personales específicas mediante la aplicación de baremos o, en su caso, otros instrumentos especializados de valoración establecidos para tal finalidad.*

*c) Servicios de atención psicosocial, de rehabilitación y tutelares. Servicios destinados a la prevención, la detección precoz, el diagnóstico y la atención, rehabilitación y tutela en aquellos supuestos de trastornos que conlleven un menoscabo de la autonomía personal y/o patrimonial de las personas afectadas.*

*d) Servicios de alojamiento permanente o temporal. Centro residencial que ofrece servicios continuados de cuidado integral de la persona en todas sus necesidades, procurando su pleno desarrollo, de forma permanente o temporal, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual o temporal de la persona, con las siguientes modalidades en función de sus destinatarios:*

*1.º Centros para personas en situación de dependencia.*

*2.º Centros para menores en situación de desamparo, protección y reforma.*

*3.º Centros para mujeres víctimas del maltrato doméstico o violencia de género.*

*4.º Centros para personas con discapacidad.*

*5.º Centros para otras situaciones.*

*e) Servicios para el apoyo del mantenimiento de las personas en su domicilio. Conjunto de recursos orientados a la atención integral especializada de las personas con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a sus*

aplicando esto y con qué medios materiales y humanos se afrontan estos casos, cada día más abundantes.

Todas estas normas, dedicadas a la discapacidad, potencian los derechos y la protección del discapacitado, abandonando cualquier postura de pietismo o simple apoyo asistencial y se orientan sustancialmente a la protección, igualdad e integración del discapacitado de forma genérica pero las dolencias discapacitantes son muchas y el alzhéimer es, al final, una de las más severas, muy importante en número y afección social, pero una más y, obviamente, no hay normas específicas para ésta, por lo que algunos enunciados importantes de las normas del Estado, puestas en relación con un enfermo de alzhéimer avanzado resultan imposibles de sostener, como sería el caso del derecho de la vida independiente<sup>19</sup> y accesibilidad. Con todo respeto, la corrección política hace que denominemos discapacitados a todas aquellas personas que tiene disminuidas o alteradas sus capacidades físicas o mentales, pero no debe olvidarse que el alzhéimer en su estado avanzado suele incapacitar por completo.

## 2. Autogobierno y asistencia jurídica preventiva al enfermo diagnosticado de alzhéimer: “incapacitatus” o “persona con capacidad modificada judicialmente”.

La idea clave es el autogobierno suficiente del enfermo confirmado de alzhéimer, que disponga de esa aptitud mínima necesaria para actuar libre y volitivamente, es decir, sabiendo lo que hace y queriéndolo hacer de forma libre.

Entre las enfermedades neurodegenerativas está el alzhéimer, que llega a anular ese autogobierno, pero a largo plazo, cuando ya altera la realidad personal significativamente y hace imposible que el enfermo puede efectuar valoraciones o juicios sobre lo ordinario y conveniente, por tener severamente afectado su discernimiento o su voluntad. El Tribunal Supremo ha delimitado con claridad ese concepto de autogobierno en sentencias como la de 1 de julio de 2014 (Pte. Sr. Sancho Gargallo) FJ. 6:

*“El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la*

---

*familias o personas cuidadoras, con el fin de posibilitar su permanencia en su domicilio y entorno habitual, incluyendo: 1.º Centro de día asistencial. 2.º Centro de día ocupacional. 3.º Centro de noche.*

*f) Servicios para el apoyo de la inclusión social. Medidas orientadas a prevenir la exclusión social y a promover la autonomía de las personas a través de programas o acciones dirigidos tanto a personas como a grupos y a la comunidad a la que pertenecen, para favorecer su propia promoción y sus posibilidades de participación social.”*

<sup>19</sup> Los artículos 22 á 29 del RD 1/2013 están dedicados al derecho a la **vida independiente y accesibilidad**: En esas normas se regulan las condiciones de accesibilidad que deben reunir los distintos ámbitos legales protegidos para garantizar similares niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad, y las medidas de acción positiva dirigidas a apoyar el ejercicio del derecho a la vida independiente. Los ámbitos protegidos alcanzan a la practica totalidad de los posibles:

- a) Telecomunicaciones y sociedad de la información.
- b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.
- c) Transportes. d) Bienes y servicios a disposición del público.
- e) Relaciones con las administraciones públicas. f) Administración de justicia.
- g) Patrimonio cultural.
- h) Empleo.

*voluntad, de querer o desear algo. De ahí que si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o lo excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada. Y como la realidad ordinariamente es complicada, es preciso admitir que, como recordaba ya la Sentencia 479/1994, de 20 mayo (RJ 1994, 3723), en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento, y conforme a ellos la pérdida de autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras.”*

Hay que tener presente que cada caso es peculiar y más aún en los casos de alzhéimer por su largo periodo de evolución: las medidas legales a adoptar en un primer estadio son muy distintas a las del tercero. Las medidas a poner en marcha deben graduarse en función de la situación actual de ese eventual *in-capacitatus*<sup>20</sup>, que puede tener una duración larga en años, si la Providencia y los cuidados, que reciben, así lo propician.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en cuanto a no hacer declaraciones de incapacidad ampliadas en previsiones de futuro o abstractas, es decir, adelantándose a venideras pérdidas de habilidades o capacidades básicas; un ejemplo de esa doctrina legal la encontramos en la sentencia de 29 de abril de 2009 (Pte. Sra. Roca Trías) FJ. 5º:

*“Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.”*

Esta jurisprudencia y la interpretación en clave de acción protectora de las funciones tutelares para los discapacitados hace que se produzcan resoluciones judiciales sobre curatela<sup>21</sup> con incapacitación parcial, aunque se haya podido

<sup>20</sup> Uso este neologismo para describir al enfermo de alzhéimer o de cualquier otra enfermedad neurodegenerativa que no es completamente dependiente pero que va a alcanzar, si Dios y la ciencia médica lo permiten, más años y por tanto la completa pérdida de funciones intelectivas superiores. El término latino *incapax-cis* se comprende perfectamente la cualidad negativa del no capacitado y la terminación *-urus*, que corresponde a los participios de futuro latinos, inexistentes en español y que son por tanto formas adjetivas, como la bien conocida de *nasciturus* (que ha de nacer...) y para el *incapacitatus* debe entenderse como el que alcanzará la incapacidad, no sólo la discapacidad, término que encaja mejor con el eufemismo “persona con capacidad modificada judicialmente.”

<sup>21</sup> Nuestra Audiencia Provincial viene confirmando las sentencias de incapacitación parcial dictadas en la instancia, cuando la base probatoria en la segunda instancia confirman el mantenimiento de capacidades. Estos caso no suele ser de enfermos de alzheimer sino de otros trastornos mentales, pero el nombramiento de curador para determinadas cosas es

solicitar inicialmente la incapacitación total. El elemento probatorio es esencial y para incapacitar de manera plena, derecho de sufragio incluido, pues es precisa una certidumbre muy justificada.

La actividad del abogado, al menos en España, va mucho más allá de ser sólo un profesional litigador en juicio ante un tribunal jurisdiccional, para plantear un proceso de incapacitación, que posiblemente es lo más sencillo en el mayor número de casos; además de las competencias de patrocinar pretensiones ajenas ante los tribunales, nuestra profesión nos obliga a disponer o idear, dentro de los límites legales, de otros medios previos o alternativos a los procedimientos judiciales; éstos han de ser utilizados cuando sean imprescindibles y cuando la propia Ley los señale como única vía de resolución de un problema, situación que es poco habitual en esta materia, con tantos matices y alternativas.

En demasiadas ocasiones el cónyuge o la familia de enfermo, por una no bien entendida forma de actuar, van sufriendo y buscando disculpas<sup>22</sup> para los síntomas de la enfermedad, lo que en ocasiones retrasa el diagnóstico. Tras la confirmación de la casi segura enfermedad de Alzheimer por los médicos, hay otras visitas que hacer: al abogado y al notario, si se actúa así, quizás pueda no tener que acudir al juzgado.

El letrado debe asistir y aconsejar al cliente o familiar del diagnosticado de alzhéimer, al que califico de *incapacitatus*, permítaseme el neologismo, pues el avance de la enfermedad haría que llegase a la incapacidad o a la situación en que podría ser incapacitado. La enfermedad es muy cruel pero da señales tempranas y su evolución suele ser inexorable pero lenta y, por tanto, hay tiempo y herramientas legales que pueden contribuir a reducir sus consecuencias jurídicas, que llegan también. Los abogados tenemos el deber profesional de orientar a nuestros clientes o sus familiares responsables y presentarles un panorama de las distintas posibilidades jurídicas que se disponen y que no siempre pasan por el Juzgado y la completa incapacitación del enfermo.

### **3. Instrumentos jurídicos para abordar la previsión y evolución de un paciente de alzhéimer.**

Para cada concreta situación de cada enfermo de alzhéimer puede haber un instrumento jurídico más útil o más conforme a su situación personal y patrimonial. No hay regla segura, aunque casi todos pueden ser iniciados o impulsados por el propio enfermo, si lo decide de forma relativamente temprana.

Debe partirse, como hace nuestra legislación (art. 34 del CDFR), de la presunción de capacidad de la persona mayor de 14 años y que no haya sido incapacitada; del mismo modo esa norma foral, ya preexistente en la Ley aragonesa de

---

suficiente dada la situación psíquica de discapacitado, como se puede observar en las recientes sentencias de la Audiencia provincial de Zaragoza de 17 de mayo y 20 de septiembre de 2016 y del mismo magistrado ponente (Sr. Arqué Bescós)

<sup>22</sup> Un caso muy ilustrativo sobre este extremo de disimular o no querer ver la importancia de estos síntomas en el enfermo podemos apreciarlo de manera clara en la sentencia que la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de marzo de 2013 (Pte. Sr. Acín Garós) que confirmó la del Juzgado de Instancia, en la que el Magistrado-Juez apreció en su exploración que el deterioro de la presunta incapaz era muy superior al pretendido por ella misma y su cuidadora, una de sus hijas, que minimizaba la dolencia apelando a una depresión y el reciente fallecimiento del esposo.

Derecho de la Persona, Ley 13/2006 de 27 de diciembre (art. 31), establece que se presume la aptitud de esa persona para entender un acto concreto, salvo que se pruebe lo contrario.

Si la enfermedad está en la fase 1 poca duda ha de haber sobre la ordinaria capacidad de obrar, la comparecencia ante el notario y el otorgamiento de una escritura pública. Esto no debería presentar problema alguno. Si la enfermedad está más avanzada pero hay capacidad suficiente, para disipar dudas el otorgante puede presentar un informe o certificado de su neurólogo, de este modo el notario podrá autorizarla. Autorizada la misma, la jurisprudencia menor de nuestra Audiencia Provincial de Zaragoza (SAPZ 08-04-2010) ha considerado que la intervención notarial genera una presunción *iuris tantum* a favor de la capacidad del otorgante, aunque cabe prueba en contrario y en ocasiones se prueba<sup>23</sup>.

### 3.1. Patrimonio protegido.

La Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad introdujo una novedad<sup>24</sup> en el panorama legal español, lo que provocó una serie de reformas que afectaron al Código Civil (arts. 223 y 234, y también al art. 1732) y a nuestra legislación foral, como veremos enseguida.

Este instrumento legal tiene tanto un uso paliativo como una utilización preventiva, ya que un patrimonio protegido puede constituirse en situaciones objetivas de capacidad suficiente o, dicho de otro modo, de discapacidad moderada-media (33% psíquica y 65% física), aunque su régimen jurídico de constitución, administración y control sea menos claro de lo que sería deseable, a pesar de la ventajas fiscales que lleva aparejadas, para el caso de aportaciones por parte de los familiares más directos. Aunque es un patrimonio especial, no es un patrimonio exento o inmune al patrimonio personal ordinario del discapacitado, por tanto, responde también de sus deudas (art. 1911 C.C.), ya que la Ley 41/2003 no prevé ninguna forma de inembargabilidad o de excusión de los otros bienes<sup>25</sup>, aunque teleológicamente la Ley pudiera haber pensado en algo parecido. También se pueden aportar otros bienes o derechos como seguros, planes de pensiones etc..., lo que ha generado más dudas y consultas<sup>26</sup> a la Autoridad Tributaria.

23 Un caso de destrucción de esa presunción *iuris tantum* (además múltiple de tres notarios) puede estudiarse en la sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza de 23 de noviembre de 2010 (Pte. Sr. Seoane Prado) que anula tres escrituras públicas al quedar probado que el otorgante con problemas cerebrovasculares desde tiempo atrás padecía una demencia senil, aunque pudiera tener algún momento lúcido, aunque sin autonomía personal fuera de la residencia donde vive. Los informes los dos forenses resultaron determinantes.

24 En ordenamientos del Common Law son bien conocidos: se trata del *trust for the disabled*, es decir, un patrimonio constituido o afecto a una misión concreta: el mantenimiento o atención de un discapacitado. En la tradición jurídica romano-continental han existido otras figuras como los fideicomisos, que también podían realizar la afectación de una porción patrimonial a un fin concreto, pero fueron suprimidos definitivamente por el Código Civil, que sólo permitió la variedad sucesoria de la sustitución fideicomisaria (arts. 781-786).

25 Como expone ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, pág. 135, y donde defiende la subsidiariedad que debería aplicarse a este patrimonio.

26 La Dirección General de Tributos en contestaciones a consultas de noviembre de 2013 (núms. V3312-13, V3457-13, V3458-13, V3459-13, V3463-13), entre otras parecía mostrarse casi contraria a la posibilidad de un patrimonio de mero gasto, pero no son claras, como analizan LUCAS DURÁN, Manuel y MARTÍN DÉGANO, Isidoro, en su extenso artículo, "Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad y su fiscalidad", en *Documentos*, 4/2014, editada por el Instituto de Estudios Fiscales, pág. 11 y nota 13.

En todo caso, parece que la Ley no pretendía en modo alguno la constitución de un patrimonio de gasto, es decir, dotar económicamente unas cantidades y con ellas atender los gastos del discapacitado, por eso, parece que el instrumento está más pensado para hijos discapacitados que para los casos de alzhéimer.

Ya sea por *fas* o por *nefas*, este instrumento no está teniendo la utilización que pudo pensar el legislador, quizás también porque su régimen fiscal pudiera ser mejorable, ya que las aportaciones en dinero de terceros (cónyuge e hijos, por ejemplo) a ese patrimonio, si bien reducen la base imponible del aportante, tienen la consideración fiscal de rendimientos del trabajo del beneficiario, lo que supone que el enfermo de alzhéimer termina tributando algo más, ya que incrementa su base imponible. De cualquier forma, el tratamiento fiscal es claramente favorable, pero la complejidad de su constitución y régimen jurídico-civil-fiscal ha hecho que la utilización del patrimonio protegido de la Ley 41/2003 sea escasa y no haya cumplido sus eventuales expectativas<sup>27</sup> y menos aún respecto de los mayores.

Este instrumento también se incluyó en nuestra legislación foral: primero en la Ley de Derecho de la Persona (Ley 13/2006, art. 37) y después en su codificación. Así el Código de Derecho Foral lo recoge en su art. 40 y prevé la constitución de un patrimonio especial con algún rasgo peculiar respecto al régimen común:

*Artículo 40. Patrimonio especial de las personas con discapacidad.*

*1. La regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad será de aplicación preferente a lo dispuesto en este Capítulo y en el Título III de este Libro sobre los efectos de la incapacitación.*

*2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, también podrán constituir un patrimonio protegido las otras personas con autoridad familiar.*

*3. Asimismo, cuando el constituyente del patrimonio protegido no sea el propio beneficiario del mismo, para su administración será necesaria autorización de la Junta de Parientes o del Juez en los mismos supuestos en los que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a lo dispuesto en este Libro. La autorización no será necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente."*

Los dos rasgos singulares son la extensión de las personas legitimadas para su constitución a las personas que el CDFA reconoce autoridad familiar y que pueden ser otras que los progenitores y en segundo término la intervención de la Junta de Parientes, para su administración, que debería simplificar el control del patrimonio. Ciertamente este instrumento está más pensado para discapacitados menores o dependientes de sus progenitores, que pueden ir constituyendo un fondo patrimonial para asegurar el futuro de su hijo para cuando ellos ya no estén o no puedan atenderlo.

<sup>27</sup> Una explicación bastante clara del régimen fiscal y sus ventajas la expone con agilidad y concisión Teresa RAGA QUINZÁ en un artículo, "El Patrimonio Protegido: un instrumento que facilita el futuro de las personas con discapacidad al tiempo que genera elevadas ventajas fiscales", publicado en *Economist & Jurist*, marzo de 2014 y que puede consultarse en la web de la revista en su archivo de artículos jurídicos

Este instrumento parece que pueda estar indicado para supuestos en que el enfermo de alzhéimer en su fase no grave (capacidad suficiente) disponga algún inmueble, un piso o una casa, y una pensión corta; todo ello podría constituir, ante notario, ese patrimonio protegido y en caso de insuficiencia de numerario los hijos o descendientes del mismo podría aportar al mismo una cantidad periódica hasta los 10.000 euros anuales para su atención y cuidado, que cada aportante descontaría de su base imponible. El propio constituyente del patrimonio es quien puede designar a quien vaya a ser el administrador de ese patrimonio y la forma control del mismo.

### 3.2. Escritura de autotutela. (Delación voluntaria)

Este instrumento es posible e idóneo en los casos que el *incapacitatus* enfermo de alzhéimer se encuentre en un estado evolutivo no avanzado y disponga de capacidad suficiente. Así el art. 108.1 del CDFa viene a determinar lo siguiente:

*“1. Conforme al principio standum est chartae, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal.”*

Esta materia es objeto de la intervención del notario adscrito a esta ponencia y por ello sólo he de apuntar algunas recomendaciones prácticas para los casos de alzhéimer. Si el otorgante está capacitado ha de nombrar a la persona, física o jurídico-institucional que vaya a ejercer esas funciones y sus eventuales sustitutos. Para que esto sea eficaz ha de tener esa persona o institución de confianza, que vaya a aceptar esas funciones tutelares.

También la escritura pública tiene una función negativa, es decir, es útil para procurar o impedir que determinadas personas accedan a la tutela: esta función es muy importante y los abogados debemos instruir sobre esto al *“incapacitatus”* y una tercera posibilidad también destacable: la posibilidad de establecer un sistema de control o persona que verifique el recto cumplimiento de esas funciones. Otro aspecto a destacar es la posibilidad de nombrar dos tutores<sup>28</sup>: si es difícil disponer de uno de toda confianza y seriedad, el nombramiento de dos es casi garantía de conflicto, por lo que debe evitarse el aconsejar estas soluciones gemínicas salvo en casos muy justificados<sup>29</sup>. Además la norma aragonesa prevé, como

28 La opción de dos tutores está contemplada por la ley aragonesa (arts 112 y .134 CDFa), como históricamente lo estuvo en nuestro derecho histórico (Observancia 1ª *De Tutoribus, manumissoribus et cabeçalariis*) y también en la normativa común (arts. 236 y 237 CC) y puede tener sentido y razón en algunos casos especiales. Normalmente un tutor sería el encargado de la persona y el otro lo sería del patrimonio, pero el otorgante aragonés puede *motu proprio* designar dos para actuar simultáneamente. Cuidado con esta solución, que suele ser fuente de conflictos y para evitar en lo posible el Juzgado, debería establecer algún sistema de resolución, como el criterio dirimente de la Junta de Parientes.

29 Nuestra jurisprudencia menor ha visto y resuelto con bastante equilibrio alguno de los conflictos típicos, por concurrencia de segunda esposa con hijos del primer matrimonio con pésimas relaciones entre ellos, usando de la doble tutoría de persona y bienes, como en caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de diciembre de 2014

criterio general, la tutela ejercida por un único tutor y la tutela dual ha de estar específicamente justificada<sup>30</sup>.

Las situaciones familiares complejas<sup>31</sup> deben ser abordadas con un mecanismo claro, como es la autotutela. Se pueden introducir instrucciones concretas: retribución al tutor, prohibiciones, dispensar posibles obstáculos normativos y fijar formas de control al tutor. Todo esto está en función de la cualidad y confianza del eventual tutor o curador, pero no debe olvidarse que la determinación previa de una retribución concreta y de un sistema de control de las acciones del tutor son una garantía para todos, incluido el tutor y los posibles herederos del enfermo otorgante.

Había cuenta de la posibilidad de impulsar el propio *incapacitatus* su propia incapacitación, creo que el consejo legal que el letrado no debe olvidar es que el enfermo haga un encargo de interposición del proceso en un plazo razonable, de acuerdo con la evolución de la enfermedad; si la situación médica es tal que sea suficiente la curatela, la designación para tutor debería servir igualmente para curador. Sin el proceso judicial, la eficacia de la sentencia puede ser ninguna.

### 3.3. Poderes especiales de validez extendida permanente o “mandato de autoprotección”.

Aunque es materia específicamente del ámbito notarial de esta ponencia, hay alguna observación que poder hacer como letrados, en cuanto a la oportunidad de este instrumento jurídico para la protección de *incapacitatus*.

Nuestra legislación foral prevé igualmente esta institución y la regula con mejor sistemática en el capítulo de relaciones tutelares y dentro de la “Delación voluntaria”. La doctrina lo califica como “mandato de autoprotección”, pero no se trata de un poder necesariamente *sub conditione* para el caso de sufrir una incapacidad o estar incapacitado. El texto del art. 109 del CDFa es muy abierto:

*“Mandato que no se extingue por la incapacidad o incapacitación. Igualmente, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente podrá, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación.”*

---

(Pte. Angós Ullate) en la que, a pesar de la designación como tutora de la esposa, se apreció por el Tribunal la existencia de un motivo excepcional previsto en el art. 116.2 CDFa para alterar esa preferencia, sin que se entendiese por la Sala que la enemistad con los hijastros y unas supuestas ideas delirantes fuera causa de inhabilidad para la esposa tutora del art. 125 CDFa, que mantuvo la tutoría sólo en el ámbito personal, nombrando a una hija tutora patrimonial, con funciones compartidas en cuanto a la pensión de jubilación de enfermo de alzheimer, que era médico.

<sup>30</sup> Nuestra jurisprudencia menor ha estudiado este tipo de nombramientos de tutores duales (personal y patrimonial) y ha considerado necesaria una justificación clara, pues cuando no la hay, se nombre un único tutor, como prevé el párrafo primero del art. 134 CDFa, como se aprecia en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de julio de 2010 (Pte. Sr. Serena Puig) que estima el recurso y nombra a único tutor, al no resultar la administración del patrimonio de complejidad relevante, por ser fincas en aparcería y dinero.

<sup>31</sup> Cada día son más frecuentes situaciones familiares complejas, en la que concurren cónyuges de segundas o tercera nupcias o relaciones estables no casadas con hijos de una matrimonio o relación anterior, por lo que es muy probable la generación de un conflicto sobre el nombramiento de tutor o curador. En estas situaciones complejas en consejo legal del abogado debe dirigirse a evitarlo y que el enfermo todavía capaz proponga una concreta persona y su sistema de fiscalización de las funciones tutelares.

El “mandato de autoprotección” es especialmente útil en la práctica, sobre todo si no está condicionado a la previa declaración de incapacitación del poderdante, ya que va a permitir al apoderado ejercer las facultades previstas en dicho mandato y, si este es amplio, incluso administrar los bienes e intereses de todo tipo del *incapacitatus*. En el régimen legal común se reguló por la Ley 41/2002 (art. 11), que modificó el art. 1732 del Código Civil<sup>32</sup>.

Personalmente recomendaría como abogado este instrumento jurídico, si bien el discapacitado y su potencial apoderado deben gozar de una profunda confianza y rigor en el uso y cumplimiento del apoderamiento. Conceder un poder omnímodo no es lo más prudente, salvo excepciones, por lo que el poderdante debe establecer alguna limitación formal para las operaciones más importantes (ventas inmuebles, hipotecas, préstamos, créditos, etc.) como podría ser la aprobación previa por la Junta de Parientes incluida su llamamiento en el propio poder o bien mancomunar esas específicas facultades en una segunda persona.

Puede plantearse una duda sobre el art. 111 CDFA en cuanto a la publicidad y eficacia al ser inscribible un poder de validez permanente o más allá de la incapacidad y o la declaración de incapacitación. El texto del precepto<sup>33</sup> es muy claro, la práctica puede no serlo tanto, en el cumplimiento práctico al precepto: tanto si el fedatario comunica al Registro la autorización de una escritura de delación voluntaria o mandato permanente y si el Registro Civil anota esto como nota marginal en la inscripción de nacimiento, entiendo que la inscripción no puede tener en ningún caso cualidad constitutiva, por tanto creo que el principio de libertad civil del otorgante debe prevalecer sobre la su cualidad de “inscribible”.

Nada impide la revocación del mandato, incluso del de validez extendida, ya que el mandato es esencialmente revocable. Con independencia de criterios legales de la institución en general (arts. 1732.1º y 1733 CC.), está previsto en el art. 114.2 CDFA para que así lo acuerde al constituir la relación tutelar o al solicitarlo el tutor.

### **3.4. Disposición de bienes comunes realizada sólo por el cónyuge del *incapacitatus*.**

Muchos sabemos que hay incapacitaciones que se promueven para poder vender algún bien, normalmente inmueble, cuando el *incapacitatus* ya no puede

<sup>32</sup> CC. Artículo 1732.

*“El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.”*

<sup>33</sup> CDFA “Artículo 111: Publicidad.

*Los documentos públicos a los que se refieren los artículos anteriores se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado,”*

Los documentos notariales tienen acceso al Registro Civil, como prevé el art.35 de la vigente Ley de Registro Civil, Ley 20/2011, de 21 de julio; de otro lado el art. 40.3.8º y 10º de esa misma norma dan oportunidad a que se remita esa información de tutelar del *incapacitatus*. Finalmente el art. 77 de esta Ley recoge expresamente esto: **“Artículo 77. Inscripción de autotutela y apoderamiento preventivoos. Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público de constitución de autotutela y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil”.**

comparecer válidamente ante notario. Esas incapacitaciones son instrumentales de una enajenación, que si no se precisase no se plantearía en el juzgado.

Pues bien, si el bien a enajenar es común y hay cónyuge capaz, otro de los instrumentos jurídicos que los letrados hemos de promover su utilización, para evitar incapacitaciones instrumentales, es la disposición por el cónyuge<sup>34</sup> del enfermo de alzhéimer de bienes comunes, de acuerdo con lo prevenido en el art. 230.d) de CDFA en relación con el art. 218.1a)<sup>35</sup> del mismo texto legal, es otra posibilidad o instrumento con intervención de la Junta de Parientes del cónyuge enfermo.

La doctrina científica, encabezada por el Prof. DELGADO ECHEVERRÍA, entiende que los gastos que son incluibles en ese artículo 218.1a) son los más específicamente familiares, los necesarios para la vida cotidiana (alimento, vestido, vivienda, sanidad, educación, previsión, ocio...) y no sólo del enfermo sino del grupo familiar (convivientes). Por tanto, no parece que existan dudas que se pueda vender una finca rústica o una casa para poder sostener los importantes gastos de unos o varios cuidadores o de una residencia privada. No parece que esos gastos no se acepten como legítimos, que han de interpretarse de acuerdo con las actuales concepciones de nuestra sociedad, donde el alzhéimer o las demencias seniles son lugar común en nuestras familias.

### **3.5. Invalidez de los actos del no incapacitado pero sin suficiente aptitud o capacidad:**

No obstante todo lo mencionado antes, cabe que un enfermo de alzhéimer, sin incapacitar, puede llegar a realizar determinados actos, inversiones o disposiciones, inducidos o no, y, que conocidos por su cuidadores o familiares, puedan ser impugnados como inválidos. Este remedio es normalmente de naturaleza judicial con intervención de abogado en la práctica totalidad de los casos, ya que es excepcional que el vendedor o colocador del producto reconozca extrajudicialmente la invalidez de la operación.

Esta vía es la que nos abre el art. 37 CDFA:

*“Artículo 37. Invalidez de los actos de la persona no incapacitada.*

*1. El acto de la persona mayor de catorce años no incapacitada que en el momento de su celebración carezca de la suficiente aptitud para entenderlo y quererlo será inválido.*

*2. El acto será anulable, mientras no sea confirmado por quienes puedan anularlo:*

---

34 CDFA: “Artículo 230. Actuación indistinta de cualquiera de los cónyuges.

Cada uno de los cónyuges está legitimado para realizar por sí solo sobre los bienes que integran el patrimonio común..

...d) Actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones señaladas en la letra a) del apartado 1 del artículo 218. Para justificar la necesidad del acto, será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes del otro cónyuge.”

35 CDFA: “Artículo 218. Deudas comunes.

1. Son de cargo del patrimonio común:

a) Las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio...”

a) *A petición del representante legal si llegara a haberlo, hasta que el interesado pueda anularlo por sí mismo.*

b) *A petición del propio interesado, en su caso con la debida asistencia. La acción prescribirá a los cuatro años desde que hubiera recobrado sus facultades o podido celebrar el acto sin asistencia o, en su defecto, desde su fallecimiento.*

3. *No obstante, el acto será nulo si vulnera leyes que exigen una capacidad específica, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto.”*

Ha habido en nuestra práctica financiera reciente colocaciones de productos de inversión compleja a personas muy mayores que, confiadas en sus bancos “de toda la vida”, han adquirido bienes o invertido en productos financieros que no comprendían ni su naturaleza ni sus riesgos. Probablemente no se habrán realizado los test de conveniencia e idoneidad, que exige la normativa específica del sector financiero, pero además la existencia y prueba de algún nivel relevante de discapacidad (33% de discapacidad psíquica y 65% física) hará muy probablemente que dicha operación sea anulada, si la misma es impugnada dentro del plazo legal. El tratamiento normativo foral es similar al de los actos del menor (mayor de catorce años) realizado sin la debida asistencia (art. 29 CDFA).

#### **4. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO Y/O COMPLEMENTARIO A LA JURISDICCIÓN PARA RESOLVER DISPUTAS.**

Los poderes públicos parecen querer impulsar o promocionar soluciones no judiciales para no pocos conflictos del ámbito privado, por eso se está viendo poco a poco el incremento de mediaciones y soluciones por negociación o alguna forma de arbitraje. Los abogados hemos de insistir en el uso de la mediación como un instrumento más que redunde en una menor conflictividad judicial y en estimular la capacidad de autocomposición de las partes con posiciones o criterios encontrados y más aún en el seno familiar.

En ámbito aragonés disponemos de normativa sobre mediación familiar, en concreto la Ley 9/2011 de 24 de marzo, pero entre los conflictos susceptibles de ser abordados por esta vía<sup>36</sup> no se especifica claramente nada que pueda referirse

<sup>36</sup> *“Artículo 5. Conflictos susceptibles de mediación familiar.*

1. *La mediación regulada en la presente Ley podrá referirse a cualquier conflicto familiar surgido en el ámbito del Derecho privado.*

2. *Específicamente, la intervención del mediador familiar tendrá por objeto alguno de los siguientes aspectos:*

a. *Conflictos nacidos como consecuencia de una ruptura de pareja, existan o no menores afectados.*

b. *Controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar o, en su caso, patria potestad y del régimen de guarda y custodia de los hijos.*

c. *Diferencias en lo relativo al régimen de relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.*

d. *Situaciones derivadas de crisis de convivencia en el seno del matrimonio o de la pareja.*

e. *Desavenencias referentes a las relaciones entre personas mayores y sus descendientes.*

f. *Conflictos entre los miembros de la unidad familiar donde sea de aplicación la normativa de derecho internacional.*

g. *Los datos de las personas adoptadas relativos a sus orígenes biológicos, en la medida que lo permita el ordenamiento jurídico, alcanzada la mayoría de edad, o durante su minoría de edad representadas por sus padres o quienes ejerzan su autoridad familiar.*

*Salvo en los supuestos debidamente justificados, en los que esté en peligro la vida o la integridad física o moral de la persona adoptada, no se podrá facilitar la identidad de los padres biológicos en tanto en cuanto no se disponga de la autorización expresa de estos.*

h. *Problemáticas referidas al Derecho civil patrimonial o a la empresa familiar.*

i. *Cuestiones relacionadas con las sucesiones por causa de muerte.”*

a decidir sobre establecimiento de instrumentos de protección a discapacitados, guardadores, curadores, tutores u otras formas de apoyo a mayores, con diversos grados de dependencia o con limitada autonomía.

Este mecanismo tendría utilidad real y evitaría conflictos familiares serios sobre nuestros mayores, enfermos o no de alzhéimer, si se llevase adelante una reforma legal en el sentido de abrir la mediación familiar a los derechos de discapacitados y propuestas para nombrar guardadores, curadores o tutores y sus respectivas funciones y control.

Si el enfermo de alzhéimer no ha hecho uso de una designación notarial de autotutela ni de unos poderes permanentes, y la evolución de la enfermedad ya no le permiten tomar decisiones conscientes, sus familiares, en caso de desacuerdo sobre la responsabilidad de su guarda y cuidado, podrían, antes de plantear demandas judiciales, intentar un proceso de mediación familiar, de los previstos en la Ley 9/2011, para evitar litigar por una custodia, curatela o tutela y su correlativa designación de responsable.

La Ley aragonesa de Mediación Familiar tampoco prevé entre las especialidades<sup>37</sup> de iniciación de la mediación familiar por la Autoridad Judicial (art. 14) que la materia referida a protección de discapacitados sea susceptible de remitir a mediación. Esa sería una herramienta más para reducir el impacto judicial, que muchas veces puede causar severas rencillas entre hermanos o familiares muy próximos. La Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de Mediación<sup>38</sup> en el ámbito del derecho privado (art. 2), fue pionera en atender la realidad de las personas con discapacidad y de abrir la mediación a los conflictos familiares relacionado con los más mayores, que son la inmensa mayoría de los enfermos de alzhéimer. También en el caso andaluz la Ley 1/2009 de 27 de febrero, de Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, prevé el empleo de la mediación en su art.3. d) en los conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes y los de atención de personas dependientes, a tenor de lo previsto en la norma general española Ley 39/2006.

---

<sup>37</sup> Deberían ampliarse las facultades del Juez de remisión a un proceso de mediación en esta materia, no contemplada en la norma:

*“Artículo 14. Especialidades de la iniciación de la mediación familiar por la Autoridad Judicial. 1. En los procesos de nulidad, separación o divorcio y en los que versen sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia para la organización y funcionamiento de la iniciación de las actuaciones de mediación intrajudiciales en Juzgados y Tribunales reguladas en este artículo corresponderá al departamento con competencia en la Administración de Justicia. “*

<sup>38</sup> Véase el texto normativo y sus alusiones directas o indirectas a mayores y dependientes:

*“Artículo 2 Objeto de la mediación*

*1. La mediación familiar comprende de forma específica:...*

*f) Los conflictos relativos a la comunicación y relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y demás parientes y personas del ámbito familiar...*

*h) Los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o dependientes con las que exista una relación de parentesco .*

*q) Los aspectos convivenciales en las acogidas de ancianos, así como en los conflictos para la elección de tutores, el establecimiento del régimen de visitas a las personas incapacitadas y las cuestiones económicas derivadas del ejercicio de la tutela o de la guarda de hecho .*

*s) Cualquier otro conflicto en el ámbito del derecho de la persona y de la familia susceptible de ser planteado judicialmente.*

Países avanzados socialmente como Suecia han institucionalizado la figura del defensor<sup>39</sup> del discapacitado (Handikappombudsman) que actúa principalmente en la resolución de conflictos con mecanismos de arbitraje y mediación sobre problemas de discriminación. En España también ha habido experiencias parecidas de un defensor / mediador de las personas con discapacidad para proteger y resolver denuncias sobre discriminación y accesibilidad, aunque ha sido de utilidad muy limitada.

## 5. PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO COMPARADO: NOTAS SOBRE SOLUCIONES EN ITALIA, FRANCIA Y ALEMANIA.

La normativa española en su conjunto, puesta al día tras la ratificación de la Convención Internacional de Nueva York (abril de 2008), es homologable a la de nuestros vecinos europeos, aunque las peculiaridades procesales españolas puedan restar cierta eficacia en su aplicación (demoras judiciales). Ciertamente nuestra solución está más próxima a la francesa e italiana que a la alemana, que prácticamente ha suprimido la tutela y curatela para los mayores de edad y ha potenciado la jurisdicción voluntaria.

De forma breve podemos revisar algunas de las soluciones que la normativa italiana, francesa y alemana, como referencias próximas y dentro de nuestra tradición de Derecho continental, aportan para situaciones de capacidad disminuida como :

### A) El Codice Civile italiano

Tras la reforma de la Ley 6/2004 de 9 de enero, prevé dos formas de protección: la primera regulada principalmente en los arts. 404 y 405, llamada “*amministrazione di sostegno*”, una suerte de administración de apoyo<sup>40</sup> para proteger la situación temporal o una discapacidad parcial producida por una enfermedad; la segunda “*l’interdizione*” regulada en los arts. 414 y ss. tratan de la incapacitación<sup>41</sup> para los mayores de edad en situación de incapacidad para proveer sus intereses, se le ha de nombrar un tutor para asegura su adecuada protección.

Italia tiene jueces tutelares y ha adaptado la interpretación de sus normas a los criterios de la Convención de Nueva York de 2006, de la que también es

---

39 Da cuenta de la institución sueca del “ Handikappombudsman” y sus funciones MUNUERA GÓMEZ, M. Pilar, “ Mediación con personas con discapacidad: igualdad de oportunidades y accesibilidad de la justicia”, en *Política y Sociedad*, núm. 50, 2013, pp. 163-178, en concreto 172.

40 (Art. 404) “*La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.*” **Traducción del autor:** “La persona que por efecto bien de una enfermedad bien de una minusvalía física o psíquica, se encuentre en la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de ocuparse de sus propios intereses, puede ser asistida por un administrador de apoyo, nombrado por el juez tutelar del lugar en que tenga la residencia o el domicilio”.

41 (Art. 414) “*Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione.*” **Traducción del autor:** “El mayor de edad y el menor emancipado que se encuentren en condiciones de habitual enfermedad mental que les haga incapaces de ocuparse de sus propios intereses, han de ser incapacitados cuando eso sea necesario para asegurar su adecuada protección.”

signataria; en este ámbito la jurisprudencia ha calificado cuándo es apropiada la “*amministrazione di sostegno*” y cuando “*l’interdizione*”; así por ejemplo el Tribunal de Varese, en Decreto de 17/11/2009, decidió que “*l’amministrazione di sostegno*” no parecía adecuada para los casos de estado vegetativo o de estado de coma, ya que la medida más idónea era la incapacitación.

## B) El Code Civil francés

Tras la reforma, que entró en vigor en enero de 2009, establece un muy detallado sistema de protección en cascada sobre las medidas judiciales de protección. Francia también tiene jueces especializados en tutelas y usa para estos casos del Consejo de Familia, cuando se haya constituido. El sistema de protección primario, regulado en el art. 433, sería la “*sauvegarde de justice*”, persona bajo protección o salvaguardia de justicia<sup>42</sup>. Esta persona protegida conserva el ejercicio de sus derechos y puede actuar normalmente salvo que para determinadas actuaciones se le haya nombrado un mandatario que debe intervenir bajo pena de nulidad.

Hay un segundo nivel de protección que es la curatela y un tercer nivel, la tutela, como se ordena en el art. 440 del Code Civil, y sólo debe acudir a la curatela si la protección de justicia no fuera suficiente y sólo a la tutela si la curatela no asegurase la protección debida<sup>43</sup>.

La normativa francesa (art. 477 y 477-1 Code Civil) completa este desarrollo de protección con otras “herramientas” jurídicas y también prevé el mandato o poder de protección futura y otras formas de mandato o apoderamiento notarial (art. 489 á 491 C. Civil), soluciones muy similares a las de nuestra legislación.

---

42 «*Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l’une des causes prévues à l’article 425, a besoin d’une protection juridique temporaire ou d’être représentée pour l’accomplissement de certains actes déterminés.*

*Cette mesure peut aussi être prononcée par le juge, saisi d’une procédure de curatelle ou de tutelle, pour la durée de l’instance.*

*Par dérogation à l’article 432, le juge peut, en cas d’urgence, statuer sans avoir procédé à l’audition de la personne. En ce cas, il entend celle-ci dans les meilleurs délais, sauf si, sur avis médical, son audition est de nature à porter préjudice à sa santé ou si elle est hors d’état d’exprimer sa volonté.» Traducción del autor:* «El juez puede poner bajo protección de justicia a la persona que, por alguna de las causas previstas en el artículo 425, necesita una protección jurídica temporal o de estar representada para la realización de algunos actos determinados. Esta medida también puede ser adoptada por el juez, presentado un procedimiento de curatela o tutela, durante la duración de la instancia. No obstante lo dispuesto en el artículo 432, el juez puede, en caso de urgencia, resolver sin haber procedido a la audiencia de la persona. En este caso, el ha de oír a ésta cuanto antes, salvo si, por dictamen médico, su audiencia puede perjudicar a su salud o si no es capaz de expresar su voluntad.”

43 (Art. 440) «*La personne qui, sans être hors d’état d’agir elle-même, a besoin, pour l’une des causes prévues à l’article 425, d’être assistée ou contrôlée d’une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle. La curatelle n’est prononcée que s’il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante.*

*La personne qui, pour l’une des causes prévues à l’article 425, doit être représentée d’une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle.*

*La tutelle n’est prononcée que s’il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante.» Traducción del autor:* «La persona que, valiéndose de sí misma, necesita por alguna de las causas previstas en el artículo 425, ser asistida o controlada de una manera continua para los actos importantes de la vida civil, puede ser puesta bajo curatela. Sólo hay que decidir la curatela si se establece que la salvaguardia de justicia no puede garantizar una protección suficiente. La persona que, por alguna de las causas previstas en el artículo 425, deba ser representada de una manera continua en los actos de la vida civil, puede ser puesta bajo tutela. Sólo hay que decidir la tutela si se establece que ni la protección de justicia, ni la curatela pueden garantizar una protección suficiente”.

### C) El Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB).

Las reformas impulsadas entre 1992 y 1998 en la legislación alemana, en su código civil (BGB), sobre capacidad de las personas y su protección supuso la supresión de la tutela (Vormundschaft) y la curatela (Pflegschaft) para los mayores de edad, quedando reservada para los menores de edad (-18 años).

Para los mayores de edad se estableció una Asistencia Jurídica (Rechtliche Betreuung), con ello desde 1992 el sistema legal alemán evita las incapacitaciones de los mayores que van perdiendo sus capacidades, como sería el caso de los enfermos de Alzheimer, y también las tutelas y curatelas para ellos. Esto quedó regulado en el parágrafo § 1896 (1 y 2) del BGB cuando establece: *“Si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o de una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente legal. La petición puede realizar la también un incapaz de obrar. Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal sólo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad*

*Contra la libre voluntad del mayor de edad no puede ser nombrado un asistente legal.*

*El asistente sólo será nombrado para un ámbito de las funciones imprescindibles...”<sup>44</sup>*

El asistente legal alemán para mayores discapacitados suele ser una persona física, aunque podría serlo también un trabajador de un centro reconocido; en todo caso si ese mayor con discapacidad propone verbalmente o por escrito a una concreta persona como asistente legal, se debe atender la propuesta, siempre que no resulte contraria a sus intereses. Finalmente para la designación de asistente el BGB ordena que se tengan en cuenta las relaciones de parentesco y demás personales del mayor discapacitado<sup>45</sup>.

El cargo de asistente legal ha de aceptarse en el Juzgado tutelar y el BGB prevé también que puedan nombrar varios asistentes legales si los asuntos del mayor discapacitado así lo aconsejan. Por último, el asistente se convierte en representant legal del mayor discapacitado ante los tribunales y fuera de ellos, como ordena el parágrafo § 1902 BGB: *“Representación del asistido. Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él”*. Esta función de asistente profesional es retribuida y puede decirse que en Alemania el “Betreuer” (el asistente legal de mayores) se ha constituido en una suerte de nueva profesión; en los últimos años el Berufsbetreuer (asistente profesional pagado) estaba entorno al 33% de las designaciones de asistente, que

<sup>44</sup> La traducción que se ofrece de estas normas del BGB alemán, por su dificultad terminológica, está compuesta por partes de las dos versiones en español más utilizadas, como son la de EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil alemán comentado*. BGB, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 529 y ss., y la de LAMARCA MARQUÉS, Albert, *Código Civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 435 y ss.

<sup>45</sup> El nombramiento del asistente legal está regulado en el parágrafo § 1897 del BGB, que detalla incluso reglas sobre quienes no pueden ser nombrados asistentes legales. La propuesta en escrito separado está reguladas en el parágrafo § 1901a del BGB.

han sido en Alemania de 1,3 millones de casos. Es cierto que en España los vínculos familiares son todavía más fuertes que en los países anglosajones o nórdicos, pero parece la que evolución va a ir en esa línea en las próximas décadas.

El sistema alemán dispone de un instrumento de seguridad, al no estar declarados incapaces los discapacitados severos y sólo tener de un asistente legal. Para determinadas disposiciones, incluso dentro de las atribuciones del asistente, el tribunal tutelar establecer una “*reserva de conformidad*” (Einwilligungsvorbehalt)<sup>46</sup>; esto es especialmente útil en los casos en que la falta de capacidad para ese concreto negocio no es manifiesta.

La normativa alemana ha desjudicializado una parte importante de los problemas de falta de capacidad, reservando los tribunales tutelares a funciones resolutorias y de nombramiento y control de los asistentes legales. Antes de la reforma, que entró en vigor 1992, Alemania tenía un proceso de incapacitación y preveía tutela y curatela para los mayores discapacitados, por lo que esta nueva solución ha sido, sin duda, un avance y más aún a la luz de la Convención de Nueva York cuyas bases ideológico-normativas no casan demasiado bien con la idea de la persona como un *incapacitatus*, es decir, de una persona que habrá de ser casi seguro incapacitado por su evolución natural en la vejez.

## 5. La incapacitación: el proceso judicial y su problemática.

Tanto la Convención de Nueva York como nuestra propia legislación sobre discapacidad abonan la idea de una serie modificaciones del proceso judicial sobre la capacidad, que después denominamos de incapacitación, cuando ese término no obedece sino a los casos de pérdida completa de autogobierno para la vida cotidiana. Los términos no son neutrales y no pocos autores patrocinan otras denominaciones<sup>47</sup>, como *proceso de determinación de la capacidad*, forma que permite la graduación de la discapacidad en cada caso y tiempo.

De otro lado y desde hace no menos de un década se ha venido cuestionando<sup>48</sup> el proceso de incapacitación de nuestro sistema legal como el instrumento idóneo para abordar las actuales situaciones de discapacidad a la luz de las normas internacionales suscritas por España y el análisis de otras formas judiciales de resolver o encauzar el problema.

46 Esto se regula en el BGB en su parágrafo § 1903 y es bastante utilizado en la práctica por los asistentes legales, para conseguir la conformidad del tribunal. He consultado telemáticamente las estadísticas del *Bundesamt für Justiz* las “reservas de conformidad” en 2010 fueron 14.860, en 2011, 14.207 y en el pasado 2015, 12.429 (*Betreuungszahlen 2015*).

47 Así lo presenta LAFUENTE TORRALBA, Alberto José, «Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)* 10, diciembre 2012, págs. 123-143, en concreto pág. 125.

48 Desde asociaciones como Confederación Española de Asociaciones de familiares de personas con Alzheimer y estudiosos juristas y médicos han criticado el mantenimiento de este proceso especial de incapacitación y han puesto de relieve la necesidad de adecuar el proceso español en la línea de otros países de nuestro entorno (Alemania, Francia e Italia, por ejemplo). Es interesante el panorama que presenta el Forense ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique, «Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad» en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 12, 2012, pp.121-147, en concreto pp. 122-124 y en cuanto a propuestas a tener en cuenta pp. 129-140, consulta en acceso informático a través de la pagina web: <http://www.masterforense.com>

Con seguridad el legislador ha pensado el proceso de incapacitación y su conclusión, aprobándola como algo positivo para el incapaz y para el conjunto de la sociedad, sin embargo esto no se cumple realmente en muchas ocasiones por diversas razones:

\*Interposición del proceso: normalmente es un proceso que llega muy tarde, cuando la situación de *incapacitatus* es límite. En el caso del alzhéimer cuando el enfermo ya no se expresa con claridad ni coherencia y su deterioro intelectual es severo o completo.

\*El enfermo ha tenido durante años una situación relativamente estable, aunque degenerativa poco a poco en la mayoría de los casos, y la declaración de incapacidad ya no es realmente útil para el enfermo, ya que alguien ha actuado como curador o tutor de hecho, y el proceso sólo se plantea para resolver alguna cuestión patrimonial o de dinero invertido o inmovilizado del discapacitado.

\*La duración del proceso: por su mismo diseño procedimental o trámites y sus cautelas, que son comprensibles aunque muchas innecesarias en la mayoría de los casos y por lo tardío de su inicio, hace que en un porcentaje relevante de casos los enfermos avancen en la gravedad de su proceso degenerativo o fallezcan durante su tramitación.

\*Si un enfermo de alzhéimer por sí o su familia ha proveído un sistema de asistencia personal en su casa o en una residencia y hay suficiencia económica (vía domiciliación bancaria u otra solución sencilla) ¿hasta qué punto no ha resuelto ya su autogobierno?

\*El problema de la autodemanda, del reconocimiento de legitimación al *incapacitatus* del art. 757.1 LEC para plantear la demanda<sup>49</sup> de su propia falta de capacidad. La solución legislativa ha sido bastante debatido por la doctrina<sup>50</sup>, ya que trastoca principios básicos de la litigación al constituir un paradoja procesal, pues no parece correcto que al mismo tiempo se tenga la condición de promotor (demandante) de una incapacidad y de receptor (demandado) de una limitación o exclusión de la capacidad. En otros sistemas legales está perfectamente previsto que el enfermo (presunto incapaz) promueva un sistema de protección pero no se trata en principio de una incapacitación, sino de un sistema de protección sin incapacitación legal y sin proceso contradictorio con intervención del Ministerio Fiscal.

\*La necesidad de nuevo informe por el médico forense a pesar de la existencia en la práctica totalidad de los casos, de información de Sistema Nacional de Salud y de los institutos de asistencia social, incluso con graduación de la

---

49 Esta novedad legislativa fue incluida en el Art. 757.1 LEC por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad

50 Aunque esta posibilidad está presente en otras legislaciones, como se ha expuesto, había sido solicitada por diversos estudiosos (Lacruz, Rivero Hernández, etc) incluso fue objeto de una enmienda parlamentaria en el debate de la ley 13/1983, lo cierto es que la solución es procesalmente poco técnica porque desdibuja la posición de demandante y demandado, como ha criticado Gimeno Sendra. Sobre este asunto y problemática puede verse una clara exposición de CERRADA MORENO, Manuel, *Incapacidad y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 99-102 y nota 91.

discapacidad, supone un obstáculo y trámite que puede dificultar la pronta solución del caso.

## 6. De lege referenda: ¿qué puede hacerse desde la Ley Aragonesa?

Proponer innovaciones o líneas para novedades legislativas tiene siempre un alto riesgo pero es necesario, si queremos avanzar en la línea de los tiempos de este siglo XXI.

\*Posible establecimiento de una “*autoridad familiar*” especial a favor del cónyuge para la ordinaria administración de la vida e intereses del *incapacitatus*, es decir, una suerte de curatela legal a favor del cónyuge, salvo expresa voluntad del *incapacitatus*, designación de un futuro tutor o otorgamiento de un mandato permanente.

\*Profundización en la especie de analogía<sup>51</sup> que establece el art. 39 del CDFa entre el incapacitado y el menor de 14 años y al sometido a curatela al menor, mayor de 14 años.

\*Reforzamiento competencia de la Junta de Parientes para la designación de un familiar muy próximo (p. ej. hermano) o persona idónea para el ejercicio de esa “*autoridad familiar*” o curatela legal, no en proceso judicial contradictorio

\*Reforzamiento de los sistemas de control de tutores y curadores o guardadores de hecho sobre actos de administración y disposición del patrimonio del *incapacitatus*. A nadie se le oculta que hay personas desahogadas que caen en la tentación de abusar de los más discapacitados, reforzar ese control a través de instituciones tutelares, no judiciales en principio, evitaría abusos y delitos, que desgraciadamente se producen.

Los abogados hemos de contribuir a la evolución de los sistema legales de protección de los enfermos de alzhéimer, no sólo como firmantes de demandas de incapacitación, que deberían ser los menos casos, sino también como instrumentos de advertencia y prepación legal de otras soluciones no judiciales y vengán a proteger al enfermo y le eviten en muchos casos el penoso asunto de ser su capacidad de obrar objeto de justicia. Hay más soluciones que incapacitar y esa debería ser la última y la evolución de la doctrina a partir de la convención de Nueva York no se dirige a incapacitar sino a asistir y preservar al enfermo.

El mal de Alzheimer está vinculado en la inmensa mayor parte de los casos a la vejez, pero la pérdida de algunas capacidades no pueden llevarnos a soluciones maximalistas sino a hacer que nuestro mayores puedan desenvolverse de la forma más autónoma posible y como en el año 44 A.C. vino a decir Cicerón cuando hablaba de su vejez y de la que, ojalá, fuera la de todos nosotros y podemos llegar a ancianos pero no por eso dejamos de ser personas y podemos ansiar el mantener nuestra dignidad:

<sup>51</sup> CDFa: “Artículo 39. *Capacidad del incapacitado.* A salvo lo previsto en la sentencia de incapacitación o en la ley para casos concretos, se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, al incapacitado menor de edad, así como al mayor sujeto a tutela o autoridad familiar, las reglas sobre capacidad del menor que no ha cumplido los catorce años y al sujeto a curatela las del menor que los ha cumplido ya.”

*“Ita enim Senectus honesta est, si se ipsa defendit, si ius suum retinet, si nemini emancipata est, si usque ad ultimum spiritum dominatur in suos.*

*Ut enim adulescentem, in quo est senile aliquid sic senem, in quo est adulescentis, probo, quod qui sequitur corpore senex, esse poterit, animo nunquam erit.”<sup>52</sup>*

Marco Tulio Cicerón, De Senectute XI. 38.

---

<sup>52</sup> **Traducción del autor:** “Así pues, la vejez es honorable, si se vale por sí misma, si conserva su derecho, si es independiente y si hasta el último aliento controla sus cosas. Aprecio que el joven en algo sea mayor y del mismo modo que el mayor en algo sea joven, el que esto siga podrá ser viejo de cuerpo pero nunca de espíritu”.

## EL DERECHO FORAL ARAGONÉS ANTE EL ALZHEIMER

D. FRANCISCO JAVIER HERNÁIZ CORRALES  
Notario

Buenas tardes a todos a todos y muchísimas gracias por permitirme participar en este Foro.

He dividido mi exposición, que deseo breve, en dos partes diferenciadas:

Una primera, muy pegada a la realidad, pretende ser una reflexión más personal que jurídica sobre la respuesta que un profesional del derecho, en este caso un notario, puede ofrecer desde su despacho a un enfermo de Alzheimer.

En una segunda, haremos un recorrido puntual, muy puntual, sobre los instrumentos con que la ley permite dotarse a los particulares para guarda de su persona y bienes en previsión de su posible incapacidad.

Posiblemente nada de lo que aquí exponga será novedoso y original, sino más bien un intento de compartir dudas y experiencias con un espíritu de aprendizaje y mejora.

Vamos allá.

Una vez que tenemos una visión general de la enfermedad y del panorama jurídico en que se desenvuelve, cabría una aproximación más concreta, más cercana, buscándola en su manifestación cotidiana en nuestros despachos.

Como bien hemos oído, nuestro ordenamiento jurídico no da un tratamiento especial al enfermo de Alzheimer, y no podía ser de otra forma. Implícitamente lo cataloga como una persona “con deficiencias persistentes de carácter psíquico” que le impiden gobernarse por sí misma. La misma causa que servirá para incapacitar a otros enfermos psíquicos pero de características o etiología diferentes. Por esta razón las soluciones, los instrumentos jurídicos que nuestro ordenamiento dispone para atender las necesidades, personales y materiales de estos

enfermos no difieren de las dispuestas para alguien que padezca demencia senil, esquizofrenia u otro tipo de deficiencia psíquica.

Por tanto, si hemos de buscar un perfil específico de la respuesta del ordenamiento jurídico ante el Alzheimer, habremos de recurrir a las singularidades que la enfermedad presenta y que ya ha esbozado Armando previamente. De ellas tomaremos tan solo el hecho de que los primeros síntomas suelen aparecer, según la estadística más solvente, cuando la persona ha cumplido sobradamente los sesenta años y suele cursar con más o menos celeridad, pero de una forma progresiva e interrumpida.

Pues bien, esta simple apreciación ya nos concreta y enmarca el cuadro de actuación y los posibles instrumentos jurídicos a utilizar. Quiero decir con esto que una persona cuando rebasa los sesenta años, es más que posible que haya cumplido sobradamente buena parte de sus expectativas vitales y por ende haya usado su capacidad de obrar en los aspectos y negocios de más relevancia. Así, entiendo que habrá formado una familia ejerciendo las atribuciones propias de la relación conyugal, y de la autoridad familiar en la crianza de sus hijos; habrá desarrollado una actividad profesional, muy posiblemente habrá concretado adquisiciones de bienes inmuebles obligándose en prestamos con o sin garantía; tal vez haya heredado y quizás también haya dispuesto de sus bienes a través de un testamento. Es decir, buena parte de los actos jurídicos que puede llevar a una persona hasta nuestro despacho profesional, el enfermo de Alzheimer tal vez los tenga cumplidos en buena medida. Esto acota pues la asistencia jurídica que deba recibir, aparte de la propia de su discapacidad y que en lo personal le prestará posiblemente su familia.

Dicho lo anterior y siguiendo a grandes trazos el modo en que cursa esta enfermedad, ya hemos oído que su desarrollo es más o menos lento en sus inicios pero inexorable hasta su final; operando, obvio es, en cada caso según la naturaleza y características del enfermo. Pero es lo cierto, y en ello quiero fijar la atención, que desde su aparición hasta la fase más aguda, existe un intervalo donde el enfermo se desenvuelve en una zona gris con intervalos de claridad y fases de penumbra. Es esta zona intermedia, con la enfermedad ya declarada o al menos sospechada, a la que quiero referirme. Si la enfermedad ha madurado y esta en su fase aguda la solución jurídica es instar la incapacitación y dotar al enfermo de los instrumentos que complementan su discapacidad, léase la tutela, curatela etc... O bien se habrán activado los instrumentos de que el propio enfermo, ante lo previsible de su incapacidad, se haya dotado, léase poderes preventivos, auto designación de tutor, patrimonios protegidos etc; a los cuales posteriormente me referiré. Pero insisto, mi atención en este punto se centra en la fase inicial, y ello porque es en la que puede plantear más dudas o incertidumbre a los profesionales del derecho a la hora de actuar.

¿En cuantas ocasiones no nos hemos encontrado al inicio o en el curso de nuestra actuación con que uno de los otorgantes presenta signos de esta discapacidad? Circunstancia que enseguida la familia acompañante intenta suavizar

advirtiéndonos que “a veces no se acuerda de las cosas o las confunde, pero en general está bien y puede firmar sin problema”.

Dejemos la exposición en este punto, habiendo fijado el foco de atención en una persona que padece la enfermedad de Alzheimer en fase incipiente o media y que tal vez requiera de nuestra intervención profesional de forma ocasional o incidental.

Quisiera ahora llamar la atención en un tercer aspecto para cerrar el contorno de mi visión respecto de la actuación de un profesional del derecho ante el enfermo de Alzheimer. Me refiero al esfuerzo ímprobo que la sociedad occidental ha realizado para integrar a los discapacitados. Es una evidencia que las personas con discapacidad en los últimos cincuenta años han recibido la justa atención por parte del ordenamiento jurídico que en años anteriores les fue negada. Un conjunto de normas de diferente objeto han ido procurando la integración de estas personas en todos los ámbitos: el escolar y académico, el laboral, el social, el deportivo etc... A través del desarrollo normativo se ha cambiado en muchos casos la realidad para dar cabida a las personas discapacitadas, en un afán de integrarlas y engancharlas a la realidad; en suma, y en frase celebrada, “de hacerlos visibles”.

Un hito en este punto fue la aprobación por parte de la ONU de la **Convención Internacional de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el año 2006**. En el ámbito comunitario, esta Convención pasa a formar parte del Cuerpo Legislativo de la Unión en Enero del 2011.

En España, pues, este tratado una vez ratificado y publicado oficialmente forma parte del ordenamiento interno y sus normas y contenidos son de aplicación directa, con un doble efecto, uno “interpretativo” de modo que los profesionales del derecho deben orientar su visión de las normas conforme a la Convención; y por otro lado tiene un efecto “modificativo” de la normativa interna del país.

Y cual es la idea fundamental sobre la que pivota esta Convención? Pues el del reconocimiento de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad con las demás en todos los aspectos de la vida ( Art. 12,2) Y correlato de lo anterior: “...los Estados adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad” (Art. 12,3) En las Observaciones Generales elaboradas por el Comité de Seguimiento de la Convención resplandece la idea de que estos apoyos deben siempre respetar “los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas”.

En suma, reproduciendo la opinión de Almudena Castro-Girona Martínez: “Tenemos que reconocer que estamos en presencia de una disposición de vanguardia que impone obligaciones a los Estados, que en su mayoría, deberán reformar la legislación doméstica sobre la capacidad jurídica, reformas en las que el tradicional modelo basado en la **sustitución** de la persona, debe dar paso al modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas que recoge la Convención y que aboga por un sistema de **apoyo**”.

Un último matiz, y no pequeño, en esta parte. Todo este esfuerzo normativo tiene el propósito de “integrar” al discapacitado, pensando fundamentalmente en aquellos que lo son desde edad temprana. En el caso del enfermo de Alzheimer el supuesto es el contrario, se trata de una persona plenamente integrada cuando le sorprende la enfermedad, y de lo que se trataría es de evitar su “desconexión” de una sociedad que hasta esa hora le ha acogido y en la que ha sido sujeto activo.

Concluyendo esta introducción inicial, y a la vista de lo expuesto, quisiera desarrollar mi intervención en un doble sentido:

A. Como se puede ralentizar o evitar una automática desconexión del enfermo aquejado de Alzheimer con los instrumentos legales vigentes. **(Recuerdo que contemplo en este planteamiento al enfermo en fase incipiente o no aguda, que precisa de forma ocasional los servicios de un profesional del derecho).**

B. Cuales son los instrumentos jurídicos que fundados en la propia voluntad de enfermo le son de apoyo en la fase en que su discapacidad es permanente

Sobre ambas materias, y con poco animo innovador, sino más bien como una invitación a la reflexión, paso a extenderme seguidamente.

Siendo congruente con la filosofía emanada de la Convención de la ONU del 2006, que invoca criterios de estricta igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica, que se orientan por **apoyar** al discapaz evitando en lo posible su **sustitución** a la hora de decidir, todo ello en pos de una **integración** lo mas normal posible del mismo en su medio, todo esto digo, aplicado al enfermo de Alzheimer que como ya dije se trata de una persona integrada, debe concluir **en el apoyo que se le preste para no verse expulsado de un ámbito social que hasta hace bien poco le era propio**. Ello se consigue, desde mi punto de vista por dos vías, de contenido fundamentalmente deontológico, a saber.

1º.- Mediante **una indagación exhaustiva del autentico grado de capacidad del sujeto**. Esto no significa que proponga actuaciones temerarias otorgando nivel de capacidad a quien no lo tiene. Simplemente planteo la necesidad de no ceder de inmediato a la tentación primera de derivarlo a la incapacitación judicial; quitándonos el problema de encima.

Hoy día la simple pronunciación de la palabra: “Alzheimer”, obra, por lo general, los mismos efectos que el aspecto o apariencia física de otros discapaces, los enfermos de síndrome de Down, generaban hace tiempo. Esto es, les hacer parecer carentes del entendimiento o las habilidades que tal vez posean. A la postre produce, en palabras de Carlos Marin Calero, una “incapacitación preventiva y apriorística”; en todo caso injusta.

En el fondo no es otra cosa que aplicar el Art. 34 del Código de Derecho Foral (en adelante CDFFA), donde la capacidad “se presume siempre” en las personas que no han sido incapacitadas.

Por lo tanto se impone un esfuerzo de comprensión, que es seguro que se hace, aunque no estorba invocarlo de nuevo, para rescatar entre los jirones de una conciencia en descomposición, la del enfermo, los restos suficientes para hilvanar un soporte mínimo de capacidad para actuar. Recordemos que cada vez mas nuestro

ordenamiento huye de la exigencia de capacidad plena de obrar, conformándose con la “capacidad suficiente”.

Ello seguro que exigirá una actuación paciente del profesional, preferentemente el Notario, en sucesivas entrevistas quizás, hasta detectar o no la suficiencia de capacidad del enfermo que tiene ante si.

El artículo 167 de Reglamento Notarial atribuye al Notario, y a su solo criterio, la apreciación del juicio del otorgante, por más que para actuaciones concretas pueda requerir la presencia de facultativos. Pues bien, ante esa prerrogativa debe responderse, como seguro que se hace por la inmensa mayoría, con la asunción del esfuerzo de “exprimir” hasta lo posible la capacidad del enfermo, prestándole la oportunidad de poder seguir decidiendo sobre su vida o patrimonio, sin que otros lo hagan por él anticipadamente. Y aun a riesgo de futuras e incómodas impugnaciones.

2º.- Si la anterior vía llamaba a una indagación en la persona que actúa, esta otra que propongo nos lleva a bucear en nuestro ordenamiento legal, utilizando instrumentos de que antes no hemos usado o dotándolos de una interpretación y alcance nuevos, a la luz de “la realidad social del momento”, que invoca desde siempre el artículo 3 del Código Civil.

Y en este punto quiero sacar a colación dos artículos del CDFR, a los que personalmente nunca he atendido, y que sin embargo considero útiles para el supuesto que vengo planteando; **repito, la actuación de un enfermo de Alzheimer en fase incipiente, que no ha sido incapacitado, o de cuyo proceso de incapacitación se huye, y solo para un caso puntual.**

El primero es el artículo 230-d) del CDFR que legitima a cada uno de los cónyuges “para realizar por si solo sobre los bienes que integran el patrimonio común: actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones señaladas en la letra a) del apartado 1 del artículo 218. Para justificar la necesidad del acto, será suficiente la declaración en ese sentido de la Junta de Parientes del otro cónyuge”.

Es evidente que el precepto se refiere a actos de disposición a título oneroso: e incluso actos de gravamen. Que comprende todo tipo de bienes, de naturaleza mueble o inmueble... Y que viene enmarcado por una “necesidad” de obtener liquidez para atender unos pagos o gastos, los del artículo 218 1 a). Esta necesidad, que bien puede interpretarse por “urgencia”, se justifica con la mera “declaración de la Junta de Parientes del otro cónyuge”. No se piden razonamientos motivados, o acreditación mas profunda. La mera declaración de Junta opera efectos sanatorios, abundando en la legitimación del cónyuge que actúa en solitario.

Acaso no hemos tenido en nuestro despachos situaciones en las que un matrimonio necesita vender un inmueble para atender a los gastos de subsistencia, p.e. el pago de la residencia donde viven, y uno de los miembros del matrimonio ya presenta signos evidentes de la enfermedad que comentamos, y donde la incapacitación se desecha por odiosa o por lo urgente del caso?

La tentación de usar inmoderadamente este precepto la frustra su propia regulación: debe servir para atenciones concretas, las del artículo 218 y lo debe supervisar en todo caso la Junta de Parientes del otro cónyuge.

El otro artículo al que quiero referirme, y siempre dentro de una esfera de actuaciones que pienso es la más usual en nuestros despachos, es el Art. 240 del CDFA, que dice: "El cónyuge cuyo consorte se encuentre imposibilitado para la gestión del patrimonio común, podrá solicitar del Juez que se la confiera a él solo. El Juez podrá acceder a lo solicitado y señalar límites o cautelas a la gestión concedida, según las circunstancias".

En este precepto, al contrario que el anterior donde primaba la necesidad, el foco se pone en la situación de "imposibilidad" de uno de los cónyuges. No nos dice que tipo de imposibilidad, luego hemos de entenderla en sentido amplio, que abarque varios supuestos, dado que a uno de ellos, la ausencia, ya se refiere el artículo 47, que se remite a este otro. Luego puede ser que esa imposibilidad la genere un viaje, una reclusión, una enfermedad de cualquier índole etc.

Lo relevante de este artículo es que sin mediar la incapacitación el Juez puede asignar la gestión del patrimonio común al otro cónyuge. Se evita un procedimiento contradictorio, más largo y engorroso, soslayando de paso lo que de degradante pueda tener la incapacitación. Incluso, si el Juez accede, podrá al tiempo señalar los "límites y cautelas a la gestión concedida" ¿Quiere esto decir que el Juez puede liberar los actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles de su preceptiva autorización o la de la Junta de Pariente como prevé el 242 para supuestos similares pero ya con el cónyuge incapacitado? En opinión del profesor Delgado Echevarría este podría ser el verdadero significado del mismo, si bien deja al prudente arbitrio del Juez el señalamiento de estos límites.

Basten estos dos artículos, aunque haya algún otro, para ilustrar el propósito de estas líneas, reitero, aprovechar en lo posible la situación personal del enfermo no incapacitado que necesita "actuar", dotando de una interpretación actual aquellos preceptos que eviten o aplacen al menos su previsible incapacitación, aceptando de este modo una voluntad y entendimiento tal vez aún suficientes y evitándole a él y a la familia ese doloroso trámite.

\* \* \*

En esta segunda parte de la exposición haremos un recorrido, somero en aras de la brevedad, por el catálogo de instrumentos jurídicos que el CDF, en paralelo con otros ordenamientos del nuestro país, pone en concurso a fin de apoyar o suplir la discapacidad en el ámbito jurídico.

Se trata de una aproximación al contenido y utilidad de los mismos, más que de su estudio jurídico-técnico, del cual ya se han ocupado en este lugar voces más autorizadas, y de cuyos trabajos el presente en algo será tributario. Comencemos.

## LA AUTOTUTELA.

Antes de que esta figura tuviera plasmación práctica en nuestro ordenamiento jurídico, el general del Código Civil y el Derecho Foral en los diferentes territorios donde lo hay, ya había una inquietud en los profesionales del derecho que en base al principio de autonomía de la voluntad, en Aragón el *standum est chartae*, alumbraba lo que en términos doctrinales se denominaba “escrituras de previsión de la propia tutela”. Emilio Duran ya cifraba en un par de docenas las detectadas en el 2004.

Estas iniciativas, sigue el autor, tenían su substrato en una serie de fundamentos:

- Uno de orden “moral”: el derecho a la vida y como sobrellevarla en las mejores condiciones.

- Otro de orden personal, basado en la “autodeterminación del afectado”. Dice Fernandez Prida: “nadie mejor que uno mismo sabe lo que le conviene; no hay razón que justifique la interferencia del Estado tratando de defenderme de mi mismo”.

- Los fundamentos de orden jurídico, tales como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y otros, encontraban cabida en nuestra Constitución.

Todo lo anterior ponía de manifiesto un hecho, que en opinión de M. A. Martínez García es “que la regulación histórica de las instituciones de protección de los incapaces se articuló a través de una figura única, “la tutela”, la cual de facto no ha resultado efectiva, ni en su versión de tutela familiar (hoy el paso de una familia de amplia base a un modelo casi monoparental, la dispersión de sus miembros, etc. la dificultan aún más), ni en su versión de tutela de autoridad (por su lentitud, rigidez y poca precisión a la hora de graduar la discapacidad, etc.)”

Amen de esto, junto a los antiguos prototipos de incapaces, el menor y el demente, hoy día los ancianos se presentan como un tercer segmento de personas dignas de protección. Todo ello propicia una corriente de opinión donde se abre camino la idea de dotar a la iniciativa privada, la del propio sujeto en perspectiva de ver reducida su capacidad, de mayor protagonismo. Algo en sintonía con lo que se plasmó en la Convención de la ONU del 2006 ya comentada.

¿Qué es la autotutela? En palabras llanas es el modo de delación voluntaria de la tutela. No obstante, tomando la opinión de Tomás García Cano, debemos ampliar el foco de su visión y considerarla como **“la facultad que se reconoce a una persona capaz para que en previsión de su futura incapacitación configure el régimen tutelar que considere oportuno, con respeto a los límites legales”**.

Este es el concepto que se desprende de su regulación en el Art. 108 del CDFA donde se faculta al otorgante para: **“[...] designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar las causas de inhabilidad así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos...”**

Vemos pues que tiene por objeto, de inicio, el designar a las personas que han de ejercer la función tutelar, o bien, de excluir a quien no deseemos que lo hagan, y todo ello presidido por el principio *standum est chartae*.

### **Elementos personales.**

#### *El otorgante.*

Cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente.

El CDFa se ha expresado con gran determinación. Se orillan las dudas sobre la posibilidad de su otorgamiento por el menor emancipado, el mayor de catorce años etc. Tal vez atendiendo a la amplia gama de facultades de que se puede investir al tutor, se optó por la mayoría de edad como requisito de validez para el otorgamiento.

Con capacidad de obrar suficiente; lo que siempre se presumirá a tenor de Art. 34 del propio CDFa. En tal sentido la SAP de Zaragoza 8/4/2010 para una escritura de autotutela salva la otorgada por una persona diagnosticada de Alzheimer en fase moderada, fiada en la intervención del Notario

Varias personas pueden designar un mismo tutor en el mismo documento. No parece que haya problema. Es más, se cohonesta perfectamente con instrumentos tales como el testamento mancomunado en Aragón; preservando siempre la libertad de revocación.

¿Cabe la institución recíproca? Por supuesto. Operando en caso de revocación unilateral los mismos criterios de notificación, por analogía, que para el testamento mancomunado.

#### *El tutor designado.*

Podrá serlo una persona física, o dos, en Aragón (Art 112 y 134 CDFa); mayores de edad, en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no incurso en inhabilidad (Art. 123 CDFa).

Puede serlo una persona jurídica, sin ánimo de lucro y entre cuyos fines figure la protección de menores o incapacitados. (Art. 124 CDFa).

No parece que haya inconveniente en que lo sea una persona jurídica eclesiástica (Art. 5 Acuerdos entre la Santa Sede y Estado Español de 1979).

¿Se puede designar tutor o sustituto por medio de apoderado? Hoy día, con la facultad de otorgar poderes que subsisten luego de la incapacidad o incapacitación del poderdante, parece haber desaparecido la causa que dificultaba la designación por parte del apoderado, invocando la revocación por incapacidad. No obstante persisten las reticencias doctrinales en base al carácter personalísimo de la designación.

En Aragón, aunque el Art 108 no lo consagra expresamente, debe entenderse admitida esta posibilidad en base las amplias prerrogativas que otorga el *stadum est chartae*; además, el Art. 114 parece admitirlo expresamente, por cuanto disponen que vincularan al Juez...” Las designaciones... incluidas en su caso la elección efectuada por la Junta de Parientes”

**Elementos formales.**

El CDFA es igualmente concluyente en este aspecto. Se exige la escritura pública notarial. Ni documento privado ni otros documentos públicos que no sea la escritura pública. Ello va a permitir la presencia del Notario que garantiza la apreciación de la capacidad, dotará al otorgante de la información adecuada y se encargará de publicitar el documento como luego veremos.

**Contenido.**

El Art. 108 es sumamente minucioso en el desarrollo del contenido de la escritura de designación de tutor. Así, puede designar al tutor y al sustituto, puede excluir a determinadas personas, dispensar causas de inhabilidad, adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes; podrá, por fin, designar órganos de fiscalización y a las personas que hayan de integrarlos.

Parece que el otorgante goza de la más amplia libertad para ordenar su persona y bienes en caso de incurrir en discapacidad. La pregunta es, ¿puede orillar las medidas de control que la ley establece para el tutor legal? ¿Puede suplirlos por sus propios controles, puesto que la ley le habilita para su designación?

Realmente la solución no es fácil. Entiendo con Tomas García Cano que **“en ningún caso el interesado puede limitar la facultad de la autoridad de recabar informes de la situación de la persona o patrimonio del incapacitado, ni suprimir la autorización judicial para casos que afecten al mismo, como el internamiento, ni eliminar la rendición de cuentas o eximir de responsabilidad al tutor”**. En suma, habrá que estudiar pulcramente los términos de la designación y ser flexibles en aquellas libertades que se tome el interesado y que afecten a su patrimonio; siendo más rigurosos en las disposiciones ordenadas para su persona, para las cuales el control de Juez y la vigilancia del Ministerio fiscal primarán.

**Publicidad.**

El notario, de oficio, remitirá copia al Registro Civil, para su constancia en la inscripción de nacimiento.

**Eficacia.**

Decretada la incapacitación, el Juez habrá de tener en cuenta la designación establecida por el interesado, la cual le vinculará.

Solo mediante **resolución motivada**, considerando la **“alteración sustancial de las circunstancias”**, podrá sustraerse a lo dispuesto por el interesado (Art. 114.1 del CDFA)

Los términos son tan concluyentes que apenas suscitan comentarios.

**EL APODERAMIENTO PREVENTIVO**

También conocido como “mandato de autoprotección” o “poder de previsión”. En todas sus acepciones concluye por ser una delegación de facultades

en favor de otra persona que no se extingue aunque quien lo otorga devenga incapaz o incapacitado.

En el CDFA viene consagrado en el Art. 109, dentro del Título III, relativo a las relaciones tutelares, lo que ayuda a complementar su interpretación.

Para un sector importante de la doctrina esta figura es exponente del esfuerzo del legislador por sustituir instrumentos como la tutela y la curatela, por otros más flexibles y acomodados a la realidad; primando en ellos la voluntad del beneficiario último, el futuro incapaz, en un intento de permitirle ordenar su realidad personal y patrimonial. Se articula pues como una institución cuasi-tutelar fundada en la autonomía de la voluntad y cuya complementación debe buscarse en las normas relativas a la tutela.

#### **Clases:**

- Poderes con cláusula de continuidad. Sus efectos nacen desde el otorgamiento; por tanto el apoderado no ha de acreditar ni mencionar el estado de capacidad del poderdante. Son la mayoría.

- Poder preventivo propiamente dicho o “ad cautelan”. Quedan sujetos a la condición de la pérdida de capacidad del poderdante. Habrá, pues, que determinar el modo de acreditar la pérdida de aquella. Se han articulado diferentes métodos: el dictamen de un facultativo, o del propio apoderado, o por quien designe el poderdante, o incluso por el propio notario autorizante u otro cualquiera.

¿Y si nada se ha dispuesto? En tal caso sería preciso que el Juez decrete la incapacidad, sin que esto reste facultades al apoderado ni prejuzgue la validez y eficacia del poder.

- Poder general y poder específico. En realidad solo el poder general se concuerda bien con la idea expresada para este tipo de poderes como de una institución cuasi-tutelar. El poder específico llama a la existencia de un tutor que asumiría la competencia en las áreas no cubiertas por el poder específico; posibilidad que nadie discute, pero que en la práctica puede plantear problemas de “convivencia”.

- Poder de atención personal y de gestión profesional. Es perfectamente posible, bien con facultades diferentes dentro de un mismo documento; o bien en dos documentos con sus respectivas facultades y controles para cada apoderado.

- Poderes civiles y mercantiles.- El Código de Comercio habla de la comisión mercantil como el mandato que tiene por objeto un acto u operación de comercio, estableciendo que por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindiría el contrato ( Art. 244 CCo.) Así pues, estos poderes se extinguirían si así lo decide el tutor del incapaz o los herederos del causante.

También es dable entender la existencia de dos poderes, civil y mercantil; el primero persiste luego de la incapacitación del poderdante, pero decae por su fallecimiento; el segundo perdura en ambos casos.

**Sujetos.**

a) El poderdante. El CDFA disuelve cualquier tipo de duda sobre el acceso a estos poderes de otras personas que no sean mayores de edad.

En lo tocante a la capacidad, no se exige la capacidad de obrar plena, sino la “suficiente” para entender y querer el acto y sus consecuencias; lo que debe ser apreciado por el Notario autorizante.

b) El apoderado.- Pueden ser uno o varios. No veo la necesidad de que opere aquí la limitación que se establece, en número de dos, para los tutores. Personas físicas o jurídicas. Puede designárseles sustitutos previendo los casos de su actuación.

**Forma**

Igualmente en este punto el CDFA cierra el paso a cualquier otra disquisición imponiendo la escritura pública; si bien dentro de esta forma, puede constituir un documento específico o formar parte de unos Capítulos, pero preservando siempre su revocabilidad.

Lo relevante de esta disposición es que obliga al poderdante a ponerse en manos de un profesional que le asesorará, complementando con su redacción la voluntad expresada por el mandante. En palabras de Josef M<sup>a</sup> Valls Xufre “los poderes preventivos tienen que decir lo que se espera de ellos, la regulación de una tutela privada y completa, hecha a la medida del poderdante, que exprese con claridad cuales son las facultades del apoderado y cuales sus limitaciones y obligaciones, así como la persona o entidad a la que se tenga que solicitar autorizaciones complementarias y rendir cuentas”.

Esta es la práctica minoritaria, pues lo usual es confeccionar poderes generales en los que la cláusula de persistencia es un apéndice más.

Por ello tal vez habría que hacer un llamamiento a “personalizar” este tipo de poderes acomodándolos a las características y circunstancias concretas de cada otorgante. Ello implicaría establecer un “preámbulo” donde el interesado plasmará “los principios y valores que presiden su vida”. Del mismo modo debería “objetivar” el momento de la entrada en vigor del apoderamiento; incluso estableciendo los criterios o las personas que pueden determinarlo. Deberían incluirse todas aquellas directrices relativas a su persona y cuidado: donde quiere residir, que tratamientos o rutinas disciplinales o rehabilitadoras desea recibir o no, etc. Amen de todas las disposiciones que estime oportunas respecto a la administración de sus bienes. Es decir un cuerpo dispositivo completo que evite, en lo posible, las dudas respecto de su aplicación y ejercicio por el apoderado.

El mismo autor ante citado hace hincapié en la previsión del Notario de hacer referencia a la obtención de segundas copias de la escritura por el apoderado o condicionar de algún modo su obtención.

Al tiempo, el Notario se encarga de la publicidad del documento, por cuanto de oficio debe comunicar su existencia al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

**Facultades del mandatario y su control.**

Realmente no es nada explícito el CDFa en este punto; pues fuera de su reconocimiento en el Art. 109, la mención a su publicidad en el Art 111 y su posible extinción por resolución judicial en el Art 114.2, nada más se dice de él.

De este modo pudiera ocurrir que una vez aquejado de incapacidad el poderdante nos encontremos con un apoderado en uso de un documento fuera de todo control judicial. Pues es evidente que el Juez, salvo que alguien se lo haga saber, no alcanzará a conocer la existencia del poder sino en el caso de iniciar el procedimiento de designación de tutor, donde conocerá la mención del poder en la inscripción de nacimiento del incapacitado.

¿Se integra el poder preventivo en la regulación de la institución tutelar, aplicándole sin más, los controles que la ley establece para el tutor? La ubicación en el título III del CDFa así parece aconsejarlo.

No obstante, y aún reconociendo el vacío legal existente, mi opinión es que tendría que prevalecer una interpretación favorable al respeto a la libertad del poderdante. Por tanto, en todo aquello que ha dispuesto y que no fuera atentatorio a la seguridad y cuidado de su persona, esto es la parte del poder relativo a los bienes, debería respetarse escrupulosamente; incluido la falta de rendición de cuentas si así lo ha establecido. Por el contrario, en todas las disposiciones relativas a su persona y cuidado, el poder debería ser interpretado a la luz de lo dispuesto para la función tutelar.

De ahí lo necesario de que los Notarios aconsejemos la redacción de un poder personalizado e íntegro, contemplando todas las posibles derivas de su aplicación.

**Extinción.**

Serán de aplicación las reglas generales contenidas en el Art. 1732 de C.c. en cuanto le sean de aplicación; y cualesquiera otras como la sentencia de separación o divorcio cuando el poderdante y apoderado estén unidos en matrimonio.

Especialmente el CDFa en su Art. 114.2 otorga al Juez mediante resolución motivada la potestad de declarar extinguido el mandato, tanto al constituir la tutela como ulteriormente a instancia de este o del curador.

**LA GUARDA DE HECHO.**

A esta figura se alude en el punto 2 del Art. 100 del CDFa como un mecanismo de segundo nivel dentro de la protección de la persona y bienes de un incapacitado, luego de la tutela, la curatela y el defensor judicial. Y no obstante lo anterior y lo escaso de su regulación, alude a una situación que es la mayoritaria entre las personas con discapacidad.

Nuestro CDFa define en el Art. 156 al guardador como a la “persona física o jurídica, que por iniciativa propia se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada”.

Son pues sus notas características: la voluntariedad, la falta de una habilitación o cobertura judicial y la transitoriedad.

Sin embargo, esta figura que se desenvuelve en parámetros estrictamente fácticos, por cuanto no hay una designación previa ni por tanto una ordenación de su función, en la práctica tiene una vocación de permanencia evidente. Bien es cierto que el Art. 157 impone al guardador de hecho la obligación de poner en conocimiento esta situación ante el Juez o el Ministerio Fiscal; y una vez lo cual, el Art. 158 prescribe que “la Autoridad judicial le requerirá para que le informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes...y además podrá establecer las medidas de control y vigilancia”. En modo alguno se insta al Juez para que ponga término a esta situación; salvo que se entienda que esta comunicación pone en funcionamiento el sistema para proveer de tutor al incapaz como se detalla en el Art. 131 y siguientes, por lo que las medidas previstas en el Art. 158 servirían hasta la conclusión del trámite de designación de tutor u otro sistema de guarda. Pero no toda la doctrina es unánime en esa apreciación.

Por todo lo dicho es una figura imperante en nuestra realidad social y a la que apela el ordenamiento jurídico con creciente insistencia. A título de ejemplo vemos que la ley 41/2003 les considera hábiles para constituir patrimonios protegidos; el Art. 131 del CDFR, antes citado, también invoca su concurso para instar el nombramiento de tutor para el incapaz; la ley 41/2002 de Autonomía del paciente permite dar información a las personas vinculadas con el enfermo por razones de “hecho”; y a esta mismas personas relacionadas “de hecho” se les puede consultar en situaciones de riesgo grave para realizar intervenciones; por fin, la mayoría de los expedientes abiertos en aplicación de la Ley de dependencia, lo han sido a instancias de guardadores de hecho ante la imposibilidad de hacerlo representantes legales en activo, que no existían.

Y sin embargo esta figura esta claramente infrautilizada por lo profesionales del derecho.

Almudena Castro-Girona Martínez lo atribuye “a las dificultades en la acreditación y constatación de su existencia, dificultad que crea una importante inseguridad jurídica incluso para el propio guardador, que queda desamparado en el ejercicio de su función. Resumiendo, aunque la guarda de hecho no exige como requisito la existencia de un documento formal que declare su existencia, es difícil que en el ejercicio de una actuación negocial relativa a cuestiones personales o profesionales pueda ejecutarse sin un documento que acredite la facultades representativas suficientes”.

¿Como se puede determinar la condición de guardador de hecho? En el Art. 159 del CDFR se facilita aparentemente el trámite, pues lo admite con la simple declaración en ese sentido de la Junta de Parientes. No obstante habrá de tenerse en cuenta que en buen numero de ocasiones el guardador de hecho lo es por la ausencia de parientes próximos que se hagan cargo del incapaz, por lo cual difícilmente podrán concurrir para constituirse en Junta.

Algunos autores consideran el Acta de notoriedad como vehiculo idóneo para acreditar la condición de guardador, con las formalidades que prevé el Art. 209 del R. Notarial. También se podría recurrir a procedimientos de jurisdicción voluntaria.

La función del guardador se debe limitar, como prescribe el Art. 159 a cuidar de la persona protegida y a realizar actos de administración que sean “necesarios”. La necesidad se acreditará con la mera manifestación de la Junta de Parientes, dotando con ello de validez el acto. De no constar la justificación de la necesidad, por la dificultad antes apuntada de reunir una Junta idónea, el acto sería anulable, salvo que haya redundado en beneficio del incapaz (Art. 159).

De lo anterior se deduce que el guardador en modo alguno esta investido de legitimación para actuar, mas bien parece un mandatario verbal, y si lo hace con efectos prácticos es por la aceptación de los terceros con los que actúa y por que se produce una suerte de ratificación tacita por cuanto que reporta un beneficio al incapaz. En la practica el guardador interviene en los tratamientos médicos, en la gestión de asuntos bancarios, en reunión de comunidades, en la compra de alimentos y contratación de servicios y todo ante la aquiescencia bienintencionada de la sociedad, confiando que ello resulte beneficioso para el incapaz.

Confirmando esta situación contradictoria cada vez son mas las resoluciones judiciales que dan carta de naturaleza institución: La SAPZ 20/5/2014 sobre disposición de dinero de la cuenta de una persona impedida; la del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Córdoba se admite la renuncia a una herencia por la madre de un incapaz, pues el hecho ha redundado en su beneficio.

## **PATRIMONIOS PROTEGIDOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

Constituyó una novedad introducida por la Ley 41/2003.

Otra novedad que contenía la misma era que por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico se hablaba de personas “**discapaces**” y no **de incapacitados**.

Esta figura tal vez sea la que menos interés y aplicación práctica tenga para un enfermo de Alzheimer, si bien no por ello deja de ser un instrumento que tal vez a fuerza de aplicarlo despliegue mas potencialidades en lo que es su finalidad, dotar de recursos materiales al discapaz.

Con ese propósito esbozo estas breves impresiones; advirtiendo que en su parquedad solo aludo a aquellos aspectos en los que el enfermo de Alzheimer puede o debe ser sujeto, como beneficiario, constituyente, aportante y administrador.

Concepto.- Tomamos como mas completo el que aporta Gallego Domínguez, que lo define como “**como aquel conjunto de bienes y derechos de titularidad del discapacitado, ya tenga su origen en atribuciones a titulo gratuito por terceros, ya en una especial afección de bienes preexistentes del discapacitado, que queda, así como sus frutos, especialmente destinado a la atención de las necesidades vitales de su titular, para lo cual la Ley articula un régimen específico de administración**”.

Sus características nos las define Quesada Sánchez, así:

- Es un patrimonio de destino, por cuanto su finalidad es única y concreta: la satisfacción de las necesidades vitales de su titular.

- Carece de personalidad jurídica
- Esta especialmente protegido por la ley.
- Es un patrimonio separado del resto de los bienes del beneficiario.

### Elementos personales

a) El beneficiario. **No es necesario** que esté judicialmente incapacitado. Basta que a través de lo equipos de valoración y orientación, se acredite una discapacidad psíquica igual o superior al 33% o física o sensorial igual o superior al 65%.

**Esta discapacidad deber ser actual**; aunque para el supuesto que tratamos, nada parece impedir su constitución sujeta a la condición suspensiva de que acaezca la futura situación de discapacidad.

En el CDFA y su Art. 108, la expresión, “adoptar cualquier disposición relativa a su persona y bienes...” parece favorecer tal hipótesis.

El beneficiario debe ser único, no admitiéndose las titularidades compartidas en los patrimonios protegidos.

b) El constituyente. Evidentemente puede serlo el propio beneficiario. Por supuesto que también los tutores, guardadores o terceros con interés legítimo.

De serlo el beneficiario, se le exige la capacidad de obrar suficiente; lo que abre la posibilidad de que el enfermo, con la discapacidad administrativa acreditada, pueda constituirlo si a juicio del Notario alcanza con suficiencia a entender y querer el negocio jurídico acometido y sus resultados.

c) El aportante. Igualmente cabe que el discapacitado separe o asigne bienes de su patrimonio personal a tal fin. La capacidad debe ser del mismo modo la suficiente.

d) El administrador. Es el punto donde mas discusiones puede haber; aunque casualmente en este caso la propia naturaleza de la enfermedad allana la situación.

Una parte de la doctrina entiende que si el discapaz con capacidad suficiente puede constituir un Patrimonio y ordenar los criterios de su administración, es absurdo que él mismo no pueda administrarlo por cuanto que el Art. 5 de la Ley exige capacidad plena (la que debe tener un tutor).

Forzar una interpretación tendente a favorecer la presencia del enfermo de Alzheimer en la administración lo considero ocioso, pues es evidente que esa capacidad suficiente inicial se irá diluyendo, por lo que tarde o temprano algún tercero deberá asumir plenamente la administración.

Es importante, empero, la posibilidad que abre el Art. 40 del CDF a la intervención de la Junta de Parientes para prestar autorización en casos concretos. ¿Cabria la posibilidad de excluir incluso este control si así lo ha dispuesto el propio constituyente beneficiario? Entiendo que la interpretación debiera ser flexible y admitirla.

e) Formalidades. Se impone la escritura pública, aunque en supuestos concretos se puede constituir por resolución judicial.

**Fco. Javier Hernaiz Corrales**

## BIBLIOGRAFIA

CASTRO-GIRONA MARITINEZ, Almudena. "Protección de las personas con discapacidad a la luz de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad. Control de Patrimonios Protegidos". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2016.

VALLS XUFRE, Josep María. "El poder preventivo: tutela privada, un reto para el Notariado. Revista LA NOTARIA. Numero 1/2013.

MARIN CALERO, Carlos. "La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual". Editorial Universitaria Ramón Areces.

"Patrimonio de las personas con discapacidad: Reglas de administración. Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad". Fundación Aequitas. Madrid. 2004.

GARCIA CANO, Tomas. "Autotutela y Poderes preventivos" Encuentros del Foro de Derecho Aragonés 2005.

BAYOD LOPEZ, María del Carmen; CRUZ GISBERT, Teresa. "Disposiciones ínter vivos de los bienes del consorcio conyugal" Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. 2006.

MARTINEZ GARCIA, Manuel Angel. "La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas. Defensa jurídica de las personas vulnerables" Thomson. Civitas

DURAN CORSANEGO, Emilio. "La autorregulación de la tutela". Editorial Universitaria, Ramón Areces.

FERNANDEZ PRIDA MIGOYA, Francisco. "La autotutela en la protección jurídica del discapacitado". Tirant lo Blanch. 2003

MERINO HERNANDEZ, José Luis (coord.) "Memento experto. Derecho foral de Aragón" Eds. F. Lefebvre. Madrid 2011.

DELGADO ECHEVARRIA, Jesús (Director) "Código de Derecho Foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia." Gobierno de Aragón.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRIA. "Propuesta de reforma de la legislación civil sobre protección de personas con discapacidad". 2016

**Sesión IV.**

**LA SUCESIÓN LEGAL EN FAVOR DE LA  
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN**

**PONENTE:**

*D. Miguel Lacruz Mantecón*  
PÁG. 241

**COPONENTE:**

*Ilmo. Sr. D. Vitelio Tena Piazuelo*  
PÁG. 285



# LA SUCESIÓN LEGAL EN FAVOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN.

D. MIGUEL LACRUZ MANTECÓN

Profesor Titular de Derecho Civil

**SUMARIO:** **1. Origen histórico del derecho del poder público sobre los abintestatos.** **2. La legislación histórica.** 2.1 *Precedentes legislativos remotos.* 2.2 *La legislación precodicial y el Código civil de 1889.* **3. Los derechos sucesorios de la Administración en la actualidad.** 3.1 *La sucesión de la Administración central.* 3.2 *La Ley de Patrimonio de 2003 y su Reglamento.* 3.3 *La sucesión de la Administración autonómica aragonesa: el Código Foral.* 3.4 *La legislación aragonesa de Patrimonio.* **4. Los abintestatos en el marco de las Autonomías: La justificación de la sucesión autonómica.** **5. El poder público como heredero: aceptación y repudiación de las herencias.** 5.1. *La utilidad de la sucesión hereditaria de la Administración.* 5.2 *La aceptación y repudiación de la herencia.* 5.3 *¿Puede el Estado repudiar el abintestato?* 5.4 *En particular, la repudiación en Aragón.* 5.5 *Valoraciones sobre la posibilidad de repudiación.* 5.6. *El archivo del expediente como solución.* **6. Los conflictos de leyes y el Reglamento europeo de sucesiones.** 6.1 *Las distintas regulaciones españolas del abintestato y el Reglamento.* 6.2 *Un supuesto particular: el Hospital de N<sup>a</sup> Sra. de Gracia.* 6.3 *Volviendo a las raíces: los bienes en Estado distinto del correspondiente a la ley reguladora de la sucesión.*

## **1. Origen histórico del derecho del poder público sobre los abintestatos.**

Comenzaré el examen de la cuestión desde un punto de vista no sucesorio, sino ceñido a la realidad de la existencia de bienes sin dueño. Los bienes sin dueño pueden serlo por varios motivos: ya porque nunca lo han tenido, como ocurre con el típico ejemplo de la perla que encontramos dentro de una ostra, ya porque lo tenían pero ya no lo tienen, lo que se produce cuando el bien se ha perdido, como si me encuentro una perla tirada en la calle, o es el dueño el que se ha perdido, lo que sucede sobre todo respecto de los bienes inmuebles, cuando

el dueño ha renunciado y se ha desprendido de la posesión del bien, o desconocemos qué es lo que ha pasado, pero de hecho el bien carece de dueño porque su posesión está vacía. Uno de los sucesos que generan esta desaparición de la titularidad sobre el bien es la muerte del dueño sin tener a nadie que continúe esta tenencia. Los bienes sin dueño conocido o sin dueño actual han recibido diversas denominaciones en nuestro Derecho histórico, así las de *mostrencos*, *vacantes* y “de ninguno” o *nullius*<sup>1</sup>. Si se debe la carencia de dueño a que éste ha muerto sin herederos, voluntarios o legales, entonces sus bienes componen una herencia vacante, también llamada “un abintestato”.

El problema que plantean los bienes vacantes es el de la falta de aprovechamiento y por tanto la inaplicación económica del bien a las necesidades de la sociedad, tanto para la producción de recursos como la producción de ingresos para la Hacienda pública. Con la finalidad de evitar la indefinición acerca de su propiedad y que dicho bien fuera aprovechado, se podría pensar en su atribución al primer ocupante, o si se trata de bienes productivos, a quien realice la actividad de puesta en producción. Pero esto crearía otro problema, el de la competición y lucha entre las personas para su adquisición, aparte de la desvalorización que se produciría de todos los bienes de la misma categoría al ser su coste de adquisición cero. Por ello otra opción es atribuir estos bienes sin dueño a instancias públicas, al Estado o a alguna Administración, lo que evita el problema de la falta de titularidad, esquiva la desvalorización y procura la aplicación de los bienes a las necesidades sociales. Esta solución es la tradicionalmente preferida por los ordenamientos europeos, y también por el nuestro, sobre todo en cuanto a los inmuebles vacantes.

En la categoría de los bienes sin dueño están incluidos, como se ha dicho, los bienes de la herencia que no tiene heredero, denominados simplemente como “los abintestatos”. Se trata de aquellas sucesiones intestadas en las que no existen parientes o cónyuge que hagan suyos los bienes, o existiendo renuncian a la herencia. En el orden sucesorio, el Estado, y hoy también la Administración autonómica, ocupan el último lugar, lo que significa que, en defecto de los herederos legales, va a ser la instancia pública la que reciba la herencia. Si nos fijamos bien, en la realidad lo que ocurre es que estos bienes hereditarios dejan de tener dueño con la muerte del causante y no son luego adquiridos por nadie, porque no hay nadie para heredar, o si lo hay no quiere hacerlo. Son por ello bienes sin dueño, exactamente lo mismo que ocurre con el bien mostrenco, abandonado por su titular, o perdido, y del que se ignora la propiedad y la atribución a la instancia pública es la solución que se produce en ambos casos de bienes sin dueño.

El origen de esta atribución pública de la herencia vacante lo encontramos en el Derecho romano, aunque es un resultado ajeno a la sucesión romana pues en principio las XII Tablas no consideran que la instancia pública tenga un lugar en la sucesión *ab intestato* del ciudadano que no tenga herederos legítimos. Como

---

<sup>1</sup> La terminología y las denominaciones de estos bienes, especialmente la de “mostrencos”, aparecen tratadas en mi monografía *Los Bienes Mostrencos en Aragón. (Estudio histórico y actual)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012.

advierte BETANCOURT<sup>2</sup>, "...a partir de la legislación caducaria de Octavio Augusto, tales herencias (*bona vacantia*) las confiscaba el Erario Público en concepto de *caduca*; pero, si la herencia era deficitaria, se dejaba a los acreedores". Señalaba SCHULZ que conforme a la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, si nadie reclamaba la herencia, ésta se atribuía al *aerarium populi Romani*, como *bona vacantia*, y, advierte GUILARTE ZAPATERO<sup>3</sup>, el Fisco o determinadas instituciones se hacían con los bienes en lugar o como si fueran herederos, *in loco heredis*.

En la Edad Media, el problema del bien inmueble sin dueño se resuelve con la doctrina del dominio eminente y de la consolidación del dominio, y con la de las regalías o derechos exclusivos del monarca. Para exponer el origen de la del dominio eminente hay que acudir al particular modo de concebir la propiedad inmobiliaria en la Edad Media, en la que existe la idea de que el propietario del suelo –de todo el suelo- del Reino lo es el que ostenta el poder, el soberano, quien concede dicha propiedad, unida a otros derechos, a sus señores feudales, produciéndose así una "desintegración" de la propiedad. El *ius commune* diferenciaba así dos tipos de "propiedad", o mejor, dominio, el *dominium utile* y el *directum*, siendo el primero producto de una concesión del titular del segundo. Como tal concesión, la propiedad de la tierra es una emanación de la soberanía, o más bien un desgajamiento de la misma. El resultado, en el mundo de los conceptos, es el de la división del dominio en eminente o directo, por un lado, e inferior o útil, por otro. Partiendo de una titularidad regia, la utilización de la tierra pasa a distintos concesionarios "en cascada": Del Rey al señor feudal, por éste a otro de inferior orden, hasta llegar al poseedor directo. Esta concepción de la propiedad inmueble como concesión "en cascada" parte de una atribución primaria al rey, y esta atribución lo es como soberano, y más en concreto como jefe del ejército, pues el modelo que explica dicha atribución primaria es el de la *occupatio bellica*: se ha adquirido porque se ha conquistado. Esto se ve claramente en el sistema inglés, en el que se parte de la adquisición de absolutamente todo el suelo por derecho de conquista, por Guillermo –precisamente "el Conquistador"-, en el año 1066, por lo que no hay ni puede haber inmuebles sin dueño, y no cabe ocupación de estos bienes pues nunca se hallarán genuinamente vacantes, libres o mostrencos, al tener siempre dueño, siquiera éste lo sea la Corona. Como destaca PUIG BRUTAU<sup>4</sup>: "Muchos autores han puesto de relieve la influencia que ejerció el feudalismo en la configuración de la *property* anglosajona, así como en el hecho de que el concepto de *ownership* o pleno dominio no convenga a la propiedad territorial ...La propiedad significaba señorío (*lordship*), fundado en la posesión o tenencia de la tierra concedida. La tierra se tenía como una mera incidencia en una relación

2 BETANCOURT, Fernando, *Derecho romano clásico*, Universidad de Sevilla, 3ª edición, Sevilla, 2007.

3 GUILARTE ZAPATERO, Vicente, "Artículos 956 a 958", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. Manuel Albaladejo, EDERSA, Madrid, 1989, pág. 286.

4 PUIG BRUTAU, José, *Estudios de D. comparado. La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951, pág. 39.

personal de mando y servicio”<sup>5</sup>. MANRESA<sup>6</sup> considera como teoría íntimamente relacionada con la anterior la de la “consolidación”, procedente del derecho feudal, en el que la sucesión en las herencias vacantes era una regalía soberana: El Estado tenía el dominio eminente sobre todos los bienes sitos en el territorio, y por consecuencia, cuando quedaban éstos sin dueño, se verificaba a favor del Estado una especie de “consolidación”. Esta idea de un absoluto dominio del monarca sobre el solar del reino por derecho de conquista se expandirá en el resto de Europa como “doctrina del dominio eminente” para justificar la recuperación por el poder real de las cuotas de soberanía que venían siendo ejercidas por los señores feudales en contra del interés del monarca.

Lo anterior se completa en la doctrina de las regalías, que volvió a la actualidad con la sentencia 58/1982 del Tribunal Constitucional, de 27 de julio, que recurrió a esta argumentación histórica para fundamentar su decisión sobre la ley catalana de Patrimonio. El problema en el que inciden las regalías es el de la pugna entre el rey y la nobleza por el poder absoluto, es decir, son uno de los argumentos que se usan para apoyar las pretensiones del rey. Por ello se efectúan catálogos de regalías distinguiendo bien cuáles de ellas serían delegables en la nobleza y cuáles exclusivas del rey. Las regalías se consideran por el francés Jean BODIN (Juan BODINO)<sup>7</sup> en sus *Seis libros de la República* como uno de los signos del Príncipe Supremo (soberano), de la supremacía y por tanto de la soberanía, como podemos ver en el capítulo X del libro I, *De las verdaderas señales de la suprema autoridad*. El

<sup>5</sup> Se trata de un modo de concebir la propiedad inmueble que choca con el sistema europeo continental posterior a la Revolución francesa. Estamos ante un modelo completamente distinto, que, aunque modernizado a mediados del siglo XIX y más adelante mediante las Leyes de propiedad de 1922 y 1925, se halla enraizado en la historia inglesa, en concreto en la conquista del reino por Guillermo el Conquistador en 1066, como nos señala WONNACOTT: “Sin embargo, la ficción de que Guillermo adquirió todo el reino por conquista está demasiado firmemente arraigada en el Derecho Inglés como para ser desalojada por meros hechos históricos... Esta ficción en particular tiene tres conclusiones lógicas, cada una de las cuales es reconocida y aceptada como parte del Derecho Inglés, y que pueden enunciarse como sigue: la primera, que no puede haber tierras alodiales (sin dueño); en segundo lugar, que la Corona es el señor feudal supremo de la tierra en todo el reino, de modo que la única tenencia reconocible es la que se lleva a cabo bajo la superior autoridad de la Corona, y, en tercer lugar, que la titularidad de todas las fincas en tenencia libre podrá ser acreditada por la posesión previa, aun sin ninguna prueba de su concesión legal... No hay tierra sin dueño en Inglaterra y Gales. Esta es la simple consecuencia a que da lugar la conquista... Si una persona quiere poseer legítimamente una finca hoy en día, debe hacerlo en virtud de la concesión hecha por Guillermo o uno de sus sucesores” (WONNACOTT, Mark, *Possession of land*, Cambridge University Press, 2006, pág. 35). Ahora bien, los clásicos ingleses destacan el aspecto de ficción de la anterior premisa, y así en particular BLACKSTONE (*Commentaries on Laws of England*, 13th. Edition, A. Strahan, Londres, 1800) nos advierte que la apropiación individual de bienes parte de actos ocupatorios también individuales, lo que se justifica ya a partir del contrato social, ya en el Derecho natural y el trabajo del hombre.

<sup>6</sup> MANRESA Y NAVARRO, José M<sup>a</sup>., *Comentarios al Código ...* editorial Reus, cit., pág. 223.

<sup>7</sup> BODIN (en España BODINO), Jean, *Los Seis libros de la República*, traducidos de lengua francesa y emendados catholicamente por Gaspar de Añastro e Ysunza, En Turin, Herederos de Bevilacqua, 1590, pág. 221: “Pues no ay cosa mayor en la tierra despues de Dios, que los Principes supremos, que son establecidos por su diuina prouidencia, como sus lugartenientes, para mandar a los otros hombres ... Y para que se pueda conocer aquel que es supremo Principe es necesario saber sus sennales, que no sean comunes a los otros súbditos porque si fuesen yguales no habria Principe supremo”. A Bodin se le relaciona siempre con Aragón por recoger en su obra muchos ejemplos de hechos políticos aragoneses, como los citados, así como por reproducir la fórmula de juramento del Fuero de Sobrarbe: “Y con todo quanto fe escriuia del Reyno de Aragon la forma antigua que se tenia en la eleccion de los Reyes no se guarda mas. SI el Rey no haze Junta de estados, como me a referido vn caballero Español. La forma era que vn ministro, que ellos llaman la justicia de Aragon dize al Rey estas palabras: *Nos que valemus tanto como vos y podemos mas que vos, vos elegimos rey con estas, y estas condiciones, entre vos y nos, uno que manda mas que vos*”. Sin embargo no cree en la realidad de estas palabras pues, señala, no puede ser cierta esta elección si es el mismo rey el que convoca las cortes que le eligen.

holandés REGNERUS SIXTINUS<sup>8</sup> nos da cuenta de la enumeración de las regalías, y trata determinadamente de los bienes vacantes como regalía diciendo<sup>9</sup> que son bienes vacantes “los de quienes mueren sin heredero”, y más adelante, “También se llaman bienes vacantes a los que están sin dueño”. Los primeros corresponden al Fisco si se produce la vacancia por falta de parientes directos, incluso adoptivos, cónyuge o colaterales hasta el décimo grado; no están vacantes los bienes si, aun faltando los anteriores, existe persona que pueda invocar un derecho preferente, como los conmlitones en las pertenencias del compañero del mismo cuerpo del ejército (bandera,  *vexillum*), o el tutor respecto del pupilo. Estas herencias que quedan sin dueño son tradicionalmente designadas “abintestatos”, si bien su denominación vecina es la de bienes caducos ( *bona caduca*: la expresión es muy descriptiva si pensamos que significa “bienes caídos”, en cuanto que en Derecho romano “caen” al Fisco). Otro de los clásicos del Derecho común, Horacio MONTANO<sup>10</sup>, se ocupa, dentro de las regalías, de los  *bona vacantia*, considerando como tales los abintestatos (“Son bienes vacantes los del dueño muerto que carece de heredero”): Tanto los bienes sin dueño como los abintestatos eran una regalía del monarca.

Entre los juristas de la Corona de Aragón que tratan el tema destaca el zaragozano, y lugarteniente del Justicia, Pedro Calixto RAMÍREZ<sup>11</sup>, en cuya enumeración de las regalías se comprende la de los bienes vacantes:  *Decimo, ratione huius supremi dominii ad Regem pertinent bona vacantia*. RAMÍREZ identifica estos bienes vacantes como aquéllos a los que no se les descubre o halla dueño, en primer lugar los abintestatos, y también en otros supuestos en los que sobre los antedichos bienes (los beneficiarios) son excluidos por el Fisco (...  *in praedictis bonis fiscus excluditur*). Se refiere aquí a supuestos de herencias caducas para los casos de indignidad o incapacidad para suceder, así como los casos de los bienes del declarado hereje o sodomita. Además de los anteriores, y en segundo lugar, pueden calificarse de bienes vacantes aquellos que han sido abandonados, poniéndose como ejemplo los naufragios, “bienes mostrencos”, que terminadas las diligencias previstas por la ley para la búsqueda de su dueño, corresponden al rey. Se añade que por privilegio especial en Castilla se entregan al Monasterio de la Santísima Trinidad y al de Santa María de la Merced, con lo que separa dicho régimen con el vigente en Aragón, en el que se cita (con anterioridad al Privilegio de 1626) al Hospital de N<sup>a</sup>. Sra. de Gracia ( *Hospitali Generali Beatae Mariae de Gratia civitatis CaesarAugustae*). La consideración práctica de estos  *iura regia* en la doctrina lo será, ante todo, de ingreso fiscal.

8 Se trata de la Constitución de la Dieta de Roncaglia (título único,  *Quae sunt regalia*), de 1158, dada por Federico I Barbarroja, en las que influye decisivamente la Escuela de Bolonia y se consagra el Derecho longobardo, procediéndose a una tipificación de las regalías, para su defensa frente a las apropiaciones de la nobleza feudal. REGNERUS SIXTINUS,  *Tractatus de regalibus*, Typis & Expensis Jacobi Lasche, Hanoviae (Hanau), MDCLVII, págs. 4 y 16 y ss.

9 REGNERUS SIXTINUS, op. cit., pág. 553.

10 MONTANO o MONTANUS, Horatius,  *De Regalibus Tractatus Amplissimus*, Neapoli, Typis Francisci Savii, MDCXXXIV, págs. 83 y ss.

11 RAMÍREZ, Pedro Calixto,  *Analyticus tractatus de lege regia, qua, in principes suprema & absoluta potestas translata suit: cum quadem corporis politici ad instar phisici, capitis, & membrorum connexionem*, Zaragoza, Ioannem à Lanaja & Quartanet, 1616, págs. 217 y ss.

## 2. La legislación histórica.

### 2.1 Precedentes legislativos remotos.

Las anteriores doctrinas se reflejan en la normativa castellana de la sucesión intestada a favor de la Administración en el Fuero Real, Ley 3, Tít. 5º, lib. 3º (“Si el ome que muriere no ouire parientes ningunos... e si no fiziere manda, ayalo todo el Rey”), y en las Partidas, Ley 6, Tít. 13, Part. 6ª: “E si por aventura el que assi muriese sin parientes non fuesse casado, entonces heredará todos sus bienes la Cámara del Rey”. Lo mismo en las Ordenanzas Reales de Castilla, libro VIII, Título XIX, Ley XX<sup>12</sup>. En la Nueva Recopilación, la Ley 12, Tít. 8, libro 5, y en la Novísima Recopilación se dedica el título XXII, “De los bienes vacantes y mostrencos”, del libro X, a los bienes mostrencos, que no define y que atribuye a la Real Cámara. Así vemos que la Ley 1, Tít. 22, libro 10: “Todo hombre o muger que finare e no hiciere testamento en que establezca heredero, y no hubiere heredero de los que suben ó descenden de línea derecha ó de travieso, todos los bienes sean para nuestra Cámara”, bienes comúnmente denominados abintestatos.

En el Derecho aragonés más antiguo se encuentra ya alguna norma sobre la materia, singularmente la Observancia *De Iudaeis et Sarracenis*<sup>13</sup>, conforme a la cual los bienes de judíos y sarracenos muertos sin hijos (o nietos, según autores como PORTOLÉS o SESSÉ) correspondían al Barón o Infanzón de la villa, quien podía ocupar todos los dichos bienes. MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>14</sup> cita otros antecedentes, así en el Repertorio de DEL MOLINO: “...los antiguos foristas decían que el Bayle General y sus lugartenientes tenían, entre otras, la misión de tomar posesión de los bienes de los mercaderes y otros extraños que fallecían en el Reino de Aragón, con la obligación de tenerlos a disposición de los parientes que podían reclamarlos durante un año y día ...Unos años más tarde, PORTOLÉS recoge estas citas de MOLINO y afirma que el derecho del Rey a recibir los bienes del finado sin parientes fue reconocido en la Curia del Justicia de Aragón el 7 de mayo de 1584. Según relata, el bayle tomaba posesión de los bienes y después de un año y día sin que ningún pariente los reclamase, debía acudir al Justicia mediante su Procurador fiscal para que fuesen declarados de su propiedad”<sup>15</sup>.

12 Ordenanzas Reales de Castilla recopiladas y compuestas por el doctor Alonso DIAZ DE MONTALVO, glosadas por el doctor Diego Pérez, tomo III, En Madrid, año 1780, En la imprenta de Josef Doblado, pág. 387: *Otrosi, todo hombre, ò muger que finare, y no ficiere testamento en que establezca heredero, y no hoviere heredero, de los que suben, y descenden de linea derecha, ò de travieso, todos los bienes sean para la nuestra Cámara*. Resultan interesantes las glosas a pie de página en las que se nos advierte que en determinados casos al que muere intestado, si es doctor, le sucede el correspondiente colegio de doctores, según Baldo, excluyendo así al Fisco. También en el caso de un cofrade, congregante o colegial que fallece sin agnados ni cognados, la congregación, confraternidad o colegio de artes excluye igualmente al Fisco.

13 1. *Si aliquid Sarraceni sint in villa alicuius Baronis, et aliqui ex ipsis decesserint sine filiis, potest Baro vel ipse Infantio, occupare omnia bona, et ipse debet habere omnia bona illa*. SAVALL Y PENEN, *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1866, Tomo II, p. 52.

14 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, vol. 1º, pág. 308 y ss.

15 En concreto, lo que PORTOLÉS nos dice, sobre DEL MOLINO, es lo siguiente: “*Molinus hoc loco afferit, quod si in hoc Regno aliquis extraneus sine haerede ab intestato decedat, Baiulus Generalis nomine domini Regis ipsa bona suscipere debet, et si infra annum appar(a)verit aliquis illius defuncti successor legitimus, bona ipsa illi restituendus sunt, sed elapso anno Fisco domini Regis applicata existunt*”. Se trata por tanto de los bienes del extranjero (extraneus) muerto sin herederos testamentarios o ab intestato, que recoge el Bayle General en el nombre del Rey, que es por tanto su dueño, y que guarda durante un año a

Las referencias a los abintestatos se ciñen a los no aragoneses o a los no cristianos, sarracenos y judíos. La razón de la peculiar referencia a los extranjeros estriba posiblemente en que, ante el fallecimiento intestado de un aragonés, resultaba rara la posibilidad de inexistencia de parientes con derecho a suceder *ab intestato*, porque este parentesco se extendía por lo menos hasta el décimo grado, y según algunos incluso más allá. En cambio, los extranjeros no es que tuviesen menos parientes, es que éstos no estarían presentes para reclamar la herencia. Los derechos del rey a la sucesión del fallecido sin herederos se extienden de los extranjeros, judíos y sarracenos a cualquier sujeto regnícola: si no hay siquiera estos lejanísimos parientes, sucede el Rey en el abintestato, como señalaba XIMÉNEZ DE ARAGÜÉS<sup>16</sup> y recoge MARTÍNEZ MARTÍNEZ (*loc. cit.*): “Decía que el Rey en Aragón tenía derecho a la sucesión intestada de los fallecidos sin parientes y sin testamento tanto extranjeros como aragoneses. Recoge la sentencia del Justicia que trae PORTOLÉS y cita otra en el mismo sentido de 5 de mayo de 1611. Afirma que era costumbre aplicar la tercera parte de la herencia así recibida por el alma del difunto en obras pías según resolución de la Junta de Patrimonio de 22 de mayo de 1597 y recoge la referencia del Hospital Real de Zaragoza frente al fisco en la sucesión de los fallecidos en él”. Considera XIMÉNEZ DE ARAGÜÉS<sup>17</sup> que aunque MOLINO y PORTOLÉS “...no hablan sino de personas extranjeras del Reyno, que mueren sin heredero, yo entiendo no quisieron limitarse a esto aunque pusieron el exemplo en los estrangeros, como en caso que más fácilmente sucede morir un estrangero sin deudos que un natural, y assi todos los bienes vacantes que assi se llaman los bienes de los que mueren sin testamento y deudos, deve ocupar el Bayle general, pues son de su Magestad”. A continuación hace expresa referencia al Hospital de N<sup>a</sup>. Sra. de Gracia: “... lo que se ha dicho, que los bienes vacantes son del Rey nuestro Señor, se limita por el fuero nuevo del año 1626 *facultad al Hospital Real de Çaragoça fol.99*, que dispone, que todos los que muriesen en el sin testamento, ni dexar deudos hasta el quarto grado inclusive, suceda en todos sus bienes dicho santo Hospital”. El lugarteniente del Justicia y abogado zaragozano

---

la espera que surja un sucesor legítimo. Cita a continuación el autor una sentencia del Justicia de Aragón de 7 de mayo de 1584, relativa a la herencia intestada de un extranjero residente en Herrera, aldea de la comunidad de Daroca, que ante la falta de sucesores se aplicó al Fisco Real, sentencia que incluso fue recibida en Francia, “ya que no es contraria al Derecho común, pues también en el Derecho romano si un extranjero moría sin herederos, le sucedía la Cámara real”. PORTOLÉS, Jerónimo, *Scholia sive adnotationes ad repertorium Michaelis Molini, super Foris et Observantiis Regni Aragonum*. 1<sup>a</sup> parte, Zaragoza: Laurentii & Didaci Robles fratrum, 1587. Fol. 273.

16 RAPÚN GIMENO, Natividad (“*Intestatio*” e “*Inconfessio*”, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pág. 86) estudiará el problema en relación a los derechos de la Iglesia: “En cada ordenamiento medieval se fijó en uno u otro grado de parentesco el límite para suceder «ab intestato» y, superado éste, quedaba la herencia vacante abriéndose lo que en el Derecho civil moderno se denomina sucesión irregular en tanto que aquella se defería, no en base a vínculos de consanguinidad o afinidad con el causante sino, por el contrario, por razón de «deshérence», esto es por la ausencia de parientes con derecho a la sucesión según el Derecho aplicable en cada caso, siendo el Fisco generalmente o la Iglesia..., las instituciones que..., sucedían al difunto intestado... Existieron, sin embargo, ordenamientos en los que la regulación de la sucesión «ab intestato» fue excesivamente parca y así ocurrió en el aragonés donde la declaración genérica en cuya virtud quien fallece intestado y sin descendientes, debía ser sucedido por sus parientes «propinquieros», dejó sin resolver la cuestión del destino de la herencia vacante cuando el difunto careciera por completo de vínculos familiares”.

17 XIMÉNEZ DE ARAGÜES, Jerónimo, *Discurso del oficio de Bayle general de Aragón*, Impreso en Zaragoza, Lanaja y Quartanet, Impresor del Reyno de Aragón y de la Universidad, 1630, pág. 129.

LISSA Y GUEVARA<sup>18</sup> nos dirá que el que muere intestado en el Real y General Hospital de Santa M<sup>a</sup> de Gracia (*Regio ac Generali Nosochomio Divae Mariae de Gratia*) de la ciudad de Zaragoza, “dicho Hospital le sucede excluyendo al Fisco, Fuero único Facultad al Hospital de Zaragoza, año 1626”<sup>19</sup>. El sistema se sigue aplicando (con las pertinentes adaptaciones) tras los Decretos de Nueva Planta, señalando LISSA Y GUEVARA, tras enunciar la Observancia *De iudaeis et sarrazenis*, que “el mismo derecho tiene el Regio Fisco en Aragón, ya se trate de un extranjero, ya de un natural del Reino, que muera intestado y sin heredero, cuyos bienes se reputan vacantes, y se ordena ocuparlos al Bayle General... como enseña Molino”.

En el s. XIX la cuestión que interesa a los foralistas es recuperar la norma de que no había limitación de grado en el llamamiento intestado, por lo que, sólo sucedía el Estado en completa ausencia de parientes. En Derecho común, tras la Ley de Mostrencos de 1835, y luego con el Código civil, los llamamientos intestados se limitaban al 6º grado, y tras estos parientes sucedía el Estado, produciéndose la aplicación jurisprudencial preferente del Código civil en detrimento de las legislaciones forales, como denunció GIL BERGES<sup>20</sup> en su conocido opúsculo *Los mostrencos en el Tribunal Supremo*. Pero evidentemente no existía una sucesión de la Corona aragonesa, porque ésta no existía separadamente de la de España. En los trabajos preparatorios de primero las “Memorias” y luego los “Apéndices”, los foralistas aragoneses, entre los “Temas discutidos y conclusiones aprobadas por el congreso de juriconsultos aragoneses (1880-1881)”<sup>21</sup>, en el capítulo IV referido a Sucesiones, contestando a la pregunta: *En materia de sucesión intestada, ¿debe aceptarse el derecho actual de Castilla o el de Aragón?* y en las conclusiones aprobadas en la sesión de 23 y 26 de marzo, se enuncia el orden de suceder, en el que tras los descendientes legítimos y los naturales heredan los cónyuges, y al final: 12<sup>a</sup>. *En defecto de todos los anteriormente expresados, y a falta de parientes dentro del décimo grado, los bienes se adjudican al Estado*<sup>22</sup>. No era esta la idea de FRANCO Y LÓPEZ, que en su *Memoria* señalaba: “Lo que en mi concepto debe desaparecer, no solo de la legislación aragonesa, sino de la que rige en las demás provincias de España por la ley de 10 de Mayo de 1835, es la sucesión de los parientes desde el 7.º al 10.º grado, y la del Estado; y que por el contrario debe establecerse, que cuando

18 LISSA Y GUEVARA, Gil Custodio, *Tyrocinium Iurisprudentiae Forensis*, Reimp. Caesar-Augusta, ex Medardi de Heras, MDCCLXXXVIII, libro III, pág. 20.

19 Esta referencia al Hospital de N<sup>a</sup>. Señora no debe entenderse como un “cuerpo extraño” dentro de la doctrina de los bienes vacantes, al contrario, aparece como una modalidad de sucesión en los mismos y una excepción a la regalía del monarca en autores clásicos como MONTANO, que se ocupa de la sucesión de hospicios y hospitales (*Xenodochia*). Pues bien, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia fue también “casa de locos”. Y el napolitano Camilo BORRELL, también hablando en términos de Derecho común, precisa que muriendo el loco (*furiosus*) al que sus herederos le han negado los cuidados, los que se los hayan dado le suceden excluyendo al Fisco. Añade que esto es lo que se observa en el Hospital de locos de Nápoles, y cita un precedente en la *Rhetorica* de Cicerón, con cita de las XII Tablas. BORRELL, Camilo, *De Regis Catholici praestantia eius regalibus iuribus et praerogativis*, Milán, Apud Hieronymum Bordonum, 1611, pág. 79.

20 GIL BERGES, Joaquín, *Los mostrencos en el Tribunal Supremo : o sea, estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas*, Tipografía La Académica, Zaragoza, 1920.

21 Los proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón, Estudio preliminar de Jesús Delgado, Institución Fernando el Católico (C.S.I.C.) – Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2005, pág. 76.

22 *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés*, D. Luis FRANCO Y LÓPEZ, Zaragoza, 1885, recogida en *Los proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón*, Estudio preliminar de Jesús Delgado, Institución Fernando el Católico (C.S.I.C.) – Excma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2005, vol. II, pág. 148.

no deje parientes comprendidos dentro del 6.º la persona que falleciese sin testamento, sea la Beneficencia su sucesora”. Las discusiones versaban acerca del alcance de los llamamientos, no sobre la sucesión del Estado, que era indiscutida (sólo lo era su aplicación), y en el desarrollo articulado de su propuesta, sintetiza su criterio entendiendo que deben suceder las instituciones de beneficencia más próximas al fallecido. Los Proyectos *Ripollés* y *Gil Berges* tratan de la sucesión, en ambos defiriéndola al Estado, tras exponer muy detalladamente (el segundo) la sucesión del Hospital de Nª Señora de Gracia.

## 2.2 La legislación precodicial y el Código civil de 1889.

Para los antecedentes de la legislación decimonónica, nos dirá NAVAS NAVARRO<sup>23</sup> que el primer texto legal en el que aparecen regulados conjuntamente los bienes *mostrencos o vacantes* y los bienes de aquel que fallece sin herederos -voluntarios o legítimos- “...fue el Decreto de 8 de junio de 1750 dictado por Fernando VI. Con dicho monarca se da la unificación legislativa de los bienes mostrencos y de los *ab intestatos* en cuanto al destino de los mismos, así como en cuanto al funcionario encargado de denunciarlos, recaudarlos y distribuirlos: el Superintendente general de Hacienda”. Este Decreto del rey Fernando VI antecede a la principal y posterior Ley VI, dada por Carlos III en 1785 (Decreto de 27 de noviembre, Novísima Recopilación, 10, 22,6), que insiste en la atribución de los mostrencos a la Real Cámara. Es decir, que ya se califique al inmueble como bien mostrenco, ya como bien vacante, o si carece de dueño porque no hay herederos legales, o sea, es un *abintestato*, sigue la misma suerte y aplicación a la Real Cámara. Es interesante destacar que se señala una finalidad precisa a dichos bienes en la misma Ley VI: “...con aplicación de todo á la construcción y conservación de caminos, ú otras obras públicas de regadíos y policía ó fomento de industria...”. El Decreto de 29 de noviembre de 1832 adscribirá estos bienes mostrencos al Ministerio de Fomento.

La unificación se consolida con la Ley precisamente denominada “de Mostrencos”, de 9 de mayo de 1835. Da amplitud al concepto de lo mostrenco en su artículo 1º y a estos bienes mostrencos se añaden los antes denominados *abintestatos* en el artículo 2º: *Corresponden al Estado los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes ... Su aplicación, igualmente finalista, se dedica ahora a la Deuda pública: “Art. 13. Los bienes adquiridos y que se adquirieren como mostrencos á nombre del Estado quedan adjudicados al pago de la Deuda pública, y serán uno de los arbitrios permanentes de la Caja de Amortización”.*

En el procedimiento codificador, hito fundamental lo es el Proyecto de Código civil de 1851. En la línea del art. 539 del Código Napoleón: *tous les biens vacants et sans maître ...appartient au domaine public*, el Proyecto de 1851, o Proyecto GARCÍA GOYENA, disciplina los bienes vacantes en el Libro II, Título I, *De la división de los bienes*, Capítulo III, *De los bienes considerados según las personas á quienes pertenecen*, en concreto en el art. 386: *Pertenecen al Estado: ...5.º Los bienes que no tienen*

23 NAVAS NAVARRO, Susana, “La adquisición de los bienes inmuebles sin dueño conocido por la Generalidad de Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña*, tomo 1994 - 1, pág. 10.

dueño, ó que no le tienen conocido, y los de las herencias vacantes conforme al artículo 783... El comentario de GARCÍA GOYENA<sup>24</sup> nos dice: "Número 5. Conforme con las leyes 1 y 4, título 10, libro 10 del Código, con las del título 22, libro 10, Novísima Recopilación, y con los artículos 1 y 2 de la ley de 16 de Mayo de 1835: vé el artículo 783". Y si acudimos a dicho art. 783 leemos: *Sección VI - Del derecho del Estado á heredar en cierto caso. Art. 783. - A falta de los que tengan derecho á heredar, conforme á lo dispuesto en las secciones anteriores, heredará el Estado, salvo los derechos del viudo ó viuda.* Como vemos el Estado sucede en concurrencia con la porción legitimaria del viudo. GARCÍA CANTERO<sup>25</sup> nos resume las ideas de la doctrina de la época (ESCRICHE, LASERNA Y MONTALBAN, FERNÁNDEZ ELÍAS) acerca de estos bienes: "En la doctrina solía distinguirse entre bienes mostrencos, vacantes y *ab intestato*; los primeros eran los muebles o semovientes que se encuentran perdidos sin saberse su dueño; vacantes se decían los inmuebles o raíces que carecían de dueño conocido; por último se denominaban *ab intestato* los pertenecientes a personas que fallecían sin dejar testamento y carecían de herederos legítimos. Pero en la práctica la palabra «mostrenco» comprendía a todos ellos".

Fracasado el Proyecto 1851, y adelantado el proceso codificador por la vía de la Ley de Bases, la Base 18 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 dice: *Sustituirán al Estado en esta sucesión cuando á ella fuere llamado los establecimientos de Beneficencia é instrucción gratuita del domicilio del testador; en su defecto, los de la provincia; á falta de unos y otros, los generales...*. Se produce un cambio trascendental: mientras los bienes sin dueño se adquieren por el Estado por aplicación del derecho recogido en la Ley de Mostrencos, la adquisición de los bienes del abintestato tiene lugar porque el Estado es heredero legal, el que ocupa el último puesto en la sucesión intestada. La diferencia entre uno y otro modo de adquirir se confirma por la aplicación de textos legislativos diferentes, y la conceptualización del Estado como heredero (y no mero adquirente) aparece con claridad en el articulado del Código de 1889, en primer lugar, en la enumeración de llamados *ab intestato* que hace el art. 913: *A falta de herederos testamentarios, la ley defiende a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado.* Luego se reafirma el llamamiento en los artículos referidos a este sucesor, en la Sección quinta, *De la sucesión del Estado*, primero el art. 956, reformado por el Real Decreto-Ley de 13 de enero de 1928 tras el cual queda así: *A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado, quien asignará una tercera parte de la herencia a Instituciones municipales del domicilio del difunto de Beneficencia, Instrucción, Acción social o profesionales, sean de carácter público o privado; y otra tercera parte, a Instituciones provinciales de los mismos caracteres, de la provincia del finado, prefiriendo, tanto entre unas como entre otras, aquéllas a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad, aunque sean de carácter general. La otra tercera parte se destinará a la Caja de Amortización de la Deuda pública...*

24 GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil, Zaragoza, 1974, pág. 206.*

25 GARCÍA CANTERO, Gabriel, "La adquisición de inmuebles vacantes por el Estado", *Revista de Administración Pública*, tomo 47, 1965, pág. 18.

Suprimida la Caja de Amortización por Real Orden de 1 de abril de 1931, la correspondiente tercera parte se ingresa en el Tesoro. Esta redacción se modificará recientemente por la Ley 15/2015, de 2 de julio y en la actualidad nos dice: *A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado quien, realizada la liquidación del caudal hereditario, ingresará la cantidad resultante en el Tesoro Público, salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acuerde darles, total o parcialmente, otra aplicación. Dos terceras partes del valor de ese caudal relicto será destinado a fines de interés social, añadiéndose a la asignación tributaria que para estos fines se realice en los Presupuestos Generales del Estado.* También la redacción originaria del artículo 957 es reformada por el RDL 13 de enero de 1928, con directa referencia al Estado en la nueva redacción, referencia que continúa, ahora hecha al Estado con exclusividad, tras la reforma de la Ley de 2 de julio de 2015 (*Los derechos y obligaciones del Estado serán los mismos que los de los demás herederos, pero se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos que enumera el artículo 1023*).

### 3. Los derechos sucesorios de la Administración en la actualidad.

#### 3.1 La sucesión de la Administración central.

En España, a partir del Código civil, se abre paso la idea del Estado como heredero situado en último lugar, en defecto de cónyuge y los parientes del difunto en grado de proximidad adecuado, aunque para GUILARTE ZAPATERO<sup>26</sup> es en el Proyecto de 1851 donde se construye la adquisición del Estado como verdadera sucesión. En el Código de 1889, al designar al Estado como heredero, la fundamentación de la atribución ha cambiado, pues ya no estamos ante un derecho de carácter público y fundamentado en la soberanía del Estado, o antes en el dominio eminente del monarca, es decir, se separa la fundamentación de la adquisición de mostrencos y la de abintestatos, justificada ahora por su carácter privado de derecho sucesorio. El Código civil de 1889 consolida la configuración del Estado como heredero legal en defecto de otros herederos testamentarios o *ab intestato*. Esto según VALLET es producto de la influencia de SAVIGNY, que fue recibida por los Códigos europeos, y también por el nuestro.

Consideraba MANRESA<sup>27</sup> que la teoría de la sucesión del Estado sobre las herencias vacantes es la más difundida, y que en la redacción originaria del Código civil estamos ante un verdadero llamamiento hereditario, basado en consideraciones sociales, y al que nuestro Código no otorga privilegio alguno, siendo la sucesión del Estado perfectamente regular. GUILARTE ZAPATERO<sup>28</sup>, por su parte, advierte que la cuestión acerca de quién era el verdadero heredero fue más discutida en la redacción originaria del Código, aunque subsiste tras el reparto por tercios a partir de la reforma de 1928. Estima este autor que aunque la jurisprudencia no haya zanjado

<sup>26</sup> GUILARTE ZAPATERO, "Artículos 956 a 958", en *Comentarios...*, EDERSA, cit., pág. 291.

<sup>27</sup> MANRESA Y NAVARRO, José M<sup>º</sup>, *Comentarios al Código ...* Editorial Reus, cit., pág. 224.

<sup>28</sup> GUILARTE ZAPATERO, "Artículos 956 a 958", en *Comentarios...*, EDERSA, cit., pág. 308.

la cuestión, "...la consideración conjunta del régimen establecido en el Código y su desenvolvimiento por las normas administrativas, en concreto por el Decreto de 13 agosto 1971, lleva a concluir que sólo el Estado es heredero, aunque con el encargo de adjudicar parte de los bienes a las instituciones señaladas que, por lo mismo, se limitan a ser parcialmente beneficiarias de aquéllos y sin ostentar el título de herederas universales, que corresponde sólo a aquél, aunque afectado por el modo constituido por el apuntado encargo". CASTÁN TOBEÑAS<sup>29</sup>, por su parte, optó sin dudar por la naturaleza sucesoria de la adquisición y el carácter de heredero del Estado, a diferencia de otras legislaciones en las que el Estado es un sucesor irregular o privilegiado, "...en el Código español es un heredero como los demás, ya que el art. 958 lo somete a la necesidad de obtener de la autoridad judicial la previa declaración de heredero, y el 957 reformado establece que los derechos y obligaciones del Estado, así como de las instituciones o entidades a quienes se asignen los dos referidos tercios de los bienes serán los mismos que los de los demás herederos".

VALLET DE GOYTISOLO<sup>30</sup> nos advierte que esta calificación del Estado como heredero era matizada por SÁNCHEZ ROMÁN o DE DIEGO (en la redacción original de 1889) advirtiendo que dada la aplicación de los bienes en la redacción original del art. 956 sólo a establecimientos de instrucción del municipio y provincia del finado, y por último a los de carácter general, el Estado era un heredero fiduciario (o representante), siendo los fideicomisarios los establecimientos favorecidos. Tras la reforma de 1928 y la introducción del reparto por tercios en el art. 956 (...una tercera parte de la herencia a Instituciones municipales del domicilio del difunto, de Beneficencia, Instrucción, Acción social o profesionales, sean de carácter público o privado, y otra tercera parte a Instituciones provinciales de los mismos caracteres, de la provincia del finado... La otra tercera parte se destinará a la Caja de Amortización de la Deuda pública...), opinan ROCA SASTRE, BONET RAMÓN y PUIG BRUTAU que la posición fiduciaria se puede mantener respecto de los dos primeros tercios pero que respecto del último, el Estado es un heredero, todo lo más *sub modo*. Insiste DE LOS MOZOS<sup>31</sup> en el carácter herencial advirtiendo que lo más significativo de la regulación del Código es el destino que se asigna a los bienes.

El otro texto fundamental para la regulación de los abintestatos lo es la Ley de Patrimonio del Estado de 1964. Enumera el art. 19 los diferentes modos de adquirir, diciendo que el Estado puede adquirir bienes y derechos, entre otros modos, 3º *Por herencia, legado o donación*. Para las adquisiciones hereditarias, el art. 24 primero se refiere a los casos en los que la Administración, en cualquiera de sus manifestaciones, sea designada heredera, es decir, la sucesión voluntaria. En el 4º párrafo este precepto se ocupa de la sucesión abintestato del Estado, de un modo sucinto: *La sucesión legítima del Estado seguirá rigiéndose por el Código Civil y disposiciones complementarias*. Remite por tanto a la más amplia regulación del Código. Apoyando la naturaleza sucesoria de la adquisición, señala ROCA SASTRE,

29 CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, tomo 4º, Editorial Reus, Madrid, 1942, pág. 634.

30 VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 286.

31 DE LOS MOZOS, "La sucesión *ab intestato* ...cit.", pág. 419.

sobre el modelo alemán<sup>32</sup>, que la tesis de que el Estado, conforme al art. 956 Cc., entra a suceder como heredero abintestato y no en virtud de un acto de soberanía encuentra su confirmación en el art. 24.4 de la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, al disponer que *La sucesión legítima del Estado seguirá rigiéndose por el Código Civil, y disposiciones complementarias*, pues esto equivale a decir que aún desde el punto de vista administrativo, se respeta la disposición del art. 956 Cc., de que el Estado en tal caso adquiere los bienes a título de heredero.

### 3.2 La Ley de Patrimonio de 2003 y su Reglamento.

Esta Ley del 64 se ve a su vez sustituida por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, muy modificada en cuanto a los abintestatos por la Ley 15/2015 de la Jurisdicción voluntaria. Con carácter general, para toda sucesión hereditaria (voluntaria o legal) a favor de la Administración, señala hoy el art. 20.1 LPAP: *La aceptación de las herencias, ya hayan sido deferidas testamentariamente o en virtud de ley, se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario*. Es también relevante el número 6 de este precepto: *6. La sucesión legítima de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas se regirá por la presente Ley, el Código Civil y sus normas complementarias o las normas de Derecho foral o especial que fueran aplicables. -Cuando a falta de otros herederos legítimos con arreglo al Derecho civil común o foral sea llamada la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas, corresponderá a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero abintestato...* Seguidamente la Ley 15/2015, introduce en el texto los arts. 20 bis, 20 ter y 20 quater.

El art. 20 bis se añade por la disposición final 8.2 de la Ley 15/2015, y se ocupa del procedimiento para la declaración de la Administración del Estado como heredera abintestato, procedimiento que se iniciará de oficio, por acuerdo del órgano competente, ya por iniciativa propia o como consecuencia de orden superior, de petición razonada de otros órganos, de denuncia, *o en virtud de las comunicaciones a las que se refieren el artículo 791.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y el artículo 56.4 de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado*. Comienza así un expediente que es instruido por la Delegación de Economía y Hacienda correspondiente al lugar del último domicilio conocido del causante en territorio español, y en el caso de no haber tenido nunca domicilio en España, siendo competente la Delegación correspondiente al lugar donde estuviere la mayor parte de sus bienes. Se añade por la disposición final 8.5 de la indicada Ley 15/2015 una Disposición adicional vigésima cuarta que señala que la declaración como heredero abintestato del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza se realizará por la Diputación General de Aragón.

El art. 20 ter se ocupa de los efectos de la declaración de heredero abintestato: *1. Realizada la declaración administrativa de heredero abintestato, que supondrá la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, se podrá proceder a tomar posesión de los bienes y*

<sup>32</sup> ROCA SASTRE lo hace en las anotaciones al ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Derecho de Sucesiones, Volumen 1º*, Bosch Casa Editorial, 2ª edición, Barcelona, 1976, pág. 66.

*derechos del causante y, en su caso, a recabar de la autoridad judicial la entrega de los que se encuentren bajo su custodia. Se precisa por tanto la ejecución de un inventario, respecto del que sigue diciendo el precepto que los bienes y derechos del causante no incluidos en este inventario judicial y que se identifiquen con posterioridad a la declaración de la Administración General del Estado como heredera abintestato y a la adjudicación de los bienes y derechos hereditarios, se incorporaran al caudal hereditario y se adjudicarán por resolución del Director General del Patrimonio del Estado y mediante el procedimiento de investigación regulado en el artículo 47. El resto del precepto alude a la colaboración en la investigación de funcionarios y autoridades, y a que las declaraciones administrativas son título suficiente para la inscripción en el Registro de los bienes.*

Finalmente el 20 quater nos refiere que una vez se encuentre la Administración General en posesión de la herencia, procederá a la liquidación de los bienes y derechos de la misma, distribuyéndose la cantidad obtenida en la forma prevista en el artículo 956 del Código Civil. Lo que ocurre es que también este art. 956 ha sido reformado por la Ley 15/2015, y la antigua distribución entre el Tesoro y las instituciones municipales y provinciales de instrucción o beneficencia viene a ser sustituida por la actual liquidación del caudal hereditario e ingreso de la cantidad resultante en el Tesoro Público, salvo que el Consejo de Ministros acuerde darles otra aplicación, siendo dos terceras partes del valor para fines de interés social en los Presupuestos Generales. La excepción de que intervenga el Consejo de ministros se repite en el art. 20 quater: *No obstante, el Consejo de Ministros, atendidas las características de los bienes y derechos... podrá excluir de la liquidación y reparto, todos o algunos de ellos.*

La reglamentación del procedimiento administrativo para la sucesión legítima de la Administración General del Estado se regulaba por el Decreto 2091/1971, y se sustituye por el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, que aprueba el Reglamento General de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas. El Reglamento regula en sus artículos 5 y siguientes el procedimiento de declaración de heredera abintestato de la Administración General del Estado, que se iniciará de oficio por la Delegación de Economía y Hacienda de la provincia en la que el causante hubiera tenido su último domicilio, *“...bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de la denuncia de particulares o de la comunicación de otros órganos de la Administración General del Estado, de otras Administraciones Públicas o de las personas señaladas...”*.

### **3.3 La sucesión de la Administración autonómica aragonesa: el Código Foral.**

Tras el Código civil, el Apéndice aragonés de 1925 recoge una norma sucesoria *ab intestato* propia para los bienes troncales, sin limitación de grado conforme al artículo 39 y para los bienes no familiares el artículo 40 remite al Código civil, limitándose por tanto los llamamientos al sexto grado (al cuarto, a partir de la reforma del Código de 1928). Recoge igualmente la especialidad de la sucesión del Hospital de N<sup>a</sup> Señora de Gracia, en el art. 42: *No obstante lo dispuesto en los precedentes artículos, subsistirá a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o*

*Provincial de Zaragoza la facultad que le fue concedida por acto de Cortes de 1626, de suceder abintestato en toda clase de bienes muebles o inmuebles que no estén sujetos a recobro o reversión, a los enfermos y a los dementes que fallezcan en el establecimiento o en las casas de alienados que de él dependen, cuando no dejen descendientes, hermanos ni otros parientes colaterales dentro del cuarto grado.*

La Compilación de 1967 en su redacción originaria recogía la tradicional sucesión en los bienes troncales, y en los no troncales remitía al Código civil, con la salvedad del art. 136, que recogía el Privilegio del Hospital de N<sup>a</sup> Señora de Gracia. El texto original de la Compilación, cuando conserva la sucesión intestada a favor del Hospital señala, como recoge MERINO HERNANDEZ, una excepción a la normativa del Código y un verdadero antecedente de la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón. Con únicamente estas especialidades, se sigue el sistema del Código, ocupando el Estado el último lugar, y sin mención a una Comunidad autónoma que aún tardaría 11 años en nacer.

Ya tras la Constitución de 1978, con la reforma operada por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, La Compilación aragonesa en el art. 135 pasa a decir: *La sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales, o en estos mismos cuando no hubiera heredero troncal, se deferirá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 935 a 955 del Código civil.* Paralelamente a la Compilación, en la Ley 2/1987, de 2 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón se inserta un artículo 51.2 que textualmente señala: *“Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, y con independencia de los supuestos en los que sea instituida heredera, la Comunidad Autónoma de Aragón será llamada a suceder en la sucesión intestada tras el Estado si éste repudia o renuncia expresa o tácitamente a la herencia, cuando el causante tenga su residencia en el territorio de la Comunidad Autónoma al tiempo del fallecimiento”*; precepto que introduce a la Comunidad en el orden sucesorio abintestato, aunque detrás del Estado.

Será con la reforma de 1995 (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) cuando se introduce en la Compilación una norma por la que la Comunidad Autónoma ocupa el lugar del Estado en la sucesión intestada, en un nuevo art. 136: 1. *En defecto de los parientes legalmente llamados a la sucesión de quien fallezca intestado bajo vecindad civil aragonesa, sucederá la Comunidad Autónoma de Aragón.* 2. *Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio.* Un artículo 136 bis refiere el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia: 1. *En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza será llamado, con preferencia, a la sucesión intestada de los enfermos que fallezcan en él.* 2. *Previa declaración de herederos, la Diputación Provincial de Zaragoza destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital*<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> La disposición final 8.5 de la Ley 15/2015 añade a la LPAP una Disposición adicional vigésima cuarta que señala que la declaración como heredero abintestato del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza se realizará por la Diputación General de Aragón.

La posterior Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, en su Título VII, *De la sucesión legal*, introduce como novedad la limitación al sexto grado en la sucesión troncal. A continuación, en el Capítulo VI, referido a la sucesión en defecto de parientes y cónyuge, dedica el artículo 220 a la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma: 1. *En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma.* 2. *Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio.* Y el artículo 221, al tradicional Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, en forma similar a la anterior.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, y en su Preámbulo (37) nos dice: *Se mantiene el llamamiento a favor de la Comunidad Autónoma en defecto de toda otra persona llamada a la sucesión, tal como determinó la Ley 4/1995, de 29 de marzo, así como el llamado Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, en atención a lo razonable de esta tradición secular.* Luego, en su Libro III, Título VII, Capítulo VI, Sucesión en defecto de parientes y cónyuge, vemos los siguientes arts.: El artículo 535, “Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma”, repite exactamente la dicción de la Ley de 1999. Lo mismo el artículo 536, al referir el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia. La Ley del Patrimonio de Aragón, Ley 5/2011, de 10 de marzo, en su artículo 20. 4 (*La sucesión legal de la Administración de la Comunidad Autónoma se regirá por la Ley de las Cortes de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte*) remitió a la Ley de 1999, cuya integración en el Código foral tiene lugar doce días más tarde: luego insistiré en ella. Señala MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>34</sup> las líneas generales de esta sucesión. El actual art. 535 del Código foral, como antes el 220 de la Ley de Sucesiones, llama en último lugar, a la sucesión del fallecido con vecindad civil aragonesa y a falta de parientes dentro del cuarto grado de parentesco con el causante (o del sexto si hay bienes troncales de abolorio) y de cónyuge, a la Comunidad Autónoma de Aragón: “Una cláusula de cierre de la sucesión legal que excluye el llamamiento al Estado español similar a la de otras Comunidades con derecho civil propio”. Efectivamente, esta asunción del puesto *ab intestato* del Estado se ha repetido en otras Comunidades forales. Como consecuencia de esta asunción del puesto del Estado, la Diputación General - Gobierno de Aragón, nos dice la citada autora, tiene la obligación de destinar los bienes así recibidos o el producto de los mismos, si son enajenados, a los establecimientos de asistencia social de la Comunidad autónoma, con preferencia de los establecimientos “...del municipio aragonés donde el causante hubiese tenido su último domicilio (dentro de Aragón, cabe entender, si fallece con dicho domicilio fijado fuera de la Comunidad autónoma, lo que bien puede suceder siempre que el causante mantenga en el momento de su fallecimiento vecindad civil aragonesa)”. Como es regla general en Derecho aragonés, la Comunidad, como cualquier otro heredero en Aragón, tiene su responsabilidad limitada a las fuerzas de la herencia, conforme hoy al art. 355 CDFa.

34 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *Manual de Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 4ª ed., 2012, pág. 668.

Recientemente, la regulación del Código foral va a ser de nuevo reformada, a la par que la legislación de Patrimonio. Así, la Ley 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón, procede a su adaptación tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, cuya disposición final octava, da nueva redacción al apartado 6 del artículo 20 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, según la cual cuando «sea llamada la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas, corresponderá a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero abintestato». Las modificaciones son mayores en la Ley del Patrimonio de Aragón, mientras que en el CDFA sólo se retoca ligeramente la redacción de los artículos 535 y 536, "...a los solos efectos de la mayor claridad textual y seguridad en su aplicación", nos dice el Preámbulo de la Ley 3/2016. Señala hoy el artículo 535 CDFA sobre la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma: 1. *En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma.* 2. *Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio.* Y el artículo 536 del mismo Código, "Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia", queda redactado en la forma siguiente: 1. *En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.* 2. *Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.*

Advierte BAYOD LÓPEZ<sup>35</sup> que al carecer el Hospital de personalidad jurídica, es la Diputación General de Aragón, de la que depende funcionalmente, la que tendrá que hacerse cargo de los bienes de la herencia y aplicarlos a la mejora de las instalaciones del Hospital como prescribe el citado art. 536.2 CDFA. Dirá también la autora que de estos preceptos se pueden deducir los siguientes requisitos para que la Comunidad sea heredera: "1º. Que el causante tenga vecindad civil aragonesa o sea aplicable la Ley aragonesa en virtud del Reglamento UE 650/2012 en el momento de su muerte. 2º. Que fallezca sin disposición voluntaria válida y eficaz. 3º. Que no haya personas con preferencia a heredar sus bienes según las normas aragonesas que hemos visto; que tampoco juegue la preferencia del Hospital de Nuestra Señora de Gracia prevista en el art. 536 CDFA, ni la preferencia prevista, respecto de bienes sitios en Aragón, del art. 33 R. 650/2012 UE. 4º. Declaración de herederos legales. 5º. Aceptación".

### 3.4 La legislación aragonesa de Patrimonio.

El régimen jurídico del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón se contenía en la Ley 5/1987, de 2 de abril, siendo sustituida por el Decreto legislativo 2/2000, de 29 de junio, por el que se aprueba el TR de la Ley de

35 BAYOD LÓPEZ, Carmen, y SERRANO GARCÍA, José A., *Lecciones de Derecho civil: Sucesiones*, Kronos, Zaragoza, 2016.

Patrimonio de la Comunidad, luego objeto de modificación parcial por la Ley 26/2003. El Decreto legislativo de 2000 viene a ser derogado por la posterior Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón, de corta vigencia (hasta el 1 de Enero de 2014), pues es sustituida por el actual Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón aprobada por Decreto-Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón. En este Texto Refundido, el Título II va referido a la adquisición y transmisión de bienes, y el Capítulo II comienza con el artículo 20 que regula las adquisiciones hereditarias: *1. La Comunidad Autónoma de Aragón podrá adquirir herencias, que le hayan sido deferidas testamentariamente, por pacto o en virtud de ley...* Por tanto se afirma la capacidad sucesoria *ab intestato* de la Comunidad. El art. 20.4 especifica que *La sucesión legal de la Administración de la Comunidad Autónoma se regirá por lo dispuesto en el Código de Derecho Foral de Aragón, la presente ley y la normativa básica estatal en materia de patrimonio. -Cuando a falta de otros herederos legales con arreglo al Derecho foral aragonés sea llamada a suceder la Administración de la Comunidad Autónoma, corresponderá a esta Administración efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero legal, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión legal y constatada la ausencia de otros herederos legales.* Este nº 4 del artículo 20 es redactado por el artículo 33.1 de la Ley 2/2016, de 28 enero, de Medidas Fiscales y Administrativas, que se promulga como consecuencia de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción voluntaria, y modifica el TR de la Ley de Patrimonio de Aragón.

El Texto refundido incluye hoy unos artículos 20 bis y 20 ter, introducidos por la citada Ley 2/2016, de 28 enero, siguiendo la línea marcada por la LPAP, y con algunas novedades. El primero regula el procedimiento exclusivamente administrativo para la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal, que se inicia de oficio, por el Departamento competente en materia de patrimonio, por propia iniciativa, por denuncia de particulares o por comunicación de autoridades o funcionarios públicos<sup>36</sup>, y que se instruye por la Dirección General competente en materia de Patrimonio la cual, si considera que la tramitación del expediente no corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, dará traslado del mismo a la Administración General del Estado o a la que resulte competente según la vecindad civil del causante. Estamos ante un cambio consistente en sustraer a la autoridad judicial la competencia en la declaración de herederos que ahora pasa a ser competencia de la propia Administración heredante. Incluye el procedimiento la publicidad mediante publicación en el "Boletín Oficial de Aragón", y en la página web del Gobierno de Aragón, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales, así como publicación en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio del causante, al del lugar del fallecimiento y donde radiquen la mayor parte de sus bienes. La resolución del procedimiento corresponde al Gobierno de Aragón, mediante la aprobación del Decreto en el

---

<sup>36</sup> Introduce el art. 4.3 del Reglamento de la Ley una interesante novedad: La obligación de denunciar de los responsables del centro o de la residencia en que hubiera vivido el causante, y al administrador o representante legal del mismo.

que se acuerde la declaración de heredera legal de la Administración de la Comunidad, que contendrá la adjudicación administrativa de los bienes y derechos de la herencia, o la improcedencia de dicha declaración por los motivos acreditados en el expediente.

El artículo 20 ter trata de los efectos de la declaración de la Comunidad como heredera legal, precisándose que con la declaración administrativa de heredera legal, se entenderá aceptada la herencia y se podrá proceder a tomar posesión de los bienes y derechos del causante. Sin embargo señala este 20 ter.2 que si queda acreditado en el procedimiento *que el valor de las deudas del causante es superior al valor de los bienes o derechos a heredar por la Administración de la Comunidad Autónoma, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, se aprobará la repudiación de la herencia con los efectos previstos en la legislación civil*. Este mismo art. 20 ter señala en su nº 6 que *No se derivarán responsabilidades para la Administración de la Comunidad Autónoma por razón de la titularidad de los bienes y derechos integrantes del caudal hereditario hasta el momento en que se tome posesión efectiva de los mismos, y en el nº 7 que La liquidación del caudal hereditario y su distribución a favor de establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma se realizará conforme al Código de Derecho Foral de Aragón, a la presente ley y a su normativa reglamentaria de desarrollo*.

El art. 21 del TR se refiere a la aceptación por el Gobierno de Aragón de las herencias, legados y donaciones a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma o de sus organismos públicos, salvo cuando el objeto del legado o donación sean bienes muebles, *en cuyo caso la competencia para su aceptación corresponderá al titular del departamento competente por razón de la materia*. Y repite a continuación la posibilidad de rechazo de la “*damnosa hereditas*” cuando sea voluntaria, señalando en el nº 2: *Sólo podrán aceptarse herencias, legados o donaciones que lleven aparejados gastos o estén sometidos a alguna condición o modo onerosos si el valor del gravamen impuesto no excede del valor de lo que se adquiere, según tasación pericial. Cuando el gravamen excediese el valor del bien, la disposición sólo podrá aceptarse si concurren razones de interés público...* El resto del precepto va referido a la herencia condicional o *sub modo*, y a la obligación de todo funcionario de informar de estas herencias.

Se completa esta regulación con el Decreto 185/2014, del Gobierno de Aragón, sobre Regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma y en los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas, que reglamenta lo dispuesto en la Ley (antes la reglamentación era la establecida en el Decreto 191/2000, de 7 de noviembre). En este Reglamento es destacable la referencia del art. 3 a la iniciación del procedimiento, partiendo de la consideración de la Comunidad como heredera: *Las actuaciones dirigidas a la declaración de la Comunidad Autónoma de Aragón como heredera abintestato, se iniciarán de oficio, por el Departamento competente en materia de patrimonio, ya sea por propia iniciativa o por denuncia de particulares, o por comunicación de autoridades y funcionarios públicos*. Desaparece el derecho a premio salvo a favor

de entidades que pudieran ser beneficiarias del abintestato<sup>37</sup> (se mantiene por el Reglamento estatal, Real Decreto 1373/2009, y consiste en el 10% de los bienes relacionados en la denuncia que se obtuvieren del caudal hereditario).

Una de las principales novedades del Decreto, nos dice el Preámbulo, es la de la posibilidad de archivar el expediente, antes de instar el procedimiento judicial de declaración de herederos, o de renunciar a la herencia, si ya hubiera auto firme, "...en aquellos casos en que quede acreditado que en la herencia no figuran bienes o no se localiza ninguno, o bien cuando el valor de éstos es inferior a los gastos de tramitación del expediente, o al valor de las deudas de la herencia. Esta previsión se introduce a la vista del número, cada vez mayor de casos, en los que existen razones fundadas para anticipar que el caudal hereditario a repartir será nulo, bien por la inexistencia de bienes, bien por las deudas acumuladas, y, no obstante, al no estar recogida esa opción de archivo o renuncia, se tramita el expediente, resultando ineficaces los medios materiales y humanos que la Administración de la Comunidad Autónoma ha dedicado a esa tramitación". Este archivo aparece en el art. 6.4: *Cuando de la investigación previa realizada en el Departamento competente en materia de patrimonio, se concluya que no existen bienes de la herencia, o no se localizaran, o el valor de estos no superase los gastos de tramitación del expediente, o el valor de las deudas de la herencia, el Consejero del citado Departamento podrá archivar el expediente.* Además, y esto hay que destacarlo especialmente, el art. 7 permite, con la misma finalidad de ahorro de costes, la repudiación de la herencia: *1. Obtenido el testimonio de la resolución judicial firme por la que se declare heredera legal de un causante aragonés a la Comunidad Autónoma de Aragón, el Gobierno de Aragón, a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio y mediante Decreto, podrá aceptar la herencia, a beneficio de inventario. 2. Si en la masa hereditaria no figurasen bienes o no se localizaran, o el valor de éstos no superase los gastos de tramitación del expediente, o el valor de las deudas de la herencia, el Gobierno de Aragón mediante Decreto podrá repudiar la herencia, a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio, y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos.*

#### **4. Los abintestatos en el marco de las Autonomías: La justificación de la sucesión autonómica.**

Con la implantación del Estado autonómico, las Comunidades autónomas intentaron la autoatribución de los bienes vacantes, como fuente de ingresos propia, y sus leyes de Patrimonio se atribuían los inmuebles mostrencos y, sobre todo, las cuentas corrientes bancarias y depósitos en instituciones financieras que se reputasen abandonados, por falta de actividad de sus titulares o desaparición de éstos. Tales atribuciones eran negadas por el Estado, al vulnerar la competencia estatal, vía recurso de inconstitucionalidad. Así, la STC 58/1982, de 27 de julio, declaró la inconstitucionalidad del art. 11 de la Ley catalana 11/1981, de 7

<sup>37</sup> Artículo 5.2. *En el caso de que la primera notificación de una posible herencia intestada a favor de la Comunidad Autónoma, la realice una entidad de la que dependan uno o varios establecimientos de asistencia social que puedan ser beneficiarios de la herencia, se reconocerá a su favor el derecho a percibir el porcentaje previsto en el artículo 22 de este Decreto.* El art. 22 reconoce el derecho a percibir el 10% del caudal liquidado que se obtuviere.

de diciembre, de Patrimonio de la Generalitat, que atribuía el derecho sobre los bienes vacantes a la Generalidad, al entender que implicaba modificar la legislación sobre Patrimonio del Estado, y por violación del art. 17.e de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, en relación con los artículos 157.3, 132.3 y 149.1.14 de la Constitución, así como por violación directa del artículo 132.3 de la misma, o alternativamente del artículo 149.1. 6 y 8 de la Constitución. También en este sentido, la STC núm. 150/1998 de 2 julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria, que atribuían a la Comunidad Autónoma las parcelas que se detectasen carentes de dueño en los procedimientos de concentración parcelaria. Hay también interpuesto un recurso de inconstitucionalidad (nº 572-2008), contra los artículos 15 y 16 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra, también por autoatribución de bienes sin dueño a favor de la Comunidad navarra.

Pues bien, mientras los intentos de legislar una atribución a la Comunidad de los bienes vacantes o abandonados a través de sus normas sobre Patrimonio, fueron rechazados mediante recursos de inconstitucionalidad, en cambio la adquisición de las herencias sin heredero ha sido una modificación tolerada por el Estado. Esto contradice el origen común que se ha visto para estos bienes vacantes o sin dueño, pero se ampara en la atribución de competencia legislativa civil a las regiones forales (aunque la Comunidad valenciana se autoatribuye los abintestatos sin tener competencia legislativa civil propia).

Las discusiones acerca de este entendimiento de la competencia civil se centraron en la Comunidad Autónoma catalana, que dictó tempranamente una norma por la que la Generalidad, como órgano superior de la Comunidad Autónoma, pasaba a ocupar el puesto y lugar del Estado en el orden de suceder *ab intestato*. Así, la Ley de 20 de marzo de 1984 del Parlamento de Cataluña de modificación de la Compilación estableció que la Generalidad de Cataluña heredaría en último lugar en la sucesión intestada, en lugar del Estado (art. 248: *Las referencias al Estado de los artículos 913, 956, 957 y 958 del Código Civil se entenderán efectuadas a la Generalidad de Cataluña*); luego, la Ley 9/1987, de 25 de mayo, de Sucesión Intestada articuló específicamente esta sucesión en su art. 27: *En ausencia de las personas señaladas por los artículos anteriores, sucederá la Generalidad de Cataluña...* Hoy, como se ha visto, el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, regula en los artículos 442-12 (Sucesión a falta de parientes dentro del cuarto grado) y 442-13 (Destinación de los bienes) la sucesión a favor de la Generalidad. La regulación catalana es importante porque pese a la similitud existente entre los bienes atribuidos al Estado como «vacantes» y los que adquiere como «heredero *ab intestato*», que ya se puso de relieve, la atribución autonómica de derechos sucesorios a favor de esta Autonomía no fue declarada inconstitucional (se retiró el recurso de inconstitucionalidad). De hecho, en las demás Comunidades forales (salvo Baleares) se ha procedido de igual modo que en Cataluña, con éxito en la autoatribución de estas herencias.

Esta disparidad de soluciones según estemos ante una u otra categoría de bienes vacantes, los mostrencos o los abintestatos, se explica por razones como las siguientes.

En primer lugar, por la mutación del título que experimenta la adquisición en el Derecho histórico: Ya hemos visto cómo los bienes abandonados o sin dueño se adquirirían por ser uno de los contenidos de la soberanía del monarca sobre su reino, se trataba de un resultado de la doctrina de las regalías y de la norma *Nulla res sine domino*. Esto comprendía cualesquiera bienes abandonados o sin dueño y por tanto también los de las herencias sin heredero. Sin embargo, a partir del siglo XIX, la atribución de estos bienes, que pasan a ser del Estado, también por razón de soberanía, se especifica en relación a las herencias intestadas sin sucesor haciendo que el Estado suceda como heredero *ab intestato*, no como adquirente directo de bienes por un derecho privilegiado de apropiación por razón de soberanía. Así, el Código Civil no configura la sucesión del Estado como una manifestación del dominio eminente vinculada a la soberanía (como ocurre en el *Code français*), sino como un auténtico derecho sucesorio (art. 957 del Código Civil: «Los derechos y obligaciones del Estado... serán los mismos que los de los demás herederos»). Pues bien, mientras el sujeto adquirente por razón de soberanía sólo puede serlo quien la ostente en representación de todos los españoles, es decir, el Estado, en cambio el sujeto heredero *ab intestato* puede serlo el Estado o cualquier otro ente público, también la Comunidad autónoma.

De hecho, como advirtió VALLS LLORET<sup>38</sup> en relación al recurso de inconstitucionalidad contra la Ley catalana de sucesiones de 1987, un buen argumento para la adquisición sucesoria de los abintestatos por la Generalidad lo era la Ley de Patrimonio del Estado de 1964, que había ratificado el cambio de fundamentación en la adquisición de los bienes vacantes iniciado por el Código civil. En efecto, la Ley del Patrimonio del Estado de 1964 diferenciaba claramente la atribución de bienes vacantes al Estado (artículos 19, 21 y 22), de los derechos del mismo como heredero abintestato (art. 24 párrafo 2º: «*La sucesión legítima del Estado seguirá rigiéndose por el Código Civil y disposiciones complementarias*»). Ello supondría que, mientras la adquisición de bienes vacantes por el Estado es un modo de adquirir vinculado al concepto de soberanía y situado en un plano distinto de la «legislación civil» del artículo 149.1.8º de la Constitución y, por tanto, es una materia sobre la que no podrían legislar ni tan siquiera las Comunidades Autónomas con derecho foral, en cambio, la sucesión abintestato del Estado, por la que el Estado adquiere por título de heredero propio del Derecho privado, que se rige por el Código civil, sí sería materia propia de dicha «legislación civil» y por tanto podría, eventualmente, ser objeto de asunción por las Comunidades Autónomas forales<sup>39</sup>.

38 VALLS LLORET, José Domingo, «El llamamiento sucesorio a la Generalidad de Cataluña: una crítica al extinto recurso de inconstitucionalidad 1188/87», *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, Nº 19, 1993, pág. 139.

39 Muy crítico con esta argumentación se mostró GUILARTE ZAPATERO, al entender que la falta de reserva de los abintestatos a favor del Estado no es necesaria pues ya se deduce de la inserción de la norma en la propia Ley de Patrimonio, y que el remitir la cuestión a la legislación civil regulándola con la técnica específicamente privativista de la sucesión por título de heredero, es una artimaña para ampliar las competencias de la Comunidad Autónoma, al amparo del artículo

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, de hecho quienes recibían los bienes de la herencia intestada sin sucesor no eran organismos estatales de la Administración central. El art. 956 Cc. en su redacción originaria prescribía que si bien heredaba el Estado, los bienes se destinaban: 1.º a los *establecimientos de beneficencia municipal y las escuelas gratuitas del domicilio del difunto*. 2.º *Los de una y otra clases de la provincia del difunto*. 3.º *Los de beneficencia e instrucción de carácter general*. Esta redacción se ve transformada en 1958 por otra que hace el reparto por tercios, destinando el primer tercio a Instituciones municipales del domicilio del difunto *de Beneficencia, Instrucción, Acción social o profesionales, sean de carácter público o privado; y otra tercera parte, a Instituciones provinciales de los mismos caracteres, de la provincia del finado... La otra tercera parte se destinará a la Caja de Amortización de la Deuda pública...* Parte de la doctrina mantiene el carácter fiduciario de la posición del Estado, siendo los genuinos herederos, los fideicomisarios, las instituciones benéfico-asistenciales que reciben los bienes del difunto (salvo el tercio de la Caja de amortización de la Deuda). Por tanto, no era un ente de la Administración central alejado del domicilio y centro de intereses del finado el que se veía beneficiado directamente por el abintestato, sino entidades benéficas, de instrucción o acción social del pueblo o ciudad o provincia del finado, por lo que la aplicación de los bienes ya tenía de hecho un carácter marcadamente local o regional.

Finalmente, también influye en el cambio el peculiar camino que ha tomado la legislación civil autonómica en España, en una vía de ampliación, aparte de por una línea política muy definida de un dejar hacer y una difuminación de los límites competenciales con Cataluña, y por ende con las demás Comunidades, como parte de una política de “apaciguamiento” vacía de sentido nacional, que ha llevado a considerar que la competencia autonómica de las comunidades forales en derecho civil sobre sucesiones y en particular abintestatos era asumible, y esto desde fecha temprana. Como advertí en otro lugar<sup>40</sup>, la tendencia de las Comunidades forales ha sido la de considerar la legislación civil como una competencia más, sin más límites que los estrictos del art. 149.1.8ª CE, o ni aun esos, y desde luego la expansión de estos Derechos ha sido muy rápida sin ceñirse a las instituciones tradicionalmente forales. Señala MOLINS GARCÍA-ATANCE<sup>41</sup>, en el asunto que nos ocupa, que el recurso de inconstitucionalidad 1188/87, de 16 de septiembre de 1987, contra la Ley catalana 9/1987 argumentaba el Estado en base a que la posición del Estado como destinatario último de los bienes relictos supone una manifestación del *ius imperii* en el mismo grado, al menos, que en los demás casos de bienes vacantes. Pero como el recurso fue retirado posteriormente se produce un “dejar hacer” que ha sido bastante habitual por mor de las alianzas políticas y la necesidad de apoyos parlamentarios.

---

lo 149.8º, prescindiendo del evidente fundamento publicista del llamamiento a la sucesión del Estado, que sanciona la Ley de Patrimonio del Estado. GUILARTE ZAPATERO, “Artículos 956 a958”, en *Comentarios...*, cit., pág. 305.

40 LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., “Hasta el infinito, y más allá, o la actualidad del Derecho foral”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 4, 2009, págs. 709-744.

41 MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio, “La reforma de la sucesión intestada de la Comunidad autónoma de Aragón”, en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1995-1, págs.. 47-61.

Abierta esta vía de adquisición de los abintestatos sin heredero, las Comunidades autónomas deciden adquirir estas herencias, como se ha visto en Aragón y Cataluña, y también las demás, salvo Baleares (que se remite al Código civil).

## 5. El poder público como heredero: aceptación y repudiación de las herencias.

### 5.1. La utilidad de la sucesión hereditaria de la Administración.

La sucesión intestada del Estado es una institución con una naturaleza teleológica, con un propósito absolutamente pragmático. La finalidad de la sucesión del Estado o la Administración está, lo mismo que en el caso de cualquiera de los herederos, en evitar la existencia de bienes vacantes, la ausencia de titular o propietario. A esta finalidad responden también otras instituciones, singularmente la atribución de los mostrencos al Estado desde la Ley de Mostrencos de 1835 (y antes al rey) y en la actualidad por la Ley de Patrimonio de las AAPP de 2003. Esta finalidad se logra, respecto de los bienes que quedan vacantes no por abandono o inexistencia de dueño, sino por fallecimiento comprobado del mismo y falta de herederos, mediante la atribución de los bienes a la Administración (central o autonómica) haciéndole gozar de la condición de heredero. Ya autores como MANRESA o SÁNCHEZ ROMÁN, nos dice POZO SIERRA<sup>42</sup>, encontraban el fundamento de la sucesión del Estado en la necesidad de evitar la situación de abandono de bienes sin dueño que quedaban a merced del primer ocupante dando lugar a litigios sobre la propiedad. La solución de atribuir la herencia al Estado, según MANRESA, parecía justa y natural, "...como representación de la Nación, de la patria o de la sociedad. En aquellos tiempos en que, así como la Nación la representa el Estado, representaba al Estado el Rey, los bienes de los que morían sin sucesión se entendió que pertenecían al Real ó á la Cámara Real, y más tarde no supo inventarse un destino más útil, y al Rey substituyó el Estado, pero siempre tomando esta palabra, como sinónima de Fisco, Hacienda ó Tesoro público".

Insiste en la idea CASTÁN TOBEÑAS<sup>43</sup>, señalando que es evidente el fundamento racional de la atribución: "Desde el momento en que los derechos de los colaterales se agotan ...el Estado tiene derecho a los bienes en concepto de vacantes, para evitar los conflictos que nacerían de abandonarlos al primer ocupante". Estamos por tanto ante una norma que persigue un resultado práctico bien preciso, y la condición sucesoria de la Administración es un mero recurso técnico para lograrlo.

Por eso la condición de la Administración como verdadera heredera va a ser siempre discutida<sup>44</sup>: porque no es heredera, propiamente dicha, porque el sistema

<sup>42</sup> POZO SIERRA, Belén del, *La compatibilidad jurídica entre el derecho del estado en la sucesión intestada y como titular de bienes vacantes*, Editorial Dykinson, Madrid, 2014, pág. 28.

<sup>43</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*,... cit., pág. 633.

<sup>44</sup> De hecho, las disquisiciones acerca del carácter sucesorio de la Administración siguen activas, así en la reunión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil de 16 de diciembre de 2015, plantea el notario D. Adolfo Calatayud Sierra que cabría preguntarse de qué forma heredan la Comunidad Autónoma, entendiendo que hay dos respuestas posibles: "a) El Estado (o las Comunidades Autónomas, etc.) hereda como cualquier heredero, pues es un heredero más; b) El Estado adquiere los bienes de una herencia sin parientes llamados a ella en virtud de su soberanía y para evitar que queden vacantes". Cree que en España rige el primer sistema, pero advierte que en la sucesión aragonesa no existe el beneficio de inventario (figura propia del Código civil) ni cabe que la Comunidad Autónoma repudie la herencia que, como cierre

hereditario es un mero recurso, como sobradamente se estudia al ocuparse de los fundamentos teóricos de la herencia, para evitar los problemas de la vacancia de los bienes herenciales a la muerte del causante y su “socialización” por los miembros del grupo más rápidos y violentos. Esto es: se ha buscado un sistema para que los bienes de las personas permanezcan en el ámbito privado, en un régimen de propiedad privada ordinaria, procurando la destinación de dichos bienes a personas en una línea de parentesco o conyugalidad con el difunto, bien a través del sistema de legítimas en la sucesión testada, bien con los órdenes sucesorios en la intestada. Por esto autores como el alemán KIPP justifican la sucesión *mortis causa* en la libertad del individuo frente al Estado<sup>45</sup>. Nos dice este autor que “La institución del Derecho privado de sucesiones asegura la subsistencia de la propiedad privada. Los bienes poseídos por un hombre particular, pasan a otro también particular... y no pasan a la mano pública. Si la propiedad privada estuviera limitada a la vida de un hombre, no sería apta para cumplir plenamente la función social que le es propia. No podría constituir el fundamento de una sociedad en la que el individuo, dentro de ciertos límites, es libre, frente al poder público, de configurar su vida según sus propios fines (o sea, como una persona “privada”). La propiedad no desarrolla toda su eficacia sino cuando es heredada; la posesión acumulada da a las familias, y en no menor grado a la “sociedad”, independencia frente al Estado”. Se trata en suma de una finalidad de mantenimiento de los bienes en el ámbito de lo privado y evitación de la ausencia de propietario que ha sido considerada como función a desarrollar por la Administración o Estado.

Contradice a la postura de KIPP el hecho de que la titularidad de los bienes del abintestato a favor de la Administración no sea privada, sino pública, pero a esto cabe replicar, en primer lugar que son bienes patrimoniales, y no de dominio público, y en segundo que la atribución de dichos bienes se destinaba a establecimientos de beneficencia, instrucción o “acción social”, que no tenían por qué ser públicos. Éstos recibían la herencia en su integridad en la redacción originaria del Código, y en sus dos tercios tras la reforma operada en 1928. En la actualidad el art. 956 Cc. prescribe la liquidación del caudal hereditario, y el ingreso de la cantidad resultante en el *Tesoro Público, salvo que, por la naturaleza de los bienes heredados, el Consejo de Ministros acuerde darles, total o parcialmente, otra aplicación*. Matiza esto la aplicación de dos terceras partes del valor del caudal relicto a *finés de interés social, añadiéndose a la asignación tributaria que para estos fines se realice en los Presupuestos Generales del Estado*. De todos modos, y salvo los casos de adscripción directa del bien a un fin o una utilidad pública, el ingreso de los bienes en el Tesoro público implica, naturalmente, su venta a particulares y conversión en dinero, lo mismo para el destino de los bienes a instituciones benéficas o asistenciales, que

---

del sistema, le atribuye la ley. Y más adelante, en la misma reunión se hace constar: “En el debate de esta cuestión se pone de manifiesto que el hecho de heredar la Comunidad Autónoma como heredera legal no es sólo un modo de adquirir bienes sino, sobre todo, una función: asumir la condición de heredero, liquidar la herencia y, si queda algo, repartirlo en la forma que indica el CFDA”. ACTA DE LA SESIÓN DE DIECISEIS DE DICIEMBRE DE 2015 (ACTA 263), facilitada por el secretario, Don José Antonio Serrano García, al que desde aquí agradezco su atención.

45 KIPP, Theodor, en ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Derecho de Sucesiones*, Vol. I, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1976.

lógicamente reciben el producto de la enajenación de los bienes hereditarios y no los bienes mismos. En definitiva, y salvo casos de adscripción directa de bienes a finalidades públicas (el caso más evidente, edificios monumentales que se destinan a dependencias o establecimientos administrativos), no hay publicación de la propiedad, sino enajenación de la misma y retorno de los bienes a la propiedad privada de los adquirentes. Estas consideraciones de utilidad vienen a relativizar la figura de la Administración como heredera *ab intestato*. De hecho la discusión sobre si estamos ante un verdadero heredero se suscitará siempre, pues se trata ante todo de un mero recurso técnico para evitar la vacancia de bienes.

## 5.2 La aceptación y repudiación de la herencia.

La Administración, aunque se discuta si es propiamente heredera, de hecho es llamada a la sucesión como si fuera un heredero ordinario. La idea de CASTÁN TOBEÑAS<sup>46</sup> del carácter de heredero del Estado, "...un heredero como los demás, ya que el art. 958 lo somete a la necesidad de obtener de la autoridad judicial la previa declaración de heredero, y el 957 reformado establece que los derechos y obligaciones del Estado, así como de las instituciones o entidades a quienes se asignen los dos referidos tercios de los bienes serán los mismos que los de los demás herederos", con la salvedad de que se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, está muy extendida. Consecuencia inmediata de la consideración *prima facie* de la Administración, central o autonómica, como heredera sería la de la atribución de las facultades del heredero, singularmente las de aceptación y/o repudiación de la herencia. Sin embargo, el peculiar carácter de la Administración como sucesora, con la precisión de la aceptación a beneficio de inventario, se pone de relieve a la hora de concretar su aceptación de la herencia, o su posibilidad de repudiación, dando lugar a discusiones en la doctrina. En primer lugar, y dado nuestro sistema romano de adquisición de la herencia, en cuanto a la necesidad de aceptación para la efectiva adquisición, así como otros extremos<sup>47</sup>.

En primer lugar, la necesidad de aceptación se seguiría de las bases romanistas de nuestro Derecho de sucesiones, conforme a las cuales el heredero deviene tal mediante aceptación. Claro que la posibilidad de aceptación tácita, derivada de actos concluyentes de la voluntad de aceptar, evitaría la necesidad de una declaración *ad hoc*. Pues bien, esta aceptación tácita es la que se deduciría de petición de declaración de herederos abintestato, a la que obliga el art. 958 Cc. al decir, antes: *Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de preceder declaración judicial de heredero...*, y hoy, tras la Ley 15/2015, *Para que el Estado pueda tomar posesión de los bienes y derechos hereditarios habrá de preceder declaración administrativa de heredero, adjudicándose los bienes por falta de herederos legítimos.*

46 CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral...* cit., pág. 634.

47 En particular resume POZO SIERRA las cuestiones que se plantean en las de: 1) Si viene el Estado obligado a aceptar y si puede repudiar la herencia; 2) Si cabe hablar de aceptación tácita por "...consecuencia de los actos necesarios para obtener la declaración judicial de heredero y en su caso 3) ¿Se puede aceptar tácitamente a beneficio de inventario? O dicho de otro modo ¿es compatible la aceptación tácita con la previsión legal de que en todo caso se entenderá siempre hecha a beneficio de inventario? (artículos 957 del Código Civil y 20 de la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas); 4) Si, a la vista de la situación del patrimonio del causante, la aceptación es irrevocable". POZO SIERRA, *La compatibilidad jurídica entre el derecho del Estado ... cit.*, pág. 58.

El problema no lo plantea la aceptación beneficiaria, sino si el Estado tiene una verdadera facultad de aceptar (y por lo tanto, también de repudiar) o si la adquisición es automática, por declaración legal, de manera que no cabe hablar ni de facultad de repudiación ni de aceptación tácita (puesto que la aceptación ya se habría producido por ley antes de los actos concluyentes determinantes de dicha aceptación). Esto último es lo que opina HERRANZ ORTIZ<sup>48</sup>, siguiendo a LLEDÓ YAGÜE: “No puede ponerse en tela de juicio que el llamamiento al Estado, por la naturaleza y fin del mismo, más que reconocer un derecho al Estado para que suceda en determinados bienes, le impone la obligación de que en atención al interés público o social, disponga los bienes de que consta la herencia”. En definitiva, el Estado, más que un derecho a suceder ab intestato tiene la obligación de suceder porque por razones de la utilidad social de la liquidación y aplicación a la comunidad del patrimonio hereditario vacante, es necesaria su concurrencia en dicha sucesión. En otros sistemas, singularmente el italiano, la adquisición es *ex lege*, sin aceptación, y sin que quepa tampoco repudiación. Un argumento sería el del art. 957 Cc., en el que en la expresión *se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello*, el “siempre” debe entenderse referido tanto al beneficio de inventario como a la propia aceptación de la herencia, que por tanto se entendería siempre aceptada sin necesidad de declaración al respecto, es decir, aceptación expresa. En base al mismo precepto DÍEZ PICAZO estima que estamos ante una adquisición ipso iure, sin necesidad de aceptación.

Por lo que se refiere a la repudiación, señalaba al respecto ROCA SASTRE, inspirado en el Derecho alemán<sup>49</sup>, que en nuestro Código y en la Ley de Patrimonio (la de 1964) cabía sostener que el Estado no puede repudiar la herencia intestada a que es llamado. Asimismo, en el supuesto de admitirse la facultad de exclusión en la sucesión intestada, el Estado no podría ser excluido expresamente. Sin embargo, añade que hay también argumentos para mantener la facultad del Estado de poder repudiar la herencia, como son la inexistencia en el Derecho civil español de la categoría de los “heres necessarii” y el artículo 994 Cc. (*Los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencia sin la aprobación del Gobierno*). Pero considera más aceptable la tesis negativa, que estima que cabe apoyar también en la disposición del art. 24 de la Ley del Patrimonio del Estado (la de 1964), en la cual “...se establecen los requisitos para que el Estado pueda aceptar una herencia, pero el precepto calla en absoluto en cuanto a los requisitos que debieran acompañar a la repudiación, de manera que tal silencio puede interpretarse con una denegación de la facultad de repudiar”. Pasamos a ocuparnos de tal cuestión.

### 5.3 ¿Puede el Estado repudiar el abintestato?

Si mantenemos el carácter del Estado como heredero, podrá tanto aceptar como repudiar la herencia, pues el art. 988 Cc., afirma (todavía hoy en su

<sup>48</sup> HERRANZ ORTIZ, Ana, en *Compendio de Derecho civil. Sucesiones*, Francisco Lledó Yagüe, director, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 454.

<sup>49</sup> En las anotaciones al ENNECERUS-KIPP-WOLF, *Derecho de Sucesiones, Volumen 1º*, Bosch Casa Editorial, 2ª edición, Barcelona, 1976, págs. 67 y 68.

redacción originaria), que aceptación y repudiación de la herencia *son actos enteramente voluntarios y libres*.

POZO SIERRA<sup>50</sup> se pregunta sobre la repudiación partiendo de que si bien el artículo 6.2. del Código Civil sanciona el principio general de renunciabilidad de los derechos, con los límites del interés u orden público y el en perjuicio de tercero, si estamos ante derechos del Estado, esta regla se transforma en la contraria, la de irrenunciabilidad de derechos, pues no puede la Administración realizar actos de disposición sin que lo autorice la ley. Resume MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>51</sup> las posiciones en la doctrina: Primero quienes niegan la posibilidad de repudiación, en base al aspecto de función que tiene la sucesión intestada del Estado, de evitación de la falta de sucesor, así ROCA SASTRE, PUIG FERRIOL, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, SALVADOR CODERCH, o HIDALGO. Claramente afirma esta imposibilidad DíEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>52</sup>: “¿Puede el Estado renunciar a la herencia que se le defiere en virtud de una sucesión abintestato? La respuesta negativa ha sido defendida por los sostenedores de que la adquisición del Estado se funda en la soberanía o en el *ius imperii*, defendida también por los sostenedores del carácter hereditario de la sucesión del Estado, así como por el Código civil alemán o el italiano. Según esta línea de pensamiento, el llamamiento del Estado, más que atribuirle un derecho le impone una función basada en un interés público de carácter objetivo, que es irrenunciable como la potestad de la cual deriva. Así, el Estado no tiene derecho a suceder, sino que debe suceder, porque para la utilidad social del patrimonio, la evitación de la dispersión de este, la tutela del crédito y en definitiva el orden social, es necesaria la transmisión de la herencia a un sucesor”. La consecuencia más importante si se admitiera tal facultad de renunciar está en que los bienes serían del primer ocupante, nos señala el autor. Además la adquisición automática impide la posibilidad de repudiación, y admitir la posibilidad de una repudiación post-aceptación vulneraría lo señalado en el art. 997 del Código: *La aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido*.

En cambio, reconocen al Estado plena capacidad y legitimación para repudiar como cualquier heredero, DE LOS MOZOS y LACRUZ BERDEJO, éste por entender que no hay manera de obligar al Estado a reclamar una herencia abintestato y también por lo dispuesto en el artículo 1009 Cc., que prohibiría incluso aceptar si repudió antes el llamamiento testamentario. Afirma la autora: “Es una opinión bien argumentada que sirve para considerar que las CCAA pueden repudiar y que, en tal caso, los bienes quedarán vacantes, lo mismo que si repudia el Estado. Se ha dicho que los bienes terminarían siendo del Estado por sucesión intestada o por vacancia, lo que puede tener relevancia para las obligaciones de contribuir a los gastos de los inmuebles (como gastos de comunidad en propiedad horizontal

<sup>50</sup> POZO SIERRA, *La compatibilidad jurídica entre el derecho del Estado ... cit.*, pág. 85.

<sup>51</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección Derecho privado, Madrid, 2016, pág. 435.

<sup>52</sup> DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil- IV.Vol. 2º*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 216.

o IBI)”. En efecto, para LACRUZ BERDEJO<sup>53</sup> el Estado es heredero, y puede tanto aceptar como repudiar, lo que deduce no tanto de la normativa administrativa como del hecho de que el interés de los terceros, fundamentalmente acreedores, en la conservación del patrimonio relicto y ordenada liquidación de la herencia se hallaba suficientemente atendido mediante el juicio de testamentaría, cuya incoación puede ser solicitada por los acreedores. Claro que hoy no tenemos este (buen) juicio.

Vistas estas posiciones, y si reflexionamos sobre el asunto, se puede llegar a la conclusión de que una cosa es el carácter de heredero del Estado, que cumple una misión utilitaria, funcional: es heredero pues esta es la posición más adecuada para liquidar el caudal hereditario y darle una aplicación no ya social, sino comunitaria, de recuperación de unos bienes que carecen de dueño por la parte de la sociedad más próxima al causante; y otra el facultar al Estado para que se comporte como un verdadero heredero, porque no lo es, o mejor, porque el ejercicio de la facultad de repudiación ínsita en el *ius delationis* provoca un resultado contrario a la finalidad que se perseguía mediante la atribución de la posición de heredero. Lo esencial no es discutir sobre el carácter de heredero o no del Estado, sino sobre si recibe efectivamente un *ius delationis*, o si tanto la aceptación como la repudiación, pese a ser esenciales a todo heredero, no son útiles para los fines que perseguimos mediante la atribución de la condición hereditaria.

En esta línea, niega SALVADOR CODERCH<sup>54</sup> la posibilidad de repudiación, al decir que el Estado sucede en último lugar, como último heredero y además necesario: “...y, en este sentido, como heredero necesario para no frustrar las finalidades de la norma (evitar la vacancia de parte de los bienes, provocar la adquisición *iure público* de algunos de ellos, excepcionar arbitrariamente la aplicación de las reglas sucesorias). La ley asegura en este caso al causante un sucesor a título de heredero y consiguientemente es un heredero que no puede ser declarado incapaz o indigno, que no puede ser desheredado sin una simultánea disposición positiva, que no puede repudiar la herencia y se entiende que la acepta a beneficio de inventario, que no puede en suma dejar de ser heredero”. Asimismo, HERRANZ ORTIZ<sup>55</sup>, siguiendo a LLEDÓ YAGÜE, que señala que si admitimos la facultad de renunciar, los bienes hereditarios quedarían sin propietario, “...y retornarían al Estado al quedar vacantes, con lo que el Estado carecería de responsabilidad por deudas de la herencia, pero llegaría a adquirir los bienes por encontrarse vacantes”. Otros argumentos en contra de la posibilidad de repudiación serían la propia expresión del art. 956 del Cc., su carácter imperativo al referirse a la sucesión intestada del Estado que confirmaría el carácter automático y obligatorio de la sucesión, y también la literalidad del art. 957 Cc., al decir que «la herencia se entenderá siempre aceptada a beneficio de inventario», que el autor interpreta

53 LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil – III. Derecho de sucesiones*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, pág. 564.

54 SALVADOR CODERCH, Pablo: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XXIX, vol. 3, Madrid, 1986, pág. 62.

55 HERRANZ ORTIZ, en *Compendio de Derecho civil. Sucesiones*, cit., pág. 454.

como que no es exigible una aceptación para que el Estado adquiriera la herencia *ipso iure*. También O'CALLAGHAN<sup>56</sup>, considerando al Estado verdadero heredero, le niega la posibilidad de repudiación: “La respuesta que debe darse es que no: el Estado, más que un derecho como heredero, tiene una función, basada en un interés público de carácter objetivo e irrenunciable; el artículo 956 dice, taxativa e imperativamente, que «heredará el Estado» sin hablar de «podrá», ni referirse a la posibilidad de repudiar”. Asimismo el argumento del artículo 957 cuyo texto imperativo al decir que la herencia se entenderá siempre aceptada (a beneficio de inventario) refiere el “siempre” a la aceptación. Por tanto, el Estado tiene que aceptar, ni expresa ni tácitamente, ni puede repudiar, sino que es heredero abintestato por imperativo legal.

De hecho, en la reforma de 2015 del Código civil y de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, nada se introdujo sobre la repudiación de las herencias, aunque la disposición final 8.3 de la Ley 15/2015 añade el art. 20 ter, que se ocupa de los efectos de la declaración administrativa de heredero abintestato, afirma que ésta *supondrá la aceptación de la herencia a beneficio de inventario...* con lo que sí es precisa, como trámite administrativo, la aceptación, pero con un significado de sometimiento a las normas civiles generales, como veremos en el epígrafe 6.2. Ahora bien, las referencias lo son a la aceptación, no a la repudiación.

Sin embargo, y pese a estos razonamientos, esta posibilidad de repudiación se va abriendo paso en las recientes regulaciones españolas sobre la sucesión *ab intestato* de las Comunidades autónomas, en las legislaciones de Patrimonio autonómicas, como podemos ver en Cataluña, País vasco, Navarra o Aragón. La cuestión está en decidir si esta repudiación es una posibilidad prevista y aplicable a las sucesiones voluntarias (y donaciones), lo que no ofrece duda, o si cabe también la repudiación de las herencias intestadas en las que la Comunidad autónoma es la heredera última.

#### 5.4 En particular, la repudiación en Aragón.

Para la Comunidad autónoma aragonesa, el CDFA afirma en el art. 517 que en el orden de la sucesión legal, en defecto de descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales hasta el cuarto grado, los bienes, incluidos los troncales y recobrables, los bienes se defieren a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia. Más adelante, el art. 535 expone que en defecto de personas llamadas legalmente a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma, siendo la Diputación General de Aragón quien previa declaración de herederos, (ya no “judicial”, tras la Ley 3/2016, de 4 de febrero), y por su parte el art. 536 sigue refiriendo el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

Esto se traslada al Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón. Inicialmente, en el art. 20 sobre adquisiciones hereditarias, nos. 1 y 4 se lee: *1. La Comunidad Autónoma de Aragón podrá adquirir herencias, que le hayan sido deferidas testamentariamente,*

<sup>56</sup> O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho civil. Tomo V. Derecho de Sucesiones*, Edersa, 5ª edición, 1999, pág. 359.

por pacto o en virtud de ley... 4. La sucesión legal de la Administración de la Comunidad Autónoma se regirá por lo dispuesto en el Código de Derecho Foral de Aragón, la presente ley y la normativa básica estatal en materia de patrimonio. -Cuando a falta de otros herederos legales con arreglo al Derecho foral aragonés sea llamada a suceder la Administración de la Comunidad Autónoma, corresponderá a esta Administración efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero legal... Pero en el citado Código foral ya hemos visto que ni en el art. 517 ni en el 535 se exige que la aceptación del abintestato se entienda hecho a beneficio de inventario.

Añade el 20 bis de la Ley de Patrimonio aragonesa que el procedimiento para la declaración de la Administración como heredera legal se iniciará *de oficio, por el Departamento competente en materia de patrimonio, ya sea por propia iniciativa o por denuncia de particulares, o por comunicación de autoridades o funcionarios públicos*. El art. 21 de la misma nos refiere que corresponde al Gobierno de Aragón, mediante Decreto, *aceptar o repudiar las herencias, legados y donaciones a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma o de sus organismos públicos, salvo cuando el objeto del legado o donación sean bienes muebles, en cuyo caso la competencia para su aceptación corresponderá al titular del departamento competente por razón de la materia*. Como vemos, tampoco hay advertencia de que la aceptación será beneficiaria.

No se produce, ni en el CDFA ni en la Ley de Patrimonio aragonesa, referencia alguna a que la aceptación se entiende siempre hecha a beneficio de inventario porque esta particular forma de aceptación no existe en Derecho civil aragonés, al producirse siempre la aceptación con limitación de la responsabilidad a lo recibido (art. 355.1 CDFA: *El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto...*) y no producirse la confusión de patrimonios (art. 357.1 CDFA: *La confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto...*). Imponer la aceptación beneficiaria es innecesario en Derecho aragonés.

La gran novedad está en la posibilidad de repudiación, que aparece admitida junto a la aceptación por el art. 21 de la Ley de Patrimonio, al decir que corresponde al Gobierno de Aragón, *mediante decreto, aceptar o repudiar las herencias, legados y donaciones a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma o de sus organismos...* Aunque lo señalado a continuación en el 21.2 pudiera entenderse referido a las herencias voluntarias, y no a las intestadas (2. *Sólo podrán aceptarse herencias, legados o donaciones que lleven aparejados gastos o estén sometidos a alguna condición o modo onerosos si el valor del gravamen impuesto no excede del valor de lo que se adquiere...*), antes ya ha expuesto la posibilidad general de repudiación el art. 20 ter.2 de la misma Ley: *En el supuesto de que quede acreditado en el procedimiento que el valor de las deudas del causante es superior al valor de los bienes o derechos a heredar por la Administración de la Comunidad Autónoma, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, se aprobará la repudiación de la herencia ...* Señalaba MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>57</sup> que era posible, en

<sup>57</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Manual de Derecho civil aragonés*, cit., pág. 669.

la regulación anterior a la reforma, la repudiación de la herencia por parte de la Comunidad Autónoma, porque también la estimaba posible para el Estado (“... en los mismos términos que se mantiene por buena parte de la doctrina para el Estado”), pero, opina, sin que esto implique que sea llamado el Estado en su lugar. Esto contradice lo que ocurría, pero al revés, en la Ley 2/1987, de 2 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde un artículo 51.2 señalaba que *...la Comunidad Autónoma de Aragón será llamada a suceder en la sucesión intestada tras el Estado si éste repudia o renuncia expresa o tácitamente a la herencia, cuando el causante tenga su residencia en el territorio de la Comunidad Autónoma al tiempo del fallecimiento.*

Es en este art. 20 ter del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, añadido por el art. 33.3 de la Ley 2/2016, de 28 de enero, y que versa sobre los efectos de la declaración de heredera legal, donde se añade expresamente la posibilidad de repudio en su n° 2, para el supuesto de que quede acreditado en el procedimiento que el valor de las deudas del causante es superior al valor de los bienes: la Administración de la Comunidad Autónoma mediante acuerdo del Gobierno y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, puede repudiar la herencia *con los efectos previstos en la legislación civil.* Correlativamente, tras la reforma de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas, se suprime el apartado 1° del art. 7 del Decreto 185/2014, que refería la aceptación beneficiaria de la herencia (y que, como hemos visto, sobra), y se reglamenta hoy en su art. 7.2 esta posibilidad de repudiación: *Si en la masa hereditaria no figurasen bienes o no se localizaran, o el valor de éstos no superase los gastos de tramitación del expediente, o el valor de las deudas de la herencia, el Gobierno de Aragón mediante Decreto podrá repudiar la herencia, a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio, y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos.*

Sin embargo, el Preámbulo no destaca esta repudiación. Es más, califica como una de las principales novedades del Decreto, la de la posibilidad de archivar el expediente, antes incluso de instar el procedimiento judicial de declaración de herederos, o de renunciar a la herencia, si ya hubiera auto firme, “...en aquellos casos en que quede acreditado que en la herencia no figuran bienes o no se localiza ninguno, o bien cuando el valor de éstos es inferior a los gastos de tramitación del expediente, o al valor de las deudas de la herencia. Esta previsión se introduce a la vista del número, cada vez mayor de casos, en los que existen razones fundadas para anticipar que el caudal hereditario a repartir será nulo, bien por la inexistencia de bienes, bien por las deudas acumuladas, y, no obstante, al no estar recogida esa opción de archivo o renuncia, se tramita el expediente, resultando ineficaces los medios materiales y humanos que la Administración de la Comunidad Autónoma ha dedicado a esa tramitación”. Este archivo aparece en el art. 6.4 de este Decreto 185/2014: *Cuando de la investigación previa realizada en el Departamento competente en materia de patrimonio, se concluya que no existen bienes de la herencia, o no se localizaran, o el valor de estos no superase los gastos de tramitación del*

*expediente, o el valor de las deudas de la herencia, el Consejero del citado Departamento podrá archivar el expediente.* Estamos en el momento de la vocación hereditaria y, antes de valorar la procedencia del ejercicio del *ius delationis*, se tramita el archivo del expediente de investigación previa, de manera que no hay ni aceptación ni repudio de la herencia. No estamos ante un invento aragonés: más adelante nos ocuparemos de esta misma posibilidad recogida en el art. 8.2.2º del Reglamento de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003, la ley estatal en la materia (Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003).

### **5.5 Valoraciones sobre la posibilidad de repudiación.**

En primer lugar, la repudiación de la herencia significa la renuncia a ser el liquidador último de la herencia. Es una dejación de funciones que demuestra la poca seriedad con la que se asumieron: si se pretende sustituir al Estado, hay que “estar a las duras y a las maduras”. Por este motivo la posibilidad de repudiación fue rechazada de plano por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en su reunión de 16 de diciembre de 2015, previa a la reforma de la Ley de 4 de febrero 2016<sup>58</sup>: “Hay acuerdo unánime también para sugerir la supresión del apartado 2 del art. 20 ter, que admite que, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, se pueda aprobar la repudiación de la herencia a favor de la Comunidad Autónoma cuando quede acreditado que el valor de las deudas del causantes es superior al de sus bienes o derechos”. El rechazo a la repudiación tiene lugar ante todo por razones políticas: “...no parece que sea lo correcto, y menos en Aragón, donde costó mucho conseguir que la Comunidad Autónoma desplazara al Estado a estos efectos de suceder a falta de herederos legales... Está mal querer sustituir al Estado como heredero legal y ahora pretender renunciar las herencias pasivas”. Pero también por razones jurídico-sistemáticas: “No hay duda de que la sucesión voluntaria a favor de la Comunidad Autónoma puede ser repudiada, pero no sucede lo mismo con la sucesión legal, al ser ésta el cierre del sistema que trata de impedir que los bienes queden vacantes y las deudas sin pagar. Ya se ha comentado antes que la sucesión legal a favor del Estado o la Comunidad Autónoma es a título de heredero y no en otro concepto, y siendo el cierre del sistema, la función de heredero es aún más necesaria y, en las herencias pasivas, constituye un servicio que hay que prestar, haciéndose la Administración cargo de los gastos que ello conlleve”. Hay una función social que con la repudiación no se cumple, la de señalar un liquidador de la herencia y un continuador que procure el cumplimiento de las obligaciones y compromisos del fallecido y evite la existencia de bienes vacantes, perjudiciales por su libre apropiabilidad.

En segundo lugar, la repudiación determina que, desaparecido el último heredero abintestato por renuncia, ya no exista ningún posible heredero. No puede serlo el Estado, por no existir en el Código foral aragonés un llamamiento al

58 ACTA DE LA SESIÓN DE DIECISEIS DE DICIEMBRE DE 2015 (ACTA 263).

mismo tras la Comunidad (como recogió a la inversa la Ley 2/1987, de 2 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma), ni por aplicación supletoria del orden intestado del Código, pues no cabe tal aplicación, ya que no hay un vacío normativo que sea necesario suplir, sino el uso por parte del heredero de una posibilidad legal. Opina así MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>59</sup> que es posible la repudiación de la herencia por parte de la Comunidad, en los mismos términos que se mantiene por buena parte de la doctrina para el Estado, y sin que esto implique que sea llamado el Estado en su lugar. Con lo que la sucesión queda sin heredero, a diferencia de lo que ocurre, señala ARROYO I AMAYUELAS<sup>60</sup>, en otros países donde también existen varias «unidades territoriales» como sería el caso de Alemania. El principio general es que el Estado federado sucede cuando el causante no deja parientes (sin límite de grado, §§ 1924-1930 BGB), ni cónyuge ni pareja de hecho (§§ 1931 ss. BGB): “El criterio para determinar cuándo sucede el *Land* es el del último domicilio o, en último término, el de la última residencia del causante. Pero si no puede determinarse ninguno de estos dos puntos de conexión, entonces sucede el Estado federal. También, pues, cuando la ley sucesoria del causante extranjero reenvía al Derecho alemán”.

En tercer lugar, si entendemos, con MARTÍNEZ MARTÍNEZ, que la repudiación de la Comunidad autónoma no da lugar al llamamiento al Estado, o si considerásemos que el Estado también puede repudiar, como hacen DE LOS MOZOS y LACRUZ BERDEJO, en tales casos los bienes devienen vacantes o mostrencos, sin dueño, y entran automáticamente en juego las normas de Patrimonio que determinan su inmediata adquisición por el Estado, y no por la Comunidad autónoma, pues la adquisición no es sucesoria, sino en virtud del derecho especial de apropiación de los bienes vacantes derivado de la soberanía. Es una adquisición que tiene lugar directamente por atribución de la ley, como explicita el art. 15.a) LPAP, y se proyecta sobre los bienes inmuebles (art. 17 LPAP: 1. *Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño...*) y sobre saldos y depósitos abandonados (art. 18 LPAP: 1. *Corresponden a la Administración General del Estado los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho ...*). Estos últimos, como se ve, no inmediatamente sino transcurrido un largo plazo de 20 años.

Esta posibilidad de adquisición en virtud del derecho de atribución de bienes vacantes como consecuencia de la repudiación, tanto de la Comunidad como del Estado, es tratada por POZO SIERRA<sup>61</sup>, que se hace la pregunta de qué ventaja obtiene el Estado renunciando al abintestato. Siguiendo informes de la Abogacía del

59 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Manual de Derecho civil aragonés*, cit., pág. 669.

60 ARROYO I AMAYUELAS, Esther, “La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania”, *Indret* 1/2010, Enero 2010.

61 POZO SIERRA, *La compatibilidad jurídica entre el derecho del Estado ... cit.*, pág. 85.

Estado (Informe nº 21/94, A.E. H-Patrimonio de la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado), detecta que existen numerosos casos en los que la herencia comprende inmuebles sin ningún valor o interés, lo que se demuestra en las subastas desiertas y en la imposibilidad de adjudicación a ningún interesado, privado o público. Pensemos en los pueblos semiabandonados o desiertos de España, y sus casas o almacenes que amenazan ruina. Evidentemente no hay interés en su adquisición y el evitar la titularidad de tales bienes evita gastos a la comunidad. Lo que ocurre es que tanto la repudiación de la herencia intestada como la renuncia abdicativa a la titularidad de los bienes, una vez adquiridos y constatada su inutilidad, producen el mismo resultado: que es el Estado quien adquiere los inmuebles ruinosos (el principal bien mostrenco repudiado) como bien vacante conforme a la LPAP. Aunque esta solución sí que funciona si quien renuncia es la Comunidad autónoma, trasladando el problema al Estado, es como si se tirase la bolsa de basura al patio de la casa de al lado.

Un inconveniente añadido a la repudiación, tanto del Estado como autonómica, está en que algún caso habrá de herencia con bienes muebles no financieros valiosos: joyas, colecciones, cuadros o muebles de época, que no suelen estar en Registros ni en depósito en instituciones que puedan informar sobre su existencia y valor a la Abogacía del Estado o a la Dirección de Patrimonio, y que el ente público, ante la ignorancia de su valor, repudie. Aquí tenemos las peligrosísimas *res nullius*, certificada además la inexistencia de dueño por su fallecimiento y repudiación de la herencia, respecto de las cuales puede producirse una carrera de buitres para su apropiación, pues serían adquiribles por mera aprehensión ex art. 610 cc.: *Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño...* Es también problemático el tema de si tal adquisición, como tiene carácter originario o *ex novo*, conllevaría responsabilidad por las deudas herenciales, tanto si adquiere el Estado como los particulares mediante ocupación<sup>62</sup>.

### 5.6. El archivo del expediente como solución.

Hemos visto los inconvenientes que conlleva el repudio de la herencia, y también las dificultades que conlleva una aceptación, aun beneficiaria, de la herencia cuyo valor es irrisorio o incluso negativo si las deudas son claramente superiores al valor de los bienes hereditarios. Veamos si es posible encontrar una alternativa a la repudiación. Antes de que actúe la Administración se inicia un expediente de abintestato al que se refiere el art. 8 del Reglamento General de la Ley 33/2003LPAP (Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto), de carácter informativo, iniciado por la Delegación de Economía y Hacienda provincial, e informando la Abogacía del Estado en la provincia, y remitido a la Dirección General del Patrimonio del Estado. Si tras las informaciones iniciales se ve que la adquisición

---

<sup>62</sup> Y en el Coloquio que siguió a esta exposición me enteré de la existencia de un abintestato, en Huesca, que al constar de unas participaciones en sociedades no cotizadas, y por tanto no detectables a partir de Registros financieros, había sido repudiado por la Diputación aragonesa pensando que no existían bienes valiosos. Estas participaciones son, rigurosamente, *res nullius*, y en principio adquiribles por el primer ocupante, salvo que apliquemos (como principio del Derecho) la vieja norma medieval de que en ellas sucede el *collegium*, los demás socios.

no interesa, apunta POZO SIERRA a la posibilidad, recogida en el mismo art. 8 del Reglamento de la Ley de Patrimonio, de archivar el expediente. Esta aplicación administrativa de la navaja de Occam aparece en el art. 8.2.2º del Reglamento LPAP: *No obstante, si en la masa hereditaria no figurasen bienes inmuebles o éstos no se localizasen, y el valor de los bienes muebles que pudieran formar el caudal previsiblemente no supere los gastos de tramitación del expediente, tales como los de publicación de anuncios, los de depósito de bienes, o los procesales por la práctica de prueba testifical, la Dirección General del Patrimonio del Estado podrá acordar el archivo del expediente, a propuesta de la Delegación de Economía y Hacienda.* Este archivo del expediente del art. 8.2.2º del Reglamento LPAP, es paralelo al del Decreto 185/2014 del Gobierno de Aragón, Reglamento sobre actuaciones en materia de sucesión intestada, art. 6.4, que vimos anteriormente, también para el caso en que se concluya que *no existen bienes de la herencia, o no se localizaran, o el valor de estos no superase los gastos de tramitación del expediente, o el valor de las deudas de la herencia.*

En primer lugar, respecto de las herencias de poco valor, hay que distinguir según haya bienes inmuebles o muebles titulados (una cuadra abandonada, una libreta con poco dinero), o bienes de ínfimo valor (ropas, enseres). En el primer caso, la titulación registral hace que el archivo del expediente no resuelva el carácter mostrenco en que quedaría el bien: formaría parte de una herencia que nadie acepta, sería un bien vacante o mostrenco, adquirido por el Estado conforme al art. 17 de la LPAP, y lo mismo los bienes consistentes en cuentas, depósitos bancarios o valores, art. 18 LPAP. Pero si los bienes que existen son objetos muebles de poca importancia, en tal caso podemos considerar la herencia como inexistente, y siendo así ninguna herencia tiene que aceptar o repudiar la Comunidad.

Mayores problemas los causa la herencia deficitaria, aquélla en la que existen bienes, sobre todo inmuebles, pero las deudas superan con creces al valor de los bienes. En tal caso, la DGA prefiere repudiar la herencia, lo que en mi opinión causa más problemas de los que resuelve. El principal problema entiendo que es el cobro de las deudas, que supongo que los acreedores intentarán cobrar demandando a la herencia yacente, así por ejemplo el préstamo hipotecario que intenta el Banco hacer efectivo sobre el piso hereditario que nadie quiere. El problema será para los otros acreedores, por ejemplo la comunidad de propietarios por los gastos impagados, o incluso el Ayuntamiento por el IBI, ¿actúan mediante reclamaciones individuales, se unen al Banco para reclamar todos?

Antes de repudiar o archivar el expediente, para no renunciar a la función liquidadora que el ente autonómico ha asumido ni pasarle el problema al Estado, lo procedente cuando la herencia es deficitaria, sería que la DGA, sin tomar la condición de heredero, actuase como administradora provisional de la herencia deficitaria, y promueva el concurso de la herencia<sup>63</sup>, dejando el asunto en manos del administrador concursal. Cuando se haya liquidado la herencia, y no quede nada, la DGA ni siquiera tiene que repudiar la herencia, pues ninguna herencia queda, así que archiva el expediente y santas pascuas. Es cierto que estamos

---

<sup>63</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, art.1. Presupuesto subjetivo: ...2. *El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente.*

asumiendo una concepción objetiva o material de la herencia como conjunto de titularidades en perjuicio de su concepción subjetiva, pero en mi opinión si no existen titularidades activas en las que suceder (las pasivas están excluidas por la aceptación de tipo beneficiario), ninguna herencia existe. El problema está en que en tales condiciones el concurso es una solución muy poco recomendable, pues los honorarios del administrador concursal, publicaciones en boletines y otros gastos suponen un coste añadido que empeorará el déficit de la herencia, por lo que el problema derivará a las ejecuciones singulares, como me indica mi colega Alberto LAFUENTE.

Por ello, lo usual será que el principal acreedor (seguramente un Banco) inicie una ejecución hipotecaria demandando a la herencia yacente como sujeto diferenciado<sup>64</sup>, y eventualmente las otras deudas se reclamarían por sus respectivas vías procesales, los gastos de comunidad por medio de ejecución ordinaria (normalmente derivada de un previo proceso monitorio) y las cuotas del IBI a través del correspondiente procedimiento administrativo de apremio. Tienen preferencia sobre el crédito del banco, y se pueden hacer valer mediante tercería de mejor derecho en el procedimiento de ejecución hipotecaria, pudiendo dirigirse contra quien finalmente resulte adjudicatario por las dos últimas anualidades, al ser el propio inmueble el que responde de esas deudas. Sobre si la vía de las reclamaciones individuales conseguiría aniquilar el *aes hereditario*, certificar la inexistencia de bienes y la incobrabilidad de las deudas restantes, en principio sus efectos carecerían de la certeza y orden de los del concurso pero desde luego aportaría más certeza que la existente en un repudio precipitado y prematuro de la herencia, posibilitando tras la constatación de la inexistencia de bienes el archivo del expediente de abintestato por inexistencia de la herencia.

## 6. Los conflictos de leyes y el Reglamento europeo de sucesiones.

### 6.1 Las distintas regulaciones españolas del abintestato y el Reglamento.

Pueden concurrir en el abintestato cuestiones de Derecho internacional privado o de Derecho interregional: conflictos de leyes en los que se duda cuál de las varias legislaciones implicadas es de aplicación. Referencia insoslayable en este ámbito lo es el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, comúnmente conocido como el Reglamento europeo de Sucesiones.

Para la resolución de conflictos, nuestro Código civil en su Título preliminar, artículo 9.8, sigue el sistema unitario de la ley personal: *La sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren...* La misma solución para resolver los conflictos de leyes entre las distintas legislaciones civiles españolas, los Derechos forales y el así llamado Derecho común, por la remisión que a la misma efectúa el artículo 16 del mismo Código: 1. *Los conflictos*

---

<sup>64</sup> A no ser que como es habitual el préstamo lleve asociado un seguro de vida a favor del banco, en cuyo caso la indemnización podría cubrir la deuda pendiente y hacer innecesaria la ejecución.

*de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán...: 1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil.*

Sobre estas bases, hay que plantear si el Reglamento de sucesiones introduce alguna novedad. Señala así HIDALGO<sup>65</sup>, que el Reglamento incide en especial en la regulación de los abintestatos, y en el particular caso del ordenamiento jurídico español, al ser el nuestro un Estado plurilegislativo, caracterizado por la coexistencia del sistema de Derecho común y los Derechos forales autonómicos.

Ante todo, y como ha resaltado la doctrina, en España difícilmente se va a aplicar el Reglamento a los conflictos interregionales referidos a herencias exclusivamente españolas, pues el artículo 38 del mismo excluye expresamente esta aplicación. Bajo la rúbrica “Inaplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes”, señala el precepto: *Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.* No por tanto para la solución de conflictos españoles internos, sin elemento de extranjería. Esta cláusula de exclusión establece la inaplicabilidad del Reglamento, concreta PÉREZ MILLA<sup>66</sup>, al ámbito de la elección de la Ley aplicable (Cap. III) pero no a las otras materias reguladas en el Reglamento, singularmente las de competencia, reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones, documentos Públicos y transacciones judiciales y Certificado sucesorio europeo (capítulos II y IV a VI). Puede haber situaciones donde la ley aplicable a una sucesión (interregional) se determine directamente por el artículo 16 y 9.8 del Código Civil, pero sin que ello obste para que se aplique el Reglamento parcialmente para otros aspectos colaterales “... si, por ejemplo, la Resolución judicial que resuelve dicho asunto quiere ser reconocida en otro Estado o si un interesado desea obtener un certificado sucesorio europeo a los efectos de prueba de sus derechos”. Admite, lógicamente, PÉREZ MILLA<sup>67</sup>, que se produzca una aplicación parcial del Reglamento de sucesiones en determinados casos en los que existe un elemento internacional en la relación o institución, cuando los conflictos de leyes sucesorios son susceptibles de fragmentación: “...el RS (al igual que ocurre en el Derecho interregional) diferencia

65 HIDALGO GARCÍA, Santiago, “Las llamadas sucesiones vacantes en el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio, 2014), pág. 55.

66 PÉREZ MILLA, Javier, “El reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012 y los conflictos de leyes”, XXV Encuentros del Foro Aragonés, págs. 200 y ss. Estima además el autor que la norma del art. 36 RS es de carácter potestativo, por lo que más que prescribir la inaplicabilidad, deja a los Estados la facultad de que dispongan o no la aplicación del Reglamento a sus conflictos internos: “En cuanto al modo de ejercitar la disponibilidad, habrá que considerar que extender la aplicabilidad del RS a las sucesiones interregionales implica el cambio de su régimen normativo por lo que dicha voluntad (legislativa) debe plasmarse ad hoc y expresamente y su inexistencia impide su aplicación. Ello significa que será necesaria una Ley estatal en el caso de España, dado que el reparto competencial de la Constitución establece la exclusividad del Estado sobre las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8)”.

67 PÉREZ MILLA, “El reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012...”, cit., págs. 221 y ss. La tesis de aplicabilidad parcial, fundamentada en el art. 38 RS, permitiría aplicar el Reglamento al conflicto internacional (ley aplicable a la forma del testamento) y el Derecho interregional a la determinación de la Ley aplicable a la sucesión mortis causa. En cambio, la tesis extensiva, fundamentada también en el art. 38 RS, aplicaría el Reglamento al conflicto de leyes sobre la forma del testamento y también a la determinación de la *lex successionis*, en función de la residencia habitual en España lo que, por ser un Estado plurilegislativo, conduciría (por la remisión del art. 36 RS a las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado) a la Ley aragonesa de su vecindad civil (por aplicación del art. 16 Cc., norma interna a la que se remite el RS). Tesis expansiva que PÉREZ MILLA cree preferible por permitir una mejor adaptación.

entre el conflicto de Leyes referido a la *Lex sucessionis* y los relativos a las otras cuestiones sucesorias (validez y forma de disposiciones y pactos *mortis causa* y declaraciones de aceptación o renuncia). La fragmentación podría trasladarse a la valoración de internacionalidad de los conflictos de leyes de manera que cada materia objeto de un conflicto mantendría su autonomía y no se comunicaría al resto". Esto permitiría la aplicación parcial del RS a ciertos conflictos y del Derecho interregional español a otros<sup>68</sup>.

El panorama es distinto en el conflicto internacional en caso de que la remisión se haya hecho al Derecho español. Aquí advierte RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ<sup>69</sup> que la solución que prevé el Reglamento (UE) 650/2012 para determinar qué concreto Derecho se aplica en el caso de que el Estado llamado por el Reglamento tenga más de un sistema jurídico es otra de las grandes novedades de la norma comunitaria respecto de lo previsto en la Propuesta. Mientras la Propuesta establecía una simple solución inmediata, considerando cada unidad territorial como un Estado a la hora de identificar el concreto Derecho aplicable de sistema plurilegislativo (art. 28.1), el Reglamento cambia de criterio y opta por una solución mediata distinguiendo además en función del tipo de plurilegislación. Las soluciones previstas por el Reglamento serían:

- En primer lugar, para los conflictos de leyes de carácter territorial, entre los que se encontraría el caso de España, el Reglamento establece, primeramente, una solución mediata, invocando el sistema de solución de conflictos de leyes previsto en el propio Estado plurilegislativo (art. 36). Tal remisión implica en el caso español la aplicación del art. 9.8 CC y la utilización del criterio de la vecindad civil para concretar cuál de los Derechos sucesorios españoles es el aplicable al caso.

- Subsidiariamente, el Reglamento prevé una solución para el caso de que el Estado plurilegislativo no prevea solución alguna al conflicto territorial de leyes o, deberíamos añadir, tales soluciones sean inoperantes (como es el caso de España, que sólo prevé el criterio de la vecindad civil, que no puede entrar en juego cuando se trata de sucesiones de extranjeros que residen en nuestro país conservando su nacionalidad). El Reglamento distingue en función de que la ley aplicable a la sucesión se haya determinado por la residencia habitual del causante, por la nacionalidad del causante o por otros posibles factores de conexión y da una solución particular para cada uno de estos casos. Si la ley es la de la residencia habitual del causante, se entenderá como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que el causante residía en el momento de su fallecimiento (art. 36.2.a); si se trata de la conexión de la nacionalidad se acude a la cláusula de los vínculos más estrechos para determinar el concreto sistema jurídico aplicable (art. 36.2 b); en último lugar, tratándose de otros factores de vinculación, el sistema jurídico se determina en función de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento relevante (art. 36.2 c).

<sup>68</sup> Para ilustrar esa posibilidad pone el siguiente ejemplo: "...un causante aragonés, residente en Barcelona, ha realizado testamento ante un notario alemán; en el supuesto se produce un conflicto de leyes internacional en materia de forma de una disposición testamentaria aunque la determinación de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* tiene carácter interregional".

<sup>69</sup> RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel, "La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012", InDret, WWW. INDRET.COM, Barcelona, Abril 2013.

Confirma estas ideas FERNÁNDEZ-TRESGUERRES<sup>70</sup>, al establecer que si el causante es no residente en España, el artículo 15 del Real Decreto 1373/ 200927 -siempre presuponiendo la nacionalidad española del causante-, establece que «Cuando proceda la sucesión legítima de la Administración General del Estado, y el causante hubiera tenido su última residencia habitual fuera del territorio nacional, o radiquen bienes del caudal hereditario en el extranjero (art. 15) corresponderá al Consulado de España la tramitación del procedimiento, que se acomodará a las normas contenidas en este Reglamento en lo que resulte de aplicación».

Matiza estas afirmaciones PÉREZ MILLA en cuanto lo fundamental es la decisión sobre la ley que va a regir la sucesión, y para ello el texto legislativo que apliquemos para tomar esta decisión, también en el caso en que el heredero sea la Administración. Por tanto lo primero que hay que hacer, en vez de correr en pos del criterio de la nacionalidad, vecindad o residencia, es decidir si se aplica el Derecho interregional de un determinado Estado o el Reglamento de sucesiones, y esto último tendrá lugar si se produce la concurrencia de alguno de los elementos de extranjería en la UE que ya hemos examinado. Si se aplica el RS (por ejemplo, por tratarse de un extranjero residente en España), en tal caso, para saber el Derecho territorial aplicable hay que utilizar los criterios de Derecho interregional recogidos en el Reglamento en el art. 36. El problema está en que al remitirnos este art. 36.1 a la normativa interna (...*las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión*), y por tanto al criterio de la vecindad civil, este es inaplicable al extranjero que –por definición- no tiene ninguna de las vecindades civiles españolas.

Esto se parifica a una ausencia de norma, siendo por tanto aplicable no el 36.1, sino el 36.2 al señalar: *A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes, y exponiendo a continuación los criterios supletorios: a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento; b) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la nacionalidad del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha; c) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a cualesquiera otras disposiciones relativas a otros elementos que sean factores de vinculación, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que esté ubicado el elemento pertinente.* Si el causante es español y no concurre ningún elemento de extranjería, entonces se utiliza la ley española para decidir el posible conflicto interregional, el criterio de la vecindad civil (y, por ejemplo, si según la vecindad procede la aplicación de la legislación

70 FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana, *Las sucesiones "mortis causa" en Europa: Aplicación del Reglamento (UE) N° 650/2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 268.

aragonesa, será dicha ley la que dicte que hereda la Comunidad autónoma de Aragón, resida el causante en Aragón o no). Si era español pero no reside en España, entonces no hay problema: se aplica la Ley de la residencia por aplicación de los criterios del RS. Si es español con residencia en España pero con bienes en el extranjero, en este caso el Estado de situación del bien se apropiará del mismo, pero por aplicación del principio especial de adquisición soberana que se regula en el art. 33 RS, que veremos más adelante.

Recapitulando, la aplicación del Reglamento de sucesiones se producirá cuando exista un conflicto de leyes por la existencia de una conexión internacional en la sucesión de que se trate. Si no se produce tal incidencia internacional, pero sí ocurre un conflicto interregional, el problema se resuelve exclusivamente conforme a las reglas de Derecho interno para resolver dichos conflictos, las contenidas en los arts. 16 y 9 del Código civil. Esta ausencia de conexiones internacionales la sistematiza PÉREZ MILLA (loc. cit.) señalando que se aplicará el criterio de los arts. 9.8 y 16 Cc., el de la vecindad civil, cuando se trate de españoles que: “a) que no tuvieran su residencia habitual en el extranjero en el momento del fallecimiento o, b) que no exista un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado o, c) que no hubieran elegido como *Lex successionis* su ley nacional extranjera (lo que comprende casos tanto de extranjeros adquirentes de la nacionalidad española con posterioridad a la *professio iuris* como supuestos de doble nacionalidad)”. En definitiva, se trata de un causante con nacionalidad y por tanto vecindad civil española, residente en España y que no hubiese ejercitado su autonomía conflictual escogiendo un ordenamiento o punto de conexión.

Por lo tanto, para los problemas internos de herencias vacantes en las que los bienes estén situados en distintas Comunidades autónomas, dicha vacancia no se puede resolver conforme al Reglamento, pues éste no se aplica a los conflictos interregionales en los que, conforme a las normas internas, varias Administraciones pugnen por una herencia. Naturalmente, esto cambia cuando el conflicto no es interno sino internacional, singularmente cuando estamos ante supuestos de españoles con residencia en el extranjero, o al contrario, europeos con residencia en España, y produciéndose tanto en uno como en otro caso, una sucesión vacante, testada o intestada pero sin sucesores.

## 6.2 Un supuesto particular: el Hospital de N<sup>a</sup> Sra. de Gracia.

Como se vio en páginas anteriores, el llamamiento al Hospital de N<sup>a</sup> Sra. de Gracia nació como un privilegio, exigiéndose tan solo que los causantes de la sucesión fallecidos en él no tuvieran parientes dentro del cuarto grado, con independencia de la vecindad o nacionalidad de los fallecidos. Así lo entendió XIMÉNEZ DE ARAGÜÉS<sup>71</sup> que hace expresa referencia al Hospital de N<sup>a</sup> Sra. de Gracia como excepción a la atribución de bienes vacantes al Rey: “Lo tercero que me ha parecido advertir en esta materia es, que lo que se ha dicho, que los bienes vacantes son del Rey nuestro Señor, se limita por el fuero nuevo del año 1626 *facultad al Hospital Real de Çaragoça fol.99*, que dispone, que todos los que muriesen en el

<sup>71</sup> XIMÉNEZ DE ARAGÜES, *Discurso del oficio de Bayle general de Aragón*, cit., pág. 129.

sin testamento, ni dexar deudos hasta el quarto grado inclusive, suceda en todos sus bienes dicho santo Hospital”, como se ve sin distinguir propios o extraños.

Por ello estima BAYOD LÓPEZ que si bien se suscitan dudas a partir de la reforma de la Compilación en 1995, exigiéndose por autores como MARTÍNEZ MARTÍNEZ<sup>72</sup> la vecindad civil aragonesa del causante en el momento de su fallecimiento, el antiguo art. 136 bis de la Compilación y el actual 536 CDFA que contiene el citado beneficio han constituido una excepción a la sucesión del Estado, con independencia de la vecindad civil del causante, y este sentido es el que debe seguir teniendo el precepto, si no se le quiere privar de su principal característica: constituir un privilegio. Es decir, que estamos ante una norma autolimitada, por lo que no utilizamos el criterio de la vecindad como determinante de la aplicación del precepto. Como señala ZABALO ESCUDERO<sup>73</sup>, este privilegio, que aparecía en el artículo 136 bis de la Compilación, “...contiene en sí mismo sus índices de aplicación espacial y, por tanto, excluye el recurso a la norma de conflicto. Su supuesto de hecho subsume una situación o relación jurídica conectada al orden jurídico aragonés: la sucesión de una persona fallecida, sin parientes que puedan heredar, en el Hospital aragonés. En este tipo de normas el legislador formula el supuesto de hecho de forma concreta y con conexión con el propio ordenamiento... En este caso esa conexión con el propio ordenamiento presenta carácter territorial, pues el derecho «se extiende» a las sucesiones de enfermos que fallecen en el Hospital. Por ello el factor que delimita en el espacio el derecho sucesorio del Hospital, no es otro, sino el fallecimiento del causante, sin herederos, en el citado centro asistencial”. También en este sentido, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA.

Añade BAYOD que en este caso la conexión con el ordenamiento propio presenta carácter territorial, pues el derecho «se extiende» a las sucesiones de enfermos que fallezcan en el hospital: “Por ello, el factor que delimita en el espacio el Derecho sucesorio del hospital es el fallecimiento del causante en el hospital sin herederos dentro del cuarto grado”. Como argumento a favor de esta solución tenemos en la actualidad el Reglamento europeo de sucesiones (UE) 650/2012, ya que si resulta aplicable por concurrir un elemento de extranjería, por tener el causante (por ejemplo, un francés) residencia habitual en Zaragoza y fallecer en el Hospital sin parientes hasta el cuarto grado, “...a lo que creo, será aplicable la ley aragonesa (por lo ya expuesto supra II.2), correspondiendo la herencia al Hospital, sin perjuicio, claro está, de la aplicación del artículo 33 del Reglamento en relación a determinados bienes que estuvieran fuera del territorio aragonés”.

### **6.3 Volviendo a las raíces: los bienes en Estado distinto del correspondiente a la ley reguladora de la sucesión.**

Problema distinto es el que plantea el art. 33 RS al referirse a las sucesiones vacantes consistentes en bienes situados en territorio de un Estado distinto de

<sup>72</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Manual de Derecho civil aragonés*, cit., pág. 670.

<sup>73</sup> ZABALO ESCUDERO, Elena, “El privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia en el Derecho internacional privado e interregional”, RDCA, III, n.º 2, 1997.

aquél de cuya legislación se aplique a la sucesión: *En la medida en que, conforme a la ley aplicable a la sucesión determinada por el presente Reglamento, no hubiera heredero ni legatario de ningún bien en virtud de una disposición mortis causa, ni ninguna persona física llamada por esa ley a la sucesión del causante, la aplicación de dicha ley no será obstáculo para que un Estado miembro o una entidad designada por dicho Estado miembro pueda tener el derecho de apropiarse, en virtud de su propia ley, de los bienes hereditarios que se encuentren situados en su territorio, siempre y cuando los acreedores puedan obtener satisfacción de sus créditos con cargo a los bienes de la totalidad de la herencia.* Para WAUTELET<sup>74</sup>, la norma parte de la existencia de bienes en distintos Estados de la Unión y una vacancia en la titularidad de alguno de estos bienes por inexistencia de herederos o no aceptación de los mismos. Pese a los términos absolutos de que “no hubiera heredero de ningún bien”, puede el precepto tener aplicación para apropiaciones parciales de bienes cuando, aunque exista algún heredero voluntario, haya además bienes vacantes que no puedan ir a dicho heredero, por ejemplo por renuncia de su destinatario e imposibilidad de acrecer a otro designado, sin que tampoco existan sucesores ab intestato personas físicas. El precepto diferencia si el llamamiento a la sucesión es voluntario, caso en que no puede haber heredero persona física o jurídica, mientras que si el llamamiento es legal, basta con que no haya heredero persona física, es decir, que aunque se llame al Estado o a instituciones administrativas, el bien se considera vacante a los efectos de este artículo. La ley aplicable a la sucesión determina los llamamientos sucesorios, y por tanto la eventual vacancia del bien, señalando el autor: “El papel de la ley sucesoria no se limita a la cuestión de saber si la herencia está vacante o no. También corresponde a la ley sucesoria pronunciarse sobre la cuestión de la suerte de los bienes no atribuidos”.

El precepto no actúa si los bienes se hallan situados en el territorio del Estado de la ley aplicable a la sucesión. Tampoco si hay bienes situados en otro Estado distinto pero según la ley aplicable a la sucesión no existe posibilidad de reivindicaciones concurrentes, por ejemplo, si la ley aplicable a la sucesión determina que el Estado recibe los bienes como heredero, no cabe la atribución conforme al art. 33, como ocurre si la ley aplicable es la alemana por tratarse de un residente en Alemania, caso en que el Estado alemán hereda los bienes vacantes del difunto que estuvieren situados en España como cualquier heredero, sin que haya controversia pues para la ley española la herencia no está vacante. Lo mismo si es un residente en España, pues también sucede como heredero.

En cambio, sí actúa el precepto si la ley sucesoria no resuelve la atribución, por ejemplo si la ley aplicable a la sucesión vacante es la francesa, ésta limita la atribución de bienes al Estado a los situados en territorio nacional, los “bienes locales”, pues la atribución al Estado está basada en la soberanía nacional, y no recibe los bienes como heredero. Por esto, los bienes situados en otro Estado y que queden vacantes son inmediatamente atribuidos al Estado de referencia por este art. 33.

---

<sup>74</sup> WAUTELET, Patrick, y BONOMI, Andrea, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012*, págs. 428 y ss. Traducido y adaptado (en este punto) por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago.

Este art. 33 es una norma de Derecho UE, de aplicación directa como regulación material especial, nos dice PÉREZ MILLA<sup>75</sup>, que considera estos *bona vacantia* como objetos de apropiación sobre la base de un territorial *ius regale*. No actúa la exclusión del art. 38, porque se niega el conflicto de leyes, deslindando los bienes situados en territorio de un Estado miembro, excluyéndolos de la sucesión y decidiendo la atribución pública de la herencia vacante, en la que no hay heredero ni legatario ni persona física llamada a la sucesión (no basta por tanto el llamamiento al Estado, la Administración o las instituciones benéficas). Esta atribución se produce sólo respecto de los bienes *hereditarios* (muebles o inmuebles) ...*situados en su territorio*, y recupera la vieja concepción regaliana de las herencias sin heredero como *bona vacantia*, atribuidas directamente al Fisco.

Esta fundamentación en la soberanía impide también que se intente utilizar el Reglamento, que además va referido a “Estados” y no Comunidades autónomas, para una argumentación que permita la atribución de los bienes vacantes inmuebles situados en distinta Comunidad autónoma de la correspondiente a la vecindad civil del que muere sin herederos. Es interesante resaltar que aquí no se aplica ni el Código civil, ni la ley de Patrimonio de las Administraciones públicas, ni tampoco las correspondientes a los Derechos forales autonómicos, sino directamente esta norma europea. Pone WAUTELET<sup>76</sup> el siguiente ejemplo: “Un causante con su última residencia habitual en Francia fallece intestado dejando bienes tanto en Francia como en España. Todos los miembros de su familia le han premuerto. La ley francesa reconoce al Estado francés el derecho de apropiarse de los bienes situados en Francia, pero no le atribuye ningún derecho sucesorio sobre los situados en España. La ley española, que considera al Estado español (o, en su caso, a una Comunidad autónoma) como heredero no es aplicable al caso. No obstante, habrá que admitir que el Estado español puede apropiarse de los bienes sin propietario situados en España”. Por lo demás, el tenor del precepto deja claro que no obliga al Estado a adquirir los bienes: Opina WAUTELET que el Estado de situación del bien puede renunciar a hacer valer los títulos que tenga sobre el bien situado en su territorio que forme parte de una herencia vacante, ilustrando esto con el conocido caso inglés *In re Maldonado* (1954). Añade que el art. 33 tampoco establece la aplicación de estos bienes, de manera que permite que vayan a parar al Estado o a cualquier institución pública que la ley local designe.

---

75 PÉREZ MILLA, “El Reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012...”, cit., págs. 228 y ss.

76 WAUTELET y BONOMI, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE)* ... cit., pág. 432.

## LA SUCESIÓN LEGAL EN FAVOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

### EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA COMO HEREDERA LEGAL<sup>1</sup>

ILMO. SR. D. VITELIO TENA PIAZUELO

Director General de Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón

Profesor Titular de Derecho Administrativo

**SUMARIO: INTRODUCCIÓN.- LAS BASES LEGALES DEL SISTEMA. SU ANCLAJE CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIO.- EL CONTEXTO DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN COMO HEREDERA LEGAL:** *A) Aspectos generales de integración y sistemática del ordenamiento vigente. B) Iniciación de oficio y consecuencias: denunciante, premiados y aspectos formales. C) Instrucción. D) Terminación: modalidades, formalidades y supuestos. E) Un apunte sobre los efectos de la declaración y la distribución del caudal hereditario en clave de futuro.*

#### INTRODUCCIÓN

Me corresponde complementar la magnífica ponencia del profesor Miguel Lacruz que hemos tenido ocasión de disfrutar por adelantado. Mi aportación ha de tener necesariamente un enfoque distinto y complementario, el que me proporciona mi actual ocupación en la Dirección General de Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón. No obstante, para no suscitar equívoco alguno, conviene precisar que las reflexiones que esbozo en esta ponencia no constituyen en absoluto una postura oficial al respecto que corresponda fijar al propio Gobierno de

---

<sup>1</sup> Agradezco sinceramente a los organizadores de estos prestigiosos 'Encuentros del Foro de Derecho Aragonés' la invitación a participar en los mismos, personalizando de manera particular el agradecimiento en la singular figura de la institución de El Justicia de Aragón y en la entrañable persona que la encarna, D. Fernando García Vicente, de quien guardo además gratos recuerdos por la enseñanzas recibidas en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, hace ya algunos años, en sus clases de derecho civil.

Aragón ni tampoco ningún tipo de anuncio en este ámbito. Antes al contrario, responden únicamente a planteamientos personales y reflejan opiniones de esta índole. Unos y otras se asientan fundamentalmente en la dedicación o la curiosidad que vienen prácticamente de serie cuando alguien se dedica profesionalmente durante muchos años a la docencia de materias jurídico-administrativas.

Se trata entonces de trasladarles la modesta visión de un profesor titular de derecho administrativo tamizada, claro está, por la experiencia y el conocimiento adquiridos durante esta intensa etapa, durante el último año y medio, en el seno de la Administración autonómica aragonesa al servicio del Gobierno. Resulta coherente, por tanto, y perfectamente explicable que desee poner el acento en una perspectiva propia de mi disciplina académica como es la procedimental.

Sin perjuicio de resaltar la importancia de los aspectos sustanciales de la regulación de fondo de la materia de la sucesión legal, cuyos referentes históricos y entronque con las instituciones jurídico-privadas han quedado expuestos en la ponencia previa, y sin renunciar por supuesto a realizar algún apunte al respecto, he de ceñir el análisis que me corresponde al ámbito propiamente administrativo. Me centraré, por tanto, en las normas administrativas –de rango legal y reglamentario–, así como en su aplicación práctica y en la organización específica encargada de adoptar las medidas y las decisiones más importantes para hacer efectivo, en sus últimas consecuencias, el sistema o los mecanismos jurídicos de la sucesión legal en favor de la Comunidad autónoma de Aragón.

## **LAS BASES LEGALES DEL SISTEMA. SU ANCLAJE CONSTITUCIONAL Y ESTATUTARIO**

El punto de partida en el que nos situamos no es otro que la auténtica novedad legal que se introduce en nuestro Ordenamiento en julio del año 2015 a través de la Ley de Jurisdicción Voluntaria<sup>2</sup> con la instauración de un procedimiento administrativo que viene a sustituir a los preceptos de la Ley Enjuiciamiento Civil dedicados a regular la declaración judicial de herederos abintestato (artículos 782 y siguientes).

En efecto, la Disposición final octava de la Ley de Jurisdicción Voluntaria produce importantes variaciones en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre), en primer lugar, mediante la modificación de la redacción del apartado 6 del artículo 20.

El artículo 20.6 de la Ley 33/2003, situado entre las normas referentes a la adquisición de bienes y derechos para pasar a formar parte del patrimonio de las Administraciones Públicas, y en concreto entre las normas especiales para las adquisiciones hereditarias, se dedica a regular la sucesión legítima incorporando criterios completamente nuevos. Hasta ese momento el precepto se refería únicamente a la Administración General del Estado y se limitaba a efectuar una mera remisión

---

<sup>2</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, que entró en vigor en este punto, como en general, a los veinte días de su publicación oficial, es decir, el 23 de julio y no diferido en el tiempo (mucho más tarde) como algunos de sus contenidos (véase la Disposición final vigésima primera sobre el peculiar régimen de entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria).

normativa<sup>3</sup>, mientras que ahora, y con carácter de legislación estatal de obligado cumplimiento o de aplicación general por parte de las Comunidades Autónomas (de acuerdo con la disposición final segunda, apartado 2 de la ley patrimonial)<sup>4</sup>, aparece esta regulación sustantiva:

a) se reformula el catálogo de fuentes del derecho en la materia dando entrada en primer lugar a la propia ley patrimonial, así como a la alternativa que resulte procedente (“*el Código Civil y sus normas complementarias o las normas de Derecho foral o especial que fueran aplicables*”).

b) abarcando, como se ha apuntado, tanto a la Administración estatal como a las autonómicas, se prevé en su segundo inciso un específico procedimiento en vía administrativa: “*Cuando a falta de otros herederos legítimos con arreglo al Derecho civil común o foral sea llamada la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas, corresponderá a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero abintestato, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión intestada y constatada la ausencia de otros herederos legítimos*”.

En el siguiente cuadro comparativo puede apreciarse cómo se ha producido la adaptación de la legislación aragonesa a las exigencias de la normativa estatal, con leves diferencias terminológicas, mediante el uso de términos que pueden considerarse sinónimos (sucesión legítima-sucesión legal, herederos legítimos-herederos legales, heredero abintestato-heredero legal, sucesión intestada-sucesión legal).

Artículo 20.6 de la Ley estatal	Artículo 20.4 de la Ley aragonesa
<i>La sucesión <b>legítima</b> de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas se regirá por la presente Ley, el Código Civil y sus normas complementarias o las normas de Derecho foral o especial que fueran aplicables (art. 20.6 primer inciso)</i>	La sucesión <b>legal</b> de la Administración de la Comunidad Autónoma se regirá por lo dispuesto en el Código de Derecho Foral de Aragón, la presente ley y la normativa básica estatal en materia de patrimonio (art. 20.4 primer inciso)
<i>Cuando a falta de otros herederos <b>legítimos</b> con arreglo al Derecho civil común o foral sea llamada la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas, corresponderá a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero <b>abintestato</b>, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión <b>intestada</b> y constatada la ausencia de otros herederos <b>legítimos</b> (art. 20.6 segundo inciso)</i>	<i>Cuando a falta de otros herederos <b>legales</b> con arreglo al Derecho foral aragonés sea llamada a suceder la Administración de la Comunidad Autónoma, corresponderá a esta Administración efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero <b>legal</b>, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión <b>legal</b> y constatada la ausencia de otros herederos <b>legales</b> (art. 20.4 segundo inciso)</i>

3 “La sucesión legítima de la Administración General del Estado se regirá por el Código Civil y disposiciones complementarias”.

4 Incluye el artículo 20, apartados 2, 3 y 6 entre las disposiciones de la Ley que “se dictan al amparo del artículo 149.1.8.º de la Constitución, y son de aplicación general, sin perjuicio de lo dispuesto en los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan”.

Nótese cómo en la Ley de Patrimonio de Aragón se altera el orden en el que se mencionan las distintas normas que integran el sistema de fuentes en materia de sucesión legal de la Administración de la Comunidad Autónoma, poniendo en primer lugar el Código de Derecho Foral de Aragón y cerrando con la normativa patrimonial, tanto la propia de la Comunidad autónoma como la normativa básica estatal en materia de patrimonio. Como es obvio, en este caso tampoco el orden de los factores altera el producto. Nada puede significar dicha alteración como no sea poner de manifiesto la importancia que se concede precisamente, aunque sea desde un punto de vista simbólico, a la mera existencia de las normas forales a las que se remite como primera referencia legal del sistema.

Por otro lado, la reforma implica la introducción en la Ley 33/2003 de tres preceptos enteramente nuevos, directamente pensados solo para la Administración General del Estado, como son el artículo 20 bis (procedimiento para la declaración de la Administración del Estado como heredera abintestato)<sup>5</sup>, el artículo 20 ter (efectos de la declaración de heredero abintestato) y el artículo 20 quater (liquidación del caudal hereditario).

Aunque se quede en una mera anécdota referida a un periodo temporal determinado, podemos reseñar el efecto curioso que se produjo en el sistema de fuentes entre julio de 2015 y febrero 2016. Me refiero al hecho de que la adaptación de la legislación aragonesa en materia patrimonial a la importante modificación de directa aplicación que se acaba de reseñar no se produjo hasta que la Ley de Medidas Fiscales y Administrativas del año 2016 introdujo los nuevos arts. 20.4, 20 bis y 20 ter en el texto legal<sup>6</sup>.

Y dado que dicho texto aprobado en 2013 únicamente preveía al respecto la mera remisión al Código de Derecho Foral de Aragón, sin establecer nada más, hasta la aparición de esos nuevos preceptos homólogos y paralelos a los de la ley estatal, ésta estuvo entonces enteramente vigente en este punto, en cuanto derecho estatal supletorio y conforme a la cláusula constitucional de supletoriedad. En efecto, la misma aparece contemplada en el artículo 149.3 de la Constitución española, en su tercer inciso, disponiendo que *“El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”*. Así podría comprobarse mediante otra comparación textual entre la ley estatal y la ley aragonesa, con arreglo a la cual puede afirmarse que los apartados 1 a 9 del artículo 20 bis de ésta se corresponden sustancialmente con el contenido de los apartados 1 a 7 del precepto homónimo de aquélla.

---

5 Excepción hecha de su apartado 8 que la disposición final segunda, apartado 1 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas tipifica como de aplicación general al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (artículo 149.1.6ª de la Constitución), lo que implica que su contenido sea literalmente reproducido en el apartado 10 del artículo 20 bis de la Ley de Patrimonio de Aragón, con la sola diferencia de calificar la sucesión como legal en lugar de hablar de la sucesión abintestato.

6 El artículo 33 de la Ley 2/2016, 28 enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (publicada en el Boletín Oficial de Aragón de 3 de febrero 2016 y que entró en vigor el día siguiente, 4 de febrero) realizó las correspondientes modificaciones del texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón.

Artículo 20 bis de la ley estatal	Artículo 20 bis de la ley aragonesa
apartado 1	apartados 1 y 3
apartado 2	apartado 4
apartado 3	apartado 5
apartado 4	apartado 6
apartado 5	apartado 7
apartado 6	apartado 8
apartado 7	apartado 9
apartado 8	apartado 10

Algo similar ocurre en relación con lo preceptuado en el artículo 20 ter de ambas normas.

Artículo 20 ter de la ley estatal	Artículo 20 ter de la ley aragonesa
apartado 1	apartado 1
apartado 2	apartado 3
apartado 3	apartado 3
apartado 4	apartado 5
apartado 5	apartado 6

Y, finalmente, la regulación atinente a la liquidación del caudal hereditario que aborda el artículo 20 quater de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas en el caso de la ley aragonesa se anticipa someramente en el artículo 20 ter, apartado 7 que dispone que *“la liquidación del caudal hereditario y su distribución a favor de establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma se realizará conforme al Código de Derecho Foral de Aragón, a la presente ley y a su normativa reglamentaria de desarrollo”*.

A título meramente informativo y de cierta curiosidad, resulta llamativo que parte de la regulación aragonesa, en concreto el apartado 2 del artículo 20 ter, suscitó inicialmente alguna duda de constitucionalidad en el Gobierno de la Nación, la cual fue resuelta en la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado, a través de un interesante y muy útil mecanismo previsto para intentar evitar el planteamiento de recurso de inconstitucionalidad que se introdujo en nuestro sistema a principios del año 2000<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Véase el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, incorporado a partir de la reforma que se produjo mediante Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, con el objetivo precisamente de permitir que los acuerdos adoptados en las Comisiones Bilaterales, en orden a evitar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, se comuniquen al Tribunal Constitucional, con el fin de ampliar el plazo del recurso de inconstitucionalidad, a efectos de que se abra un período mayor, de manera que pueda producirse un acuerdo que evite el posible recurso. Un análisis y valoración de dicho mecanismo en ROIG MOLÉS, “Contenido y eficacia de los acuerdos de las comisiones bilaterales en el procedimiento del artículo 33.2 LOTC”, AJA, GARCÍA ROCA, MONTILLA (Directores) *Informe Comunidades Autónomas 2015*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2016.

En efecto, la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas remitió con fecha 8 de marzo de 2016 un escrito en el que trasladaba a la Comunidad Autónoma dudas sobre la constitucionalidad del artículo 33.tres de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón por el que se añade un nuevo artículo 20 ter a la Ley de Patrimonio de Aragón introduciendo la siguiente redacción de su apartado 2: “En el supuesto de que quede acreditado en el procedimiento que el valor de las deudas del causante es superior al valor de los bienes o derechos a heredar por la Administración de la Comunidad Autónoma, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, se aprobará la repudiación de la herencia con los efectos previstos en la legislación civil”.

Sin detenernos en ello podemos simplemente afirmar que tales dudas resultan totalmente infundadas dados los títulos competenciales recogidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón. En efecto, diferentes preceptos estatutarios avalarían que la legislación autonómica se mantiene dentro de los límites de sus propias competencias sin incurrir en ningún caso en exceso o extralimitación y sin invadir, por tanto, el ámbito de competencia estatal. Hemos de tener en cuenta en este caso las competencias exclusivas en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes (artículo 71.2<sup>a</sup>), derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés (artículo 71.3<sup>a</sup>) y de procedimiento administrativo derivado de las especialidades de organización y patrimonio propio (artículo 71.7<sup>a</sup>), así como la competencia compartida de desarrollo de las bases estatales del régimen jurídico para las Administraciones públicas aragonesas (artículo 75.11<sup>a</sup>)<sup>8</sup>.

Tal y como se acaba de exponer, nos situamos en el primer escalón legal de las fuentes del derecho vigente en Aragón en la materia. Los artículos 535 y 536 del Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas –el llamado *Código de Derecho Foral de Aragón*– integran, bajo la rúbrica “Sucesión en defecto de parientes y cónyuge”, el Capítulo VI del Título VII (sucesión legal) del Libro Tercero, dedicado a la regulación del derecho sucesorio<sup>9</sup>.

Sabida es la importancia que en nuestra tierra se concede al derecho foral, en cuanto consustancial a la identidad propia de Aragón como Comunidad Autónoma dentro del sistema constitucional español, junto con la cultura y sus instituciones tradicionales como El Justicia, identificado, en definitiva, nada menos que

<sup>8</sup> Me remito a los correspondientes estudios en MERINO Y HERNÁNDEZ, *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Aragón*, Guara, 1983; en BERMEJO VERA (Director), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Ministerio de Administración Territorial, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985; en GIMÉNEZ ABAD (Coordinador), *Derecho de las instituciones públicas aragonesas*, El Justicia de Aragón, 2001; en BERMEJO VERA, LÓPEZ RAMÓN (Directores), *Tratado de derecho público aragonés*, Aranzadi, 2010 y en EMBID IRUJO (Director), *Derecho público aragonés*, El Justicia de Aragón-Ibercaja, 5<sup>a</sup> ed., 2014.

<sup>9</sup> Aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (publicado en el Boletín Oficial de Aragón de 29 de marzo). Véase DELGADO ECHEVERRÍA (Director), *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código de Derecho Foral de Aragón*, El Justicia de Aragón-Ibercaja, 4<sup>a</sup> ed., 2012.

con lo más esencial del “ser aragonés”<sup>10</sup>. Así se proclama con cierta solemnidad en el Título Preliminar del Estatuto de Autonomía en el mismo pórtico que da acceso a la norma institucional máxima del autogobierno de Aragón (artículo 1.3 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón) y así se recoge en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo citado:

*“La instauración del Estado autonómico supuso la apertura de una nueva etapa para el Derecho foral aragonés, símbolo de nuestra identidad originaria. Aragón recuperaba su capacidad para legislar en materia de Derecho civil propio, en el marco de lo dispuesto en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía. La tarea legislativa de conservar, modificar y desarrollar el Derecho aragonés, así como la de aprobar el Derecho procesal derivado de las particularidades del Derecho sustantivo aragonés, corresponde a las Cortes de Aragón, de acuerdo con el artículo 149.1.8ª y 6ª de la Constitución, en la amplia interpretación avalada por el Tribunal Constitucional, señaladamente en su Sentencia 88/1993, de 12 de marzo”<sup>11</sup>.*

Dispone el artículo 535.1 del Código de Derecho Foral de Aragón, efectivamente, que en defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas que en el mismo se contienen, quien sucede es la Comunidad Autónoma. Tal y como reza el apartado 37 del extenso y pormenorizado Preámbulo que acompaña al Código de Derecho Foral de Aragón, explicando el sentido de la regulación de la sucesión legal, *“Para el caso de que falte, total o parcialmente, la ordenación voluntaria de la sucesión, tiene lugar la «sucesión legal», objeto del Título VII. Se considera preferible hablar de «sucesión legal» en lugar de sucesión intestada o abintestato, teniendo en cuenta la posible existencia de los pactos sucesorios. La nueva regulación es formalmente completa, sin remisiones al Derecho supletorio con pocas variaciones respecto del Derecho anteriormente vigente, pero con desarrollo más detallado que facilite su aplicación”<sup>12</sup>.*

En este orden de cosas, como resulta coherente y preceptivo, la refundición acometida en 2011 al alumbrar el Código recogió literalmente lo que ya aparecía con anterioridad en los artículos 220 y 221 de la Ley 1 /1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, los cuales se volcaron de este modo en el Código dando lugar a sus artículos 535 y 536. El primero de ellos comienza disponiendo el momento de activación de la sucesión legal, pasando después a regular mínimamente el procedimiento para ello, así como el destino que debe necesariamente darse al caudal hereditario.

10 DELGADO ECHEVERRÍA “¿Es el derecho la esencia del ser aragonés?”, en UBIETO ARTETA (Director), *El ser aragonés (Actas del Simposio-Jornadas-Congreso sobre el ser aragonés con ocasión del 400 aniversario de la muerte de D. Juan de Lanuza)*, El Justicia de Aragón-Ibercaja, 1992, págs. 93 y ss.

11 Apartado II de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón. Véase LACRUZ MANTECÓN, *Los bienes mostrencos en Aragón (Estudio histórico y actual)*, El Justicia de Aragón, 2011, con detenimiento el estudio concerniente a las competencias autonómicas en materia civil en las págs. 47-88.

12 Termina ese mismo apartado aclarando *“Se mantiene el llamamiento a favor de la Comunidad Autónoma en defecto de toda otra persona llamada a la sucesión, tal como determinó la Ley 4/1995, de 29 de marzo, así como el llamado Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, en atención a lo razonable de esta tradición secular”.*

Por su parte, el artículo 536 constituye el mantenimiento de una modalidad peculiar en forma de privilegio histórico a favor de un determinado establecimiento hospitalario tradicional de la ciudad de Zaragoza<sup>13</sup>.

En todo caso, resulta necesaria la previa declaración de herederos, la cual hasta julio de 2015 era judicial, se materializaba en un pronunciamiento del órgano jurisdiccional competente del orden civil, mientras que desde entonces debe ser una declaración administrativa por imperativo de la legislación patrimonial de general aplicación. De ahí que la adecuación de la normativa foral aragonesa a las exigencias de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas se acometiera mediante la simple eliminación en ambos preceptos del adjetivo que calificaba al nombre en la expresión “*previa declaración judicial de herederos*”.

Dicha reforma se produjo a través de la Ley 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón, norma de artículo único publicada en el Boletín Oficial de Aragón de 17 febrero y que entró en vigor el mismo día de su publicación, conforme a su disposición final. Esta simple operación de adecuación legislativa dejó ambos artículos del Código de Derecho Foral de Aragón en su redacción actualmente vigente:

*“Artículo 535. Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma.*

*1. En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma.*

*2. Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio”<sup>14</sup>.*

## EL CONTEXTO DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Llegados a este punto, conviene hacer una breve referencia a la legislación autonómica en el resto de territorios del Estado para poner de manifiesto el planteamiento de estas cuestiones y situar en su contexto las disposiciones aragonesas.

<sup>13</sup> “El legislador no ha pretendido agotar o llegar al límite de la competencia autonómica en materia de Derecho de sucesiones por causa de muerte, sino regular lo que ha entendido necesario, oportuno y acorde a las circunstancias. Fundamentalmente para aclarar, desarrollar y profundizar el Derecho anterior, partiendo de las instituciones reguladas en la Compilación, completadas sus normas con otras que perfilan su alcance, hacen más segura su aplicación o atienden a aspectos necesitados de nuevas provisiones. También, dotando al conjunto de un marco de normas generales en el que las concretas instituciones sucesorias encuentren su acomodo natural y armónico, contribuyendo así a que el Derecho civil de Aragón aparezca a los ojos de todos como el Derecho civil común y general en Aragón.

El Código civil seguirá siendo supletorio en materia de sucesiones por causa de muerte, pues la nueva regulación no trata de excluir su aplicación entre nosotros. En realidad, los juristas aragoneses se sintieron en el siglo XIX coautores del Código civil y ni entonces ni ahora mostraron rechazo al mismo o suscitó éste su repulsa. Por ello, es grande el espacio que el legislador autonómico deja a las normas del Código civil, en concepto de Derecho supletorio de acuerdo con el artículo 1 de este Código. Ahora bien, la nueva regulación procura evitar, mediante la inclusión de normas específicas, la injerencia de aquellos preceptos del Código civil que no armonizan con los principios del Derecho aragonés o dificultan la aplicación o desarrollo de sus instituciones propias” (apartado 29 del Preámbulo).

<sup>14</sup> “Artículo 536. Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

*1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.*

*2. Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital”.*

Como es natural, existe al respecto una clara distinción entre las Comunidades Autónomas de régimen común sometidas íntegramente al Código Civil y aquellas otras que gozan de derecho civil foral o especial propio, de acuerdo con la misma dicotomía que fue recogida en el sistema constitucional de distribución de competencias mediante la cláusula del artículo 149.1.8<sup>a</sup>. Según dispone este precepto constitucional, el Estado ostenta competencia exclusiva sobre *“legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*<sup>15</sup>.

De este modo, resulta normal la ausencia generalizada de toda referencia a la sucesión abintestato en la legislación patrimonial autonómica de las Comunidades del primer grupo. Entre ellas únicamente aparece una remisión legal expresa al Código Civil en la ley cántabra de patrimonio<sup>16</sup>, al igual que ocurre en la compilación del derecho civil balear<sup>17</sup>.

Absolutamente peculiar es la previsión de la norma riojana ordenando al Gobierno autonómico que inste ante el Estado la subrogación de la Comunidad autónoma en los derechos que pudieran corresponderle a aquel como heredero en aquellos casos en los que el causante estuviera empadronado en un municipio de La Rioja en el momento de la muerte o incluso cuando se trate de bienes radicados en dicho territorio<sup>18</sup>. Esta misma posibilidad, pero exclusivamente en su modalidad referida a la condición jurídica personal del causante (en cuanto valenciano) aparece recogida en la ley valenciana, según la cual en tal caso y ante una sucesión intestada los bienes se integrarán en el patrimonio autonómico<sup>19</sup>. Como afirma LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *“en la Comunidad Autónoma valenciana rige el derecho de sucesiones común, contenido fundamentalmente en el Código Civil, salvo en el último llamamiento a la sucesión intestada o legal”*, en el que la Generalitat Valenciana sustituirá al Estado<sup>20</sup>.

15 *“En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”*.

Véase el resumen de la doctrina constitucional, con cita de los pronunciamientos previos del Alto Tribunal respecto al alcance y contenido de la foralidad, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, de 9 de junio, por la cual se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto de la ley valenciana de uniones de hecho formalizadas, reiterando lo sentado, entre otras, en las Sentencias 31/2010, de 8 de junio, 28/2012, de 1 de marzo, 81/2013, de 11 de abril y 82/2016, de 28 de abril.

16 Reza así el artículo 47.7 de la Ley 3/2006, de 18 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria: *“La sucesión legítima de la Administración General de la Comunidad Autónoma se regirá por el Código Civil y disposiciones complementarias”*.

17 Artículo 53 del texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares, aprobado por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre.

18 Se trata del artículo 50.7 de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

19 Artículo 43.3 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana, directamente procedente del artículo 71 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (que enumera los bienes integrantes del patrimonio autonómico). El precepto legal remite, además, tanto al artículo 3.1 del Estatuto (*“gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”*) como a la normativa reglamentaria de desarrollo de la legislación patrimonial.

20 *Curso de derecho civil valenciano*, Ediciones Revista General de Derecho, 2000, pág. 1225.

Entre las Comunidades que cuentan con derecho civil o foral propio que abordan la regulación específica de la sucesión legal merece la pena destacar los casos de Cataluña y Navarra por ser los que presentan una regulación más reciente y completa en la doble perspectiva que contemplamos, es decir, la de la legislación administrativa patrimonial y la de la legislación civil. No ocurre lo mismo, por el contrario, no obstante ser ambas relativamente recientes o contar con reformas legales introducidas en los últimos años, con la normativa vasca<sup>21</sup> y la gallega<sup>22</sup>.

La Ley catalana de Patrimonio<sup>23</sup> determina que *“la sucesión legal de la Generalidad se rige por la normativa civil catalana, y su aceptación, que siempre es a beneficio de inventario, se entiende hecha directamente por imposición de la ley, con la firmeza previa de la resolución judicial que la declare”*<sup>24</sup>.

En el ámbito foral la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, dedica al asunto que nos ocupa los artículos 442-12 y 442-13. En este último se regula el destino de los bienes heredados (o su producto o valor) mediante una regla general y dos especialidades. Como regla general, debe destinarse a *“establecimientos de asistencia social o a instituciones de cultura, preferentemente del municipio de la última residencia habitual del causante en Cataluña”*, o en su defecto en la comarca o bien, en tercer lugar, cualquier establecimiento de carácter general a cargo de la Generalidad en cualquier lugar del territorio. Y como regla especial por razón material, orientada a la satisfacción de la política pública de vivienda, *“si en el caudal relicto existen fincas urbanas, la Generalidad de Cataluña debe destinarlas preferentemente al cumplimiento de políticas de vivienda social, ya sea directamente o reinvertiendo el producto obtenido al enajenarlas, según sus características”*<sup>25</sup>. Nótese la reiterada utilización del término preferentemente.

Por su parte, en la Comunidad Foral de Navarra la referencia la encontramos en la detallada regulación contenida en los apartados 5 a 9 del artículo 24 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra tras la modificación

---

21 Ley del Patrimonio de Euskadi, Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre (artículos 38 y 39) y Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Según esta última, *“En defecto de personas llamadas legalmente a la sucesión conforme a los artículos precedentes, sucederá en todos los bienes la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, quien asignará una tercera parte a sí misma, otra tercera parte a la diputación foral correspondiente a la última residencia del difunto y otra tercera parte al municipio donde éste haya tenido su última residencia”* (artículo 117).

22 Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (artículos 267 a 269) y Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 56), cuya disposición adicional decimoquinta (añadida a finales de 2014 y en vigor a partir del 1 de enero de 2015) se refiere al régimen administrativo de la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma de Galicia: *“En lo no establecido específicamente en esta ley para las herencias intestadas deferidas a favor de la Comunidad Autónoma de Galicia, se aplicará la normativa reguladora sobre el régimen administrativo de este tipo de sucesión legal mortis causa”*.

23 Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre.

24 Así se expresa el artículo 12 bis, apartado 3 que fue introducido por la Ley 3/2015, de 11 de marzo, en el que obviamente hay que entender como no puesto el término “judicial” desplazado por la reforma de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de julio de 2015. Los artículos 18.7 y 20.4 regulan la enajenación de los bienes inmuebles y de los muebles, respectivamente, que la Generalidad ha adquirido por título de sucesión intestada, contemplando en ambos casos que el producto obtenido por la venta se destine a las finalidades que prevé la normativa civil.

25 Estos preceptos han sido modificados por la Ley 3/2017, de 15 de febrero y por la Ley 1/2015, de 5 de febrero.

operada en julio del año 2016<sup>26</sup>. El elemento más novedoso de la misma lo constituye la regulación de la liquidación de los bienes y derechos de la herencia y más concretamente el destino del importe resultante, el cual *“pasará a incrementar la cantidad consignada en los presupuestos para otros fines de interés social que se dota con la suma de las cuotas íntegras de los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que hayan optado por esta finalidad en la asignación tributaria del impuesto”* (artículo 24.9).

Idéntica regulación inequívocamente obligatoria, y no con carácter meramente preferente, se ha incorporado al mismo tiempo a la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (aprobada por Ley 1/1973 de 1 de marzo), modificada en este punto por la misma Ley Foral 10/2016 a la que se acaba de hacer referencia, tal como refleja el apartado 7 de la Ley 304 (respecto a la sucesión legal de la Comunidad Foral en bienes no troncales), sobre el que pivota todo el sistema, al igual que hace, por remisión a éste, en bienes troncales el párrafo segundo del apartado 3 de la Ley 307: *“sucederá la Comunidad Foral de Navarra, la cual, tras proceder a la liquidación de los bienes y derechos de la herencia, la destinará a fines de interés social, incrementando la dotación presupuestaria que para estos fines se prevea en los Presupuestos Generales de Navarra”*.

De manera que puede apreciarse, en definitiva, en el ordenamiento de la Comunidad Foral de Navarra la maximización del criterio del destino presupuestario que se introdujo, exactamente un año antes, en la regulación de la sucesión del Estado en el régimen común del Código Civil por la redacción del artículo 956 modificada en la misma Ley de Jurisdicción Voluntaria. En efecto, dispone el segundo inciso del precepto mencionado que *“dos terceras partes del valor de ese caudal relicto será destinado a fines de interés social, añadiéndose a la asignación tributaria que para estos fines se realice en los Presupuestos Generales del Estado”*<sup>27</sup>.

La diferencia estriba, en primer lugar, en la cuantificación de ese destino en una proporción importante, aunque no alcanza el total del caudal hereditario (descontados, en su caso, los gastos en que haya podido incurrirse para su correcta gestión), así como, en segundo lugar, en el otorgamiento de un cierto margen de discrecionalidad. Este consiste en la posibilidad de que el Consejo de Ministros como órgano competente para la gestión patrimonial acuerde dar a los bienes heredados una determinada utilidad o aplicación en función de su naturaleza, en cuyo caso no se produciría, total o parcialmente, el destino presupuestario resultante de la liquidación de la herencia<sup>28</sup>.

---

26 Mediante la Ley Foral 10/2016, de 1 de julio, a través de la cual se produce la adaptación de la norma legal navarra a la nueva situación generada por la introducción en la legislación estatal del sistema de la declaración administrativa de heredera abintestato de la Administración correspondiente.

27 Como recuerda GONZÁLEZ GARCÍA, el anteproyecto de Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas ya preveía la modificación del artículo 956 del Código Civil contemplando la eliminación de la tradicional distribución por tercios del caudal hereditario, pero desapareció del proyecto finalmente aprobado tras la rotunda descalificación hecha por el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen [*“Bienes patrimoniales y patrimonio de las Administraciones Públicas”*, en GONZÁLEZ GARCÍA (Director), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2015, págs. 195 y 196].

28 Artículo 10.1 c) y artículo 20 quater, apartado 2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

## EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN COMO HEREDERA LEGAL

### A) Aspectos generales de integración y sistemática del ordenamiento vigente

Los dos elementos que centrarán a continuación nuestro interés son tanto el propio procedimiento de declaración de la sucesión legal como todo lo relacionado con las operaciones subsiguientes vinculadas al cumplimiento de la finalidad de carácter social legalmente ordenada, lo que nos vuelve a situar frente a la legislación patrimonial aragonesa, retomando nuevamente la referencia al texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón.

Comenzaremos por destacar algunos aspectos o características generales de este procedimiento al que, como a la mayoría de procedimientos administrativos, le es aplicable la legislación básica del procedimiento administrativo común. A este respecto, como es sabido, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha sido sustituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en vigor en la mayor parte de su articulado desde el 2 de octubre de 2016, junto con el complemento inseparable de su norma melliza, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dada la ‘bifurcación’ normativa realizada por el legislador<sup>29</sup>. Operación legislativa que fue objeto desde el principio de una acerada crítica doctrinal, no obstante reconocerle algunas bondades<sup>30</sup>.

Así se desprende con naturalidad del punto de intersección del amplísimo ámbito subjetivo de aplicación de la nueva norma procedimental al conjunto del sector público (definido en su artículo 2), el cual comprende la Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y el sector público institucional vinculado o dependiente de las mismas, con las exclusiones de orden objetivo de especialidades por razón de la materia (contempladas en la disposición adicional primera: en materia tributaria y aduanera, de Seguridad Social y desempleo, de extranjería y asilo y procedimientos sancionadores específicos, entre otros, del orden social, de tráfico y seguridad vial, etc.).

<sup>29</sup> Utilizando sus propias palabras, con esta operación el legislador pretendía “dotar a nuestro sistema legal de un derecho administrativo sistemático, coherente y ordenado, de acuerdo con el proyecto general de mejora de la calidad normativa que inspira todo el informe aprobado por la CORA [Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas]. En él se previó la elaboración de dos leyes: una, reguladora del procedimiento administrativo, que integraría las normas que rigen la relación de los ciudadanos con las Administraciones. Otra, comprensiva del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, donde se incluirían las disposiciones que disciplinan el sector público institucional. Con ello, se aborda una reforma integral de la organización y funcionamiento de las Administraciones articulada en dos ejes fundamentales: la ordenación de las relaciones ad extra de las Administraciones con los ciudadanos y empresas, y la regulación ad intra del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas”, en referencia, respectivamente, a la reguladora del procedimiento administrativo común de las Administraciones y a la del régimen jurídico del sector público (apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 40/2015).

<sup>30</sup> Véase, por todos y con anticipación, SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y de régimen jurídico del sector público: una primera evaluación”, Documentación Administrativa núm. 2, 2015, en particular la demoledora conclusión, no obstante el juicio positivo sobre su calidad técnica en lo que de novedoso aportan ambas normas: “por su escaso alcance innovador, me temo que estos proyectos (...) no pasarán a la historia, por tratarse de operaciones normativas de refundición legislativa material, con diversas reformas micro que no afectan con intensidad a ninguna de las instituciones capitales de los temas que abordan”. Disponible en:

<<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=10258&path%5B%5D=10754>>.

En consecuencia, dicho procedimiento se articula en las tres fases típicas de iniciación, instrucción y terminación, que nos permitirán hacer con cierta rapidez un repaso bastante completo por todo su recorrido y que se desarrolla con aplicación de los principios y normas generales de ordenación del procedimiento administrativo<sup>31</sup>.

Hemos de apuntar la existencia de algunas disfunciones en la regulación actual de este procedimiento, producidas por el hecho de estar contenida en normas de distinto rango que, sin embargo, no encajan con la perfección que deberían en un supuesto normal de colaboración entre ley y reglamento como el que se da habitualmente en la ordenación de cualquier materia, sino que en cierto modo desentonan o se repelen por responder a planteamientos sistemáticos distintos.

Nos referimos a que contamos, por un lado, con una norma legal reciente totalmente adaptada al nuevo sistema de declaración administrativa de la sucesión legal que se encuentra integrada por los nuevos preceptos incorporados a la Ley de Patrimonio de Aragón. Y, por otro lado, una norma reglamentaria que estaba ajustada al sistema de declaración judicial. Se trata del Decreto 185/2014, de 18 noviembre, del Gobierno de Aragón, sobre regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, y en los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas<sup>32</sup> que, por esa misma razón, cojea ostensiblemente, al mismo tiempo que ha quedado con bastantes preceptos vacíos, carentes de contenido, al haber sido expresamente derogados apartados completos de algunos de sus artículos por la propia Ley 2/2016 que modificó la Ley patrimonial aragonesa<sup>33</sup>. Efectivamente, además de proclamar como es usual la derogación genérica de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la misma, en su apartado 2 deroga en particular, entre otros, los artículos 4.2 (sobre el deber de comunicación), 6.2 y 6.5 (sobre el inicio de trámites judiciales), 7.1 (sobre la aceptación de la herencia) y 8.1 (sobre la entrega de los bienes) del Decreto 185/2014.

Esta circunstancia pone de manifiesto la necesidad ineludible de integrar adecuadamente ambas normas en la situación actual. Se hace precisa una labor de interpretación coherente del reglamento desde los postulados de la norma legal, conforme al principio de legalidad que impone el pleno sometimiento a la Ley de las Administraciones Públicas de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución. Y ello sin perjuicio de aconsejar probablemente como opción idónea la aprobación de un reglamento enteramente nuevo o, al menos, la modificación parcial de la norma reglamentaria como parece que pretendía la Orden del Consejero de Hacienda y Administración Pública dictada con fecha 3 de marzo de 2016 ordenando el inicio del procedimiento de modificación de la misma que dio lugar

---

31 Artículos 70 a 74 de la Ley 39/2015.

32 Publicado en el Boletín Oficial de Aragón de 28 de noviembre, vino a sustituir al Decreto 191/2000, de 7 de noviembre, del Gobierno de Aragón con idéntica denominación a partir de su entrada en vigor el día siguiente al de su publicación.

33 Véase la disposición derogatoria única de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

a la elaboración de un anteproyecto en este sentido. A este respecto, salvo error, no consta el cumplimiento de la exigencia introducida por la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón cuyo artículo 15.1 se refiere como integrante de la publicidad activa que deben llevar a cabo las Administraciones públicas aragonesas a la obligación de publicar, entre otros, los proyectos de normas reglamentarias previamente a la solicitud de los informes y dictámenes que deban ser emitidos por los órganos consultivos [letra d)], así como también estos mismos informes y dictámenes junto con las memorias “que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos” [letra e)]<sup>34</sup>.

Con este propósito ilustrador e interpretativo, como se acaba de indicar, podemos ofrecer a continuación una mínima visión panorámica de las sucesivas fases que atraviesa el procedimiento, llevando a cabo en este caso la anunciada integración entre la norma legal y la reglamentaria, todo ello bajo la luz que arroja la legislación procedimental común. Aprovecharemos igualmente a traer a colación algunas de las diferentes soluciones por las que ha optado el legislador en las distintas Comunidades Autónomas si resulta oportuno su contraste a efectos comparativos o explicativos, así como a realizar alguna propuesta ‘de lege ferenda’.

### **B) Iniciación de oficio y consecuencias: denunciante, premiados y aspectos formales**

En cuanto a la incoación, el procedimiento se inicia de oficio mediante Orden del Consejero competente en materia de patrimonio, que hoy en día es el del Departamento de Hacienda y Administración Pública<sup>35</sup>. Si bien la misma norma organizativa que se acaba de citar atribuía de manera específica al Director General de Contratación, Patrimonio y Organización las competencias para “acordar el inicio del procedimiento para la declaración de la Comunidad Autónoma de Aragón como heredera abintestato, y la resolución del mismo, así como acordar la incorporación a la masa hereditaria de aquellos bienes del causante que se localicen con posterioridad a la declaración de heredero”<sup>36</sup>, la dicción del nuevo artículo 20 bis de la Ley de Patrimonio de Aragón es inequívoca en el sentido de atribuir al Consejero la incoación (apartado 3) y al Director General la instrucción del procedimiento (apartado 4).

Hemos de tener en cuenta que la iniciación de oficio comporta importantes consecuencias, por ejemplo, en cuanto al régimen jurídico de la falta de resolución en plazo, respecto de la cual no regirá, por tanto, el régimen general del silencio

---

<sup>34</sup> Por el contrario, y con anterioridad a su incorporación en la propia norma legal aragonesa, sí que aparecen publicados en el llamado ‘Portal de Transparencia’ los documentos correspondientes al procedimiento de elaboración del Decreto 185/2014, en aplicación de similar exigencia que lucía ya en la norma estatal, igualmente aplicable a las Administraciones autonómicas (artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno):

<http://www.boa.aragon.es/cgi-bin/ITCN/BRSCGI?CMD=VERLST&BASE=ITCN&DOCS=1-50&SEC=ITCNTRA&SORT=-FECH&SORT=-FECH&OPDEF=%26&SEPARADOR=&OBSE-C=hccont&DEPA-C=hacienda&TITU-C=sucesi%F3n+legal>

<sup>35</sup> Artículo 1.1 t) del Decreto 311/2015, de 1 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

<sup>36</sup> Artículo 26.1 i) del Decreto 311/2015.

administrativo positivo, que pivota sobre la obligación de resolver por parte de la Administración en los procedimientos que se hubieran iniciado a instancia de parte conforme al artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sino que la falta de resolución expresa, una vez vencido el plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución alguna, producirá la caducidad determinante del archivo de las actuaciones de acuerdo con el artículo 25 de la citada Ley<sup>37</sup>.

Como es lógico, la iniciativa pueda surgir del propio Departamento, pero se contemplan además otras posibilidades en cuanto al origen de la misma, es decir, canales de comunicación o de conocimiento de la información de que ha fallecido una persona que pudiera determinar la sucesión legal por parte de la Comunidad Autónoma. Se distinguen a este respecto determinados supuestos desde el punto de vista subjetivo, con implicaciones y efectos diversos en función de que se trate de cualquier sujeto en general o bien sea alguno de aquellos sobre los que recaen determinadas características y circunstancias.

En efecto, *“las autoridades y funcionarios de todas las Administraciones públicas que, por cualquier conducto, tengan conocimiento del fallecimiento de alguna persona, cuya sucesión legal se pueda deferir a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, están obligados a dar cuenta del fallecimiento al Departamento competente en materia de patrimonio, con indicación expresa, en el caso de que se conozca, de la existencia de los bienes y derechos integrantes del caudal relicto”*. En el artículo 20 bis.2 de la Ley se ha dado rango legal a idéntica previsión anteriormente contenida en el artículo 4.1 del Reglamento.

La misma obligación impone el art. 4.3 del Reglamento extendiéndola a los responsables de la residencia o del centro (por ejemplo, centro hospitalario o de otro tipo) donde viviera el fallecido, así como al administrador o representante legal del mismo, puesto que se entiende sean centros de carácter privado sobre cuyos titulares se hace recaer dicha obligación, al igual que hiciera anteriormente el Reglamento estatal<sup>38</sup>. Sin perjuicio de que en estos casos sea aplicable igualmente la posibilidad que abarca a autoridades y funcionarios públicos, no solo pero fundamentalmente sí, tanto responsables departamentales como del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, así como personal funcionario de los servicios de inspección, por ejemplo, la imposición de este llamado “deber de colaboración” pudiera suscitar dudas de legalidad.

Tales dudas podrían tener alguna base en el artículo 18 de la Ley 39/2015 en el que se regula la colaboración de todas las personas con la Administración ampliando significativamente la que se contenía en el antecedente inmediato, ya que el artículo 39 de la Ley 30/1992 únicamente disponía que “los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de

---

<sup>37</sup> Precepto que remite, a su vez, al artículo 95 de la Ley en cuanto a los efectos de esta forma de terminación del procedimiento, de manera que, salvo prescripción de la acción, será viable la iniciación de un nuevo procedimiento en el que se conserven todos aquellos actos y trámites susceptibles de mantenerse igual (en aplicación del conocido principio del ‘favor acti’).

<sup>38</sup> Artículo 6.2 del Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto.

investigación sólo en los casos previstos por la Ley<sup>39</sup>. En cambio, la actual norma procedimental establece dicha obligación con carácter general, aunque mediante una remisión normativa restringida o cualificada, esto es, “en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable”. Nótese que las modalidades, el alcance y las condiciones de la colaboración con la Administración serán las que vengan establecidas mediante norma con rango y valor de ley en sentido estricto, no bastando pues a estos efectos la regulación contenida en una disposición administrativa de carácter general como la que nos ocupa.

Ahora bien, esta primera impresión aparentemente tan contundente que nos llevaría a considerar, en consecuencia, ilegal la determinación concreta de la obligación de comunicación contenida en el Decreto 185/2014, debe ser inmediatamente desechada si atendemos con propiedad a la nueva regulación legal. Y es que el mismo artículo 18 de la Ley 39/2015 actúa como una suerte de régimen jurídico general aplicable supletoriamente, en ausencia pues de previsión expresa de rango legal. En ese caso la misma ley procedimental dispone inequívocamente en qué supuestos y con qué límites se despliega, puesto que deben facilitarse a la Administración no solo la información sino también “inspecciones y otros actos de investigación” que requieran para el ejercicio de sus competencias. Aun así, se limita de alguna manera la incidencia de esta cláusula dejando fuera de la misma, muy razonablemente, aquellos supuestos en que la revelación de la información contravenga los derechos constitucionales al honor o la intimidad personal y familiar o suponga la comunicación de datos confidenciales que conculque el deber de secreto profesional. De ahí que no quede amparada la revelación de aquellos datos de los que se tenga conocimiento en razón de la prestación de servicios profesionales, ya sean de diagnóstico (en el ámbito médico y asistencial en general), de defensa (en el ámbito legal) o de asesoramiento en múltiples ámbitos y materias del sector de los servicios de toda especie prestados a las personas<sup>40</sup>.

Por tanto, ninguna extralimitación de las propias competencias de la Administración actuante ni del ámbito material de ejercicio detectamos en la extensión de la obligación de comunicar el fallecimiento a los responsables, administradores o representantes legales de centros y residencias, que como explicaba la parte expositiva del Decreto 185/2014 se consideraba oportuna en ese momento superando la limitación de la misma a autoridades y funcionarios públicos. Así lo observó también el Consejo Consultivo, que la consideró procedente “desde nuestra perspectiva jurídica de las cosas” al emitir el preceptivo dictamen previo a la aprobación de la norma por el Gobierno de Aragón<sup>41</sup>.

---

39 CUBERO NEGRO, en RECUERDA GIRELA (Director), *Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común de las administraciones públicas*, Aranzadi, 2016, págs. 193 y ss.

40 Excepción que no cubre, sin embargo, como expresamente se contempla en la norma legal, “lo dispuesto en la legislación en materia de blanqueo de capitales y financiación de actividades terroristas”, habida cuenta que en tales dominios prevalece el interés general concurrente en la evitación y persecución de esas conductas para las que se ha alumbrado una normativa específica.

41 El supremo órgano consultivo del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón informó favorablemente el proyecto de Decreto del Gobierno de Aragón (Dictamen 160/2014 del Consejo Consultivo de Aragón).

Resulta de interés fijarse comparativamente en el conjunto de la normativa patrimonial dictada por las Comunidades Autónomas, en la que destaca la extraordinaria extensión con la que se recoge este deber de comunicación en Galicia con el máximo rango legal, ya que se incluye un precepto en el que además de referirlo a quienes ocupen cargo o empleo público que les permita tener noticia, entre otras, de “expectativa de sucesión legal intestada deferible a favor de la Comunidad Autónoma de Galicia”, impone igual obligación a una gran variedad de sujetos que completa notablemente el espectro de los obligados: *“a los propietarios, arrendadores y responsables de las viviendas, centros o residencias en los que hubiese fallecido la persona causante, a las personas que hubiesen convivido formal o materialmente con el fallecido en el momento de su fallecimiento o a las que posean su vivienda por cualquier causa, así como, en general, a su administrador, representante legal o mandatario”*<sup>42</sup>.

En todo caso, entendemos que sería especialmente deseable materializar y actualizar la previsión que aparece en el último inciso del artículo 4 del Reglamento aragonés, aparentemente referida solo a los mencionados responsables, administradores o representantes legales por su ubicación formal en el apartado 3 del artículo, aunque expresamente lo sea a todos los que resultan obligados a su cumplimiento: *“El Departamento competente en materia de patrimonio dictará las instrucciones necesarias sobre el procedimiento a seguir para el cumplimiento por los obligados del deber de comunicación regulado en este artículo”*.

Por supuesto, existe la alternativa de que cualquier persona que tenga noticia del fallecimiento lo ponga en conocimiento de la Administración autonómica no ya en cumplimiento de un hipotético deber legal, sino simple y llanamente como una libre posibilidad de comunicación a la que, sin embargo, se anuda alguna consecuencia jurídica. Es el caso que se califica en el Reglamento estatal, desde 2009<sup>43</sup>, utilizando la terminología de “denuncia” y “denunciante” que no aparece sin embargo en la norma aragonesa (artículos 5 y 22 del Decreto 185/2014). Dicha calificación jurídica de la figura se ajusta hoy en día a una de las modalidades de iniciación de oficio del procedimiento administrativo reconocida como tal en la legislación procedimental común<sup>44</sup>.

Quien comunique por escrito a la Comunidad Autónoma la muerte de alguien de quien aquella pueda ser heredera intestada no asume por ello ninguna otra obligación adicional ni puede ser obviamente obligado a participar de algún modo en el procedimiento administrativo subsiguiente. Pero puede, en su caso, obtener un beneficio directo de su acción recibiendo como premio un porcentaje

42 Artículo 56.6 de la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

43 No así en el anteriormente vigente, aprobado por Decreto 2091/1971, de 13 de agosto, sobre régimen administrativo de la sucesión abintestato en favor del Estado (publicado en el Boletín Oficial del Estado de 20 de septiembre de 1971). Sobre este último, véase la crítica realizada en CHINCHILLA MARÍN, *Bienes patrimoniales del Estado (concepto y formas de adquisición por atribución de ley)*, Marcial Pons, 2001, págs. 259 y ss.

44 Modalidad acogida en el artículo 58 y específicamente regulada en el artículo 62 de la Ley 39/2015 que comienza definiéndola: *“se entiende por denuncia, el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo”* (artículo 62.1).

del caudal liquidado de la herencia (cifrado en el 10 % por el artículo 22), siempre y cuando concurren simultáneamente dos condiciones que implican una hipotética aplicación del conocido principio jurídico general presente en algunos sectores del ordenamiento y formulado como ‘prior tempore, potior iure’: por un lado, que se trate de la primera notificación del fallecimiento; y, además, que la comunicación la realice una entidad de la que dependa algún establecimiento de asistencia social o varios que cumplan los requisitos para ser beneficiarios de la herencia conforme al sistema aragonés.

Al margen de la especialidad que constituye el privilegio reconocido al Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza en el Código de Derecho Foral, ello nos remite a la comprobación de los requisitos concretos que se establecen en el bloque normativo o sistema de fuentes del ordenamiento aragonés en punto a la sucesión legal: Código de Derecho Foral de Aragón, Ley de Patrimonio y normativa reglamentaria de desarrollo (Decreto 185/2014), no así en el citado Reglamento estatal de 2009<sup>45</sup>. Es decir, por definición, ha de tratarse de una entidad de asistencia o acción social que tenga algún establecimiento radicado en territorio aragonés, lo cual creemos que, a diferencia de la norma estatal, ni se limita a las entidades de iniciativa social, de carácter privado y sin ánimo de lucro ni tampoco necesariamente a las titulares de un establecimiento en el lugar de última residencia del causante. A mi entender, limitaciones semejantes, excluyentes por ejemplo de entidades de carácter público, sostenidas de manera exclusiva con fondos de la Comunidad Autónoma de Aragón, serían carentes de fundamento, al recaer de manera general el deber de comunicación, como acaba de verse, tanto sobre autoridades y funcionarios públicos como sobre los responsables, administradores y representantes legales de todo tipo de centros sin distinción alguna. Del mismo modo, carecería de sentido excluir a la entidad que aun teniendo algunos o muchos establecimientos sociales distribuidos por el territorio aragonés no tuviera ninguno precisamente en un municipio concreto<sup>46</sup>.

En definitiva, como norma que pretende fomentar de algún modo el conocimiento de supuestos donde pueda suscitarse la sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma y la incoación del correspondiente procedimiento administrativo, no parece necesario que se circunscriba de manera estricta a los mismos requisitos que se establecen a la hora de distribuir los fondos procedentes de la herencia, con preferencia, entre determinados establecimientos sociales. Tanto

---

45 En el que los denunciados con derecho a percibir el porcentaje correspondiente en concepto de premio, identificados en el artículo 7.1 como “todo particular no comprendido en el artículo anterior”, no pueden ser, por tanto, nunca aquellos a los que el artículo 6 impone el deber de comunicación (en términos muy parecidos a la norma aragonesa). También se excluye a las comunicaciones realizadas por otras Administraciones públicas, que “no devengarán el derecho a premio” (artículo 7.3). Y para algún autor resulta incluso dudoso que una sociedad mercantil de capital público, a pesar de actuar en el mercado, pueda ser beneficiaria del premio [ALONSO MAS, “Adquisición de bienes y derechos”, en MESTRE DELGADO (Director), *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, LA LEY-EL CONSULTOR, 2ª ed., 2010, pág. 328].

46 Como los supuestos que aparecen mencionados en el artículo 20 del Decreto 185/2014, con un determinado orden que debe precisamente observarse, al establecer los criterios interpretativos para el caso de que el causante falleciera fuera del territorio aragonés, debiendo entenderse entonces como último domicilio el que hubiera tenido en Aragón antes de irse o aquel donde radiquen los bienes inmuebles del caudal hereditario o bien el de su nacimiento.

más cuanto que, como luego se verá, cabe entender así mismo en la actualidad que esta misma asignación preferente de destino es una norma manifiestamente mejorable.

Hay que aludir a la profusa publicidad a la que se somete la Orden de inicio del procedimiento de declaración de la Comunidad Autónoma como heredera legal, como indica el artículo 20 bis, apartado 5 de la Ley del Patrimonio de Aragón. Con arreglo al mismo, y “sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de difusión”, se contempla al menos los siguientes medios:

a) Publicación en el Boletín Oficial de Aragón de los anuncios de la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización, en relación con el procedimiento de sucesión legal que en cada caso se pone en marcha mediante la Orden con objeto de que cualquier interesado pueda, en el plazo de treinta días desde la publicación<sup>47</sup>, presentar alegaciones o aportar documentos de los que se deduzca la existencia de herederos con mejor derecho que la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>48</sup>.

b) Publicación en la página web del Gobierno de Aragón, en el lugar correspondiente del Departamento competente en materia de patrimonio<sup>49</sup>.

c) Publicidad edictal mediante su inserción en tablones de anuncios municipales, por un período mínimo de un mes, y nada menos que hasta en tres Ayuntamientos diferentes: el correspondiente al último domicilio del causante, el del lugar de fallecimiento y aquel donde radiquen la mayor parte de los bienes conocidos.

Además del completo trámite de información pública, se produce la notificación o comunicación administrativa directa de la Orden de inicio a todos los titulares de derechos reales sobre los bienes del causante (por ejemplo, los arrendatarios de los inmuebles).

### C) Instrucción

Entrando ahora en la fase de instrucción del procedimiento, donde se realizan todas las actuaciones tendentes a comprobar los hechos en que se basará la reso-

47 Recordemos que, salvo concreta disposición legal en sentido contrario, el cómputo de los plazos administrativos se ha asimilado al de los plazos procesales desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015, por lo que solo se refiere a días hábiles, excluyendo sábados, domingos y festivos (artículo 30 de la Ley).

48 Pueden verse como ejemplo los publicados a lo largo de 2016 en la correspondiente sección V en el Boletín Oficial de Aragón, entre otros, de 8 de febrero (D. Antonio Dionisio Yun, D. Antonio Pac Morillo y D.ª Trinidad Campo Castejón, bajo la vigencia supletoria en Aragón de la nueva normativa introducida en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas), de 29 de febrero (D.ª M.ª Pilar Lozano Sariñena), de 8 de marzo (D. Francisco Gutiérrez Rubio), de 27 de mayo (D. Félix Sánchez Sánchez y D.ª Rosa Pano Ferrer), de 23 de junio (D. Manuel Jerónimo Gayo García), de 28 de junio (D. José Ignacio Mas Fernández y D.ª Manuela Sebastián Esteban), de 7 de julio (D.ª Tomasa Cebollero Mañas), de 15 de septiembre (D.ª Remedios Castro Vallejo), de 25 y de 29 de noviembre (D. Luis Puyane Bainat y D. Marcelino de Anta Lozano, respectivamente) y de 20 de diciembre (D.ª M.ª Cruz Martínez de Aina).

49 Ahora mismo, dentro del Departamento de Hacienda y Administración Pública, en el área temática de patrimonio y en el enlace correspondiente a sucesión legal se accede a los anuncios que se encuentran activos, concretamente en la siguiente dirección en estos momentos:

[http://aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/Departamentos/HaciendaAdministracionPublica/Areas-Tematicas/Patrimonios/ci.05\\_sucesion\\_legal.detalleDepartamento?channelSelected=8628f7e70e7de210VgnVCM2000002f551bacRCRD](http://aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/Departamentos/HaciendaAdministracionPublica/Areas-Tematicas/Patrimonios/ci.05_sucesion_legal.detalleDepartamento?channelSelected=8628f7e70e7de210VgnVCM2000002f551bacRCRD)

lución final del procedimiento como fase central del mismo<sup>50</sup>, en concreto en este caso dirigida a la averiguación de todo lo necesario sobre la procedencia o no de la sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma y sobre el conjunto de los bienes y derechos del causante.

Como ya se ha apuntado con anterioridad, de acuerdo con el artículo 20 bis, apartado 4, de la Ley del Patrimonio de Aragón, el órgano instructor será la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Organización. Como órgano competente para ello llevará a cabo cualesquiera actos precisos<sup>51</sup>, como por ejemplo solicitando la información patrimonial obrante en toda clase de archivos y registros que puedan ayudar a determinar con precisión el caudal hereditario, muy destacadamente la que se derive de las inscripciones del Registro de la Propiedad, así como las tendentes a confirmar los derechos sucesorios de la Administración autonómica, esto es, la ausencia de parientes con derecho a suceder según el Código de Derecho Foral de Aragón y que no hayan renunciado expresamente al mismo. En este sentido, parece aconsejable dirigirse también al Ayuntamiento del lugar de origen, al del fallecimiento, así como al centro residencial o asistencial en el que conste hubiera sido atendida la persona fallecida requiriendo se facilite cualquier información que se pueda conocer sobre la existencia de parientes que pudieran tener derecho a la herencia hasta el cuarto grado de consanguinidad<sup>52</sup>.

A este respecto, nada añade como hipotético desarrollo reglamentario del precepto legal, el artículo 6.1 del Decreto 185/2014<sup>53</sup> mientras que en el 6.3 se limita a ordenar la comunicación a la Dirección General de Tributos “del expediente administrativo sobre el posible abintestato”<sup>54</sup>. Y debe precisarse que todas las informaciones requeridas, tanto a autoridades y funcionarios cuanto a registros y archivos públicos, deberá ser suministrada a la Administración autonómica de manera gratuita (tal como dispone el artículo 20 bis, apartado 6 de la Ley).

En cuanto a otros trámites legal o reglamentariamente establecidos como actos de instrucción importantes, hemos de mencionar uno de carácter facultativo y otro de carácter preceptivo. En primer lugar, cualquier interesado puede presentar las alegaciones, documentos o elementos de juicio que considere oportunos. Así lo preceptúa en general el artículo 76.1 de la Ley 39/2015, que en este caso viene reproducido en el segundo inciso del artículo 20 bis.5 ‘in fine’, aunque en

50 A la que se aplican las previsiones contenidas en los artículos 75 a 83 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

51 “Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (...) sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos” (artículo 75.1 de la Ley 39/2015).

52 El alcance de los derechos sucesorios hasta el cuarto grado de consanguinidad abarca a padres, hijos, hermanos, nietos, tíos, sobrinos, primos hermanos, bisnietos y sobrinos del causante.

53 “(...) reunirá las pruebas que acrediten la concurrencia de los presupuestos de la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, a cuyo efecto podrá reclamar de las autoridades y oficinas públicas cuantos datos y documentos considere necesarios”.

54 A efectos de la adecuación reglamentaria, y según disponen las Directrices de Técnica Normativa del Gobierno de Aragón, en los reglamentos de desarrollo debe evitarse tanto la reproducción literal innecesaria de los preceptos legales, sin contribuir a mejorar su comprensión, como reproducirlos con matices que puedan generar alguna confusión (Directrices de Técnica Normativa publicadas mediante Orden de 31 de mayo de 2013, del Consejero de Presidencia y Justicia, en el Boletín Oficial de Aragón de 19 de junio de 2013).

lugar de referirlo a cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia como hace la ley procedimental, lo permite siempre “con anterioridad a la resolución del procedimiento”.

Para la concreción e identificación de los interesados en este procedimiento, téngase en cuenta que, además de la remisión genérica al concepto que se configura en el artículo 4 de la Ley 39/2015, el artículo 62.5 nos indica que el denunciante no adquiere automáticamente tal condición por la sola presentación de la denuncia. Pero obviamente así ocurrirá en el caso de una entidad susceptible de recibir la compensación económica o premio que mencionábamos si se persona en el procedimiento como titular de un interés legítimo que pueda resultar afectado por la resolución antes de que ésta recaiga.

Por su parte, resulta preceptivo el informe jurídico como última actuación de la fase de instrucción, puesto que se somete a los servicios jurídicos el expediente completo junto con la propuesta de resolución que será elevada al Gobierno. El informe versará precisamente “sobre la adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal” (artículo 20 bis, apartado 7 de la Ley del Patrimonio), es decir, deberá constatar la correcta tramitación formal del procedimiento, así como confirmar la procedencia de los derechos sucesorios de la Administración autonómica a la vista de los datos obrantes en el expediente.

#### **D) Terminación: modalidades, formalidades y supuestos**

Situándonos ya en la última fase del procedimiento, en cuanto a la finalización se contemplan diversas modalidades de resolución del mismo. La principal de ellas o la que podemos considerar ‘normal’ es la declaración de la Comunidad Autónoma como heredera legal (artículo 20 bis, apartado 8). Los aspectos formales más destacados de esta declaración administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 bis, apartado 8 de la Ley del Patrimonio, se resumen en las siguientes notas características:

- a) el órgano competente es el Gobierno de Aragón;
- b) la resolución adopta la forma de Decreto, que es la que corresponde a las decisiones más relevantes del Gobierno, esto es, las que aprueban disposiciones de carácter general y aquellas resoluciones que deben adoptar dicha forma conforme al ordenamiento jurídico<sup>55</sup>;
- c) la naturaleza jurídica de la misma es la propia de un acto administrativo, resolución administrativa finalizadora de un procedimiento no reglamentario, puesto que al adoptarla no se está innovando el ordenamiento jurídico, no se ejerce una potestad reglamentaria que da lugar a la creación de una nueva norma jurídica o disposición administrativa de carácter general, sino que simplemente se aplica a una situación o caso concreto el conjunto ordinamental vigente en la

---

<sup>55</sup> Así lo dispone el artículo 19 de la Ley 2/2009, de 11 mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, según el cual tales Decretos serán firmados por el Presidente y el Consejero proponente.

materia (legal y reglamentario) siguiendo el principio de legalidad propio del actuar administrativo;

d) el plazo máximo para adoptarla es de un año, produciéndose en caso contrario la consecuencia aludida con anterioridad, el archivo del expediente según las normas antecitadas contenidas en los artículos correspondientes de la Ley 39/2015 respecto a la obligación de resolver en plazo<sup>56</sup>;

e) se somete a las mismas reglas de publicidad que la Orden de incoación del procedimiento, por lo que el Decreto de resolución deberá publicarse en aquellos medios en los que se hubiera anunciado la iniciación del expediente: en el Boletín Oficial de Aragón<sup>57</sup>, en la página web del Gobierno de Aragón en el lugar correspondiente del Departamento competente en materia de patrimonio<sup>58</sup> y en los mismos tablones de anuncios municipales y, en su caso, en los medios adicionales de difusión que hubieran sido utilizados.

f) en algunos casos, el Decreto debe además comunicarse a la autoridad judicial (al órgano jurisdiccional que estuviese conociendo, en su caso, de la intervención del caudal hereditario)<sup>59</sup> o notificarse de manera personal a determinados individuos (aquellos a los que se considere con derecho a heredar, a los que procede poner en conocimiento de la resolución administrativa finalizadora del procedimiento en la que se declare la improcedencia de la sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma a los efectos oportunos). En estos supuestos la comunicación individualizada aparece como un mecanismo específico de garantía de conocimiento de los destinatarios de la misma, complementario de la difusión general perseguida por los medios anteriormente referidos.

---

<sup>56</sup> Y sin perjuicio de admitir la posibilidad excepcional de ampliar motivadamente el plazo máximo para resolver y notificar (artículo 23) o, eventualmente, de suspender dicho plazo máximo en alguno de los supuestos reflejados en el artículo 22.1, entre los que destacamos el de la letra d), que habilita, en conexión con el artículo 80.3, la suspensión del plazo máximo desde la solicitud de un informe preceptivo (como sería en nuestro supuesto el de los servicios jurídicos) hasta su recepción por el órgano solicitante, como mucho durante tres meses puesto que transcurrido este plazo deberá proseguirse el procedimiento. A propósito de esta novedad, debe recordarse la acertada advertencia del Consejo Estado sobre idéntico texto del artículo 36.1.d) del anteproyecto legal señalando que “aun cuando nada impide que, ante la falta de recepción de un informe, puedan continuar las actuaciones a través de las *subsiguientes fases del procedimiento, éste no podrá ser resuelto expresamente en cuanto al fondo en tanto no hayan sido emitidos todos los informes preceptivos que hayan de recabarse*” (Dictamen 275/2015, de 29 de abril, sobre el anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

<sup>57</sup> Pueden citarse como ejemplo los Decretos 76, 77 y 78/2016, de 14 de junio, por los que se declara la Comunidad Autónoma de Aragón como heredera legal de D.<sup>a</sup> Josefa Martín Hernando, D. Miguel Ángel Samitier Malón y D. Miguel Flores Alonso, respectivamente, que son los primeros que derivan de la aplicación del nuevo sistema de exclusiva declaración administrativa (publicados en el Boletín Oficial de 24 de junio), el Decreto 89/2016, de 28 de junio (de D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Pilar Lozano Sariñena, en el Boletín de 7 de julio), los Decretos 110, 111 y 112/2016, de 26 de julio (de D.<sup>a</sup> Alejandra Herrando Fuertes, Antonio Dionisio Yun y D.<sup>a</sup> Pilar Pérez Santiberi, en el Boletín de 3 de agosto), los Decretos 132 y 133/2016, de 13 de septiembre (de D. Antonio Pac Morillo y D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Pilar Sánchez Perín, Boletín de 21 de septiembre), el Decreto 149/2016, de 11 de octubre (de D. Manuel Solano Garcés, Boletín de 20 de octubre), los Decretos 163, 164 y 165 /2016, de 8 de noviembre (D. Félix Sánchez Sánchez, D. Francisco Gutiérrez Rubio y D. Manuel Jerónimo Gayo García, Boletín de 17 de noviembre), el Decreto 171/2016, de 22 de noviembre (de D.<sup>a</sup> Manuela Sebastián Esteban, Boletín de 1 de diciembre) y el Decreto 181/2016, de 13 de diciembre (de D.<sup>a</sup> Trinidad Campo Castejón, Boletín de 20 de diciembre).

<sup>58</sup> En la misma dirección citada anteriormente dentro del Departamento de Hacienda y Administración Pública, en el área temática de patrimonio y en el enlace correspondiente a sucesión legal donde aparecen los anuncios se accede también durante algún tiempo a los Decretos más recientes de declaración de la Comunidad Autónoma como heredera legal.

<sup>59</sup> Conforme a las previsiones de los artículos 790 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, tendentes al aseguramiento de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto.

Hemos de aludir a un modo de finalización del procedimiento que puede calificarse de anómalo o anormal frente a la considerada como terminación normal. El artículo 6.4 del Decreto 185/2014 prevé el archivo del expediente cuando la fase instructora dé lugar a concluir, como consecuencia de las averiguaciones realizadas, que se produce alguna de estas situaciones: que no existan bienes en la herencia, que no se localicen los mismos o que su valor no supere los gastos de tramitación. En tales casos se permite al Consejero que pueda archivar el expediente. Es una posibilidad similar (aunque no absolutamente idéntica) a la que se recoge en la norma reglamentaria estatal<sup>60</sup>.

En realidad, el archivo de expediente lo podemos calificar técnicamente como desistimiento de la Administración, modalidad de finalización de los procedimientos iniciados de oficio que aparece hoy recogida en el artículo 93 de la Ley 39/2015: “la Administración podrá desistir, motivadamente, en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes”. De acuerdo con este precepto, en conexión con el artículo 20 bis, apartado 8, de la Ley del Patrimonio como ley sectorial que concreta los supuestos y los requisitos habilitantes del desistimiento en materia de sucesión legal en beneficio de la Comunidad Autónoma, habría que entender que el Gobierno de Aragón puede llevar a cabo el desistimiento, con archivo del expediente, por resultar improcedente la sucesión legal de la Comunidad por los motivos que han resultado acreditados en el mismo<sup>61</sup>.

En mi opinión, los motivos de desistimiento a los que da cobertura dicha norma legal se deberían referir únicamente a la falta de cumplimiento de los requisitos de la sucesión legal según el artículo 535 del Código de Derecho Foral de Aragón, a saber: que no exista causante o que no tuviera vecindad civil aragonesa o que hubiera realizado disposición voluntaria válida y eficaz o que existan personas con preferencia a heredar<sup>62</sup>. Se trata inequívocamente de casos en los que resulta coherente la finalización del procedimiento precisamente por esa causa que hace de todo punto improcedente la sucesión legal por parte de la Comunidad Autónoma.

Lo anteriormente expuesto conduciría, en definitiva, a considerar derogado el artículo 6.4 del Decreto 185/2014 tal como aparece actualmente redactado, a pesar de que no fue objeto de derogación expresa por la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>63</sup>. Y otro tanto hemos de decir del artículo 7.2 del mismo Reglamento aragonés, de

---

60 “No obstante, si en la masa hereditaria no figurasen bienes inmuebles o éstos no se localizasen, y el valor de los bienes muebles que pudieran formar el caudal previsiblemente no supere los gastos de tramitación del expediente, tales como los de publicación de anuncios, los de depósito de bienes, o los procesales por la práctica de prueba testifical, la Dirección General del Patrimonio del Estado podrá acordar el archivo del expediente” (artículo 8.2, segundo inciso, del Reglamento de desarrollo de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

61 Aun siendo clara la dicción literal del precepto al atribuir al Gobierno la competencia resolutoria tanto para la declaración de la sucesión legal como su improcedencia, pudiera resultar suficiente para declarar ésta última dando fin al procedimiento y archivando el expediente utilizar el mismo medio e idéntico órgano previstos para la incoación (Orden del Consejero), por lo que no parecería impertinente una modificación legal en este sentido.

62 BAYOD LOPEZ, “La sucesión legal en el Código del Derecho Foral de Aragón”, Revista de Derecho Civil Aragón 2012, XVIII, pág. 114.

63 Disposición derogatoria única. 2 e) de la Ley 2/2016.

manera todavía más clara por contradecir de forma expresa y frontal lo dispuesto en el artículo 20 ter, apartado 2, de la Ley del Patrimonio de Aragón.

En efecto, una modalidad de finalización diferente es la repudiación, hoy en día claramente establecida por el artículo 20 ter, apartado 2, de la Ley del Patrimonio de Aragón que se pronuncia taxativa e imperativamente al respecto. Cuando del procedimiento seguido resulte indubitado que el valor de las deudas del causante es superior al valor de los bienes a heredar por la Comunidad Autónoma, deberá repudiarse la herencia.

Es significativo el tenor literal del precepto legal -“se aprobará la repudiación de la herencia”- frente al carácter potestativo -“podrá repudiar la herencia”- del antecedente texto reglamentario (el artículo 7.2 del Decreto 185/2014), así como la diferenciación que puede detectarse entre, por un lado, esta norma del régimen jurídico de la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma y, por otro, la libertad característica y eje central de los derechos de las personas, incluido el derecho a repudiar la herencia, habida cuenta que, como proclama el artículo 342 del Código de Derecho Foral de Aragón, “el llamado a una herencia podrá libremente aceptarla o repudiarla”.

Por el contrario, la Administración carece de esa libertad, de manera que en tales circunstancias antieconómicas y más allá de la regla tradicional de la aceptación a beneficio de inventario o limitada a las fuerzas de la herencia, incorporada además en el artículo 20 ter, apartado 1, de la Ley del Patrimonio de Aragón (al igual que en el 21.2, respecto a las herencias testamentarias y disposiciones a título gratuito, legados y donaciones), como ocurre de manera generalizada en toda la legislación patrimonial autonómica<sup>64</sup>, debe repudiar la herencia, lo que producirá los efectos previstos en la legislación civil<sup>65</sup>. En cuanto a las formalidades exigidas para la repudiación, nótese que serán las mismas que para la declaración de la sucesión legal: previo informe de los servicios jurídicos (formulado aquí de manera más adecuada como de la Dirección General de Servicios Jurídicos frente a la peculiar redacción del artículo 20 bis, apartado 7 que habla de someter el expediente “a los Letrados de los Servicios Jurídicos”) y acuerdo del Gobierno de Aragón.

Desde nuestra perspectiva jurídica, no podemos obviar que esta norma resulta coherente con el pleno sometimiento de la Administración a la ley y al

---

<sup>64</sup> Así puede verse en los preceptos correspondientes de las respectivas normas legales: artículo 80 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, artículo 26 de la ley asturiana (Ley 1/1991, de 21 de febrero, del Principado de Asturias), artículo 21.1 de la de Canarias (Ley 6/2006, de 17 de julio), artículo 47.5 de la de Cantabria (Ley 3/2006, de 18 de abril), artículo 48.3 de la de Castilla-La Mancha (Ley 6/1985, de 13 de noviembre), artículo 96.1 de la de Castilla y León (Ley 11/2006, de 26 de octubre), artículo 12 bis.2 de la de Cataluña (texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre), 91.2 de la de Extremadura (Ley 2/2008, de 16 de junio), artículo 39.3 de la de Euskadi (texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre), artículo 56.4 de la de Galicia (Ley 5/2011, de 30 de septiembre), artículo 41.1 de la balear (Ley 6/2001, de 11 de abril, de las Islas Baleares), artículo 50.3 de la riojana (Ley 11/2005, de 19 de octubre, de La Rioja), artículo 40.3 de la madrileña (Ley 3/2001, de 21 de junio, de la Comunidad de Madrid), artículo 46.4 de la de Murcia (Ley 3/1992, de 30 de julio), artículos 24.3 y 24.7 de la de Navarra (Ley Foral 14/2007, de 4 de abril) y artículo 43.4 de la valenciana (Ley 14/2003, de 10 de abril, de la Comunidad Valenciana).

<sup>65</sup> Según el artículo 352 del Código de Derecho Foral de Aragón, “a todos los efectos legales, se entenderá que el que repudia la herencia deferida a su favor no ha sido llamado nunca a ella”.

Derecho, no solamente en términos abstractos y formalistas por la interpretación literal del precepto, sino también por la interpretación sistemática de todo el Ordenamiento en un contexto normativo de rigurosa exigencia, en todos los órdenes y a todos los niveles, de las implicaciones de los principios constitucionales de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Estos novedosos principios constitucionales, que se han derramado desde el artículo 135 de la Constitución impregnándolo y empapándolo todo<sup>66</sup>, se encuentran igualmente en el fundamento de la norma que comentamos, puesto que carece por completo de sentido heredar cuando se tiene absolutamente claro que no se podrá cumplir el destino o la finalidad social que exclusivamente tiene la sucesión legal, la cual no se puede entender en ningún caso como una suerte de socialización del riesgo o, mejor expresado, de las deudas libremente contraídas.

Dicho de otro modo, las finalidades de carácter social que se pueden atender con aquellos patrimonios que, a falta de sucesor (incluso si esa situación resulta de haber sido libremente repudiada la herencia por los herederos), pasarán en su caso a manos de la Administración de la Comunidad Autónoma, sin merma alguna de los recursos públicos disponibles y sin afectar por tanto negativamente a la sostenibilidad financiera de la hacienda pública, es lo que verdaderamente legitima la propia existencia de la sucesión legal en beneficio de la Comunidad Autónoma. También parece adecuado desde el punto de vista de la seguridad jurídica en relación con la Administración, sin fiarlo todo al régimen de limitación de responsabilidad al saldo positivo de la liquidación del caudal hereditario cuando ya es sabido con certeza que no habrá tal.

Para terminar lo relacionado en sentido estricto con el procedimiento administrativo, un par de advertencias en forma de reflexión sobre el régimen jurídico de los recursos al que se refiere el artículo 20 bis, apartado 10, de la Ley del Patrimonio de Aragón<sup>67</sup>. Me refiero a que su formulación en forma aparentemente restrictiva (*“los actos administrativos dictados en el procedimiento previsto en este artículo solo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa”*) plantea varios problemas. Efectivamente, pudiera darse a entender que se quiere introducir alguna suerte de restricción o excepción a la recurribilidad de las actuaciones que se suceden en el ‘iter’ procedimental que ha quedado expuesto en las páginas anteriores. Nada más lejos de la realidad, sin embargo, dado que todos los actos concernidos serán o no susceptibles de recurso ante la jurisdicción en aplicación de las normas de general aplicación en la materia, resultantes de conjugar las disposiciones de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común con las de la Ley reguladora de la

---

<sup>66</sup> Véase, en general, EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, IUSTEL, 2012; y en particular, PEMÁN GAVÍN, “Crisis económica y cambios institucionales en Europa y en España. Algunas reflexiones en torno a la crisis y las enseñanzas derivadas de la misma”, en EZQUERA HUERVA (Director), *Crisis Económica y Derecho Administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Aranzadi, 2016, págs. 47 y ss., así como, en el mismo volumen, BOTO ALVAREZ, “La reordenación de las estructuras administrativas como mecanismo de reducción del gasto público: tendencias globales”, págs. 143 y ss. Una visión de síntesis en LAGUNA DE PAZ, *Derecho Administrativo Económico*, Aranzadi, 2016, págs. 397 y ss.

<sup>67</sup> Que constituye copia prácticamente literal del artículo 20 bis, apartado 8, de la Ley de Patrimonio estatal.

Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), habida cuenta que ésta exige, precisamente, como requisito de acceso al control judicial de la actividad de las Administraciones Públicas, el previo agotamiento de la vía administrativa<sup>68</sup>.

De manera complementaria, no podemos obviar tampoco que el derecho fundamental a la tutela judicial proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos y proscribiendo cualquier clase de indefensión, consiste esencialmente en asegurar el acceso a la jurisdicción con el amplio contenido que se le ha reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>69</sup>. Por supuesto, las diferentes dimensiones o vertientes del mismo, entre las cuales se incluye el derecho a dirigirse al órgano judicial competente ejercitando cualquier tipo de pretensión, no pueden limitarse legalmente para un supuesto o materia concreta como la que nos ocupa del mismo modo que no se limitan genéricamente en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las pretensiones ejercitables por las partes<sup>70</sup>.

En consecuencia, los motivos por los que cabrá recurrir ante la jurisdicción contenciosa los actos susceptibles de recurso dictados en el procedimiento administrativo de declaración de la Administración autonómica como heredera legal serán cualesquiera infracciones legales que en los mismos puedan haberse cometido, ya sean meramente formales, como las atinentes a la forma y a los trámites procedimentales que deban observarse, como sustanciales o de fondo por contravenir alguna norma legal o disposición administrativa de carácter general.

Resulta anecdótica, por otra parte, la mención en el texto legal aragonés de una modalidad impugnatoria especial (la reclamación administrativa previa a la vía judicial civil) desterrada de nuestro ordenamiento desde la entrada en vigor de la nueva legislación procedimental común, que la suprime “debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha”<sup>71</sup>. De este modo, quien se considere perjudicado en sus derechos por la declaración de heredero legal de la Comunidad Autónoma podrá acudir directamente a la jurisdicción ordinaria ejercitando las acciones pertinentes en defensa de su mejor derecho a la herencia, o cualesquiera otros de carácter civil, sin necesidad ya de ofrecer con carácter previo a la Administración la posibilidad de pronunciarse al respecto o simplemente

---

68 Dispone a este respecto el artículo 25.1 de la ley jurisdiccional que “*el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*”, con implícita remisión a los preceptos concordantes de la ley procedimental y a las normas de organización y régimen jurídico de la Administración actuante. Ello puede dar lugar, en su caso, a que se dicte sentencia en la que se declare la inadmisibilidad del recurso (artículos 68 y 69).

69 GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, 3ª ed., 2001.

70 Artículos 31 y siguientes de la Ley 29/1998.

71 Apartado V de la exposición de motivos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: “*De acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas*”.

de conocer el anuncio de la futura pretensión a la que debería enfrentarse en sede jurisdiccional<sup>72</sup>.

### **E) Un apunte sobre los efectos de la declaración y la distribución del caudal hereditario en clave de futuro**

Finalmente, la perspectiva más práctica se impone en relación con los efectos de la declaración de la Comunidad Autónoma como heredera legal a partir del artículo 20 ter, apartados 1 y 7, de la Ley del Patrimonio de Aragón.

Efectivamente, se entiende aceptada la herencia y se toma posesión de los bienes y derechos del causante con objeto de proceder a la liquidación del caudal hereditario y su distribución a favor de establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma conforme a lo dispuesto en el Código del Derecho Foral de Aragón, la ley patrimonial y la normativa reglamentaria de desarrollo.

La Dirección General de Patrimonio se encargará de la conservación y administración de los bienes y derechos de la herencia, pudiendo incluso reconocer deudas con cargo a la misma y abonar gastos que no sean propiamente de administración, para lo que se exige la emisión de informe por parte de los Servicios Jurídicos (entendiendo que sean actuaciones que presentan una especial complejidad jurídica). A estos efectos, se podrán adoptar, en su caso, todas las medidas para su adecuada conservación y administración como las que relaciona específicamente el artículo 10.1 del Decreto 185/2014: la depuración física y jurídica, la valoración de los bienes, la inscripción de la titularidad autonómica en el Registro de la Propiedad o el aprovechamiento y la explotación de los bienes inmuebles conforme a criterios de rentabilidad.

Salvo excepción acordada por el Gobierno de Aragón en determinados casos de bienes como, por ejemplo, los susceptibles de afectación a fines o servicios públicos, ya sean sociales o de otra índole, así como a entidades susceptibles de ser beneficiarias del reparto<sup>73</sup>, el destino de los bienes heredados es su enajenación<sup>74</sup> de cara a poder liquidar el caudal hereditario y aprobar la cuenta general del abintestato que refleje todos los ingresos generados y los gastos abonados o pendientes. Entre estos últimos se incluirían también los conceptos, por así decir ordinarios: los producidos por cuenta de la herencia antes de la liquidación y los honorarios profesionales devengados y los gastos realizados en concepto de administración, conservación, adjudicación y liquidación de la masa hereditaria<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> En realidad, el legislador aragonés que en enero de 2016 prácticamente copió como ya se ha visto el texto del artículo 20 bis, apartado 8, de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas en el apartado 7 del artículo 20 bis de la ley patrimonial aragonesa, podría haberse ahorrado dicha mención a la “previa reclamación en vía administrativa conforme a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común” que ya se sabía con un año de antelación (desde la publicación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) que resultaría totalmente vacía de contenido a partir de octubre de 2016.

<sup>73</sup> Véanse estos supuestos de excepción de venta de bienes del caudal hereditario en el artículo 12 del Decreto 185/2014.

<sup>74</sup> Enajenación regida por las reglas competenciales y los procedimientos establecidos para los diferentes supuestos (licitación pública, venta directa...) y las distintas clases de bienes en los artículos 44 y ss. de la Ley del Patrimonio de Aragón. Véase SETUAIN MENDÍA, “El patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón”, en EMBID IRUJO (Director), *Derecho Público Aragonés*, El Justicia de Aragón-Ibercaja, 5ª ed., 2014, págs. 1001 y ss

<sup>75</sup> A estos efectos, contemplados en el artículo 13, el reglamento aragonés autoriza la creación de una suerte de fondo especial mediante la detracción de un porcentaje del metálico ingresado en cada caso para poder hacer frente a los gastos precisos en aquellos otros supuestos en que no se disponga de metálico en la propia herencia.

Aprobada la cuenta general de liquidación del caudal hereditario, o bien formulada cuenta parcial en relación con los bienes y derechos que ya se hubiesen liquidado habiendo transcurrido más de un año desde la declaración<sup>76</sup>, entra en juego el órgano específicamente encargado de llevar a cabo la distribución para hacer finalmente efectivo el destino querido por las normas ordenadoras de la sucesión legal -los establecimientos de asistencia social que cumplan los requisitos exigidos- y cuyo control se encomienda a la Dirección General de Patrimonio. De ello se ocupa la pormenorizada regulación contenida en los artículos 15 a 24 del Reglamento aragonés en torno a la composición, funcionamiento y procedimiento seguido por la llamada Junta Distribuidora de Herencias de la Comunidad Autónoma de Aragón<sup>77</sup>.

A pesar de su evocadora denominación, la Junta Distribuidora de Herencias no es otra cosa que un órgano colegiado especial y especializado de la Administración autonómica, a cuyo régimen jurídico general se remite<sup>78</sup>.

La Junta Distribuidora debe reunirse, al menos, una vez al año según indica el artículo 18<sup>79</sup>, anunciándolo en el Boletín Oficial de Aragón, al menos, con un mes de antelación indicando el “detalle de la herencia o herencias cuya distribución se decidirá en esa sesión, identificando al causante, su lugar de fallecimiento, y la cuantía a distribuir” para que las entidades interesadas puedan realizar las alegaciones y solicitudes que tengan por conveniente.

Las reuniones tienen como principal misión, además de otras funciones accesorias o instrumentales de ésta, adoptar los acuerdos pertinentes para la asignación de los recursos procedentes de las herencias recibidas, conforme a lo que dispone el artículo 535 del Código del Derecho Foral de Aragón: *“la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio”*.

Y así llegamos a la estación término de este recorrido, donde vamos a dar por finalizada la exposición con el propósito marcado al principio por cuanto surge además una duda que lanzamos al aire, dejándola simplemente esbozada con toda su potencialidad, para reconsiderar seriamente la conveniencia de modificar

---

<sup>76</sup> En el artículo 14.2 del Decreto 185/2014 sigue apareciendo la expresión anacrónica “declaración judicial de herederos”, al igual que en el artículo 17 c).

<sup>77</sup> En la misma dirección web citada anteriormente dentro del Departamento de Hacienda y Administración Pública, en el área temática de patrimonio existe un enlace específico de la Junta Distribuidora donde se ofrece una mínima información a modo de síntesis, incluyendo una expresiva representación gráfica de las cantidades repartidas desde el año 2001 al año 2016, así como una relación de los acuerdos adoptados, a los que se puede acceder mediante el correspondiente enlace a su publicación en el Boletín Oficial.

<sup>78</sup> Actualmente, se remite a los artículos 25 y ss. de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2001, de 3 julio).

<sup>79</sup> Véase, por ejemplo, el publicado en el Boletín Oficial de 6 de junio de 2016, así como el subsiguiente anuncio de la Junta por el que se hace pública la distribución de los patrimonios hereditarios acordada en su reunión de 20 de julio de 2016, publicado en el Boletín de 2 de agosto. En esa reunión, por cierto, casi todo el caudal distribuido pertenece todavía a la que ha sido la mayor herencia recibida por la Comunidad Autónoma en toda su historia y de gran interés desde todos los puntos de vista (véase el relato de las peripecias jurídicas por las que atravesó el complicado proceso seguido hasta hacerse con la misma en DE PEDRO BONET, “Crónica Jurídica sobre la herencia de D. Elías Alfredo Martínez Santiago”, Revista de Derecho Civil Aragonés 2003-2004, IX-X, págs. 107 y ss.).

estos últimos aspectos en los que se materializa la sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma ¿Tiene sentido hoy en día, en pleno siglo XXI, en las condiciones de la sociedad aragonesa actual -valga decir sociedad a secas, como se deduce también de la evolución experimentada en las sucesivas modificaciones del Código Civil- el reduccionismo que lo vincula todo a un concreto lugar o término municipal, una concepción tan vinculada a la arcaica noción del benefactor local y a la escasa o nula capacidad de atención social o incluso de movilización de los necesitados paralela a su mismo arraigo local?

Tanto más cuanto que la posible generalización de decisiones que se sitúan en el terreno de la excepción al carácter preferente del destino legalmente querido (los radicados en un determinado punto geográfico vinculado al causante precisamente), también la dificultad o imposibilidad del control legal de tales decisiones excepcionadoras, convergen con las incertidumbres que pueden plantearse por una hipotética consideración de los fondos distribuidos por la Junta Distribuidora como partícipes, en mayor o menor medida, de la naturaleza jurídica subvencional, con la consiguiente aplicación del singularísimo y específico bloque normativo estatal y autonómico<sup>80</sup>.

En definitiva, a mi juicio, y persiguiendo en gran medida el objetivo de la simplificación administrativa y normativa en general, si se encaminara el legislador aragonés hacia soluciones legales en el ámbito foral y patrimonial ya apuntadas en algún ordenamiento autonómico como el navarro y, parcialmente, en el estatal, la nada descabellada opción de que los caudales heredados pasaran directamente a los presupuestos de la Comunidad Autónoma en aquellas partidas que se consideren adecuadas dentro del ámbito social (con concreción en el ejercicio presupuestario inmediato posterior a su adquisición) serviría quizás de manera mucho más eficiente al cumplimiento de los mismos objetivos que ahora se satisfacen. Todo ello sin la necesidad de la 'intermediación' que realiza un órgano como la Junta Distribuidora que, en consecuencia, sería prescindible.

El camino por recorrer sería distinto en función de la alternativa que se considerase más adecuada y dependería en unos casos solamente de la decisión del Gobierno de Aragón mientras que en otros debería involucrarse al legislativo acordando en las Cortes de Aragón las reformas legales oportunas tanto en la Ley del Patrimonio de Aragón como en el Código del Derecho Foral, sobre todo este último para la reforma más ambiciosa necesariamente. En el primer escenario sugerido cabrían incluso argumentos tan diferentes, de menor a mayor "tensión dramática" y alcance técnico de la operación normativa, como modificar parcialmente el Decreto 185/2014 para depurarlo técnicamente y encajarlo del todo en la lógica del sistema de la sucesión legal en cuanto declaración administrativa y no judicial o sustituirlo por uno enteramente nuevo, situación esta

---

<sup>80</sup> Se hace necesario el estudio en profundidad de esta hipótesis que surge a la vista de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, al conceptuar como subvención toda disposición dineraria de una Administración pública sin contraprestación directa de los beneficiarios, sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo o la realización de una actividad (ya desarrollada o por desarrollar) y que tenga por objeto fomentar una actividad de utilidad pública o interés social, habida cuenta que no parece aplicable ninguna de las exclusiones que recoge el citado precepto (concepto, en consecuencia, acogido en la Ley 5/2015, de 25 de marzo, de Subvenciones de Aragón).

última en la que podría incorporarse, si se determinara de manera concluyente que resulta jurídicamente procedente, todo lo que fuera consecuente con una eventual consideración de los fondos distribuidos como subvención.

En cualquier caso, debería realizarse el análisis jurídico detenido y el esfuerzo argumentativo necesario en la correspondiente memoria justificativa que debería acompañar a cualquier proyecto normativo legal o reglamentario, como recuerda habitualmente el Consejo Consultivo de Aragón<sup>81</sup>.

---

81 Resulta oportuna nuevamente la cita del Dictamen 160/2014 del Consejo Consultivo de Aragón, emitido el 4 de noviembre de 2014, sobre el proyecto de Decreto sobre regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, y los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas (que acabó siendo el Decreto 185/2014, de 18 de noviembre), aludiendo a la necesidad de conocer el soporte fáctico que determina la necesidad de la norma, así como los efectos que se espera sean producidos por ésta: *“En el caso en cuestión, aunque sin extensión, se explica adecuadamente que durante los catorce años de vigencia del ‘Decreto 191/2000, de 7 de noviembre, sobre regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón y en los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas’, hoy vigente, han sido tramitados más de trescientos expedientes y que con el proyecto pretendido se persigue mantener lo esencial de esta norma, si bien introduciendo modificaciones con la finalidad de clarificar, simplificar y agilizar el procedimiento, siendo relatadas, además cuales son las principales novedades introducidas respecto de la normativa que pretende ser sustituida (se echa en falta, no obstante, un cuadro estadístico por años, por materias y por problemas surgidos en la gestión, y sería bueno conocer, la relevancia económica que implica la aplicación de la norma en términos anuales –sí se ha publicado en prensa, por ejemplo, que en España el Estado heredó en el período comprendido entre 1995 y 2005 la nada despreciable cifra de 34 millones de euros en concepto de 951 herencias, con una media de 36.000 euros por cada una de ellas. La Xunta de Galicia recibió entre 2003 y 2006 cerca de 822.000 euros de 16 personas que se murieron sin dejar testamento. Y que entre 2004 y 2006, la Generalitat de Cataluña recibió por el mismo concepto 6,8 millones de euros de 49 herencias, no se presenta congruente que informaciones de este porte no aparezcan en el trámite de disposiciones jurídicas tendentes a normar la obtención de estos ingresos)”*.





## ÍNDICE DE LOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS CELEBRADOS HASTA LA ACTUALIDAD

### I ENCUENTRO

#### La vecindad civil

Ponente: **D. Cecilio Serena Velloso**, *Magistrado del Tribunal Supremo*

Colaboradores: **D. Mauricio Murillo García Atance**, *Juez Decano de 1ª Instancia de Zaragoza* y **D. Honorio Romero Herrero**, *Notario*

#### Capacidad y representación de menores

Ponente: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil*

Colaboradores: **D. José L. Batalla Carilla**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Ricardo Giménez Martín**, *Notario*

#### La viudedad y el derecho expectante de viudedad

Ponente: **D. Francisco Sancho Rebullida**, *Catedrático de Derecho Civil y Abogado*

Colaboradores: **D. Ramón Torrente Giménez**, *Abogado* y **D. José Joaquín Oria Liria**, *Registrador de la Propiedad*

#### La fiducia sucesoria

Ponente: **D. Fernando Zubiri de Salinas**, *Presidente de la Audiencia Provincial de Zaragoza*

Colaboradores: **D.ª Mª Pilar Palazón Valentín**, *Registradora de la Propiedad* y **D. Jesús Martínez Cortés**, *Notario*

### II ENCUENTROS

#### La Junta de Parientes

Ponente: **D. Joaquín Sapena Tomás**, *Notario*

Colaboradores: **D. Javier Lardiés Ruiz**, *Registrador* y **D.ª Gloria Labarta Bertol**, *Abogada*

#### Gestión y Pasivo de la Comunidad Conyugal Aragonesa

Ponente: **D. Joaquín Rams Albesa**, *Catedrático de Derecho Civil*

Colaboradores: **D.ª Rosa Mª Bandrés Sánchez-Cruzat**, *Magistrada del T.S.J.A.* y **D. Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo**, *Abogado*

#### Sucesión paccionada y pacto al más viviente

Ponente: **D. Ángel Cristóbal Montes**, *Catedrático de Derecho Civil*

Colaboradores: **D. Alfredo Sánchez-Rubio García**, *Abogado* y **D. José María Navarro Viñuales**, *Notario*

#### La sucesión intestada: aspectos concretos

Ponente: **D. José Luis Merino y Hernández**, *Notario*

Colaboradores: **D. Vicente García-Rodeja Fernández**, *Magistrado del T.S.J.A.* y **D. Fernando Curiel Lorente**, *Registrador*

### III ENCUENTROS

#### **El Testamento Mancomunado**

Ponente: **D. Fernando García Vicente**, *Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Huesca*

Coponentes: **D. Pedro Albiol Mares**, *Notario* y **D. David Arbués Aísa**, *Abogado*

#### **Las legítimas en Aragón**

Ponente: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario*

Coponentes: **D. Luis A. Gil Nogueras**, *Magistrado* y **D. José Ignacio Martínez Lasierra**, *Abogado*

#### **El artículo 29 de la Compilación**

Ponente: **D. José Manuel Enciso Sánchez**, *Notario*

Coponentes: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado* y **D. Joaquín J. Oria Almudí**, *Registrador*

### IV ENCUENTROS

#### **La Tutela**

Ponente: **D. Gabriel García Cantero**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D.ª Rocío Palá Laguna**, *Asesora del Justicia de Aragón* y **D. Rafael Martínez Díe**, *Notario*

#### **Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón**

Ponente: **D. Alfredo Sánchez-Rubio García**, *Abogado*

Coponentes: **D. Gonzalo Gutiérrez Celma**, *Magistrado* y **D. Francisco Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad*

#### **Instituciones Forales Aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria**

Ponente: **D. José María Navarro Viñuales**, *Notario*

Coponentes: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil* y **D. José Luis Batalla Carilla**, *Registrador*

### V ENCUENTROS

#### **El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres**

Ponente: **D. Gonzalo Gutiérrez Celma**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Enrique Gonzalvo Bueno**, *Registrador de la Propiedad* y **D. David Arbués Aísa**, *Abogado*

#### **La Junta de parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros**

Ponente: **D. Ángel Bonet Navarro**, *Catedrático de Derecho Procesal*

Coponentes: **D. Antonio Luis Pastor Oliver**, *Magistrado* y **D. Emilio Latorre Martínez de Baroja**, *Notario*

#### **La sustitución legal en Aragón (el artículo 141 de la Compilación)**

Ponente: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario*

Coponentes: **D. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz**, *Catedrático de Derecho Civil* y **D. José García Almanzor**, *Registrador de la Propiedad*

### VI ENCUENTROS

#### **La reforma del Derecho Civil aragonés: El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-1881**

Ponentes: **D. Jesús Morales Arrizabalaga**, *Profesor Titular de Historia del Derecho* y **D. Daniel Bellido y Diego Madrazo**, *Abogado*

#### **La reforma del Derecho Civil aragonés: el marco constitucional**

Ponente: **D.ª María Elena Zabalo Escudero**, *Catedrático de Derecho Internacional Privado*

**La reforma del derecho civil aragonés: las experiencias catalana y gallega**

Ponentes: **D. Luis Puig Ferriol**, *Catedrático de Derecho Civil* y **D. Pablo Sande García**, *Magistrado del T.S.J.C. y D. Pablo Sande García*, *Magistrado del T.S.J.G.*

**La reforma del Derecho Civil aragonés: criterios de política legislativa**

Ponente: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil*

**VII ENCUENTROS**

**Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés**

Ponente: **D. Vicente Santos Martínez**, *Catedrático de Derecho Mercantil*

Coponentes: **D. Pablo Casado Burbano**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Eloy Jiménez Pérez**, *Notario*

**La Casación Foral**

Ponente: **D. Ángel Bonet Navarro**, *Catedrático de Derecho Procesal*

Coponentes: **D. Mauricio Murillo y García Atance**, *Magistrado* y **D. José Luis Pueyo Moy**, *Abogado*

**El Consorcio Foral**

Ponente: **D.ª M.ª del Carmen Sánchez-Friera González**, *Profesora Titular de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Pedro Martínez Viamonte**, *Notario* y **D. José Manuel Jarabo Rodés**, *Abogado*

**VIII ENCUENTROS**

**Disposición de bienes inmuebles de menores e incapacitados en Aragón**

Ponente: **D.ª Carmen Samanes Ara**, *Profesora Titular de Derecho Procesal*

Coponentes: **D. Carlos Laliena Sipán**, *Abogado* y **D. Jesús Santos Ruiz de Eguilaz**, *Registrador de la Propiedad*

**Aplicación del Código civil como derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés**

Ponente: **D.ª M.ª del Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Fernando Solsona Abad**, *Juez* y **D. Javier Palazón Valentín**, *Notario*

**El derecho de abolorio**

Ponente: **D. Santiago Serena Puig**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Pedro Gómez López**, *Abogado* y **D.ª Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil*

**IX ENCUENTROS**

**La comunidad hereditaria**

Ponente: **D. Honorio Romero Herrero**, *Notario y Decano del I. Colegio Notarial de Zaragoza*

Coponentes: **D. Carlos Carnicer Díez**, *Abogado y Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza* y **D. Francisco Serrano Gil de Albornoz**, *Abogado del Estado*

**La sustitución legal**

Ponente: **D. José Antonio Serrano García**, *Profesora Titular de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Emilio Molins García-Atance**, *Magistrado* y **D. Antonio Molpeceres Oliete**, *Registrador de la Propiedad*

**La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria**

Ponente: **D. Luis Pastor Eixarch**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Tomás García Cano**, *Notario* y **D. Manuel Pardo Tomás**, *Abogado*

## X ENCUENTROS

### La preterición

Ponente: **D. Francisco Rodríguez Boix**, *Notario*

Coponentes: **D.ª Elena Bellod Fernández de Palencia**, *Profesora Titular de Derecho Civil* y **D.ª Ana Soria Moneva**, *Abogada*

### La responsabilidad del heredero y legatario

Ponente: **D. Ángel Dolado Pérez**, *Magistrado* y **D. Rafael Bernabé Panos**, *Notario*

### Conflictos interregionales en materia de derecho sucesorio aragonés

Ponente: **D.ª Elena Zabalo Escudero**, *Catedrática de Derecho Internacional Privado*

Coponentes: **D.ª Carmen Betegón Sanz**, *Registradora de la Propiedad* y **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario*

## XI ENCUENTROS

### Aceptación y repudiación de la herencia

Ponente: **D. José Luis Merino Hernández**, *Notario*

Coponentes: **D. José Luis Argudo Pérez**, *Profesor Titular de Derecho Civil* y **D. Fermín Hernández Gironella**, *Magistrado*

### La sucesión de empresa familiar en el Derecho Civil aragonés. Aspectos sustantivos

Ponente: **D. Fernando Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad*

Coponentes: **D.ª María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrático de Derecho Civil* y **D. Juan Antonio Yuste González de Rueda**, *Notario*

### La sucesión de la empresa familiar en el Derecho Civil aragonés. Aspectos fiscales

Ponente: **D. Antonio Cayón Galiardo**, *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario*

Coponentes: **D. José María Casas Vilá**, *Abogado* y **D. Javier Garanto Villega**, *Abogado*

## XII ENCUENTROS

### La sucesión troncal

Ponente: **D.ª María Martínez Martínez**, *Profesora de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Fernando Giménez Villar**, *Notario* y **D. Abel Martín Martín**, *Registrador de la Propiedad*

### La protección del patrimonio arqueológico

Ponente: **D. José Luis Moreu Ballonga**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Rafael Alcázar Crevillén**, *Abogado del Estado* y **D. Fernando Zamora Martínez**, *Abogado*

### Derechos de adquisición preferente de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre viviendas protegidas

Ponente: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*

Coponentes: **D. Rosa Aznar Costa**, *Administradora Superior de la D.G.A.* y **D. José Luis Batalla Carilla**, *Registrador de la Propiedad*

### Aspectos jurídicos de las rupturas de las parejas de hecho

Ponente: **D.ª Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil*

Coponentes: **D. María José Balda Medarde**, *Decana del I. Colegio de Abogados de Huesca* y **D. Fidel Cadena Serrano**, *Fiscal*

## XIII ENCUENTROS

### Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón

Ponente: **D. Juan Ignacio Medrano Sánchez**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Francisco Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Luis Ignacio Ortega Alcubierre**, *Decano del I. Colegio de Procuradores de Zaragoza*

**El régimen económico matrimonial de separación de bienes**

Ponente: **D. Jesús Martínez Cortés**, *Notario*

Coponentes: **D. Miguel Lacruz Mantecón**, *Profesor Titular de Derecho Civil* y **D. José Luis Soro Domingo**, *Abogado*

**La responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas en Aragón**

Ponente: **D. Luis Biendicho Gracia**, *Letrado de la Diputación General de Aragón*

Coponentes: **D.ª Teresa Alonso Pérez**, *Profesora Titular de Derecho Civil* y **D. Ángel García Bernués**, *Abogado*

**El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas**

Ponente: **D. Gabriel García Cantero**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Luis Murillo Jaso**, *Letrado de la Diputación General de Aragón* y **D. Benito Soriano Ibáñez**, *Fiscal*

**XIV ENCUENTROS**

**La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial**

Ponente: **D. Javier Forcada Miranda**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Joaquín Guerrero Peyrona**, *Abogado* y **D.ª Belén Madrazo Meléndez**, *Registradora de la Propiedad*

**Régimen de autorización y visado en la transmisión de las viviendas protegidas**

Ponente: **D. Julio César Tejedor Bielsa**, *Profesor Titular de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Joaquín Oria Almudí**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Juan Pardo Defez**, *Notario*

**Extinción del derecho expectante de viudedad**

Ponente: **D. Emilio Latorre Martínez de Baroja**, *Notario*

Coponentes: **D.ª Elena Bellod Fernández de Palencia**, *Profesora Titular de Derecho Civil* y **D.ª María del Carmen Lerma Rodrigo**, *Registradora de la Propiedad*

**El ruido: La reciente respuesta normativa y jurisprudencial**

Ponente: **D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, *Catedrático de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Juan José Arbués Salazar**, *Abogado* y **D. Jesús Olite Cabanillas**, *Asesor del Justicia de Aragón*

**XV ENCUENTROS**

**La institución recíproca de herederos**

Ponente: **D.ª María Martínez Martínez**, *Profesora Titular de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Enrique Carbonell García**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo**, *Abogado*

**Las voluntades anticipadas**

Ponente: **D.ª María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrática de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Tomás García Cano**, *Notario* y **D. José Javier Oliván del Cacho**, *Magistrado*

**El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones**

Ponente: **D. José Luis Moreu Ballonga**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Juan José Brun Aragüés**, *Abogado* y **D.ª Isabel Rufas de Benito**, *Notario*

**El sistema legitimario en la Ley aragonesa de Sucesiones**

Ponente: **D. José Luis Moreu Ballonga**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Juan José Brun Aragüés**, *Abogado* y **D.ª Isabel Rufas de Benito**, *Notario*

**El empadronamiento**

Ponente: **D. Enrique Cáncer Lalanne**, *Magistrado Emérito del T.S.*

Coponentes: **D. Pascual Aguelo Navarro**, *Abogado* y **D. Ricardo Mongay Alcina**, *Secretario de Administración Local*

## XVI ENCUENTROS

### **La disposición intervivos de los bienes del consorcio conyugal aragonés**

Ponente: **D.ª Carmen Bayod López**, *Profesora titular de Derecho Civil*

CopONENTES: **D.ª Teresa Cruz Gisbert**, *Notario* y **D.ª Isabel de Salas Murillo**, *Registradora de la Propiedad*

### **La liquidación del consorcio conyugal aragonés**

Ponente: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Decano del Colegio de Notarios*

CopONENTES: **D. Francisco Javier Forcada Miranda**, *Magistrado* y **D. Javier Sancho-Arroyo López-Rioboo**, *Abogado*

### **Urbanismo y medioambiente**

Ponente: **D. Pedro Fandós Pons**, *Registrador de la Propiedad*

CopONENTES: **D. Jesús López Martín**, *Asesor del Justicia de Aragón* y **D. José Manuel Marraco Espinos**, *Abogado*

### **Problemas jurídicos de la transformación de secano a regadío y mejora de los regadíos**

Ponente: **D. Alberto Ballarín Marcial**, *Notario*

CopONENTES: **D. José Luis Castellano Prats**, *Administrador Superior de la escala de Ingeniero Agrónomo de la D.G.A. y Licenciado en Derecho* y **D. Álvaro Enrech Val**, *Abogado*

## XVII ENCUENTROS

### **La Junta de Parientes en la nueva regulación de la Ley del Derecho de la Persona: composición y funcionamiento**

Ponente: **D. Fernando Agustín Bonaga**, *Notario*

CopONENTES: **D. José Luis Argudo Périz**, *Profesor Titular de E. U. Derecho Civil* y **D. David Arbués Aísa**, *Abogado y miembro de la Comisión de Derecho Civil*

### **Los menores e incapacitados en situación de desamparo**

Ponente: **D. Luis Carlos Martín Osante**, *Magistrado del Juzgado de Menores*

CopONENTES: **D.ª Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil* y **D. Carlos Sancho Casajús**, *Fiscal de Menores*

### **Régimen jurídico de las urbanizaciones privadas**

Ponente: **D. Dimitry Berberoff Ayuda**, *Magistrado de lo Contencioso Administrativo del T.S.J.C. y Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

CopONENTES: **D. Francisco Javier Lardiés Ruiz**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Ignacio Pemán Gavín**, *Abogado*

### **La disposición de bienes de menores e incapacitados**

Ponente: **D. Luis Alberto Gil Nogueras**, *Magistrado*

CopONENTES: **D. Luis Arturo Pérez Collados**, *Notario* y **D. Alberto Manuel Adán García**, *Registrador de la Propiedad*.

## XVIII ENCUESTRO

### **Fiscalidad de las Instituciones Aragonesas de Derecho Privado**

Ponente: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*

CopONENTES: **D. Manuel Guedea Martín**, *Letrado de la D.G.A.* y **D. Javier Hernanz Alcaide**, *Registrador de la Propiedad*

### **Derecho de la Personalidad de los menores en Aragón**

Ponente: **D. Carlos Sancho Casajús**, *Fiscal de Menores*

CopONENTES: **D.ª Carmen Gracia de Val**, *Notaria* y **D.ª Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil*

**Usufructo viudal de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad**

Ponente: **D. José Luis Merino Hernández**, *Notario*

Coponentes: **D.ª María Biesa Hernández**, *Licenciada en Derecho, Departamento de Riesgos de la CAI* y **D. Pablo Escudero Ranera**, *Abogado*

**Aplicación del Derecho Civil (aragonés) a los extranjeros**

Ponente: **D. José Ignacio Martínez Lasierra**, *Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del T.S.J.A.*

Coponentes: **D. Javier Pérez Milla**, *Profesor Titular de Derecho Internacional Privado* y **D.ª Montserrat Vicens Burgues**, *Abogada*

**XIX ENCUENTROS**

**Diez años de la Ley de Sucesiones por causa de muerte**

Ponente: **D. José María Navarro Viñuales**, *Notario*

Coponentes: **D. Fernando Zubiri de Salinas**, *Presidente del T.S.J.A.* y **D. Manuel Guedea Martín**, *Letrado de la D.G.A.*

**Concurso de acreedores y consorcio conyugal**

Ponente: **D.ª María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrática de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Fernando Curiel Lorente**, *Registrador del Registro Mercantil* y **D. Juan Francisco Herrero Perezagua**, *Profesor Titular de Derecho Procesal*

**Transmisión de la vivienda protegida**

Ponente: **D. José Luis Castellano Prats**, *Director de la Agencia de Planeamiento de la D.P.Z.*

Coponentes: **D. Juan Pardo Defez**, *Notario* y **D. Francisco Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad*

**Cuestiones prácticas para urbanistas sobre la Ley de Urbanismo de Aragón**

Ponente: **D. José Bermejo Vera**, *Catedrático de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Juan Carlos Zapata Híjar**, *Magistrado de lo Contencioso Administrativo* y **D. José Rubio Pérez**, *Abogado*

**XX ENCUENTROS**

**Enajenación de bienes de entidades locales**

Ponente: **D. José María Gimeno Feliú**, *Catedrático de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Miguel Temprado Aguado**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Jesús Colás Tena**, *Oficial Mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza*

**El derecho de abolitorio en la nueva Ley de Derecho Civil Patrimonial**

Ponente: **D.ª Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Manuel Domínguez Pérez**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Javier Mazana Puyol**, *Notario*

**La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar**

Ponente: **D. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Javier Forcada Miranda**, *Magistrado* y **D.ª María José Balda Medarde**, *Abogada*

**Cooperativas de viviendas**

Ponente: **D. Ángel Luis Monge Gil**, *Profesor Titular de Derecho Mercantil*

Coponentes: **D. Luis de Codes Díaz-Quetcuti**, *Notario* y **D.ª Mercedes Zubiri de Salinas**, *Profesora Titular de Derecho Mercantil*

## XXI ENCUENTROS

### La mediación familiar en Aragón

Ponente: **D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Rosa Gutiérrez Sanz**, *Profesora Titular de Derecho Procesal*.

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Begoña Castilla Cartiel**, *Abogada* y **D.<sup>a</sup> Carmen Lahoz Pomar**, *Letrada. Gobierno de Aragón*.

### El Código del Derecho Foral de Aragón y sus disposiciones transitorias

Ponentes: **D. José Antonio Serrano García**, *Profesor Titular de Derecho Civil*. y **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario*.

### Régimen de luces y vistas en Aragón

Ponente: **D. Juan Ignacio Medrano Sánchez**, *Magistrado. Audiencia Provincial de Zaragoza*.

Coponentes: **D. David Arbués Aísa**, *Abogado* y **D.<sup>a</sup> José Luis Argudo Périz**, *Profesor Titular de Derecho Civil*.

### Régimen jurídico de las sociedades públicas autonómicas

Ponente: **D.<sup>a</sup> Reyes Palá Laguna**, *Profesora Titular de Derecho Mercantil*.

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Elena Marcén Maza**, *Magistrada de lo Contencioso-Administrativo* y **D. Alfonso Peña Ochoa**, *Vicepresidente de la Cámara de Cuentas de Aragón*.

## XXII ENCUENTROS

### Valoración de bienes inmuebles por y ante la Administración aragonesa

Ponente: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*.

Coponentes: **D. Fernando Villaro Gumpert**, *Abogado* y **D.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Ángeles Ruiz Escrivá de Romani**, *Jefa del Servicio de Valoración Inmobiliaria. Gobierno de Aragón*.

### La reforma de la función pública en Aragón

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Zapata Híjar**, *Magistrado. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA*.

Coponentes: **D. José Manuel Aspas Aspas** *Abogado* y **Ilmo. Sr. D. Ignacio Murillo García-Atance**, *Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios. Gobierno de Aragón*.

### Custodia compartida en Aragón

Ponente: **D. José Antonio Serrano García**, *Profesor Titular de Derecho Civil*.

Coponentes: **Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance**, *Magistrado. Sala de lo Civil y Penal del TSJA* y **D. Manuel Ferrer Andrés**, *Abogado*.

### Efectos jurídicos de las parejas estables no casadas en Aragón

Ponente: **Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado**, *Magistrado. Audiencia Provincial de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Pedro Martínez Viamonte**, *Notario* y **D.<sup>a</sup> Sol Otto Oliván**, *Abogada*.

## XXIII ENCUENTROS

### Protección de los bienes de interés cultural dentro y fuera de Aragón

Ponente: **D. Fernando García Vicente**, *Justicia de Aragón*.

Coponentes: **D. Hipólito Gómez de las Rocas Pinilla**, *Abogado* y **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*.

### Arrendamientos urbanos y Derecho Aragonés

Ponente: **D. Gabriel García Cantero**, *Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Javier José Palazón Valentín** *Notario* y **D. Diego Vigil de Quiñones Otero**, *Registrador de la Propiedad*.

**Papel del propietario del suelo en la gestión urbanística**

Ponente: **D. José Fernando Rubio Pérez**, *Abogado*.

Coponentes: **D.ª Pilar Lou Grávalos**, *Directora General de Urbanismo. Gobierno de Aragón* y **D. Ignacio Pemán Gavín**, *Abogado*.

**Padres e hijos mayores de edad: gastos y convivencia**

Ponente: **D.ª M.ª del Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil (Acr. Catedrática), Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Fernando Baringo Giner**, *Abogado*.

**XXIV ENCUENTROS**

**Contratos del sector público: Ley 3/2011**

Ponente: **D. José María Gimeno Feliu**, *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D.ª Ana Isabel Beltrán Gómez**, *Jefa del Servicio de Contratación Administrativa y Subvenciones. Gobierno de Aragón* y **D. Luis Murillo Jaso**, *Abogado*.

**Incidencia del derecho de transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: efectos prácticos.**

Ponente: **D.ª María del Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil (Acr. Catedrática), Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. José Manuel Enciso Sánchez** *Notario* y **D. Daniel Bellido Diego-Madrado**, *Abogado*.

**Revocación e ineficacia del testamento.**

Ponente: **D.ª María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Mariano Jesús Pemán Melero**, *Notario* y **D. Ángel García Bernués**, *Decano del Colegio de Abogados de Huesca*.

**Limitaciones al derecho de propiedad en suelo rústico: construcciones, parcelaciones y transmisiones.**

Ponente: **D. Manuel Matas Bendito**, *Registrador de la Propiedad*.

Coponentes: **D. Álvaro Enrech Val**, *Abogado* y **D. Miguel Viela Castranado**, *Notario*.

**XXV ENCUENTROS**

**Homenaje a los hispanistas suecos estudiosos de los Fueros: Gunnar Tilander y Max Gorosch.**

Ponentes: **D. José Antonio Escudero**, *Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* y **D. Antonio Pérez Martín**, *Catedrático de Historia del Derecho. Universidad de Murcia*.

**25 Años del Foro de Derecho Aragonés: presente y futuro del Derecho Aragonés.**

Ponentes: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza* y **D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid*.

Colaborador: **D. Jesús Morales Arrizabalaga**, *Profesor Titular de Historia del Derecho. Universidad de Zaragoza*.

**Espacios naturales protegidos: ¿oportunidad o limitación de derechos?**

Ponente: **D.ª María Martínez Martínez**, *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Joaquín De Guerrero Peyrona**, *Abogado* y **D. Pablo Munilla López**, *Ingeniero de Montes*.

**Reglamento sucesorio europeo y Derecho interregional.**

Ponente: **D. Francisco de Paula Puig Blanes**, *Magistrado Juez*.

Coponentes: **D. Juan María Díaz Fraile**, *Registrador de la Propiedad. Director del Servicio de Estudios Registrales* y **D. Javier Pérez Milla**, *Profesor Titular de Derecho Internacional. Universidad de Zaragoza*.

**Seguros de vida, fondos de pensiones e instrumentos de previsión en el régimen económico matrimonial y la sucesión por causa de muerte.**

Ponente: **D. Luis Alberto Marco Arcalá**, *Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Fernando Félix Alonso Andrío**, *Notario* y **D. José Antonio Montón del Hoyo**, *Abogado*.

**XXVI ENCUENTROS**

**Elogio del periodista cabal.**

Ponente: **D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, *Catedrático de Derecho Administrativo*.

**Régimen Jurídico de las Comunidades y Sociedades Privadas de Montes.**

Ponente: **D. José Luis Argudo Périz**, *Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. David Arbués Aísa**, *Abogado* y **D. Miguel Temprado Aguado**, *Registrador de la Propiedad*.

**El Derecho Foral aragonés ante el Alzheimer.**

Ponente: **D. Armando Barreda Hernández**, *Magistrado-Juez*.

Coponentes: **D. Daniel Bellido Diego-Madrado**, *Abogado* y **D. Francisco Javier Hernáiz Corrales**, *Notario*.

**La sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

Ponente: **D. Miguel Lacruz Mantecón**, *Profesor Titular de Derecho Civil*.

Coponente: **D. Vitelio Manuel Tena Piazuelo**, *Director General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón*.



