

Apéndice foral aragonés

En la solemne apertura del año académico corriente, en la Universidad de Zaragoza, ha leído nuestro eximio colaborador, D. Gil Gil y Gil, profesor de Derecho civil en aquel Centro, un discurso sobre el tema «Precedentes inmediatos y ligera crítica del Apéndice al Código civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón», que ha sido lujosamente editado y lleva como anexos :

1.º «El proyecto de Código civil de Aragón», redactado por la Comisión de representantes de 1889 (publicado en 1899).

2.º El «Proyecto de ley, en el cual se contienen, como Apéndice del Código civil general, las instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar en concepto de excepción del mismo Código para el territorio de Aragón», redactado por la Comisión especial constituida conforme al Real decreto de 24 de Abril de 1899 (impreso en 1904).

3.º El Apéndice al Código civil, aprobado por Real decreto de 7 de Diciembre de 1925.

Aragonés por nacimiento, residente siempre por decidida voluntad en Zaragoza, Catedrático de Derecho civil hace casi un cuarto de siglo, ejerciendo la profesión de Abogado durante más de cuarenta y dos años y habiendo recibido las enseñanzas de su tío y maestro, el renombrado jurisconsulto aragonés D. Joaquín Gil Berges, era materia obligada de su trabajo el examen crítico del texto legal hoy vigente.

En un primer apartado expone los precedentes más notables del Apéndice y la impresión que ha causado su promulgación, con una franqueza que pone de relieve la clara extirpe aragonesa del autor.

«Debo consignar, pues otra cosa sería falta de sinceridad u ocultación de la verdad, a lo que no estoy ni quiero estar acostumbrado, que al margen de cuantos elogios se tributaron públicamente en la ocasión dicha al repetido Apéndice, *solo voce* se oyen a Letrados y Notarios en ejercicio, a funcionarios de la carrera judicial y a simples aficionados teóricamente a estudios jurídicos, frases y comentarios que nada tienen de laudatorios para nuestro Apéndice foral, viendo en el mismo todos los aludidos un semillero de conflictos de derecho, por la obscuridad de redacción frecuente en dicho texto y sus grandes lagunas entre las disposiciones, por no contener todas las del antiguo Derecho foral dignas de ser indiscutiblemente conservadas.»

Entra después el maestro en lo que constituye la parte fundamental de su discurso, y enuncia, con entera imparcialidad, una serie de juicios, laudatorios a veces, y con tono de censura otras, que vamos a extractar, empleando sus propias palabras y recongiendo de preferencia los errores e inconsecuencias del Apéndice, más necesitados de corrección o de mayor relieve.

LIGERA CRÍTICA DEL APÉNDICE AL CÓDIGO CIVIL CORRESPONDIENTE AL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

Estimo oportuno subdividir esta segunda parte de mi trabajo en una sección que pudiera llamarse general, por tener ese carácter las consideraciones en ella contenidas, y varias que podrían apellidarse especiales, por contraerse cada cual de estas últimas a puntos concretos que he creído dignos de examen, entre los distintos que el repetido Apéndice nos ofrece.

A) *Consideraciones generales.*

a) Contenido del Apéndice. ¿Sólo lo expuesto en las 36 páginas que constituyen la edición oficial (y de ellas procede descontar once que suman portadas y Decreto aprobatorio), es lo digno de conservarse de aquellas venerandas instituciones jurídicas que constituían el Cuerpo legal denominado «Fueros y Observaciones del Reino de Aragón?»

b) Redacción del Apéndice. Débese, como es sabido, a los dignísimos y competentes jurisconsultos que constituyan la Comisión permanente de la General de Codificación.

Integrada dicha permanente por varios señores vocales, más su presidente, sólo los señores Isábal y Piniés pueden ser considerados, especialmente *el* primero, como jurisconsultos aragoneses. Esto de una parte, y de otra la especie de sugerencia que sobre sus compañeros ejercía la poderosa inteligencia, así como el especial carácter de D. Antonio Maura, dió por resultado que la obra resulte producto de personas extrañas a nuestro territorio.

c) ¿Sirvió de algo la información consentida y abundantemente practicada, a tenor de lo dispuesto en Real decreto de 25 de Febrero de 1924? Dícese en la repetida exposición que fueron estudiados concienzudamente todos los pareceres, y luego se añade que «entre la natural diversidad de éstos y la saludable crítica que el conjunto de éstos deparó, pudo verse que la Comisión había exagerado su respeto a la tradición regional, por lo que el texto definitivo está expurgado de algunos elementos de localismo arcaico».

De las dos afirmaciones oficiales resultantes del párrafo transcrto, la segunda de ellas es preciso reconocerla como cierta, porque reducidos los 90 artículos contenidos en el primitivo proyecto de Apéndice a los 78 que nos ofrece el Apéndice vigente, esa merma será el expurgo de los llamados elementos de localismo arcaico.

En cambio, aquel concienzudo estudio de pareceres resultantes de la información practicada no ha debido servir para cosa importante, porque en el Apéndice promulgado aparecen las mismas omisiones que se notaron en el proyecto y que se solicitaron insistentemente fueran subsanadas por varios de los señores que a la información acudieron.

Si atendemos a que el Apéndice sólo es, como en el mismo se dice, obra de compilar nuestra legislación, con sacrificio de costumbres locales respetabilísimas, y además no vemos aplicada ni pretendida en los restantes territorios forales obra semejante, la duda y el recelo se producen en nuestro ánimo, inclinándonos a pensar que quizá se haya hecho un flaco servicio a los aragoneses.

e) Casi en defensa propia. Porque la mínima parte que al

autor corresponde en el proyecto de Apéndice que formuló la Comisión constituida en Zaragoza conforme al Real decreto de 24 de Abril de 1899, me obliga a impugnar algo de lo dicho en el Apéndice vigente.

Afírmase en éste que es para el mismo antecedente valioso y verdadera base el precitado proyecto, pero que se ha considerado preferible al plan adoptado por éste atenerse al Código civil, para facilitar la inteligencia y la aplicación coordinada en Aragón de las disposiciones regionales y de las comunes allí vigentes.

Y agradeciendo el piropo que entraña el primero de los aludidos conceptos para el mentado proyecto, hemos de confesar que no comprendemos cómo puede ser éste antecedente y base para aquél, existiendo tan esenciales diferencias de criterio, de contenido y de extensión entre uno y otro.

Comprendiendo menos todavía se diga que se abandona un plan calificado de metódico para atenerse al del Código civil, siendo así que el repetido proyecto de Apéndice sigue fidelísimamente a dicho Cuerpo legal, repitiendo a la letra epígrafes del mismo expuestos en idéntico orden del que allí se sigue (véanse los índices correspondientes); sin más variante que denominar «de la familia» al libro I y traer a éste dos instituciones, el contrato de bienes con ocasión del matrimonio, y la viudedad foral, por el carácter familiar que tienen indudablemente ambas materias.

Se ha perdido como vigente en Aragón casi todo nuestro Derecho foral porque no podía suceder otra cosa; porque la generación actual, salvo meritísimas y escasas excepciones individuales, ni conoce ni quiere las instituciones forales que fueron timbre de gloria inmarcesible para nuestro antiguo Reino, y motivo de legítimos entusiasmos para quienes nos precedieron en el estudio y en las aplicaciones prácticas del derecho foral aragonés. Tan querido por aquéllos, que una simple discusión en el inolvidable Congreso de Jurisconsultos aragoneses estuvo a punto de convertirse en uno de los llamados lances de honor, entre los congresistas don Joaquín Costa y D. Mariano Ripollés, según referencias que considero ciertas.

¿Quiénes, entre los actuales jurisconsultos aragoneses, salvo la honrosa, brillante y casi única excepción de D. Marceliano Isábal, podría osar compararse a la pléyade de jurisconsultos de fines del

siglo XIX, vista morir en su mayoría por el infrascrito, compuesta de los señores López Arruego, Franco y López, Guillén y Caravante, Savall, Penén, Blas, Santapau, Martón, Costa, Nadal, Comín, Espondaburu, Villar, Alvira, Isábal, Gastón (D. Leonardo), Aybar, De la Peña, Moner, Nadal, Ripollés, Canales, Escosura, Lasala, Ventura, Otto (D. Antonio), Cabañero, Casajús, Sasera, Tapia, Muñoz Nougués, Sánchez Gastón, entre otros más que omito por no dar exageradas dimensiones a la lista y por olvidos que suplico me sean perdonados?

B) *Consideraciones particulares acerca de algunos detalles de nuestro Apéndice foral.*

Aun cuando fueron numerosas las señaladas al proyecto de 1924 en la información practicada, y la casi totalidad se han padecido también en el vigente Apéndice, sólo haré notar las que considero más graves e injustificadas.

Debe ocupar el primer lugar, sin duda alguna, la cometida al no consignar concretamente, como uno de los preceptos de carácter general de nuestro Apéndice, la regla sintetizada tradicionalmente en el principio *Stundum est chartae*. Expresivo no sólo de regla hermenéutica, como algunos, mezquina y erróneamente, han querido entenderlo, rectificados por autores castellanos con notable acierto, sino de la obligación para el Juez de fallar con preferencia, aun en frente de la ley escrita, conforme a las cláusulas de los documentos, con tal de que no contengan nada imposible o contrario al derecho natural.

Débese semejante laguna al criterio que sostenía en el asunto, según referencias, D. Antonio Maura; creía tan eminente letrado (*alicuando bonus dormitat Homerus*) que el establecimiento del principio y sus naturales consecuencias era crear un Estado dentro de otro Estado. Sin considerar: que antiquísima práctica en Aragón, demostraba, por el mejor medio de prueba posible, que no había motivo para semejante temor.

Con el silencio impuesto en el Apéndice al repetidísimo principio, queda de plano suprimida la primera y más fecunda fuente de Derecho en el foral aragonés.

Otra omisión sensible e inexplicable constituye en la obra que

vengo examinando el no haber determinado quiénes son aragoneses, cual si no existiera en nuestro Derecho sobre esa materia conocidísimo Fuero elogiado por los tratadistas de Derecho internacional. Siendo más lamentable la omisión por parecer intencionada, pues fué advertida, en tiempo oportuno, para poder subsanarla, por varios y distinguidos señores informantes, y es regla general en los Códigos hacer la declaración omitida.

Mientras los autores de nuestros proyectos de Apéndice, recogiendo lo dispuesto en el conocido y exaltado *Fuero Actus Curiae super filiis Regnicolorum extra regnum natis, et super filiis non Regnicolarum intra Regnum natis* y combinándolo con otros recientes preceptos en vigor, precisaron de manera exacta, clarísima y sistematizada quiénes son aragoneses, los autores del exótico Apéndice vigente han tenido a bien no conservar aquella disposición regníccola; y nos han dejado sin saber quiénes son aragoneses, cual si quisieran privarnos de esa condición a quienes nos honramos en poseerla, o si pretendieran vengarse de la rectificación que al criterio castellano manifestado en el artículo 15 del Código civil primitivo, impuso la justa y recia crítica, triunfante en la edición reformada del Código dicho, por el fuerte espíritu de jurisconsultos procedentes de territorios forales.

Debo apuntar una laguna que se advierte en dicho Cuerpo legal, comparando lo omitido en el mismo con lo dispuesto en ocasión solemne para nuestro derecho regníccola y lo prevenido en el proyecto de Apéndice de 1904.

Los redactores de este proyecto disponen en el artículo 12 de su trabajo, que «lo establecido en el presente Apéndice no se aplicará a las cuestiones que con los particulares sostenga el Estado, como demandante o como demandado, ni a los contratos que las Corporaciones económicoadministrativas celebren en el ejercicio de las atribuciones que se regulan por sus respectivas leyes orgánicas.

Contrastando esa conducta de quienes redactaron el precitado proyecto de Apéndice, que no vacilaron en someter a regnícolas a los preceptos del Código general, cuando así lo exigía la debida conservación de disposiciones forales, con la omisión padecida por los redactores del Apéndice vigente, que nada han ordenado sobre el particular, siquiera se nos alcanza lo que seguramente sucederá.

Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes.—

Aplaudimos el epígrafe, por estar más conforme con los dictados de la doctrina y para no dar lugar al equívoco que podría producir el empleo de la palabra patria potestad.

Lástima, sin embargo, que no se haya proclamado ahora, en lo cual no había inconveniente alguno, el principio típico de nuestro Derecho foral deducido de la Observancia segunda *Ne pater vel mater pro filio teneatur*, de que, «por costumbre del Reino no se conoce en Aragón la patria potestad», en el sentido romano de la institución, entiéndase.

En cuanto a las relaciones respecto de bienes entre padres e hijos menores de edad legítimos o legitimados, establece el artículo 3.^º del Apéndice la doctrina corriente en el derecho foral, que desconocía los peculios, y ciertas reglas aceptables, consecuencia de lo establecido por aquel derecho.

Incurre en la omisión de no establecer precepto alguno en cuanto a dicha clase de relaciones entre padre e hijos ilegítimos; a pesar de que el Derecho civil aragonés establecía reglas sobre la materia, y de que a la misma se dedican algunas en el proyecto de Apéndice de 1904.

De la ausencia.—Adviértense tan sólo dos omisiones de poca importancia: una, porque puede presumirse ordenado lo omitido, y otra, porque será de poca aplicación práctica la regla pasada por alto.

Aludimos a no haberse dispuesto que la declaración de muerte presunta de un ausente casado atribuirá a su cónyuge derecho de viudedad legal o universal según los casos; y a no haberse reproducido lo dispuesto en las Observancias Unica *De ccontratribus minorum*, cuarta *De privilegio absentium causa Republicae* y Unica *De privilegio minorum et majorum absentium Republicae*, conforme a los cuales, los ausentes en servicio del estado permanecen ilesos y, por consiguiente, no corre contra ellos prescripción ninguna.

De la tutela.

Siendo pocos los preceptos que a la tutela dedica el repetido Apéndice, son abonados, en cambio, a producir reparos o dudas en quien los examine.

Así es raro consentir a la mujer el cargo de protutora, no tratando aquel Cuerpo legal del protutor, y no consentirle formar

parte del consejo de familia (del que tampoco se habla directamente), consintiéndole el desempeño de cargos relacionados con la institución y de seguro más importantes.

Como también aparece dudoso por qué la mujer casada, sin reserva de administrar sus propios bienes, como sucederá generalmente en Aragón, no ha de poder ser tutora, cuando la tutela tiene principalmente por objeto la guarda de las personas; y la razón de atribuir al consejo de familia autorizar a la mujer soltera que contrae matrimonio después del nombramiento, para continuar en el desempeño de la tutela, en vez de autorizar a quien hizo la designación de tutora en favor de una mujer, para consentir continúe en su ejercicio a pesar de la celebración de matrimonio posteriormente al nombramiento.

De la mayor edad.

Como quiera que el antiguo Derecho aragonés no establecía excepción ninguna para el ejercicio de la capacidad jurídica de mayores de veinte años solteros, o de casados que habían cumplido los catorce, viénesse a establecer un derecho nuevo para Aragón por los autores del vigente Apéndice, que sólo debió contener nuestras disposiciones forales dignas de conservarse.

De las servidumbres.

A tres artículos, del 13 al 15, queda reducida en el vigente Apéndice la regulación de la materia.

Inspirados los autores de aquél en su deseo de unificar, declarase en el primero de aquellos preceptos que todas las servidumbres continuas y aparentes, cualquiera que sea el derecho en que consisten o la obligación correlativa que impongan, pueden ser adquiridos por prescripción de diez años entre presente y de veinte entre ausentes.

Mas la distinción establecida en el texto, entre las aludidas servidumbres y las que no tengan los mentados caracteres, se opone a lo dispuesto por la Observancia 7.^a *De prescriptionibus*, pues según ella la prescripción de servidumbres, en general, tiene lugar por diez años entre presentes, si hubiere poseído pacíficamente viéndolo y sabiéndolo el demandante, y por veinte años entre ausentes.

Y menos mal que en ese criterio unificador no se llega a declarar imposibles de adquirir por prescripción las servidumbres

continuas no aparentes y las discontinuas, como ordena el artículo 539 del Código civil. Porque según uno de los apartados del aludido artículo 15 con respecto a las demás servidumbres, incluso las de *leñar, pastar y abrevar*, la posesión inmemorial pacífica y nunca interrumpida produce los efectos jurídicos de la prescripción adquisitiva.

O sea, en resumen, que las servidumbres no aparentes y las discontinuas en general queden sometidas, en cuanto a su adquisición por prescripción a tenor de lo ordenado en el vigente Apéndice, al régimen excepcional que el antiguo Derecho civil aragonés sólo establecía para determinadas especies de servidumbres.

De precepto nuevo podría considerarse en Derecho aragonés, a menos de estimársele comprendido en la facultad genérica reconocida por la Observancia 1.^a *De agua pluviali arcenda*, otro de los párrafos contenidos en el repetido artículo 14 del Apéndice.

Aludo a la facultad concebida al dueño exclusivo de un muro de abrir en él huecos para luces y vistas sobre suelo ajeno, y a disponer que en este caso el tiempo de la prescripción no se contará sino desde que hubiese prohibido por acto formal al vecino, cosa que a éste le sería lícita sin el gravamen.

No parece censurable la regla, pues si en pared medianera pueden abrirse huecos a los fines indicados, atravesando para ello la parte o porción de muro correspondiente a un extraño, por consentirlo así la Observancia 6.^a del título antes dicho, lógico y justo es que el dueño exclusivo de un muro pueda abrir en el mismo los aludidos huecos. Sin que sean de temer lesiones por sorpresa en el derecho del dueño del fundo contiguo, si el tiempo para consolidar por prescripción tales huecos sólo se cuenta desde el hecho obstativo, o del llamado legalmente acto formal de prohibición al vecino; porque éste, al verse impedido de ejecutar lo que a sus intereses o a sus simples deseos convenga, buen cuidado tendrá de interrumpir el plazo preciso para la prescripción del aludido derecho.

Como era justo, se ordena que la apertura de los aludidos huecos ha de ser sin balcones ni otros voladizos; si lo prohibido se consintiera constituiría una lesión para el dueño del fundo contiguo de su derecho de propiedad en sentido vertical.

En cambio, no se dice si en los huecos de referencia será obli-

gación poner rejas de hierro remetidas y redes de alambre, como se dispone cuando se trata de huecos abiertos en pared medianera, y la omisión determina la duda.

Esto aparte, parécenos algún tanto contingente la existencia y disfrute de los aludidos huecos, porque si el derecho no se consolida sino por el transcurso de determinado plazo, a contar desde el acto formal prohibitivo opuesto al vecino, en cualquier momento podrá éste exigir el cerramiento de los repetidos huecos, y el mismo acto avivará, o será acicate para pedir el cierre. Convirtiéndose de esa suerte el muro en una especie de cámara de rodaje sometida a múltiples pinchazos obturados con sus correspondientes porches.

Mejor hubiera sido consentir la apertura de huecos en muro perteneciente a dueño exclusivo y regular su disfrute y subsistencia, conforme a lo dispuesto en cuanto a huecos abiertos en pared medianera.

/ A éstos se refiere el artículo 15 del Apéndice, como se regula por el artículo 16 del propio texto la alera foral. No creyendo necesario observación alguna acerca de las reglas allá formuladas, por conformarse a lo establecido por el antiguo Derecho aragonés, y porque, además, la última de aquellas instituciones está llamada a desaparecer como consecuencia de la enajenación, en su mayoría, de los montes propios de Municipios y de haber disminuido la explotación de la ganadería no estabulada.

Finalmente, no se ha recogido en el Apéndice una servidumbre que la costumbre local impone en muchas localidades y está admitida por las conocidas y elogiadas *Ordinaciones de Montes y Huertas de la Ciudad de Zaragoza* (capítulo XCLVII). En el proyectado Apéndice de 1904 aparecía dedicado a tal servidumbre el texto siguiente :

«Artículo 238. Ningún propietario de era de trillar puede construir tapias o edificios, ni colocar hacinas de meses en la misma o en sus márgenes, en condiciones que perjudiquen la libre circulación del aire para avenir en las eras confinantes.»

Claro que la omisión no tiene gran importancia, pero no puede negarse la justicia y utilidad de la servidumbre aludida, como se demuestra claramente en la exposición de motivos del precitado proyecto. Y claro, también, que, aun sin precepto escrito, segui-

rá imperando por costumbre, en las localidades donde las condiciones de emplazamiento de las eras así lo aconsejen, la referida servidumbre.

De los testamentos y sus formas.

Para mí es indudable que el Apéndice (artículos 21 a 26 y 28) admite tres clases de testamentos comunes.

Pero mejor hubiera sido, para evitar hasta pretextos de discusión, se hubiera hecho en la obra comentada, lo que se hizo en el proyecto de Apéndice de 1904. Donde se dice literalmente :

»Artículo 253. El testamento *común, abierto y escrito* requiere la presencia, con un autorizante, de dos testigos instrumentales, varones, vecinos del Municipio o la Feligresía en que se verifique el otorgamiento y mayores de catorce años.

»Artículo 254. El testamento *común, abierto y escrito* se otorgará, preferentemente, ante un Notario hábil para actuar en el distrito o demarcación en que se halle el testador y dos testigos idóneos, de los cuales, uno, a lo menos, sepa y pueda firmar...

»De no existir Notario en la localidad, o cuando, aunque lo haya, no se tenga seguridad de que llegará a tiempo para recibir la voluntad del testador, el testamento *común, abierto y escrito* se hará en alguna de las formas siguientes :

»A) Ante el Párroco competente de la población o ante el Presbítero que, en calidad de Coadjutor, Regente, Vicario, Economo o sirviente accidental, ejerza en el momento el cargo por enfermedad, ausencia o vacante, o deba ejercerlo por incompatibilidad, asistidos también de dos testigos.

»B) O ante el propio Párroco o Presbítero como un testigo idóneo y una mujer de buena fama, y aun con el testigo solo o la mujer únicamente cuando no se dé medio de llenar las solemnidades señaladas en la letra precedente.»

Expuesto el pensamiento en los términos transcritos del repetido proyecto de Apéndice, imposible es discutir, ni dudar siquiera, acerca de la naturaleza de común atribuída al testamento autorizado por Párroco o Presbítero de las circunstancias diohas, en territorio de Aragón.

En cambio, con la redacción dada por el vigente Apéndice a idéntico pensamiento o criterio, hay pretexo para discutir.

Y no se crea que el asunto carece de interés ; pues si el tes-

tamento de referencia debe ser considerado y se le considera como común, conserva su validez y eficacia cualquiera que sea el tiempo intermedio entre su otorgamiento y la defunción del testador, mientras que, de considerarse a dicha disposición *mortis causa* como testamento especial, podría quedar aquélla ineficaz, a tenor del artículo 703 del Código civil.

Termina la sección del Apéndice ahora objeto de examen con un artículo que aplaudimos sin reservas, por afirmar algo que nuestro Derecho regional estableció y que debía conservarse, por ser frecuente en la práctica la observancia de lo que prohíbe en términos demasiado generales y absolutos el Código. Aludo al texto siguiente :

«Artículo 29. El testador puede encomendar a su cónyuge, solo o con asistencia de determinados parientes, que a modo de fiduciariocomisario, ordene y regule la sucesión de aquél, elija el heredero o los herederos y distribuya los bienes, ora libremente y sin otras cortapisas que los derechos atribuídos, con carácter forzoso por la ley, ora dentro de los límites que el testador señale y que no sean imposibles ni contrarios al derecho natural.

No se admite por el Apéndice vigente una forma o clase de testamento especial consentido por nuestro antiguo Derecho, a tenor del Fuero 1.^o *De tutoribus, curatoribus manumissoribus spondalariis et cabezalariis*. En el cual texto se inspiró el proyecto de Apéndice de 1904 al redactar el artículo 255, que dice así :

«El testamento *común abierto y verbal* no se hará lugar más que cuando no sea asequible la asistencia de un autorizante con testigos en el orden del artículo 254 y le otorgará...

»B) O ante dos espondalarios de siete o más años cuando se otorgue en despoblado y no quepa cumplir mayores solemnidades.»

De la herencia, de la institución de herederos, de la legítima, de la sustitución y de la desheredación.

Solamente se dedican en el Apéndice al desarrollo de las aludidas materias cuatro artículos, los señalados con los números 30 a 33, ambos inclusive.

Y es el caso, salvo que mi cortedad intelectual me impida ver algo, que los precitados textos no disponen sino muy poco sobre herencia e institución de herederos, y nada respecto de sustitu-

ción en general, de donde resulta que sobran epígrafes o falta articulado.

El artículo 30 declara indirectamente que en nuestro territorio no hay más herederos forzosos que los descendientes legítimos respecto de sus ascendientes.

Y continúa así el precitado artículo: «Esta disposición libre se reduce a un tercio del caudal hereditario cuando existan tales descendientes capaces para heredar, sea su número cual sea. Cuando los descendientes sean dos o más, entre ellos podrá el testador distribuir, *discrecional* y desigualmente, los dos tercios de dicho caudal que, como legítima, corresponden a la descendencia.

Mas lo indicado en la palabra subrayada no es equivalente a lo que nuestros fueros disponían; mengua la libertad que estos concedieron a los testadores, y la voluntad antes libérrima de estos parece subordinada al criterio ajeno, concediendo como un recurso al descendiente que no se conforme con la cuota o lote de bienes asignado al mismo, ante un Tribunal que califique si la referida cuota es o no discrecional.

Nos parece preferible a lo ordenado sobre el particular en el vigente Apéndice lo que se formula en el artículo 264 del repetidísimo proyecto de 1904, que dice así:

«Artículo 264. Los ascendientes están facultados para distribuir con desigualdad a sus herederos forzosos las dos terceras partes de su caudal líquido que tienen obligación de reservarles según el apartado segundo del artículo 261. Les es lícito, en consecuencia, nombrar uno o más herederos universales, haciendo la elección indistintamente y sin preferencia ninguna de sexo o de primogenitura entre los descendientes de primer grado, y aun entre los de grados ulteriores, que no resultan excluidos de la consideración de herederos forzosos; pero deberán dejar en todo caso a cada uno de los demás descendientes no heredados que, directamente o por representación, tienen derecho a participar en los dos tercios del citado caudal líquido, la cantidad o porción de bienes que les plazca en concepto de legítima.»

En el artículo 32 del Apéndice se regulan los efectos de la preterición y de la desheredación que no tenga causa legítima; raro parece regular los efectos sin haber hecho antes alusión nin-

guna a causas, pues no pueden acostumbrarnos a semejante falta de lógica otras análogas padecidas por el Código general.

Y aun cuando se argüirá seguramente que causas de desheredación serán en nuestro territorio las establecidas en el Código general por el carácter de supletorio que éste tenía en Aragón, creemos que no habría estado de más incluir en el vigente Apéndice algo semejante al artículo 267 del proyecto de 1904, en donde se dispone que «las prescripciones del Código general sobre preterición de los descendientes y sobre causas de desheredación de los mismos, se observarán en las provincias aragonesas con sujeción a las reglas siguientes». Enumerándose, en efecto, cuatro reglas expresivas de los efectos consiguientes a los mentados hechos jurídicos.

Compréndese, en el propio artículo 32, una regla extraña en absoluto, tanto en la preterición como en la desheredación y que además nos parece formulada en sentido opuesto al resultante del Derecho civil aragonés; dícese en aquélla:

«A los legitimarios que a expensas de la casa hayan seguido carrera u obtenido colocación peculiar, se les imputará en pago lo invertido para la una o para las otras, salvo disposición en contrario que no sea inoficiosa.»

Con lo cual resulta impuesto por el Apéndice, *ministerio legis*, en caso de colación, siendo así que el Derecho foral aragonés rechazaba semejante institución en absoluto.

Aplaudimos el plazo de cinco años, señalado por el artículo 33 del Apéndice, para la descripción extintiva de las acciones de los herederos forzosos dimanados de su legítima, porque nos parece muy reducido el lapso de un año que para el mismo efecto extintivo de tales acciones señala el apartado segundo del artículo 268 del proyecto de 1904. Entendiendo, empero, por ser lógico y justo, que algo de lo dicho en este artículo deberá estimarse como racional aditamento del precitado artículo 33 del vigente Apéndice, a saber: que el plazo de los cinco años, antes aludido, deberá contarse desde el día siguiente al en que el heredero forzoso haya tenido conocimiento de la última voluntad del causante y esté en condiciones de ejercitar las acciones que de aquella voluntad puedan resultarle.

No consideramos omisiones de importancia la falta de precep-

tos especiales en el Apéndice acerca de los legados, de las sustituciones en general y del derecho de acrecér, entendiendo prerible que rija sobre esos particulares el Código general.

Y bien nos parece se haya omitido la prohibición que, según Franco, comentario al Fuero 6.^º *De testamentis*, se imponía al hijo legitimado por rescripto del Rey (ahora por concesión real), de pedir, contra la voluntad de su padre, legítima, de solicitar se le libre del gravamen sobre ella impuesto o entablar la queja de testamento inoficioso.

De la sucesión intestada:

Mostrábanos el antiguo derecho foral aragonés una vez más su respeto al principio de troncalidad y el sentido en cierto modo familiar que atribuía a la propiedad, ordenando el retorno de determinados bienes, cuando el causante de un abintestato fallecía sin descendencia. A regular tales retornos dedica el Apéndice los artículos 36, 37 y 38; examinémoslos brevemente.

Refiérese el primero de aquellos textos al derecho concedido al cónyuge sobreviviente que hubiera asignado firma de dote al otro cónyuge, premuerto sin herederos forzosos, a recobrar los bienes en que consiste dicha firma. Habiendo lugar a este recobro, aun cuando los bienes hubiesen recaído ya por disposición del finado en descendientes comunes, si éstos a su vez mueren intestados y sin dejar prole antes que el cónyuge sobreviviente; en defecio de éste serán sus parientes quienes tengan derecho al recibo de los bienes constitutivos de la firma de dote.

Y se dispone por el artículo 37: «Cuando en el caudal hereditario del que fallece abintestato y no deja herederos forzosos existan los bienes mismos, sean muebles o inmuebles, que le hubiesen donado, vendido o enajenado, por cuálquier motivo, los ascendientes o hermanos, cada uno de éstos, si vive; tendrá derecho a recobrar las cosas que de él procedan por los títulos expresados.»

«Para la aplicación del precepto contenido en el artículo anterior (dice el 38 del Apéndice), se entenderá que la persona de cuya sucesión se trata no ha dejado herederos forzosos, si aún habiéndolos tenido fallecen éstos abintestato y sin prole, en vida de los donantes o enajenantes. No obstante lo estatuido en este artículo, quedan a salvo las capitulaciones matrimoniales (copio a la letra,

péro mejor habría sido decir las disposiciones ordenadas en capítulos) y los efectos o condiciones naturales de ellas..»

Siendo reproducción los tres precitados artículos de lo preventido en los Fueros 1.^º y 2.^º *De successoribus abintestato*, así como reproducíéndose en aquéllos en su esencia lo dispuesto en concordantes artículos del proyecto de 1904, no hemos de oponerles reparo alguno.

Y vamos ahora al examen del artículo 39 del Apéndice, que ordena la sucesión abintestato, en cuanto a la generalidad de los bienes de los *de cuius*, es decir, respecto de aquellas cosas que no están atribuidas privativamente a personas determinadas.

Tiene el precitado artículo un párrafo inicial que dice así: «Aparte de los recobros que los precedentes artículos regulan, en la sucesión intestada del que no deja descendencia legítima, por lo tocante a bienes adquiridos sin condición de reversión o llamamiento, a título de herencia, legado o donación, que provengan de cualquier ascendiente o de otro pariente hasta el sexto grado, se guardarán las siguientes reglas..»

Como se ve por el párrafo transcritto se trata de regular ahora la sucesión intestada de una persona en la cual se dé la condición negativa de no dejar descendencia, y respecto de bienes que, sin estar sujetos a los precitados recobros los haya adquirido el causante sin condición ninguna de reversión o llamamiento, de algún ascendiente o de otro pariente hasta el sexto grado. Examinemos ahora las reglas aludidas en el precitado párrafo inicial; son las siguientes:

»1.^a Los hermanos germanos o de doble vínculo, sin distinción de sexo, recibirán, siempre que sucedan solos, la totalidad de los mencionados bienes, sean éstos de la clase que sean.

»2.^a Cuando concurran hermanos de distintos matrimonios, recaerá en los que sean de parte de padre el caudal de procedencia paterna y en los de parte de la madre el caudal de procedencia materna. Los concurrentes que sean germanos, o de doble vínculo, participarán con los consanguíneos o con los uterinos, respectivamente, en lo que provenga del común padre o madre..»

Nada cabe oponer a lo transcritto hasta ahora, porque las precitadas reglas tienen su tradición en nuestros antiguos Fueros an-

tes citados, que consagraban el principio de troncalidad, desarrollando el principio *Paterna paternis, materna maternis*.

Lo restante del artículo, en cambio, no puede pasar sin nuestra respetuosa censura, pues no hemos logrado entenderlo, como ha ocurrido también a personas de mucha mayor ilustración que el exponente, y porque su confusa redacción, tan oscura como contradictoria, ha dado lugar a confusiones y dudas. Sigamos copiando el texto ; dice así :

«En los demás bienes del caudal hereditario que no sean de procedencia paterna ni de la materna, y por tal motivo no resultan asignados según la presente regla, se sucederá del modo que la siguiente ordena.

»3.^a Estos bienes últimamente mencionados, aunque existan hermanos del finado, y también la totalidad de la herencia cuando no haya hermanos, recaerá en los colaterales que tengan parentesco más próximo con el causante de la sucesión por la línea de la persona de quien el causante mismo hubo los bienes, conciriendo cuantos tengan dentro de cada línea igual grado de parentesco.»

Lo transcrita se presta a las consideraciones siguientes :

I.—Existiendo hermanos sobrevivientes no era precisa establecer la distinción entre los bienes a que aluden las dos primeras reglas y la última, puesto que todos han de recaer en favor de hermanos.

II.—De no ser así, se daría el absurdo de que en los bienes mentados en la última regla, los hermanos serían excluidos por parientes colaterales más remotos.

III.—Y que al conceder derecho preferente en cuanto a los bienes adquiridos por el causante de persona determinada a los parientes por la línea de la persona aludida, sin establecer límite alguno, podría vislumbrarse alguna contradicción entre la regla transcrita y el artículo 40.

Por si fuera poco lo expuesto, todavía contiene la repetida regla tercera un segundo párrafo, que también se presta a confusiones ; dice así :

«Para suceder abintestato los hermanos del causante que hayan fallecido o sean incapaces, estarán representados por sus propios e inmediatos hijos, sin que este derecho de representación, en caso

alguno, se extienda a otros grados de parentesco colateral con el causante.»

Establécese, pues, en puridad un derecho de representación limitado a hijos de hermanos; pero como el principio no ha de concretarse, así nos parece al menos, al caso de suceder en los bienes aludidos en la regla tercera del artículo, sino que habrá de aplicarse a todos los casos en que pretendan suceder a un *de cuius* hermanos del mismo y sobrinos, hijos de hermanos que premurieron al causante de la sucesión de que se trata, entendemos que al precepto debió dársele una colocación más general, para aplicarlo a toda clase de bienes, cuando se dieran en los aspirantes a la sucesión las circunstancias personales, determinantes de la regla. Lo mismo ha establecido el Código civil (artículos 924 y 927), con la fortuna de haber formulado la regla en términos generales, claros y usuales que alejan toda contingencia de dudas y discusiones.

Mas, aparte este defecto, es el caso que los términos, poco precisos, del precepto antes transscrito de nuestro Apéndice han inducido a la duda, llevada ante los Tribunales de Justicia, de si en el caso de haber premuerto todos los hermanos a un determinado causante, debería partirse por estirpes o por cabezas (entre los varios sobrinos, hijos de hermanos distintos) la herencia del *de cuius* de referencia.

Para mí la solución es clarísima: procede dividir por cabezas los bienes de las personas fallecidas en casos como el aludido.

Si otra cosa se entendiera, aun cuando a ello sólo dé leve pretexto el párrafo antes transscrito, que el Apéndice, llamado por precepto legal a conservar instituciones aragonesas dignas de conservarse, y por natural exigencia científica ir unificando en lo posible la legislación civil española, habría venido a establecer una nueva regla jurídica que jamás existió en nuestro Derecho regional ni en el histórico de Castilla, ni aparece tampoco en el vigente Código civil, que, a la inversa, establece lo contrario.

Disposiciones comunes a las herencias, con testamento o sin él.

Dedica al asunto el Apéndice sus artículos 43 al 45, refiriéndose a la reserva de bienes, a la aceptación de la herencia y a la colación de bienes, respectivamente. Sobre los cuales preceptos sólo haremos una observación, pues en lo demás se conforman a nuestros precedentes jurídicos.

Aludimos a la especie de contradicción resultante entre el párrafo primero del artículo 45, al ordenar que «la colación de bienes no procede en caso alguno por ministerio de la ley», y haberse dispuesto en el párrafo sexto del artículo 32 lo siguiente: «A los legítimos que a expensas de la casa hayan seguido carrera u obtenido *colocación* pecular, se les imputará en pago lo invertido para la una o para la otra, salvo siempre disposición en contrario que no sea inoficiosa.»

Pues en caso de fallecimiento intestado de un cónyuge surge el caso de colación legal ordenado en el artículo 32, párrafo transcrito, a pesar de que el artículo 45 previene que la colación no procederá, en caso alguno, *ministerio legis*.

De los contratos sobre bienes concernientes al matrimonio.

Otro quizás pudo ser el epígrafe de esta sección, puesto ya el Apéndice a reproducir literales títulos que, para materias idénticas, se contiene en el Código civil.

Nos parece algún tanto excesiva la declaración de que «aún en vida de ambos consortes, los efectos de la sociedad cónyugal tácita cesarán de manera completa y definitiva en cuanto atañe a aquellos por la declaración de nulidad del matrimonio». Pues lo justo, como se reconoce en el Código general (1) habría sido, y nos inclinamos a creer será a pesar de todo, tomar en cuenta si hubo buena fe de parte de alguno de los contrayentes, y respecto del mismo, disponer que la sociedad cónyugal tácita produciría todos los efectos posibles.

De la sociedad cónyugal tácita.

Como reparos de carácter general hemos de oponer al contenido del Apéndice en la sección ahora objeto de examen:

Que quizás hubiera sido más ordenado anteponer el estudio de la sociedad cónyugal paccionada al de la tácita, visto lo prevenido en el artículo 46.

Que, por no subdividirse la materia propia de la sección, se pasa desde la lista de los bienes comunes, artículo 48 del Apéndice, a exponer los derechos y obligaciones del marido en la sociedad cónyugal, sin solución de continuidad ninguna, y también a consignar, sin separación, las reglas aplicables a la sociedad cónyugal

(1) Artículo 69.

continuada, al inventario de bienes y a la división de éstos entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto, o entre los respectivos sucesores de cada esposo.

Que, contra lo usual y corriente en los Códigos, no se enumeran los bienes privativos de cada cónyuge, pues no basta, como ahora por tal omisión ha de entenderse, que lo son cuantos no tengan calidad de comunes.

De la sociedad conyugal paccionada.

Peña produce seguramente entre los meros iniciados en el conocimiento del Derecho foral aragonés, que materia tan interesante y típica se desenvuelva en el Apéndice bajo el epígrafe transcrita en solos cinco artículos.

No consideramos muy foral la exigencia de que dos parientes de cada esposo sustituyan a los padres de los contrayentes, fallecidos aquéllos, en pactos novatarios, si no van transcurridos más de veinte años desde el matrimonio; y parece demasiado general y precisada de alguna distinción la obligación impuesta en todo caso al marido de asegurar con hipoteca el valor de los muebles dotales que reciba en calidad de sitios o inmuebles.

De la viudedad.

El artículo 68 del Apéndice, dice así:

«Dentro de los cincuenta días primeros de su viudez el cónyuge superstite está obligado a terminar el inventario de los bienes raíces o inmuebles pertenecientes al finado, ora como peculiares suyos, ora por su participación en los comunes de la sociedad conyugal.»

Lo cual no exigían nuestras disposiciones forales, ni era tampoco preciso practicar respecto de bienes en que su propia naturaleza física constituye eficaz garantía de conservación. El derecho aragonés sólo exigía la obligación de hacer inventario y de prestar fianza para gozar de viudedad sobre bienes muebles, y aun consentía que el cónyuge premuerto pudiera relevar de ambas obligaciones al esposo sobreviviente. Lo que no sabemos si podrá subsistir ahora, dado lo terminante del precepto transcrita y de las expresivas adiciones y desenvolvimientos que la regla tiene en otros apartados del propio artículo.

Termina el artículo comentado con un párrafo algún tanto os-

curo respecto de los efectos que producirá el transcurso del plazo señalado para hacer inventario sin haberlo terminado.

Del contrato de compraventa.

Bajo tal epígrafe tan sólo regula el artículo 76 de nuestro Apéndice el retracto de *abolorio*.

Ello no constituye sino parte insignificante de las disposiciones forales referentes a contratos que indudablemente merecían haberse conservado.

De los contratos especiales sobre ganadería.

También en este particular podemos decir que se han padecido omisiones injustificadas en el texto examinado, como se comprende considerando tan sólo que a ello se dedicaron 35 artículos en el proyecto de Apéndice de 1904.

LA REDACCIÓN