

# **LA COSTUMBRE EN FUNCION DE TITULO EN EL DERECHO CIVIL DE NAVARRA<sup>1</sup>**

## **SUMARIO**

- I. FUNCIONES DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CIVIL NAVARRO.**
- II. LA COSTUMBRE COMO FUENTE.**
  - 1. El sistema de fuentes.**
  - 2. Reflexiones en torno a la costumbre en su papel de fuente de Derecho navarro.**
- III. LA COSTUMBRE COMO ELEMENTO INTERPRETATIVO.**
  - 1. Referencia institucional.**
  - 2. Costumbre y usos.**
- IV. LA COSTUMBRE COMO TITULO DE ATRIBUCION PATRIMONIAL.**
  - 1. En la STS de 12 de julio de 1988 sobre corralizas.**
  - 2. En la Sentencia de la A.P. de Navarra (secc. 2º), nº 302, de 10 de noviembre de 1992 sobre acogimiento a la Casa.**

**Reflexión final.**

## **I.- FUNCIONES DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CIVIL NAVARRO.**

Una de las peculiaridades características de los Ordenamientos civiles forales es, sin lugar a dudas, la importancia que otorgan a la costumbre, a la que atribuyen en sus textos legales diversas funciones, algunas de las cuáles resultan escasamente estudiadas por la doctrina.

Parece lógico el papel relevante de la costumbre en estos Ordenamientos, teniendo en cuenta que se nutren, en última instancia, de antiguas normas de carácter consuetudinario que los reyes de la época medieval elevaron al rango de norma escrita, dentro de una organi-

---

1. Apuntes y reflexiones personales a propósito de la Ponencia presentada por D. Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA en el *Seminario de Profesores* celebrado el día 27 de noviembre de 1992, en el Edificio Central de la Universidad de Navarra.

zación política y social en la que el *Príncipe* se limitó a reconocer el valor normativo de los modos y conductas ordenadoras de las relaciones jurídicas entre particulares, como medio óptimo para obtener uno de los fines -no por pragmático menos importante- que se atribuyen al Derecho: poner orden en las relaciones humanas.

Mas estas conductas, escritas ocasionalmente por juristas privados para su uso particular, a las que el soberano se limitaba a conceder la sanción regia, constituyen normas que, si bien tienen fuerza y valor de ley, no son propiamente en sentido material leyes; puesto que fueron elaboradas en una época anterior al concepto de Estado moderno y sus consecuencias en particular el creciente y progresivo grado de intervención de los poderes públicos en las relaciones jurídicas de los particulares, ya fuera con intención puramente altruista (tuitiva, paternalista), o persiguiendo intereses de otra índole (económicos, sociales, acaso políticos) que en ciertos momentos históricos han sido considerados excesivamente prioritarios a los propios de la persona. Por ello, a estas recopilaciones privadas de costumbres, elevadas mediante las correspondientes formalidades al carácter de ley, se les ha denominado históricamente *Fueros*, para distinguirlas de las leyes en sentido material. Las actuales Compilaciones de Derecho civil -solamente Navarra conserva la tradicional designación de *Fuero* aunque *Nuevo*- no son otra cosa que el resultado de compendiar los cuerpos normativos acuñados a lo largo de los siglos (los *Fueros medievales*), cuyo contenido sustancial no se aparta esencialmente de la norma no escrita, la costumbre. En definitiva, *Fuero* es *costumbre escrita*; en cambio *Ley* es, históricamente, norma que emana directamente de la *potestas* del soberano<sup>2</sup> y que en la época medieval raramente versaba sobre aspectos y relaciones jurídico-privadas.

Tras la Revolución francesa y el advenimiento del *Nuevo Régimen* -cuyo reflejo más característico en el ámbito jurídico es el fenómeno de la codificación- el concepto de ley anteriormente apuntado evoluciona hacia una consideración de aquélla como producto exclusivamente de la razón, o sea, en cierta medida, estas *leyes* vienen a emanar de la mente de una aparatosa organización de Comisiones oficiales de juristas que, a golpe de Ordenes y Decretos dictados por quienes detentan el poder -Napoleón Bonaparte el primero de ellos, los Ministros de Justicia de los distintos países europeos en el caso de los sucesivos Códigos civiles- tratan de destilar la quintaesencia del Derecho para reflejarla en unas pocas frases -*artículos*- escuetas, de gran abstracción, y surgidas de la pura razón -en el caso de ciertos Códigos, también del simple y puro mimetismo respecto del *Code*- con expresa intención de abandonar todas las normas genuinas, esto es, surgidas de las necesidades de los pueblos a la hora de descubrir la solución más justa a los problemas que iban sucediéndose, en claro e intencionado rechazo de la tradición histórica.

Por eso, para entender el significado de las leyes, es preciso un grado de conocimiento técnico de los dogmas que solamente está al alcance de juristas profesionales, mientras que para la comprensión del significado de los *Fueros*, aunque sean compilados -en cierto sentido, racionalizados- es necesario además dominar el conocimiento de la historia de una región -de un *reyno* antiguo- con sus avatares políticos y sociales, con sus características culturales y étnicas, con su idiosincrasia y cultura propia, en suma, con todo aquello que le dota de identidad respecto de la de otros pueblos.

Como explica SANCHO REBULLIDA<sup>3</sup>, la fuente preferida por la escuela histórica del Derecho en constante polémica con la escuela racionalista del Derecho natural, la costumbre, es norma espontánea, emanada directamente del sujeto del Derecho que es la persona, en inevitable convivencia con el grupo, y tiene la virtualidad de lograr que en el terreno del Derecho "todo sea más humano, más fluido, que en el sistema basado en la ley escrita". Será quizá menos racional, menos seguro, poco técnico y riguroso; pero con todo ello más conocido y querido por las personas que voluntariamente se someten a esta norma por su propia convicción.

2. De "acto de soberanía política" califica D' ORS a la ley (citado por DORAL GARCÍA en *Prelación de fuentes en Derecho navarro*, ADC 1974, T. XXVII, pág. 28).

3. *Seminario de profesores* citado.

Una de las más acusadas peculiaridades del Derecho civil de Navarra radica, como es de sobra conocido, en la admisión de la costumbre contra ley dentro del sistema de fuentes del Derecho. Pero examinado el Fuero Nuevo con rigor técnico y desde la perspectiva propia del jurista, advierte SANCHO REBULLIDA sobre la conveniencia de distinguir los diversos modos de entender las reiteradas alusiones textuales a la costumbre a lo largo de sus 596 leyes. La costumbre ocupa unas veces el lugar de norma; otras, el de elemento interpretativo. Y además -afirma el citado maestro- puede ocupar la función de constituir título apto para la atribución de derechos subjetivos de contenido patrimonial; y concretamente, el de algunas figuras de derechos reales típicamente navarras, tales como las corralizas.

## II.- LA COSTUMBRE COMO FUENTE.

### 1. El sistema de fuentes.

La primacía de la costumbre en el sistema de fuentes del Derecho civil navarro a la que se refiere la ley 2 del Fuero Nuevo es una lógica consecuencia de la historia.

Para el Derecho civil navarro -escribe DE PABLO CONTRERAS<sup>4</sup>- la necesidad de formular un sistema de fuentes encuentra origen en cierta adopción, quizá inconsciente, de los moldes conceptuales propios de la ideología liberal que revierte en el fenómeno de la codificación.

Prueba de ello es que los textos históricos navarros -tales como el *Fuero de Tudela*, el *Fuero General*, o el *Fuero Reducido*- hacen referencias a fueros, leyes y costumbres, sin expreso establecimiento de un orden de prelación entre ellas. La necesidad de configurar un orden de prelación, un sistema, de fuentes, es ajena al Derecho histórico navarro y obedece a la experiencia histórica consistente en el fracaso de las ideas de los filósofos revolucionarios franceses que intentaron hacer tabla rasa de la tradición histórica instituyendo como única fuente del Derecho a la ley.

Explica SANCHO REBULLIDA que la obligación de juzgar impuesta al Juez en el primer Código civil europeo choca abiertamente con el establecimiento de una única fuente del Derecho que pronto se revela insuficiente para abarcar el amplio potencial de problemas propio de la complejidad de las relaciones jurídicas particulares. Semejante inconveniente del sistema de fuentes centrado en la ley se quiso resolver, en un principio, mediante el recurso a dos remedios que más adelante, una vez experimentados, iban a revelarse como impracticables. Por el primero de ellos se posibilita a los jueces para consultar al legislativo cada vez que se encontraban ante una pregunta -el sistema del *référé législatif* facultativo-, pero la acumulación de expedientes paralizaba la pronta resolución de los casos. Se instituye entonces otro procedimiento más expeditivo: el del *référé législatif* obligatorio, que autorizaba al Estado para romper (*casser*) las sentencias dictadas por los jueces cuando éstas se apartaran mínimamente de la ley; más este segundo remedio representaba una patente contradicción con el proclamado principio de la absoluta separación de poderes<sup>5</sup>.

Tras esta experiencia se introduce en los Códigos la necesidad de añadir otras fuentes del Derecho tales como la costumbre y los principios generales<sup>6</sup>. Pero en Navarra, el hecho histórico de haber visto "petrificado" su Derecho (escrito) al haber perdido sus órganos legislativos durante el trienio liberal, unido al problema que supone para la autonomía

4. *Curso de Derecho Civil Navarro, T.I., Introducción; Parte General*, Pamplona 1990, pág. 125.

5. Cfr. SANCHO REBULLIDA, *Los principios generales del Derecho*, en *Boletín del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza*, nº 9, 1 de abril de 1963, págs. 1 a 14; y en *Estudios de Derecho Civil I*, Pamplona 1978, en especial págs. 49 a 51.

6. Hoy en día, tras la sucesiva ampliación de los recursos proporcionados al Juez para facilitar su deber de aplicar la ley, (la introducción en los Códigos civiles de las llamadas "pseudofuentes" como la analogía, la jurisprudencia, la equidad, el criterio de la realidad social) se atribuye despectivamente a los juristas formados en la concepción kelseniana del Derecho el abuso de seguir un sistema calificado de *iuspositivismo trasnochado*.

jurídica del territorio la expresión de las Cortes de Cádiz de 1812 al prever unos Códigos-civil, penal y de comercio- “únicos para toda la nación” y la ulterior promulgación del Código civil en 1889, con un sistema de fuentes del Derecho en el que se eleva a la ley por encima de la costumbre conduce a la necesidad de formular un sistema de fuentes característico del Derecho de Navarra, o resignarse a la desaparición de algunos de sus rasgos más acusados<sup>7</sup>.

La formulación de un verdadero sistema de fuentes del Derecho en los textos del Derecho civil navarro sólo cobra viabilidad cuando, en el proceso codificador del Derecho civil, se abandona el sistema de Apéndices inicialmente previsto para solucionar el “problema foral” y se sustituye -por impulso del Congreso de Zaragoza de 1946- por el sistema de Compilaciones. Pero, al requerir éstas aprobación por las Cortes españolas, la posibilidad de regular las fuentes del Derecho vendrá a depender de la actitud que al respecto adopten los poderes públicos; razón por la cual solamente las últimas Compilaciones promulgadas -las de Aragón, en 1967, y el Fuero Nuevo de Navarra, en 1973- logran introducir en su texto un sistema de fuentes del Derecho aprobado por ley estatal.

Más al ser el Derecho navarro un Derecho indisponible unilateralmente para el legislador nacional -por consecuencia, fundamentalmente, de la Ley Paccionada de 1841- el sistema formulado en este territorio responde a un criterio genuino y autóctono que le permite variar el orden de prelación establecido en el art. 1 del Código civil, mientras que en el caso de Aragón, la referencia a las fuentes del Derecho fue admitida por consecuencia de una autorización del legislador estatal y por lo tanto habría de realizarse dentro del marco preconfigurado por el Código civil<sup>8</sup>.

Con la promulgación de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Fuero en 1982, el Fuero Nuevo de Navarra varía de naturaleza para ceder su carácter de norma principal del Ordenamiento foral al mencionado Amejoramiento, al que corresponde establecer el sistema de fuentes del Derecho de Navarra -como así lo lleva a cabo en sus arts. 40 a 42- con lo cual la ley 2 del Fuero Nuevo adquiere el valor de subsistema de fuentes del Derecho civil de este territorio<sup>9</sup>.

En una interpretación conjunta de los preceptos del Fuero Nuevo relativos a las fuentes y su jerarquía -leyes 2 en relación con las 5 a 8- resulta la siguiente prelación de fuentes en Navarra:

1) La voluntad unilateral o contractual, para los vinculados por ella y dentro de ciertos límites, fuente que se suele designar con la expresión *Paramiento fuero -o ley- vienze..* Los límites son la moral, el orden público, el perjuicio de tercero, o la contradicción a precepto prohibitivo del Fuero Nuevo sancionado con nulidad.

2) La costumbre, incluso contra *legem*.

3) Las leyes del Fuero Nuevo, teniendo en cuenta que expresamente se presumen dispositivas.

4) Los principios generales del Derecho de Navarra, tanto los informadores como los técnicos (los que se deducen del conjunto de sus disposiciones).

7. Señala SANCHO REBULLIDA que el carácter consuetudinario del Derecho tradicional en Navarra -como igualmente ocurría en otros reinos medievales- tuvo sin embargo épocas de crisis, especialmente en el siglo XVI cuando las Cortes de Pamplona de 1576, al introducir el Derecho común como supletorio, omiten toda mención a la costumbre. Mas esta crisis pronto se supera mediante una reactivación de la costumbre en su función de norma, que tuvo explícitas manifestaciones en los textos de los siglos XVII y XVIII. Cfr. *Tratamiento actual de las fuentes del Derecho Civil Navarro*, Pamplona 1984, pág. 12 y notas (12) y (13).

8. Como dice SANCHO REBULLIDA (*Seminario de Profesores* citado) con la Compilación aragonesa, el concepto de costumbre como fuente del Derecho sucumbe.

9. Cfr. DE PABLO CONTRERAS. *Curso...* cit., págs. 124 a 129.

5) La extensión analógica de la costumbre, del Fuero Nuevo, y de los principios generales navarros).

6) Las subfuentes para la interpretación e integración de las leyes de al Compilación: a) Las leyes de Cortes posteriores a la *Novísima Recopilación de las leyes de Navarra*; b) la *Novísima Recopilación de las leyes de Navarra*; c) los *Amejoramientos del Fuero*; d) el *Fuero General de Navarra*; e) los *Fueros locales* y el *Fuero Reducido*; f) el Derecho Romano para las instituciones o preceptos que por obra de la costumbre o de la ley resulten recibidos del mismo.

7) El Código civil y las leyes generales de España. Teniendo en cuenta que, conforme a la ley 6 del Fuero Nuevo, no podrán aplicarse en Navarra por analogía<sup>10</sup>.

## 2. Reflexiones en torno a la costumbre en su papel de fuente del Derecho navarro.

En su papel de norma, la costumbre reúne los caracteres propios de aquélla: las notas de abstracción y generalidad, lo mismo que la ley. La costumbre es una fuente del Derecho tan tradicional en Navarra, que resulta un tanto paradójica, por redundante, la expresión de la ley 3 “aunque sea contra ley” al dotar a la costumbre de prevalencia sobre la ley escrita. La redundancia viene dada por el hecho de haber sido situada la costumbre en lugar preferente dentro del orden de prelación de fuentes, hecho que en sí mismo conlleva el reconocimiento de la costumbre *contra-legem*. Por ello, resulta rechazable aquélla expresión, de la misma forma que el Código civil, al señalar a la ley como primera fuente del Derecho, no precisa que prevalece aunque sea contraria a la costumbre<sup>11</sup>.

El tema de la costumbre como norma es una materia no sólo jurídica sino más bien social. Se trata de una regla jurídica espontáneamente emanada de un grupo, en la que no es preciso averiguar numéricamente cuántos actos, cuánto tiempo, cuánta gente, debe observarla... pero sí se sabe que el número de actos, su frecuencia, la constancia en su observancia, debe ser suficiente como para prever cabalmente que los sujetos integrantes del grupo reaccionarán ante los conflictos jurídicos de ese modo. Por ello, incluso el Código civil español se contenta con exigir que el elemento externo o *corpus* -consiste en la repetición de actos libres y uniformes- se observe por tiempo inmemorial, a diferencia de los requisitos exigidos por el Derecho intermedio para la validez de la costumbre-norma, tales como la necesidad de que la ley desplazada por la costumbre fuera prescrita, y que la conducta viniera siendo observada durante un cierto número de años<sup>12</sup>.

En cuanto al elemento interno, o *animus*, (la *opinio iuris seu necessitatis*), es concepto de índole casi psicológica, que oscila entre la intención y la consciencia, y cabría concretarlo en la idea de “convicción”. En la reforma del Título Preliminar del Código civil, operada en el año 1974, la latente equiparación de la costumbre-norma a los usos -a los que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad (art. 1.3 Cc)- aleja del concepto de costumbre el elemento interno o convicción popular acerca de la obligatoriedad de esa conducta que integra el requisito del *animus*, a diferencia del con-

10. SANCHO REBULLIDA, *Tratamiento actual...*, cit., págs. 14 y 15.

Con anterioridad a la promulgación del Fuero Nuevo, SALINAS QUIJADA proponía otra enumeración (en *Derecho civil de Navarra, I, Introducción*, Pamplona 1971, pág. 362); mas, recientemente, resume dicho autor esta cuestión circunscribiéndose al texto de la ley 2 del Fuero Nuevo (así en *Compendio de Derecho Civil Navarro*, Pamplona 1991, págs. 8 ss.).

Para un análisis más extenso, con abundante cita jurisprudencial, Vid. también DORAL GARCÍA, *Prelación de fuentes en Derecho navarro*, cit., págs. 25 a 66.

11. Como dice SANCHO REBULLIDA, nunca se ha oído hablar de *ley contra consuetudinem*. (*Seminario de Profesores*, cit.). Idea que había expuesto en *Tratamiento actual...*, cit., pág. 20.

12. SANCHO REBULLIDA, *Seminario de Profesores*, cit.

cepto de costumbre ofrecido por el Fuero Nuevo de Navarra en el que dicho elemento interno se mantiene<sup>13</sup>.

A esta distinción entre costumbre y usos (en los que no se requiere la *opinio iuris seu necessitatis*) hace referencia la Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 22 de septiembre de 1986, que pone en duda la existencia de una costumbre en su estricto significado de norma jurídica referida, en el caso, a la duración de unos arrendamientos, porque solamente fueron acreditados "unos ciertos hábitos" referidos a prados y helechales, pero no al caserío y sus pertenencias, ello aunque dichos hábitos venían siendo más o menos respetados<sup>14</sup>.

La explícita admisión de la costumbre *contra legem* ofrecida por la ley 3 del Fuero Nuevo de Navarra plantea el problema de interpretar si se refiere únicamente a las leyes (cíviles) forales, o se extiende igualmente a leyes estatales.

Por la interpretación restrictiva se habían pronunciado, con anterioridad a la promulgación del Fuero Nuevo y a la reforma del Título Preliminar del Código civil, ciertos autores<sup>15</sup>.

Por la segunda interpretación -que magnifica la relevancia de la costumbre como fuente del Derecho en Navarra- se habían pronunciado, antes de la promulgación del Fuero Nuevo, las Sentencias del T.S. de 29 de abril y 13 de junio de 1972 así como, en la doctrina navarra, ARREGUI GIL, bajo el argumento fundado en el texto originario del art. 12 del C.c., que reconocía el carácter no excepcional sino orgánico de los Ordenamientos autóctonos, admitiendo que conforman un sistema específico dotado de principios y fuentes propios y peculiares, por lo que la inmisión en ellos de leyes estatales resultaría anómala y admisible solo en contados supuestos<sup>16</sup>.

SANCHO REBULLIDA abunda en esta segunda interpretación -por la que la costumbre navarra prevalecería sobre leyes estatales con argumentos de rigurosa exégesis de las leyes 6 en relación con las leyes 2 y 3 del Fuero Nuevo; en esta teoría, la inclusión de las "leyes generales de España" en la ley 6 a modo de Derecho supletorio del Fuero Nuevo y de la tradición jurídica de Navarra, dota a la costumbre de preferencia sobre las leyes estatales, porque las propias fuentes mencionadas en la ley 6 son posteriores a la costumbre, conforme a las leyes 2 y 3 del Fuero Nuevo<sup>17</sup>.

DE PABLO CONTRERAS<sup>18</sup> trata la difícil cuestión moderando ambas interpretaciones, sobre las cuáles ofrece una solución intermedia: la costumbre navarra -afirma- no prevalece, tras la promulgación de la LORAFNA y del art. 149.1.8 de la Constitución Española, sobre aquellas leyes estatales cíviles que versen sobre materias atribuidas por la Constitución a la competencia exclusiva del Estado (p. ej., sobre *Registros e instrumentos públicos*, Cfr. art. 149.1.8 *l.f.* C.E.); pero sí prevalece sobre las leyes cíviles estatales que constituyen -en recta interpretación de la ley 6 del Fuero Nuevo- Derecho supletorio de Navarra, es decir -en opinión del citado autor- aquellas que regulan materias cuya competencia corresponde a Navarra (p. ej., sobre arrendamientos rústicos y urbanos), incluso en el caso de que

13. SANCHO REBULLIDA, *Op y loc. cit.*

14. Citada en *Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*. (edición preparada por DE PABLO CONTRERAS y otros, Pamplona, Abril de 1988, en nota de Jurisprudencia a la ley 3).

15. Así SALINAS QUIJADA, *La costumbre foral especialmente en Navarra*, en RGLJ 1968-I, págs. 4 ss; este ilustre jurista matizó su postura con posterioridad a la promulgación del Fuero Nuevo, en su *Derecho Civil de Navarra*, Pamplona 1980 (2ª ed.) págs. 82 ss.

Tras la promulgación del Fuero Nuevo de 1973, DÍEZ PICAZO/GULLÓN continúan participando de esta teoría, en *Sistema de Derecho Civil I. Introducción*, 4ª ed., Madrid 1981, pág. 159.

(Citados por SANCHO REBULLIDA, en *Tratamiento actual...* cit., notas 26 y 27).

16. ARREGUI GIL, *Sobre la costumbre contra ley en el Derecho navarro*, RGLJ 1973-II, págs. 8 ss. Contra las opiniones que negaban operatividad a la costumbre navarra contraria a ley estatal, aduce este autor un argumento de rigurosa exégesis de los arts. del C.c. relativos a las fuentes: *Si en Navarra existe un régimen que concede prevalencia a la costumbre contra ley -afirma- no puede invocarse el art. 5º del Código como derogatorio de ese su específico régimen*: (*Op. cit.*, pág. 17).

17. *Tratamiento actual de las Fuentes...*, cit., pág. 21.

Contra esta opinión se pronuncia expresamente DE PABLO CONTRERAS considerando que, tras la promulgación de la LORAFNA de 1982, el Fuero Nuevo de Navarra pasa de ser ley estatal a transformarse en norma foral, por lo que las normas del Fuero quedan circunscritas al propio Ordenamiento foral. (Cfr. *Curso...*, cit., págs. 144 y 145).

18. *Curso...*, cit., pág. 145.

el Parlamento de Navarra no la hubiera ejercitado<sup>19</sup>. En ningún caso -añade- prevalece al costumbre sobre leyes forales no civiles por establecerlo así el art. 40 de la LORAFNA.

### III.- LA COSTUMBRE COMO ELEMENTO INTERPRETATIVO.

#### 1. Referencia institucional.

Ciertas referencias a la costumbre en las leyes del Fuero Nuevo de Navarra le atribuyen la función de constituir medio previsto por el legislador para proceder a la interpretación de las hipótesis de hecho que contempla la norma.

Estas referencias a la costumbre en función de elemento interpretativo pueden encontrarse, por ejemplo: en la ley 1 párrafo 2 del Fuero Nuevo que alude al Derecho romano como elemento integrador del Derecho privado foral de Navarra *para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente Compilación hayan recibido del mismo*.

En otras leyes, el Fuero Nuevo alude a la costumbre o los usos para indicar la función interpretativa de la costumbre. Así la ley 2 admite entender que el silencio puede valer como declaración de voluntad en caso de que así se deduzca de la costumbre o los usos; la ley 176 dispone que los pactos sucesorios se interpretarán e integrarán conforme a la *costumbre del lugar*; la ley 281 párrafo 2, menciona a *la costumbre del lugar y a los usos de la familia* para la interpretación e integración de la voluntad del causante por el fiduciario-comisario; la ley 348 remite al *uso o costumbre del lugar* la interpretación acerca de qué deba entenderse por "finca cerrada"; la ley 490 cita *el uso* entre los elementos de interpretación de las obligaciones..., etc.

En estas y otras leyes aparece la costumbre en su función de elemento interpretativo. Pero estas conductas carecen de la nota de generalidad que caracteriza a la norma jurídica; tampoco requieren el elemento interno de la *opinio iuris* propio de la costumbre-fuente. El Fuero Nuevo hace aquí referencia a una conductas simplemente convenientes, pero no debidas<sup>20</sup>.

#### 2. Costumbre y usos.

Las alusiones a la costumbre en su función de elemento interpretativo, en el Fuero Nuevo de Navarra, parecen aproximar el concepto de costumbre al de uso.

Los usos -explica DE PABLO CONTRERAS<sup>21</sup>- tienen trascendencia en el Ordenamiento jurídico civil navarro, pero no constituyen fuente autónoma de su Derecho al no alcanzar la categoría de costumbre.

19. Sorprende la pasividad del legislador navarro en torno al *desarrollo, conservación y modificación* del Derecho civil. En efecto, desde la fecha de entrada en vigor de la LORAFNA de 1982, su actividad se ha limitado a la promulgación de dos leyes civiles: La Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho civil foral o Fuero Nuevo de Navarra, y la Ley Foral de 3 de julio de 1989, de Cooperativas de Navarra. Contrasta esta actitud del legislador con la adoptada por los de otras Comunidades Autónomas, como por ejemplo, la catalana, cuya hiperactividad en materia de Derecho civil ha llegado a plantear conflictos de constitucionalidad por presunta extralimitación de competencias, así como a una eventual *descodificación* del Derecho civil por virtud de la emigración de ciertas materias anteriormente compiladas (p. ej., sucesiones, servidumbres...) a leyes especiales civiles.

En el caso de Navarra, la actividad del legislador foral ha incidido en ciertas materias civiles -especialmente sobre propiedad comunal de los montes- pero por la vía de disposiciones de carácter administrativo; el hecho en sí revela una cierta tendencia a hurtar al ámbito de lo privado ciertas materias tradicionalmente correspondientes al ámbito del Derecho civil, y reguladas en el Fuero Nuevo, provocando una superposición normativa que planteará por lo sucesivo conflictos de interpretación (p. ej., en materia de jurisdicción competente); así como también una especie de desconfianza respecto de la norma escrita -el Fuero Nuevo- para regular situaciones que *de facto* continúan rigiéndose por la norma tradicional: la costumbre o el uso.

20. SANCHO REBULLIDA. *Seminario de profesores...*, cit.

21. *Curso...*, cit., págs. 154 a 156.

Según el citado autor, en el Derecho navarro los usos cumplen una triple función que permite clasificarlos en usos interpretativos, usos normativos y usos constitutivos.

En su función interpretativa, los usos pueden servir para integrar o esclarecer el significado de las declaraciones de voluntad, pero no para suplir la voluntad del sujeto (en este sentido aluden a los usos las leyes 20, 280, 396 y 490 del Fuero Nuevo).

Usos normativos son aquéllos a los que el Fuero Nuevo atribuye expresamente el valor de fuente del Derecho secundaria o subfuente, como supletorios de la regulación convencional (p. ej., en las leyes 48, 115, 134, 417 y otras del F.N.).

Usos constitutivos son los que, conforme el Fuero Nuevo, crean, modifican o extinguen una relación jurídica, sobre la base de un título preexistente. Representativo de esta clase de usos es el texto de la ley 380 a propósito de las corralizas. Este texto permite interpretar que, existiendo previamente un válido título constitutivo de un derecho real sobre cosa ajena, el uso posterior que de él hacen los titulares puede variar el contenido del derecho real y configurarlo como corraliza; o bien el uso puede modificar el contenido de la corraliza variando el título inicial que la constituyó<sup>22</sup>.

#### IV.- LA COSTUMBRE COMO TITULO DE ATRIBUCION PATRIMONIAL.

En numerosos supuestos, las leyes del Fuero Nuevo emplean el término *costumbre* o *uso* para referirse a un concepto de costumbre que ni es norma ni tampoco mero elemento interpretativo de una declaración de voluntad.

Así ocurre en la ley 25 que recoge la figura del *no uso*, o desuso de los derechos subjetivos como forma de extinción de los mismos. La ley 48 del F.N. representa un supuesto clarísimo de costumbre en función de título de atribución de derechos a la Casa, institución típicamente navarra. También la ley 93 prevé, dentro del régimen de la sociedad familiar de conquistas, el papel de la costumbre como fuente posible de dicho régimen.

En la ley 131, el Fuero Nuevo remite a la costumbre la conformación de la figura del *Acogimiento a la Casa*, sin que los *Parientes Mayores* -a quienes la ley 132 atribuye la facultad de decidir las cuestiones que se susciten sobre la interpretación, cumplimiento o incumplimiento de los derechos y deberes del acogido- queden sujetos a ningún criterio legal para la interpretación del contenido de los derechos.

Otros supuestos legales en que se atribuye a la costumbre la función de título se encuentran: en la ley 298 del F.N., que remite a *la costumbre* la fijación de la retribución de los albaceas; la ley 377, que reconoce la válida existencia de situaciones de comunidad en mancomún, en principio indivisible, establecida únicamente por costumbre. Igualmente opera la costumbre, o los usos, como título constitutivo, o como régimen, de las corralizas, en las leyes 380 -que se refiere a su régimen- y 381 -que establece sus límites-. La costumbre local regula, según la ley 391 del F.N., las situaciones de *dominio concellar*. Y, en fin, las leyes 516.3 (sobre promesa de contrato) y 588.1 (sobre arrendamientos de cosas), atribuyen a la costumbre del lugar el papel de título constitutivo de su régimen<sup>23</sup>.

SANCHO REBULLIDA plantea a la doctrina la conveniencia de investigar a fondo sobre el examen de las distintas modalidades de costumbre que contemplan estas leyes, así como sobre los orígenes históricos de ciertas manifestaciones de la propiedad comunal en Navarra. Algunos supuestos legales de costumbre en función de título han dado lugar a casos interesantes. Entre los más recientes, figuran los supuestos de la Sentencia del T.S. de 12 de julio de 1988, sobre corralizas, y Sentencia de la A.P. de Navarra (sección 2ª) de 10 de noviembre de 1992 (sobre un caso en el que se discutía la naturaleza jurídica de una situación de convivencia entre parientes -tío y sobrino-, a los efectos de averiguar las consecuen-

22 DE PABLO CONTRERAS, *Op. y loc. cit.*

23 SANCHO REBULLIDA, *Seminario de Profesores, cit.*



cias que se derivarían al calificarla como supuesto de *Comunidad familiar de hecho, o de Acogimiento a la Casa*, prevaleciendo esta segunda interpretación).

### 1. La costumbre como título en la STS de 12 de julio de 1988 sobre corralizas<sup>24</sup>.

El supuesto de esta Sentencia descansa básicamente en los siguientes hechos: los vecinos de Tudela, Ablitas y Cortes, detectaban desde tiempo inmemorial el derecho de pastar sus ganados en una serie de montes que se encuentran en el término municipal de Ablitas. En reconocimiento de estos derechos, las tres localidades constituyeron una Junta administradora que elaboró unas *Ordenanzas* conteniendo el Reglamento para el disfrute y aprovechamiento de los terrenos, a favor de Tudela y Cortes, cuya fecha es de 26 de febrero de 1946. Los citados montes aparecían inscritos (como comunales) a favor del Ayuntamiento de Ablitas en el Registro de la Propiedad, con fecha de 22 de septiembre de 1952, si bien gravados con una *servidumbre de pastos* a favor de los vecinos de Tudela y Cortes (según calificación del Registrador). En 1980, el Ayuntamiento propietario de los montes requirió a los Ayuntamientos de Tudela y Cortes para la redención de los derechos que estos últimos ostentaban, ofreciendo para ello ciertas cantidades.

Ante la negativa de los Ayuntamientos de Tudela y Cortes a aceptar el referido requerimiento, el Ayuntamiento de Ablitas interpuso demanda en 1ª instancia, suplicando se dictase Sentencia declarando redimidos los gravámenes, que calificaba de *corralizas*, mediante abono de las cantidades ofrecidas. El Juez de Tudela, en 1ª instancia, desestimó la demanda; apelada ante la Sala de lo Civil de la A.T. de Pamplona fue desestimado el recurso; la razón fundamental versó sobre la calificación jurídica del derecho de pastos, al que los Tribunales de instancia, accediendo a lo solicitado por los Ayuntamientos de Tudela y Cortes demandados, atribuyen el carácter de *comunidad facera* y por ello no redimible. El Tribunal Supremo casó la Sentencia de la Audiencia Territorial, por considerar que se trataba de una corraliza, redimible en virtud de lo establecido en la ley 382 del F.N. de Navarra, entre otras razones.

El problema planteado ante el T.S. consiste en calificar una situación jurídica (el disfrute de un derecho de pastos sobre unos terrenos inscritos a favor de otro Ayuntamiento) adquirida por los vecinos de los pueblos litigantes mediante costumbre observada desde tiempo inmemorial. Las Sentencias de instancia, atendiendo principalmente al lejano origen histórico del título constitutivo del derecho -que se remontaba a una cesión de terrenos llevada a cabo en el siglo XII por el rey Alfonso I el Batallador- restan importancia a la inscripción de dominio a favor de uno solo de los cesionarios (el hoy día Ayuntamiento de Ablitas) -pese a no haber sido esta inscripción impugnada por los Ayuntamientos demandados (como hubiera sido necesario para destruir en su caso la presunción de exactitud que depara el Registro)-, así como a la función integradora del Código civil respecto del Fuero Nuevo -que permite deducir la naturaleza de *corraliza* de las servidumbres personales de pastos reguladas en el Código civil- amén del criterio, afirmado en el art. 3.1 del C.c., por el cual deben ser interpretadas las leyes conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas<sup>25</sup>.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia, razona en sentido contrario, afirmando la exclusiva propiedad de los montes litigiosos a favor del Ayuntamiento demandante, porque, sin dejar de reconocer su remoto origen histórico, el régimen contenido en el título originario -que había venido siendo "estrictamente consuetudinario" (3<sup>er</sup>. F. de D. de la Sentencia)- fue sustituido por el pacto suscrito entre las localidades afectadas, pacto que cobró expresión en las *Ordenanzas o Reglamento para el disfrute y aprovechamiento de los terre-*

24. Comentada por DE PABLO CONTRERAS en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 17 (1988), págs. 683 a 699.

25. Interpretación elogiada por DE PABLO CONTRERAS en su *Comentario...*, cit., pág. 458, por considerarla más correcta y acorde con los tiempos actuales.

nos comunales de la villa de Ablitas, en donde se reconoce que los citados montes pertenecen exclusivamente al Ayuntamiento de Ablitas, entre otras razones<sup>26</sup>.

Otro extremo importante para el Derecho navarro, abordado por esta Sentencia, versa sobre la calificación jurídica del derecho de pastos atribuido a las tres localidades. Al respecto, los Ayuntamientos demandados -de Cortes y de Tudela- defendían la tesis de que se trataba de una situación conocida en Navarra como *comunidad facera*; mientras que el Ayuntamiento demandante persistía en calificarlo de *corraliza*... Del pronunciamiento sobre esta cuestión vendría a depender la resolución del caso, puesto que la redención del gravamen solicitada por el Ayuntamiento demandante únicamente era posible en el caso de tratarse de una corraliza (conforme a la ley 382 del F.N.), mientras que el régimen previsto por el Fuero Nuevo para la extinción de la comunidad facera es el de la división de la cosa común (conforme a la ley 387 del propio Fuero).

La cuestión -planteada en el 4º F. de D. de la citada Sentencia- tenía difícil resolución, teniendo en cuenta las vacilaciones sufridas por el legislador foral a la hora de tipificar ambas figuras a modo de subtipos concretos de las situaciones de comunidad de bienes y derechos a las que se refiere el Título II del Libro III del Fuero Nuevo que trata de los bienes. A este respecto, como ha puesto de relieve en la doctrina TORRES LANA a propósito de la STS de 18 de noviembre de 1974 -en la que se discute si el contenido del derecho del corralicero se circunscribe al aprovechamiento de los pastos sobre una finca o bien abarca incluso la propiedad del suelo sobre el que se asientan los pastos- las opiniones respecto al concepto de corraliza fueron objeto de controversia en la doctrina anterior a la promulgación del Fuero Nuevo de Navarra. Según una teoría, la corraliza se circunscribe exclusivamente al aprovechamiento de pastos y aguas sobre una finca<sup>27</sup>; mientras que para otros autores como LACARRA, corraliza es "un terreno, generalmente muy extenso, con pastos y corral, dedicado al sustento y cría de ganado"<sup>28</sup>.

La controversia condujo -como por otra parte suele ser frecuente- a una solución ecléctica que formuló AIZPUN<sup>29</sup> y ha sido posteriormente acogida<sup>30</sup>, según la cual no es posible dar un concepto unívoco de corraliza, dada la diversidad de ellas existente, por lo que será el título constitutivo -en definitiva, la interpretación del contenido de las escrituras de enajenación- el que nos dirá en qué consiste y qué derechos comprende<sup>31</sup>.

El Fuero Nuevo de Navarra, en su actual redacción, acoge en la ley 379 un triple concepto de corraliza, siguiendo sustancialmente aunque con ciertas variaciones<sup>32</sup> los textos del *Proyecto de Fuero Recopilado* publicado en 1959 (ley 50) y la *Recopilación Privada del Derecho Foral Navarro* (ley 382): La corraliza puede consistir en a) una finca o coto de finca, b) un derecho de aprovechamiento parcial sobre finca ajena, o c) una comunidad indivisible de aprovechamientos.

26. SANCHO REBULLIDA observa, en definitiva, que, en este caso, la costumbre operó una interversión del título concedido por el rey (consistente en atribuir un derecho de pastos a las tres villas sobre los montes situados en el territorio de la de Ablitas) en el sentido de convertir este título en un derecho de pastos que configura en Navarra una corraliza, y en el Derecho del Código civil, una servidumbre personal.

27. ARIN DORRONSORO, *Problemas agrarios. Estudio jurídico-social de las corralizas, servidumbres, montes y comunidades de Navarra*. Segovia 1930, pág. 8.

28. LACARRA, *Instituciones de Derecho Civil Navarro, en Biblioteca de Derecho Foral VI*, Pamplona 1965, pág. 279.

29. *Comunidades de bienes. Facerías, Vecindades Foranas, Servidumbre*, en *Curso de Derecho Foral Navarro I*, Pamplona 1958, pág. 87.

30. Así SALINAS QUIJADA, por ejemplo en *Manual de Derecho Civil navarro*, Pamplona 1980, pág. 145. Últimamente en *Compendio de Derecho Civil Navarro*, Pamplona 1991, pág. 32.

31. La reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 176 de diciembre de 1991, en la que actuó como ponente ALVAREZ CAPEPOCHIPI, sobre un caso en que se discutía cuál es el contenido de los derechos de los corraliceros -contenido que aparecía controvertido en los títulos constitutivos de la corraliza- declara textualmente: *La ley 379 sirve de marco definitorio de la diversidad conceptual e institucional de la corraliza: diversidad de origen (consuetudinario, contractual y desamortizador), diversidad de contenido (comunidad indivisible, aprovechamiento parcial), diversidad subjetiva (en favor de una comunidad de vecinos, de una pluralidad de personas, de una persona individual), que impide considerarla infringida sin determinar adecuadamente el contenido preciso de la corraliza en cada caso concreto* (3º F. de D.).

(Esta Sentencia -aún no publicada en la *Rev. Jdca. de Navarra*- me ha sido facilitada por la deferencia de D. José Francisco COBO SAENZ, Magistrado de la A.P. de Navarra).

32. Destacadas por TORRES LANA, en su *Op. cit.*, págs. 853 a 856.

SANCHO REBULLIDA, recientemente, añade un posible cuarto significado: corraliza puede ser, además, el dominio gravado con el derecho de aprovechamiento parcial distinto al ganadero, como los derechos de rotura y cultivo; deducido, este último contenido, de la ley 380 del F.N. que hace expresa referencia a la costumbre y los usos, como constitutivos del régimen de las corralizas, en coherencia con el principio de libertad civil formulado en las leyes 7 y 8 del F.N.<sup>33</sup>. De donde se deduce que la costumbre, o los usos, a que se refiere la ley 382 del F.N. de Navarra, pueden configurar un título de atribución patrimonial consistente en un derecho de aprovechamiento de rotura y cultivo en un terreno sobre el cual existen otros titulares del derecho a obtener aprovechamientos diferentes, principalmente ganaderos.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia a la que aludíamos, opta por considerar el derecho de aprovechamiento de pastos atribuido a los vecinos de los Ayuntamientos de Ablitas, Cortes y Tudela, como una servidumbre personal de pastos; derecho este que, en el Derecho foral de Navarra, tiene su equivalente en la figura de la *corraliza* en su acepción de "derecho de aprovechamiento parcial sobre finca ajena", al no permitir el Fuero Nuevo más servidumbres que las prediales, conforme a las leyes 393 y 394 del citado Fuero<sup>34</sup>. Y considera inviable la calificación de *comunidad facera* al ser esencial en ella la concurrencia de varios cotitulares dominicales que constituyen una comunidad para un determinado aprovechamiento solidario conforme a las leyes 386 y 387 del F.N. (4ª F. de D. de la Sentencia). En coherencia con este razonamiento, declara redimible el gravamen.

## 2. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (secc. 2ª), nº 302, de 10 de noviembre de 1992 sobre Acogimiento a la Casa.

Esta Sentencia -de la que es Ponente D. Francisco Javier GOYENA SALGADO- versa sustancialmente sobre la calificación jurídica que merezca una situación de convivencia mantenida entre dos familiares, tío y sobrino, en un caserío dedicado a una explotación ganadera.

La controversia jurídica se planteó, tras la muerte del sobrino, por sus hermanos y herederos *ab intestato*. Uno de los hermanos demandó al tío (dueño del caserío por título de herencia) reclamando sus derechos hereditarios sobre ciertos bienes presuntamente pertenecientes al patrimonio privativo del fallecido sobrino.

Los bienes litigiosos consistían en un vehículo y un conjunto de cabezas de ganado ovino, equino y vacuno. En primera instancia, se estimó parcialmente la demanda condenando al demandado a entregar el vehículo a los herederos del sobrino fallecido; disconforme el demandante con este fallo apeló la Sentencia ante la Audiencia Provincial de Navarra excepto en el extremo relativo al vehículo, por lo que el recurso quedó circunscrito a la reclamación, para los herederos, del conjunto de ganado.

33. *Notas sobre el régimen civil del arriendo de pastos en las corralizas navarras*, en *Rev. Idca. de Navarra*, Enero-Junio de 1986, pág. 119. Esta afirmación es consecuencia de su teoría acerca de la *Tipicidad de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra*, publicada en ADC 1973, por la que entiende que -de conformidad con la doctrina de la DGRN- la autonomía de la voluntad si bien no puede crear nuevos tipos o figuras de derechos reales, puede no obstante, variar el contenido de los mismos.

34. A propósito del paralelismo que presenta la figura de la servidumbre personal de pastos con la de corraliza, reconocido expresamente en esta Sentencia, resulta especialmente premonitoria la enmienda formulada en 1971 por SANCHO REBULLIDA, al texto de la ley 382 del *Anteproyecto oficial de Fuero Nuevo* que definía las corralizas; el texto de la enmienda (que puede consultarse en el estudio citado de TORRES LANA, pág. 856) establecía como contenido preferente del derecho de corraliza la *servidumbre de pastos y aguas naturales sobre finca ajena salvo los casos en que la denominación de corraliza aparezca empleada exclusivamente para expresar otra posible naturaleza o destino*. Según interpreta TORRES LANA, uno de los propósitos perseguidos por esta enmienda consiste en la necesidad de dotar a la figura de un contenido típico para evitar la problemática que le es propia. De haber prosperado este texto, hubiera clarificado la duda -que persiste en la actualidad, como se desprende de esta Sentencia- acerca de la aplicabilidad del régimen de las servidumbres de pastos a las corralizas, siempre en defecto de título, uso o costumbre local y supletoriamente.

El conflicto entre el dueño del caserío y los herederos de su difunto sobrino, gira en torno a esclarecer a quien pertenecía el ganado. El apelante sostenía que integraba bien de la propiedad privativa del causante, alegando que en el momento del fallecimiento y tras diversos cambios de titularidad, figuraban a nombre del difunto en el Registro de la Riqueza Pecuniaria.

La Sentencia razona en sentido contrario por considerar que los cambios de titularidad administrativa, además de no resultar relevantes para probar la transmisión del dominio del ganado, pudieron obedecer a razones de otra índole (fiscal, comercial, obtención de subvenciones...) y aborda el examen de la cuestión atendiendo a al posible calificación de una situación de convivencia prolongada, entre tío y sobrino, como integrante de la figura del *Acogimiento a la Casa* prevista en las leyes 131 y ss. del Fuero Nuevo (tesis sustentada por la defensa del demandado y acogida por el Juez de 1ª instancia), o bien de *Comunidad Familiar de hecho* a la que se refiere la ley 129 del mismo (según argumentaba la parte apelante).

La Sentencia califica esta situación como de *Acogimiento a la Casa*, por considerar, entre otras razones, que la ausencia de título formal de constitución del derecho a ser acogido -testamento, capitulaciones y otras disposiciones según reza la ley 131 del F.N.- no impide que éste quede suplido por la autonomía de la voluntad, de conformidad con el argumento manifestado por la parte apelada en base a las leyes 7, 17 y 18 del Fuero Nuevo.

No es obstáculo para ello -añade la Sentencia- el hecho de haber prestado el sobrino su trabajo para la Casa, puesto que lo hizo en régimen de colaboración y no con la intención de obtener unos beneficios y constituir así un patrimonio propio; extremo que, unido al hecho de que el sobrino fue a vivir a la Casa desde al temprana edad de los cuatro años, sin que realizara previa aportación de bienes o trabajo, impide apreciar en el supuesto los elementos que caracterizan a la *Comunidad familiar de hecho* frente a la figura del *Acogimiento*, si bien entre ambas -reconoce la Sentencia existen notas comunes.

A propósito del supuesto sobre el que versa esta Sentencia, señala SANCHO REBULLIDA que, el juego de las leyes 131 en relación con las leyes 132 y 136 del F.N., se deduce que “la costumbre del lugar” y el “uso del lugar” pueden configurar títulos suficientes para constituir derechos y obligaciones que generen en su caso atribuciones patrimoniales a favor del acogido a la Casa -derecho a vivir en ella y a ser alimentado, recibir dotaciones, y otros similares- ello aunque no existan capitulaciones matrimoniales, testamento, y otra disposiciones, que los establezcan, representando el título formalmente constitutivo de la figura jurídica del *Acogimiento a la Casa*<sup>35</sup>.

## REFLEXION FINAL.

Como reflexión final, destacaré que el valor de la costumbre en el Derecho foral navarro no se limita a actuar como fuente del Derecho y como medio de interpretación de la ley. Lo característico de este Ordenamiento no se circunscribe a admitir la figura de la costumbre contra ley, incluso -según las convincentes opiniones anteriormente expuestas- contra ley estatal.

El Derecho civil navarro, con Fueros o sin ellos, con LORAFNA o con Ley Paccionada, con leyes civiles especiales o sin ellas, es, por tradición y por naturaleza, un derecho estrictamente consuetudinario. Tan es así que, a pesar de atravesar por una etapa compiladora, en la que aparentemente se tiñe del ideal codificador (legislar de una sola vez en previsión de todos los problemas que se presenten en el momento previendo además todos los que hipotéticamente puedan presentarse en el futuro), el propio Fuero Nuevo reconoce que la costumbre en Navarra es superior a la ley, y por ello expresamente permite en numerosas leyes de su texto que la costumbre o el uso regule las instituciones aún en aspectos tan celosamente reservados al ámbito de la ley como lo son los títulos de constitución y extinción de los derechos y las atribuciones patrimoniales.

35. *Seminario de Profesores*, cit.