

EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD

PONENTE:

D. Emilio Latorre Martínez de Baroja
Notario

COPONENTES:

D.^a Elena Bellod Fernández de Palencia
Profesora Titular de Derecho Civil

D.^a María del Carmen Lerma Rodrigo
Registradora de la Propiedad

MODERADOR:

D. Fernando Zubiri de Salinas
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD

por

Emilio LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA (Ponente)
Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA y
María del Carmen LERMA RODRIGO (Coponentes)

Intervención de Emilio LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA

Antes de comenzar el estudio de las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 2/03 en materia de extinción del derecho expectante de viudedad, quiero hacer constar el cambio profundo que se produce con respecto a la Compilación de 1967 y sus posteriores modificaciones parciales que, a mi juicio, vienen motivadas por la necesidad de agilización del tráfico jurídico de bienes que obliga al Legislador a establecer medidas limitativas al ejercicio del derecho expectante de viudedad en su actuación histórica, y basado en que si en el derecho histórico aragonés las observancias tenían fuerza de Ley, en la actualidad la costumbre adquiere la misma fuerza de Ley.

Para ello voy a comenzar este estudio con tres reflexiones y las consecuencias de las mismas.

1º.— Aunque una interpretación literal del artículo 72 de la Compilación relativa a que «la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del primero que fallezca» tiene un contenido idéntico al artículo 10 y 89 de la Ley 2/03 por lo que se le da a la institución un claro contenido de derecho de familia en sus dos vertientes de derecho expectante y usufructo viudal, a partir de esta Ley se bifurca la institución en dos figuras distintas:

El carácter subsidiario pero finalista del derecho expectante de viudedad en la Compilación venía recogido en el artículo 79 en que se recogía que al fallecimiento del cónyuge se daba al sobreviviente un usufructo viudal sólo en el caso de que éste tuviera derecho expectante pero no en otros.

La Ley 2/03 no considera necesario que el sobreviviente tenga derecho expectante para poder disfrutar del derecho de usufructo universal viudal, sino que quedan como dos figuras no ensambladas y distintas aunque dirigidas a una misma finalidad como lo recoge el artículo 90,2 que permite el pacto de exclusión del derecho expectante, conservando el usufructo.

Este alejamiento del derecho expectante del usufructo viudal o disociación entre las dos instituciones es la principal novedad que en esta materia recoge la Ley 2/03 que como es natural afecta a la instituciones que tratábamos con anterioridad a dicha Ley, ya que era normal en capitulaciones matrimoniales pactar la renuncia al derecho expectante de viudedad como comprensiva de la totalidad de la institución, es decir, llevaba consigo esta renuncia la del derecho de usufructo en su conjunto, aunque ahora se salve con la disposición transitoria 2 de la Ley .

Se ha obviado detallar los derechos de viudedad que corresponden a aragoneses cuya vecindad se haya producido por residencia continuada a quienes no afecta ni se aplica esta Ley que examino, sino que su aplicación del usufructo viudal viene recogido en el artículo 16 del C.C. lo que produce una disociación de ambos usufructos, uno que corresponde a aragoneses por naturaleza y otro a los residentes. No tiene razón de ser y para ello aunque tengo dicho más arriba que la Ley 2/03 hace dicha distinción en dos de sus artículos sería el momento de recoger este usufructo que, desde luego es de derecho sucesorio, dentro de las instituciones forales aragonesas y no en el parece ser supletorio del C.C. y para ello bastaría en reconocer que el derecho expectante participa de las instituciones familiares pero no el usufructo viudal que es materia del derecho de sucesiones y aplicable a todo aragonés haya adquirido esta vecindad de una manera u otra. A diferencia de la viudedad foral recogida en la Compilación, en la actualidad el usufructo viudal nace al fallecimiento de uno de los consortes y no antes por ser independiente del derecho expectante por lo que no repugnaría a la institución atribuirle el carácter sucesorio y podríamos prescindir del artículo 16 del C.C. por otra parte tan denostado por todos nosotros.

2º Otro punto a tener en cuenta en las MODIFICACIONES LLEVADAS A CABO EN MATERIA DE VIUEDAD por la Ley 2/03 es la desaparición de la presunción que recogía el artículo 39 de la Compilación, que presumía bienes sitios a un conjunto de bienes muebles que por su valor podrían ser más importantes a un matrimonio que los bienes inmuebles por naturaleza, por ello en aras a una mayor independencia en la circulación de bienes y con arreglo al artículo 97 y siguientes sólo afecta la necesidad de renuncia del derecho expectante a los bienes inmuebles como tales, ya que el artículo 100 exonera de intervención y renuncia los bienes muebles salvo que se haga en fraude y por otro lado no todos los bienes inmuebles precisarán de una renuncia expresa como recoge el artículo 98 y que luego trataré.

Estos dos puntos tratados me llevan a la conclusión de que la agilidad del tráfico jurídico, la igualación de sexos que se produce por el acceso de la mujer al mercado de trabajo y la modificación de las condiciones de vida medievales que dieron lugar a esta institución, así como las innumerables rupturas de hecho de la convivencia familiar me hacen pensar que el derecho expectante como derecho imperativo tiene sus días contados pues la fuerza de la costumbre hará que se considere como un derecho atribuible al matrimonio en capitulaciones matrimoniales como muchas instituciones forales pero no derecho legal aplicable por el hecho del matrimonio. No se si será nuestra generación o la siguiente quien lo promulgará pero es un hecho que mal que nos pese la sociedad en este momento no participa en el mantenimiento del derecho expectante de viudedad tal como lo recoge la Ley que examino, que, por otra parte, es digna de alabanza por constituir un primer paso para esta adaptación a la realidad social de los fueros de Aragón.

3º.— El tercer punto a tener en cuenta es la, me imagino, próxima Ley de matrimonio de homosexuales, que dará lugar a la modificación de la ley 2/03 pues a diferencia de la Compilación que siempre hablaba de cónyuges o consortes, ésta se refiere a marido y mujer, pero si se consagra este tipo de matrimonios tendrá que aplicársele a los mismos el derecho expectante de viudedad y el usufructo vidual con arreglo al artículo 89 de esta Ley, le pese a quien le pese, con la misma problemática que los matrimonios heterosexuales.

De los casos de extinción del derecho expectante de viudedad y después de las alusiones llevadas a cabo voy a distribuir la presente comunicación en tres tipos de causas distintas:

- A) Extinción por causas voluntarias.
- B) Extinción por causas familiares
- C) Exclusión por imperativo legal.

A) EXTINCIÓN POR CAUSAS VOLUNTARIAS

El art. 90 de la Ley 2/2003 en su punto dos establece como causa de extinción del derecho expectante la declaración de voluntad de los consortes contenida en escritura pública, claro que esta renuncia podrá ser manifestada por ambas partes o sólo por una y afectará a todos los bienes pues lo que se hace es una exclusión de la figura jurídica del derecho expectante conservando el usufructo vidual. La pregunta en este caso es, si tiene que ser por pacto o puede ser declaración unipersonal con las formalidades imperadas; en el caso de ser por pacto esta exclusión debe ser del derecho que corresponde a ambas partes o en virtud del standum est chartae puede ser una exclusión de una de las partes manteniendo el derecho la otra, cuestión totalmente factible en nuestro ordenamiento jurídico y muy común en las parejas actuales que miran con recelo sus relaciones económicas.

Entiendo que tal como está redactado el artículo 90.2 esta exclusión no podrá hacerse unilateralmente pues, si por imperativo legal les corresponde el derecho expectante a ambos, se precisará un pacto de ambos para modificarlo. Otra cosa es si en el pacto la exclusión es para los bienes de uno solo de los consortes manteniendo el otro su derecho expectante y esto, entiendo, que sí se puede llevar a efecto mediante pacto entre las partes que establecerán, como conocedoras de su situación, lo que sea conveniente para su matrimonio. Por otra parte, la admitida disgregación del derecho expectante del usufructo vidual no afectará para nada a la institución vidual que permanecerá como derecho sucesorio disgregada del derecho expectante considerada como derecho de familia. Mucho más sencillo es ir a la interpretación literal de «pueden asimismo pactar» que se refiere a los dos miembros de la unidad familiar y además se les atribuye la facilidad del pacto.

El artículo 92,1 a diferencia del art. 90, 2 ya no se refiere a la exclusión sino al acto unilateral de renuncia sobre todos o parte de los bienes del otro consorte. También se exige publicidad, mediante escritura pública y su amplitud puede ser variada, ya que afectará a un solo bien, a varios o a todos, no se excluye la institución sino que se mantiene, total o parcialmente, mediante la declaración de voluntad personalísima sobre los bienes a los que afectará y sin que a su vez perjudique al usufructo vidual que se conservará igualmente con todo su contenido.

Tampoco creo que pueda afectar el hecho de que la declaración unilateral se haga en escritura independiente o en poder en que se faculta a alguien, preferentemente el con-sorte, para dicha renuncia que no será necesaria que sea sobre bienes determinados sino que podrá ser general.

Los últimos casos de extinción voluntaria del derecho expectante de viudedad los recoge el art. 98 de la Ley 2/2003, bajo el epígrafe de disposición de bienes comunes, que en su apartado b) mantiene la innecesariedad de renuncia expresa en la venta o enajenación válida de bienes de carácter consorcial si han comparecido los dos consortes pues si la finalidad de este derecho es garantizar un derecho de usufructo y evitar que tal derecho quede menoscabado por la venta de bienes de uno de los miembros de la familia, si firma la escritura o documento de disposición se entiende que sabe lo que hace y con ello perderá su usufructo futuro. No se precisa que la forma sea la escritura pública, bastará que la enajenación sea válida con cualquier forma admitida en derecho .

No obstante lo aludido en el párrafo anterior con mención de la firma conjunta de ambos cónyuges, es admisible la reserva expresa a esta renuncia mediante la cual se precisará que la renuncia conste expresamente para que se extinga el derecho expectante sobre el bien a transmitir y esta fórmula sí que deberá constar en escritura pública sean capítulos matrimoniales o cualquier otro pacto capitular.

Otro caso de extinción voluntaria en íntima relación con el apartado b) y con el contenido del artículo 49 de esta Ley será el recogido en el artículo 98 letra c), que los trato en este punto por su relación entre si al ir dirigidos a una misma finalidad ya solicitada desde hace mucho tiempo por la sociedad. Es otro caso de extinción por imperativo legal aunque dará poco juego en la práctica a pesar de la intención del legislador, por ser pocos los casos del empresario individual que se dedique a este tipo de negocios, ya que dadas las limitaciones que se producían con anterioridad a la promulgación de la Ley 2/2003 se optó con la constitución de sociedades mercantiles. Se refiere a la extinción del derecho expectante para los actos realizados por uno de los consortes y que afecte a hechos habituales de su profesión, no hace falta ser un lince para entender que lo pretendido es facultar al constructor o promotor inmobiliario con establecimiento individual de vender los pisos, locales, garajes, etc. que construya sin la intervención de su consorte, hecho este que es insoportable para éste por la reiteración de actos, pero claro choca con la disposición de bienes consorciales que debería ser conjunta y con los bienes privativos que precisa la renuncia al derecho expectante, la razón me la dio mi compañera Carmen al indicarme que lo que se transmite son elementos de un establecimiento mercantil imprescindibles para seguir con la actividad y lo que sí precisaría el consentimiento de los dos en bienes consorciales o la renuncia al derecho expectante si se tratara de privativos, si se transmitiera el establecimiento o negocio en su conjunto.

Conforme a lo dispuesto en el art. 98.c) es muy difícil de probar el carácter privativo de los bienes dada la presunción del carácter consorcial de los mismos, imposible, pues si en Aragón la presunción iuris tantum es que el régimen económico matrimonial es el consorcial, salvo que se demuestre lo contrario, si a su vez se presume que los bienes del matrimonio son consorciales salvo prueba en contrario ¿quién podrá decir que los bienes son privativos después de haber vendido varios edificios y transformado el dinero percibido en otros? y ¿las rentas incorporadas a la nueva construcción? Yo no me atrevería nunca a determinar que los bienes transmitidos son privativos, salvo que dicho matrimonio tenga pactado un sistema de separación de bienes y para ello bastaría cualquiera de las soluciones estudiadas más arriba, es decir exclusión o renuncia. Queda claro que en la actualidad los bienes muebles han dejado de ser comunes pero aún así será de difícil prueba si se plan-

tea el caso pues no sé como se diferenciará el capital privativo con las ganancias consorciales ya que se invertirán lógicamente en su conjunto. Con todo lo expuesto queda suficientemente claro que se traten de bienes consorciales o privativos si la transmisión la hace el empresario será una enajenación válida con arreglo a la letra b) del artículo 98 y por tanto no será precisa la renuncia del otro consorte al derecho expectante, no puede entenderse como una renuncia tácita sino una imposición legal en aras de mejorar el tráfico jurídico. Claro que puede haber fraudes al otro consorte pero éstos habrá que probarlos y acatar las decisiones de los Tribunales de Justicia como indica el artículo 100 referido a los bienes muebles, sobre los que se mantiene lo dispuesto en la compilación de no ser precisa la renuncia expresa pero con la variación de la desaparición de la ficción que recogía el artículo 39.

Queda con ello establecido la protección de la Ley 2/2003 en materia de actuaciones referidas al tráfico habitual de bienes, ha prevalecido el imperativo social en colisión con otras legislaciones con las que nos encontraríamos en inferioridad de condiciones y que si no se variaba su contenido podría llevarnos más adelante a la configuración de la institución como una figura foral pactable en capitulaciones matrimoniales.

B) EXTINCIÓN POR CAUSAS FAMILIARES

La segunda causa de extinción del derecho expectante de viudedad es la que tiene relación con la unidad familiar en la que aparece este derecho y para ello podremos dividir las causas de la siguiente manera:

- 1.— Causas de ruptura de la unidad familiar, es decir, separación, nulidad y divorcio.
- 2.— Causas de voluntad de familiares o amigos.
- 3.— Partición de bienes.

1.— En los casos de ruptura de la unidad familiar el artículo 94 de la Ley 2/2003 recoge dos posibilidades: la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte y por declaración de nulidad. En el primer caso es el divorcio el que produce la ruptura del vínculo y con ello el derecho de viudedad, que, si se extingue, afecta al derecho expectante. La nulidad del vínculo matrimonial produce los mismos efectos, ya que el matrimonio, con efectos retroactivos, no existe en este caso. En los casos de separación judicial al no romperse el vínculo puede dar lugar a una permanencia como recogía el artículo 78 de la Compilación.

No obstante lo expuesto la Ley 2/2003 da un paso adelante en su artículo 94.2 al admitir también la extinción por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, como procedimiento general pero admitiendo el pacto para su mantenimiento mientras subsista el vínculo matrimonial. Ello será difícil, pues en el momento de la presentación de la demanda el pacto será difícil, es más plausible aceptarlo en el convenio regulador que se protocolice con la sentencia, ya que al inicio del procedimiento se buscan razones y mejoras personales y patrimoniales pero no este tipo de pactos.

¿Puede mantenerse este derecho expectante en un momento posterior a la firma del convenio regulador?

Del contenido del aludido artículo 94 cabe que se den tres posibilidades:

1.— Que el proceso termine sin sentencia, en cuyo caso según el texto del artículo 94 el derecho de viudedad nace de nuevo, lógicamente en sus dos vertientes, derecho expectante y viudedad foral pero habrá habido un período en el que estos derechos no habrán existido y lo realizado durante el mismo tendrá plena eficacia, es decir no habrá efecto retroactivo a las disposiciones realizadas entre la presentación de la demanda y el término del procedimiento sin sentencia.

2.— Que los consortes se reconcilien en un momento posterior y que con arreglo al artículo 66 si no hacen capitulaciones matrimoniales se registrará el matrimonio por el régimen económico matrimonial de separación de bienes y por no tener nada que ver una institución con otra se recupera el derecho de viudedad en sus facetas, derecho expectante y usufructo viudal, claro que siempre que esta reconciliación sea judicial no por unión de hecho.

3.— Por último admite este artículo la recuperación del derecho de viudedad por pacto, entendiéndose que no afectará a los casos de nulidad y divorcio que supone la ruptura del vínculo matrimonial y por tanto no puede afectar a una norma de derecho de familia, supondría permitir lo mismo a dos personas sin importar los sexos y sin parentesco que pactaran un principio de derecho inexistente familiar por lo tanto no lo creo posible salvo que trastocáramos todo nuestro derecho positivo. Afectará, pues, a los casos de separación judicial que no supone la ruptura del vínculo, y aunque se haya extinguido el derecho de viudedad por la presentación de la demanda en el Juzgado, pueden posteriormente pactar en el convenio regulador el mantenimiento de la viudedad aunque no lleve consigo una reconciliación.

La desheredación afectará al usufructo viudal pero no al derecho expectante que es anterior al fallecimiento.

2.— Aunque el artículo 95, 1 se refiere a la viudedad en su conjunto, aquí nos atenderemos al no nacimiento del derecho expectante más que a su extinción cuando familiares que no sean ascendientes hacen atribuciones de bienes a título lucrativo a un miembro de la unidad familiar con prohibición expresa de viudedad, en este caso no nace el derecho expectante, o en el caso de que estén los bienes recibidos sujetos a título de fideicomiso bien sea puro o de residuo y que a pesar de no establecer la prohibición de viudedad no nacerá el derecho de usufructo viudal. Pero lo que no está claro es la disposición de bienes sujetos a fideicomiso de residuo, ¿se deberá renunciar al derecho expectante de viudedad? Entiendo que como no ha nacido tal derecho y no tiene por qué garantizar un usufructo posterior no precede la renuncia.

3.-Partición de bienes.— El artículo 98 d) recoge por primera vez en la legislación aragonesa una excepción a la renuncia expresa del derecho expectante como es la falta de necesidad de su declaración expresa en casos de partición o división de bienes. No hace falta que sean bienes familiares aunque en el subconsciente del legislador no cabe duda que se encuentra presente la procedencia familiar y hereditaria.

En un supuesto de bienes indivisos, que por no partirlos en su momento se ha creado una comunidad de bienes, y que anteriormente en caso de cesación de la situación debería comparecer el consorte de cada uno de los comuneros en protección de su derecho, ¿ha dejado de ser la disolución de condominio un acto dispositivo?, ¿ya no afecta a la protección del futuro usufructo viudal si hay arreglos entre la familia? Por lo menos tengo que calificar de peligrosa la situación del consorte que tiene a toda su familia política en contra y puede defraudar a su derecho viudal, esto no lo ha tenido en cuenta el legislador que permite excesos de adjudicación y como no indica a favor de quién, también podrá

haber defectos que afecten al cónyuge cuya vida familiar esté a punto de romperse; se podrá aducir que siempre quedan los Tribunales de Justicia para reconducir el fraude que se puede producir, pero como todos sabemos en estos casos la familia formará una piña difícil de partir o romper.

Esta partición o división afectará también a los casos del consorcio foral, si uno se aparta del mismo con una adjudicación de bienes en la que tampoco intervendrá el consorte aunque luego tenga su derecho de usufructo.

No hace falta que la extinción de condominio proceda de una partición de bienes, bastará que sea una división aunque evidentemente se aplicarán a los bienes privativos nunca a los consorciales. El mismo efecto se produce en una división en propiedad horizontal de un edificio en el que el artículo 48 de la Ley permite que la realice uno de los cónyuges indistintamente, ahora bien, al fijar cuotas que afectan a los elementos del inmueble ¿no se produce un acto dispositivo? parece que no, es un acto de administración y por ello tampoco afectará al derecho expectante.

C. CAUSAS POR IMPERATIVO LEGAL

1— Bienes del ausente.

No constituye una novedad la extinción del derecho expectante de viudedad mediante la declaración judicial de ausencia que ya es tratada de una manera concreta en el artículo 7 de la Compilación y si a ello se acumula el art. 60 de la Ley 2/03 está claro que se mantiene en caso de ausencia la extinción del derecho expectante por imperativo legal.-

2.— Expropiación y subrogación real.

La actuación administrativa derivada de la función social de la propiedad impone la extinción sobre bienes objeto de procedimiento administrativo, bien sea por expropiación forzosa o cualquier otro procedimiento. Esta lo suficientemente claro que nos estamos refiriendo de nuevo a bienes privativos donde solo será necesaria la intervención del titular, pues los consorciales precisarán la actuación administrativa con ambos cónyuges, el primero de los casos llevará consigo una subrogación real en los bienes que sirvan de reemplazo. Convendría que así se hiciera constar en la documentación que incorpore al actuación administrativa, pero si ello se podría obtener de la autonómica o municipal difícil lo tenemos en la nacional por el escaso interés que hay en nuestra legislación fuera de Aragón al no tener demasiado peso específico en el conjunto de entes autonómicos.

No veo por tanto ningún inconveniente en considerar extinguido el derecho expectante por imperativo legal en casos de actuación administrativa y que va a suponer la obtención de bienes de reemplazo.

3.— Prescripción.

Una forma nueva de extinción del derecho expectante y que hay que aplaudir, pues va a evitar innumerables problemas en el tráfico jurídico, es la que podríamos llamar prescripción, aunque en puridad no es una prescripción en sí, sino un imperativo legal originario de la Ley 2/03.

Básicamente se refiere a los casos de matrimonios mal avenidos o separados de hecho que no han previsto en las capitulaciones matrimoniales la disposición de bienes inmue-

bles y asimilados o simplemente no hayan otorgado este documento. Fácticamente esta situación familiar puede llegar a impedir que uno de los consortes disponga de su patrimonio privativo por la falta de renuncia del otro producida por enfado o desconocimiento de su paradero. El primer caso expuesto es el que recoge la Ley, es decir, se parte del supuesto de conocer el paradero del consorte de manera que se le puede notificar mediante acta notarial la enajenación para que manifieste si quiere o no mantener el derecho expectante lo que supone una actuación o simplemente la falta de contestación, en cuyo caso transcurridos dos años sin que conste en el Registro de la Propiedad la actuación del consorte notificado se considerará extinguido el derecho por Ley.

Hay varios puntos que son precisos aclarar:

A) ¿Deberá hacerse siempre en acta notarial o serviría un burofax u otro medio donde se pudiera acreditar la efectividad del requerimiento y el contenido del mismo? Se refiere la Ley a notificación fehaciente por lo que parece deberá ser notificación notarial o judicial y no sistemas telemáticos por otra parte habrá que llevar la notificación al Registro para que conste en la inscripción de la finca ya que hasta el transcurso de los dos años preceptivos la transmisión no tendrá plena efectividad.

Curiosa la redacción de este número 4 del art. 98 si lo relacionamos con el art. 53, es decir, si se trata de venta de bien consorcial deberán firmar los dos y no hay efectiva transmisión salvo la usucapión, es decir, el derecho a otorgar una enajenación de un bien de comunidad germánica está debidamente defendido, pero si el derecho no es de dominio compartido sino un derecho personalísimo recogido en nuestra legislación con sólo dos años queda cumplida la finalidad traslativa. Entiendo que estamos dando vueltas a un eje sin ninguna razón. Queda claro que se pretende conservar el derecho expectante de viudedad por parte del legislador contra viento y marea, cuando la propia sociedad y su actividad mercantil está exigiendo su desaparición y ello obliga a ir prescindiendo a fuerza de Ley de este derecho hasta que quede sin contenido.

4.— Enajenación judicial.

Si el derecho expectante se extingua por actuación administrativa sobre los bienes en que recae, es lógico que se mantenga la extinción en condiciones similares en caso de enajenación judicial. De una parte se trata de proteger al acreedor que tiene derecho a cobrar lo que se le debe, de otra hay que proteger al rematante de la subasta judicial que invierte su dinero en la adquisición de un bien.

No hace distinción el artículo 99 de la Ley 2/03 sobre que se traten bienes comunes o consorciales o privativos, por cuanto no hace al caso sino crear un pequeño procedimiento para proteger al cónyuge que no ha intervenido en la deuda en el mantenimiento de su derecho expectante si es bien privativo, si es consorcial por que se pretenderá es el mantenimiento de su parte que recoge la Ley 2/03 en el art. 43 y para proteger mejor al cónyuge inocente impone la carga de la prueba al acreedor que lo tiene bastante difícil por lo complicado de meterse un extraño en relaciones familiares.

5.— Imposición del Código Civil.

Lo recoge el artículo 16 en las ventas de bienes de aragoneses que mantienen el derecho expectante fuera de nuestra comunidad autónoma.

Intervención de D.^a Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA**LA NATURALEZA DE LA VIUEDAD ARAGONESA**

No quiero comenzar sin manifestar mi agradecimiento a los organizadores del Foro por invitarme al mismo. Para mi es un honor a la vez que una responsabilidad dado el nivel del auditorio.

La naturaleza jurídica de la viudedad foral aragonesa no ha dejado de suscitar interés en la doctrina. Antes de la nueva Ley, la mayoría de los autores coincidían en el carácter familiar y no sucesorio de la institución.

Así, pueden citarse a favor del carácter familiar, entre otros, los siguientes argumentos:

a) Desde criterios históricos, apunta Lacruz que el origen de la institución proviene de las arras y de la comunidad conyugal continuada perteneciente al Derecho de Familia; y que la viudedad siempre se ha regulado en los Fueros y Observancias como un derecho familiar.

b) Según las fuentes documentales o protocolos notariales de los archivos históricos de Huesca, Zaragoza, Calatayud, y Teruel, desde el siglo XVI a la mitad del XIX la viudedad no aparece nunca, ni siquiera mencionada en los testamentos, prueba ineludible de su carácter familiar.

c) Desde un punto de vista sistemático tanto el Apéndice de 1925 como la Compilación de 1967 no regulan la institución dentro del título dedicado a la sucesión mortis causa.

d) Según argumentos de derecho positivo, tanto el artículo 63 del Apéndice como el artículo 72 de la Compilación determinan como causa de atribución de la viudedad la celebración del matrimonio, institución indiscutiblemente familiar.

e) Y finalmente, según criterios teleológicos, la viudedad, tiene fundamentalmente como finalidad la protección del cónyuge viudo, mediante el aseguramiento de su sustento y mantenimiento de su autoridad familiar con la consecuente conservación del patrimonio familiar.

Sin embargo, la posibilidad que otorga la nueva Ley de renunciar, mediante pacto o unilateralmente, al derecho expectante de viudedad pero conservando el renunciante el usufructo de los bienes que permanecen en el patrimonio hereditario, ha planteado el interrogante de si la naturaleza de la viudedad foral cambia de familiar a sucesoria con las consecuencias que ello conlleva.

Si bien, la naturaleza del derecho de viudedad, creo que en la nueva Ley, sigue teniendo connotaciones familiares.

Así, puede fundamentarse su carácter familiar, nuevamente en criterios sistemáticos y positivos, ya que:

— La viudedad está regulada por la Ley Familiar de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

— El artículo 89 de la Ley reza, que *la celebración del matrimonio* atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, por lo que es el matrimonio (institución familiar) y no el fallecimiento del cónyuge la causa del derecho de viudedad

— El párrafo tercero del mismo artículo 89 establece, que el derecho de viudedad es compatible *con cualquier régimen económico matrimonial*, algo que no tiene sentido predicarse de un derecho de carácter sucesorio.

— La misma Exposición de Motivos explica claramente el por qué del cambio al establecer que su finalidad es facilitar al cónyuge propietario la disposición de sus bienes inmuebles, sin hacer alusión al cambio en la naturaleza de la institución.

No contradice todo lo anterior que el artículo 94, 3 de la Ley prive de viudedad al cónyuge que incurra en algunas de las causas de desheredación o indignidad, pues además de que ya estaba recogido en el artículo 78 de la Compilación, y de que sería incoherente que el cónyuge con derecho a la sucesión legal no pudiera suceder por incurrir en alguna causa de indignidad o desheredación (vid. art. 13 y 15 de La Ley de Sucesiones Aragonesa) y en cambio, gozara del beneficio de viudedad, hay que señalar, como indica la Exposición de Motivos, *«que en estos supuestos el cónyuge viudo goce del beneficio de la viudedad va contra el fundamento mismo de la institución»*.

Si ello no nos convence y aún así pensamos que la viudedad foral aragonesa tiene carácter sucesorio, analicemos las consecuencias de esta postura.

Así, en primer lugar, debe plantearse la siguiente cuestión ¿en virtud de qué título sucedería el usufructuario que renunció constante matrimonio a los bienes que ahora usufructúa?

En principio, no puede ser a título de legitima ya que el artículo 171 de la Ley de Sucesiones determina que la mitad del caudal fijado conforme al artículo 174 LS debe recaer en descendientes de cualquier grado, del causante, que son los únicos legitimarios; parentesco que obviamente no puede tener el cónyuge viudo.

Además, y en cualquier caso, sólo cabría suceder a título de heredero o legatario, porque el artículo 151,2 LS determina que los designados sucesores por causa de muerte que no sean herederos tendrán la consideración de legatarios.

Pero mediante el usufructo viudal el viudo no sucede a su consorte, no subentra en una titularidad que corresponde a este último, ya que por disposición de Ley, no por voluntad del causante, y por el fallecimiento de su consorte, pasa a disfrutar de otro modo y con otro contenido de un derecho que ya tenía antes de acaecer éste.

Por lo que el usufructuario, en concepto de tal, no puede ser heredero. Y, si así lo fuera, los acreedores hereditarios gozarían de preferencia sobre él en el cobro de sus créditos a tenor del artículo 44 de la Ley de Sucesiones:

«Con relación al caudal relicto, los acreedores de la herencia gozan de preferencia sobre los legatarios y ambos sobre los acreedores personales del deudor»

Y en el mismo sentido el artículo 45:

«El heredero pagará a los acreedores del causante a medida que se presenten, cobrará sus créditos y, finalmente, cumplirá los legados».

Lo que no es posible a partir del derecho de usufructo viudal ya que el artículo 91 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad proclama la inalienabilidad e inembargabilidad del mismo.

Y tampoco cabe que sea legatario porque el usufructo universal no es una deuda de los herederos sino un gravamen, una carga que recae sobre los bienes

Entonces, ¿ante qué clase de sucesión nos encontramos?, podría calificarse como «sui generis», pero entonces ¿cómo calificaríamos aquel usufructo de viudedad cuando el viudo no ha renunciado constante matrimonio al derecho expectante?, ¿es un derecho de viudedad diferente a aquél que sí ha renunciado?, ¿estamos ante la regulación de dos derechos de viudedad distintos?, y ¿si sólo sobre determinados bienes, el viudo ha renunciado al derecho expectante de viudedad manteniendo el usufructo?, ¿es titular a su vez de dos derechos de usufructos diferentes, uno de carácter familiar y otro sucesorio, con efectos posiblemente distintos?

En mi opinión, no cabe una bipolaridad en la naturaleza de la institución y además de que no puede admitirse la existencia de una institución sucesoria que sin ser pacto sucesorio produzca sus efectos antes del fallecimiento del causante, creo que la posibilidad que otorga la Ley de renunciar al derecho expectante manteniendo el usufructo sobre los bienes que permanezcan en el patrimonio hereditario, manifiesta el carácter familiar de la viudedad aragonesa porque, aparte de suponer la confianza del consorte renunciante en la conducta de su consorte, la renuncia al derecho expectante de viudedad de todos los bienes del consorte (con mantenimiento del usufructo) presupone necesariamente la existencia de tal derecho y éste existe porque la celebración del matrimonio es su causa inmediata. En definitiva se renuncia porque existe y su nacimiento es ajeno al fallecimiento del cónyuge premuerto.

¿En qué medida afecta el carácter familiar o sucesorio del derecho de viudedad al polémico artículo 16,2, del Código Civil? El que sea una u otra la naturaleza no va a resolver la polémica suscitada por los artículos 16, 2 y el 9,8 inciso final. Hay que recordar, que el primero, de connotación indudablemente familiar¹, fue promulgado en la reforma del Título Preliminar del Código Civil, llevada a cabo por el Decreto de 31 de mayo 1974, y que el segundo es un párrafo introducido por la Ley de 15 de octubre 1990, que modifica algunos artículos del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo, y que, aunque no altera el texto del apartado 2 del artículo 16, parece privarle de todo sentido.

(1) En principio, recordemos brevemente la génesis del artículo 16 del Código Civil. El apartado tercero de la base 7ª (artículo 2 de la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del código Civil, de 17 de Marzo de 1973) establecía la posibilidad de que el texto articulado, al afrontar la regulación del derecho interregional, incluyera las especificaciones que algunas instituciones requieran.

De manera que el primer borrador del artículo 16 determinaba: «Los usufructos legales de cualquier clase establecidos a favor del cónyuge viudo se regularán por la legislación común o por la especial o foral a que estuviese sometido al régimen económico del matrimonio, según lo dispuesto en el número 3ª del artículo 9».

Y precisamente, a pesar de que la Ley de Bases permitía incluir en la reforma del derecho interregional las especificaciones que algunas instituciones requiriesen, finalmente una sola fue la institución foral para la que se incluyeron especificaciones, porque sólo la viudedad aragonesa optaba por el carácter familiar, respondiendo con ello al espíritu del Congreso de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en octubre de 1.946 que recomendaba la regulación de los derechos del cónyuge viudo dentro del régimen económico del matrimonio.

De manera que Don José Lorente Sanz, presentó una enmienda al anterior borrador, entendiéndose que sólo el aragonés, entre los usufructos viduales españoles, era una institución de derecho de familia, y que tal peculiaridad debía plasmarse en la sección del Título preliminar relativa al Derecho interregional. La enmienda fue aprobada tal cual con ligerísimas variantes.

Ahora bien, si la viudedad aragonesa tiene carácter sucesorio no encuentro sentido ni al texto del artículo 16, 2, ni al inciso final del 9, 8, porque dada la connotación familiar del primero y el carácter sucesorio del segundo, no se explica, si no es por el carácter familiar de la viudedad aragonesa, que el inciso final del artículo 9, 8, norma de carácter general cuya finalidad es resolver fundamentalmente los conflictos móviles, determine que los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se rijan por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, dado que el resto de los derechos de viudedad tienen carácter sucesorio.

Y finalmente, si la naturaleza de la viudedad fuera sucesoria, su eficacia comenzaría a partir del fallecimiento del causante, aplicándose la Ley de Sucesiones, para la aceptación, capacidad, renuncia, responsabilidad... del usufructuario, siendo indiferente la Ley que regule los efectos del matrimonio.

Tampoco tendría sentido de ser sucesoria la viudedad que ésta se extinguiese por nuevo matrimonio del superviviente como lo establece el artículo 119 Ley de Viudedad salvo que así lo hubiese permitido el premoriente. E igualmente, en su caso, tampoco parece coherente la obligación de alimentos a cargo del viudo (art. 116, Ley de Viudedad).

En definitiva, visto todo lo anterior, creo que según la regulación actual persiste la connotación familiar de la institución de la viudedad, habiendo sabido mantener el legislador el difícil equilibrio entre el respeto al fundamento y fin de la institución y las exigencias de agilidad del tráfico jurídico.

EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE QUE RECAE SOBRE MUEBLES

En la Compilación el artículo 76,1, determinaba «que los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número 1 del artículo 39 quedaban afectos al derecho expectante de viudedad» y en el apartado 4 decía que «tratándose de los demás bienes muebles, el derecho de viudedad afectaba exclusivamente a aquellos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho». La literalidad de la norma llegó a plantear si el derecho expectante, además de recaer sobre los bienes muebles recogidos en el apartado 1 del artículo 39, recaía también en los demás bienes muebles.

Mayoritariamente se consideró afirmativamente la existencia del derecho expectante de viudedad sobre los demás muebles, pues como señalaba Sancho Rebullida, carecería de sentido el artículo 79 de la Compilación al señalar que «el fallecimiento de un cónyuge atribuía al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos», en relación al ya citado apartado 4, del artículo 76, pues si el derecho de viudedad recaía sobre todos los bienes del premoriente, afectos al derecho expectante, incluidos los bienes muebles, ello supondría que aquél recaería sobre ellos.

Así las cosas, y aunque la Ley no lo decía expresamente se consideró que los bienes muebles, conforme entraban en el patrimonio privativo o consorcial de los cónyuges estaban afectados por el derecho expectante de viudedad.

Si bien, era manifiesto que el derecho expectante que recaía sobre bienes muebles no tenía el mismo carácter que el que afectaba a los inmuebles (y los muebles del apartado primero del artículo 39), puesto que el artículo 76 determinaba que el derecho expectante no se extinguía o menoscababa por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes

inmuebles y en relación a los muebles sólo señalaba que el usufructo también recaería en los bienes muebles que hayan sido enajenados en fraude de su derecho.

De lo que se concluía que el derecho expectante que recaía sobre bienes inmuebles era una carga real. Mientras que el que afectaba a los bienes muebles era un verdadero derecho subjetivo, con eficacia sólo inter partes que se concedía sobre la conducta del otro cónyuge y como tal estaba protegido por una acción que le permite impugnar las enajenaciones de dichos bienes muebles realizados por su consorte en fraude del mismo. Siendo su acción similar a la acción en fraude de los acreedores ya que el cónyuge defraudado tiene derecho a ejercitarla desde que se ha producido el fraude sin necesidad de esperar al fallecimiento.

Así las cosas, y con la nueva Ley todos estos planteamientos se plasman especialmente en el artículo 97 al señalar que, «el derecho expectante de viudedad, recae sobre los bienes privativos y consorciales del otro»; en el artículo 100 cuando determina que «el derecho expectante que recae sobre los bienes muebles se extingue cuando salen del patrimonio común o privativo, salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad» y en el artículo 98, 1: «El derecho expectante de viudedad sobre los bienes inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas no se extingue por su enajenación, salvo en los siguientes supuestos...»

Así, a partir de las normas se deduce que:

1. El legislador, al hablar de la afección del derecho expectante de viudedad, no distingue entre bienes muebles e inmuebles.
2. Si se extingue el derecho expectante que recae sobre bienes muebles es que existe con anterioridad.
3. El carácter del derecho expectante que afecta a los bienes muebles no puede tener carácter real al extinguirse con la enajenación de los mismos sin necesidad de renuncia, sino que tendrá carácter personal siendo la única excepción a su extinción que la enajenación se haga en fraude de acreedores.
4. Que al igual que hacía la Compilación y a efectos del derecho expectante de viudedad se equiparan las empresas o explotaciones a los bienes inmuebles.

Por tanto, y en conclusión, cuando el derecho expectante de viudedad recaiga sobre bienes inmuebles, se configurará como un gravamen real de origen legal, que sujete dichos bienes a la viudedad aunque hayan salido del patrimonio del cónyuge propietario, si el otro cónyuge no ha renunciado al mismo, Por el contrario, tratándose de bienes muebles la afección sobre ellos es eventual, cada uno de los cónyuges podrá disponer de los mismos sin que sobre ellos pese una carga real y sin requerir para su enajenación del consentimiento del otro o su renuncia. Ahora bien mediando fraude por parte de uno de ellos, se le concederá al otro una acción para impugnar dicha enajenación.

Ante esta situación y dado el valor que adquieren determinados bienes muebles por naturaleza, a su vez caben plantearse las siguientes cuestiones.

¿Qué entendemos por bienes muebles, en relación al derecho expectante de viudedad? ¿Cuándo hay fraude? ¿No se ha sacrificado especialmente la finalidad de la institución, o protección del cónyuge viudo, por la agilidad del tráfico jurídico?

La primera cuestión no es una tarea fácil pues el Derecho aragonés no aporta criterios específicos en esta materia. García Atance pone de relieve que en el Cuerpo de Fueros y Observancias el legislador no recogió la distinción mas que al sólo objeto de resolver unos

cuantos casos dudosos. El Apéndice tampoco contempló con carácter general la división de los bienes en muebles o inmuebles. La Compilación habla de bienes inmuebles por naturaleza lo que excluye bienes inmuebles por analogía o derechos reales y en el artículo 39 hace una enumeración de aquellos bienes muebles que a pesar de serlo pueden tener carácter privativo. Y finalmente la nueva Ley vuelve a distinguir que los inmuebles afectados por el derecho expectante han de serlo por naturaleza y asimila a los mismos a las empresas o explotaciones. En otras normas referentes a la gestión de bienes comunes (artículo 50) al referirse a los bienes muebles señala como tales, el dinero, los valores mobiliarios, derechos de crédito y cualesquiera otros bienes muebles.

Por otro lado, la enumeración que hacen los artículos 334 y 335 del Código Civil no aclara la cuestión, pues por un lado en el artículo 334, 10, considera bienes inmuebles a los derechos reales que recaen sobre inmuebles (mientras que como ya hemos visto la Ley de viudedad considera inmuebles a los bienes inmuebles por naturaleza y no a los inmuebles por analogía o derechos reales) y además cuando en los artículos 335 y siguientes señalan cuáles son los bienes muebles, nada dice de los títulos mobiliarios, sólo hace una referencia a las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios, mientras que el artículo 39 de la Compilación y el artículo 50, los cita como bienes muebles.

También podría ayudar en la distinción de los mismos la legislación hipotecaria inmobiliaria, pero el artículo 106 de la Ley hipotecaria considera hipotecables los derechos reales enajenables, que como hemos dicho la Ley de viudedad no asimila a inmuebles, y en la misma línea el artículo 107 considera igualmente susceptible de derecho de hipoteca derechos de crédito con cierta connotación real como el derecho de retracto.

Ante esta situación ha llegado a cuestionarse si determinados valores mobiliarios, como son las participaciones de las sociedades de la responsabilidad limitada por sus especiales circunstancias se consideran bienes inmuebles a los efectos de esta Ley, o dicho de otra forma, si en su enajenación es necesaria la renuncia del derecho expectante de viudedad para que éste se extinga.

En efecto, la posición que apoya la necesidad de renuncia del derecho expectante de viudedad para su extinción en las transmisiones de participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada, alegan la posible trascendencia real de las mismas por ser partes del patrimonio o porciones del capital constituido por las aportaciones de diversa entidad de los socios, que puede muy bien tratarse de inmuebles, a diferencia de las acciones de la Sociedad Anónima que son cuotas del capital social.

A favor de esta postura podría argumentarse:

— Que el artículo 5, 2 de la Ley Sociedades de Responsabilidad Limitada determina «que las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuentas».

— Que la Dirección General de los Registros y Notariado ha declarado que al no ser la participación un título valor no le es aplicable el régimen del artículo 1.384 del código Civil y que por tanto para transmitir participaciones gananciales es preciso el consentimiento de ambos cónyuges aunque la participación esté sólo a nombre del cónyuge que otorgó la escritura (Resolución del 25 de mayo de 1987)

— Que, como ya hemos visto, tanto el Código Civil como la Ley Hipotecaria consideran respectivamente inmuebles, a los derechos reales que recaen sobre inmuebles, e hipotecables a los derechos reales y a los de crédito con cierta connotación real.

— Que en el sistema francés, muy similar al aragonés y desde la enseñanzas de Pothier, cierto sector de la doctrina francesa considera que el derecho de crédito adquiere condición inmobiliaria, si su prestación consiste en una cosa inmueble. De manera que el profesor Lacruz analizando en los años cuarenta, en un caso concreto y a efectos de la calificación en común o privativo de un derecho de crédito señalaba: «La condición mobiliaria o no del crédito se determina, en opinión de Pothier, por la naturaleza de la cosa debida, y así parece que debe ocurrir ahora atendiendo mas a los intereses que tuvo presente el legislador que a la pura dogmática. Según esto, el crédito dirigido a la entrega de un inmueble tiene la condición inmobiliaria y por tanto privativa».

Pero en mi opinión las participaciones sociales deben considerarse a efectos de esta Ley como bienes muebles no asimilables a los inmuebles o dicho de otra forma, su enajenación, sin necesidad de renuncia, extingue el derecho expectante de viudedad según artículo 100. Me baso en los siguientes argumentos:

— La ley no incluye en el artículo 98 a las participaciones sociales como asimilables a los inmuebles a efectos del derecho expectante.

— La Ley en el artículo 98, incluye a los derechos inmuebles por naturaleza excluyendo por tanto a los inmuebles por analogía o derechos reales.

— Pero el planteamiento del derecho francés quizá no sea aplicable por el poder traslativo de la compraventa (título) sin necesidad de entrega (modo).

— El artículo 39 de la Compilación consideró a las participaciones sociales como bienes muebles y no las asimiló a los bienes inmuebles, a efectos del derecho expectante de viudedad.

— La participación social representa una parte del patrimonio que normalmente consiste no sólo en inmuebles sino también en muebles o en una aportación de trabajo o industria. Con lo que habría que examinar caso por caso, con la consecuente inseguridad y retraso en el tráfico jurídico.

En relación a la segunda cuestión, es decir ¿cuándo hay fraude?, ¿cuándo la enajenación de los bienes muebles tiene carácter fraudulento?,

Nada aclara el legislador, por lo que habrá que acudir por analogía a los requisitos exigidos por el ordenamiento para otros supuestos de fraude, así:

— cuando la enajenación resulte en perjuicio del cónyuge titular del expectante.

— cuando el cónyuge enajenante tenga intención de defraudar.

— cuando la enajenación sea a título gratuito, pues siendo a título oneroso y habiendo contraprestación, no cabe perjuicio por subrogación, salvo que el precio sea muy inferior al del mercado². En este último caso si el bien es común podrá solicitar la rescisión del acto de disposición (artículo 50)

Los bienes enajenados en fraude pueden ser de naturaleza privativa o consorcial.

Sólo cabe que sean comunes, cuando se trate de actos de gestión, como los actos de administración ordinaria (artículo 48, a), o actos de disposición necesarios (48, c), o actos de administración o disposición en el ejercicio de profesión o negocio, actos de administración y disposición a título oneroso de dinero, valores mobiliarios, derechos de crédito y cualesquiera otros bienes muebles (artículo 50), en los que cada uno de los cónyuges está legitimado para disponer por sí solo de los bienes que integran el patrimonio común.

En los demás supuestos no cabe hablar de fraude al corresponder la gestión común a los cónyuges conjuntamente, salvo lo pactado en capitulaciones matrimoniales. Tampoco cabe el fraude en las transmisiones a título gratuito de los bienes comunes puesto que el artículo 55 de la Ley declara la nulidad de pleno derecho de las donaciones de los bienes consorciales sin el consentimiento del otro cónyuge. En ambos casos no puede considerarse la existencia de fraude ya que el consentimiento implica conocimiento, además de que nadie puede ir en contra de sus propios actos.

En definitiva, no creo que se sacrifique de forma relevante la institución en aras del tráfico jurídico ya que el tema del que hablamos sólo afecta a las donaciones hechas en fraude del derecho expectante del otro cónyuge y a las transmisiones a título oneroso, por precio inferior al mercado. Si bien, es cierto que hay un riesgo de desprotección en perjuicio del cónyuge no disponente especialmente cuando los bienes muebles son de considerable valor.

Intervención de D^a. María del Carmen LERMA RODRIGO**EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD**

Buenas tardes. (Antes de comenzar quiero unirme a los agradecimientos efectuados por mis compañeros.)

Dentro del limitado tiempo del que dispongo, voy a intentar exponer el Derecho Expectante de Viudedad desde un punto de vista registral.

El Derecho Expectante de Viudedad en cuanto recae sobre bienes inmuebles y empresas o explotaciones económicas posee CARÁCTER REAL, eficacia «*rei persecutoria*». A ello se refiere el apartado 1 del art. 98 de la LREM cuando dice que no se extingue por su enajenación salvo en algunos supuestos a los que me referiré.

Aparte de su naturaleza real, el Derecho Expectante posee CARÁCTER LEGAL, grava los bienes afectos por virtud de la Ley y desde el mismo momento en que dichos bienes ingresan en el patrimonio privativo o común de los cónyuges. Su existencia no implica ninguna restricción a la libre disponibilidad del cónyuge propietario sobre los bienes afectos. Su titular podrá disponer de los mismos libremente, pero el adquirente lo recibirá con el gravamen, esto es, afectados a un posible y futuro USUFRUCTO VIUDAL, no siendo necesario en modo alguno que el cónyuge titular del Derecho Expectante renuncie a su derecho para que el acto sea válido y eficaz, ni tampoco que se lo reserve expresamente para que el tercero adquiriera el bien con el gravamen.

El Derecho Expectante en cuanto que es configurado por Ley como Derecho Real es OPONIBLE «*ERGA OMNES*», con independencia de que los terceros adquirentes tengan o no inscrito su derecho en el Registro y de que sean o no terceros en el sentido del art. 34 de la LH. El artículo 37 de la LREM (al igual que el anterior 76,2 de la Compilación) no distingue entre transmisiones operadas o no dentro del Registro, por el que el Derecho Expectante subsistirá frente al tercero hipotecario, ello salvo extinción, pero sin necesidad de que el titular haga reserva expresa de su derecho y se haga o no mención en el título de la existencia del mismo. Al igual que ocurre con las limitaciones, prohibiciones y servidumbre legales, el Derecho Expectante está investido de una publicidad que supera la que el Registro pueda proporcionar. Por tanto, la Fe Pública Registral no ampara al tercer adquirente de bienes afectos al Derecho Expectante de Viudedad, conste o no éste en el Registro. Sin embargo la nueva LREM introduce algunos supuestos en los que va a ser necesario que el cónyuge titular de Derecho Expectante haga reserva expresa del mismo para que pueda producir efectos o para evitar su extinción (art. 98,4 y 99,2 LREM).

Sin embargo sobre este punto la Jurisprudencia y la Doctrina de la Dirección General ha sido confusa. El TS en Sentencia de 26/06/1989 consideró ineficaz una venta hecha por el marido de un bien privativo en el que faltaba la renuncia al Derecho Expectante por parte de la mujer. Y la Dirección cuando en el Resolución de 05/08/1977 parecía haber acertado en determinar la trascendencia real y consecuencias registrales del Derecho Expectante al establecer que si se dispone de un bien privativo siempre queda salvaguardado el Derecho Expectante del otro, añadió que por ello «deberá constar esta circunstancia en el Registro para conocimiento de terceros...». Así, sin ningún fundamento legal, exige que en el

Título y en la Inscripción se haga mención del Derecho Expectante. Pero esta Doctrina para nada altera la conclusión de que el Derecho Expectante sobre bienes inmuebles es un Derecho real de origen legal y que pro tanto se impone al tercer adquirente, sea o no tercero en el sentido del art. 34 de la LH. Se trataría no de un problema de Fe Pública Registral, sino «Publicidad Formal»: de que los terceros conozcan la existencia del gravamen al consultar el Registro, no de que el Usufructo Viudal no pueda hacerse valer frente a quien reúna la condición de tercero conforme al art. 34 de la LH.

Pero que la inscripción no sea necesaria no significa que no sea CONVENIENTE, pues aparte del supuesto del artículo 16, 2 del CC del que luego trataré, no cabe duda de que su constancia registral facilitará su operatividad en el tráfico jurídico. Así al inscribir el inmueble a nombre del cónyuge adquirente sería conveniente añadir en el Acta de Inscripción la afección del bien al Derecho Expectante.

En cuanto a la renuncia al Derecho Expectante puede acceder sin duda al Registro, pues se trata de un acto de trascendencia real que extingue un gravamen también real. Así si la misma se produce con ocasión de la venta del inmueble se hará constar en la inscripción, a favor del adquirente, en cuanto atañe a la extensión del Derecho que se inscribe (art. 9,2 de la LH). Si la renuncia es posterior o independiente, su acceso al Registro será posible a través de un asiento de inscripción.

SU TRATAMIENTO EN DERECHO INTER REGIONAL (ART. 16, 2 DEL CC)

El Derecho Expectante sobre los inmuebles y las empresas o explotaciones económicas como gravamen real que es, sigue a éstos (recayendo sobre los mismos el ulterior usufructo viudal, si se cumplen la «*condictio iuris*» de la que dependen el nacimiento de éste, es decir, de que el cónyuge titular del Derecho Expectante sobreviva a su consorte). Ello pareció excesivo y la Reforma del Título Preliminar de 1974 incluyó el apartado 2º del artículo 16, según el cual «el Derecho Expectante de Viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de Buena Fe de los bienes que no radiquen en territorio en donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiere celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el REM del transmitente».

Precepto criticado por gran parte de la Doctrina Aragonesa que lo ha considerado anticonstitucional y discriminatorio, pues se ha superpuesto un criterio territorialista en el tratamiento de la viudedad aragonesa. Así el Derecho Expectante sólo operará plenamente sobre fincas situadas en territorio aragonés, en las situadas fuera de Aragón sólo de forma condicionada. Pero en este caso el Derecho Expectante no se habrá extinguido, sino que no podrá hacerse valer en perjuicio del adquirente al que se le concede una defensa que puede incluso no utilizar.

Aquí sí debemos distinguir entre transmisiones operadas dentro o fuera del Registro. Tratándose de actos dispositivos o de transmisiones sometidas al control registral, tras la nueva redacción del apartado 9 del art. 51 del Rto. H. dada RD de 1368/1992, de 13 de noviembre los registradores estamos obligados a hacer constar en la inscripción si el transmitente o el adquirente es persona casada y si el acto o contrato puede afectar a los derechos presentes o futuros de la Sociedad Conyugal, el REM, el nombre, apellidos y domicilio del cónyuge, con lo que no procederá la aplicación de este precepto.

Quedarán fuera las transmisiones en documento privado y aquellas que no accedan al Registro, si bien posteriormente se pretendiera su inscripción, ésta se realizaría con

reserva del expectante y serían los Tribunales en última instancia quienes mediante una resolución firme resolverían acerca o no de la oponibilidad del Derecho Expectante.

EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD SOBRE BIENES INMUEBLES AL TRANSMITIRLOS:

1) Enajenaciones voluntarias:

A) Por actuación del cónyuge titular del Derecho Expectante:

— *Renuncia expresa en escritura pública o en el mismo acto de enajenación (art. 98 1 a).* Por tanto, si la renuncia es separada para su validez se requiere necesariamente escritura pública, pues en otro caso es NULA de pleno derecho; sin embargo la renuncia puede hacerse en el mismo acto de enajenación sin necesidad de forma alguna, también por tanto en un contrato verbal, documento privado, etc. Admitir una renuncia en documento privado sería como admitir una donación de inmueble en documento privado.

— *Siempre que se enajene válidamente un bien consorcial (art. 98 1 b).* Hay que tener en cuenta que en ciertos casos especiales un cónyuge puede, por sí solo, enajenar un bien consorcial (art. 48, d):

- Art. 48 d).— Actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge e incluso la crianza y educación de un solo de ellos que convivan con el matrimonio. Para justificar la necesidad del acto será suficiente la declaración de la Junta de parientes del otro cónyuge.
- Art. 49.— Actos de disposición incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio del cónyuge disponente. Para probar en el tráfico que un acto está incluido en el giro habitual del que lo realiza, bastará que así resulte de la aseveración del Notario de que le consta por notoriedad. Se ha superado así el problema de la prueba que solamente podía acreditarse en el correspondiente procedimiento judicial.
- Art. 58.— Atribución por el Juez a uno solo de los cónyuges cuando el consorte se encuentra imposibilitado para la misma.
- Art. 59.— Privación, en todo o en parte, por el Juez de la gestión al cónyuge que haya puesto en peligro repentinamente la economía familiar.
- Art. 60.— Gestión del patrimonio común por el cónyuge del incapacitado, declarado ausente o pródigo, que necesitará autorización judicial o de La Junta de Parientes para disponer de los inmuebles y establecimientos mercantiles.

La Ley no excluye expresamente el art. 53 conforme al cual la venta de cosa común por uno solo de los cónyuges cuando es necesario el consentimiento de ambos, es válida y produce sus efectos obligacionales entre las partes y sus herederos, pero la entrega de la cosa no transmite la propiedad al comprador. Si embargo estas ventas al no transmitir la propiedad no extinguen el derecho expectante, pues éste no ha sufrido modificación.

El cónyuge que no ha consentido puede interponer demanda contra el comprador en petición de que se declare que la compraventa le es inoponible, así como exigir la restitución al patrimonio común de la cosa vendida y entregada, salvo que el comprador haya adquirido la propiedad por «*usucapion*» o si es el caso en virtud de las reglas de protección a terceros de Buena Fe. en estos casos tampoco se habrá extinguido al Derecho Expec-

tante pues para ello es necesario que la enajenación sea válida de acuerdo con la regulación específica sobre actos de disposición de consorciales.

— *Por la comparecencia de ambos cónyuges en el documento dispositivo, salvo reserva expresa (art. 98. 2).* Esto supera el régimen de La Compilación bajo la cual este efecto sólo se producía si se trataba de bienes comunes. La nueva ley da un paso más y así la mera concurrencia de los cónyuges provoca la extinción. La enajenación puede referirse a bienes consorciales, privativos o a bienes que sean en parte consorciales o privativos. La enajenación la entendemos en sentido amplio asimilándola a acto dispositivo, de ahí que este párrafo 2º del art. 98 también sea aplicable a la constitución de hipoteca sobre bien privativo en la que el cónyuge titular del expectante y no hipotecante comparece en la escritura como deudor, fiador o por cualquier otra causa. Así como la hipoteca supone la posibilidad de una futura enajenación sin necesidad de nuevo consentimiento, si han concurrido ambos cónyuges en la escritura de constitución ya están anticipando su consentimiento a la extinción del Derecho Expectante para el caso de enajenación.

Un supuesto que merece la pena analizar es el de **constitución de hipoteca sobre vivienda privativa de un cónyuge**; distinguiremos:

1.— *Comparece a hipotecar sólo el dueño de la vivienda.* Para poder inscribir la hipoteca deberá manifestar que no es la vivienda familiar, pues sin ello no es posible su inscripción. Si así lo manifiesta pero el otro cónyuge no comparece, llegada en su caso la ejecución y adjudicación quedaría a salvo el Derecho Expectante del cónyuge. Aunque esa reserva del Expectante no se hace efectiva hasta la ejecución, parece conveniente en la inscripción de hipoteca y en la publicidad formal, la no constancia de la Renuncia o Posposición del cónyuge expectante para el caso de ejecución.

2.— *Comparece el cónyuge del hipotecante y consiente la hipoteca por ser vivienda familiar y además pospone y Renuncia a su Derecho Expectante de Viudedad para el caso de ejecución.*

3.— *Comparece el cónyuge del hipotecante solo a consentir por tratarse de vivienda familiar pero nada dice de su Derecho Expectante.* Entendemos, en este caso, que si la hipoteca llega a ejecutarse el consentimiento a la misma supuso concurrencia y por tanto extinción del Derecho Expectante, por lo que la adjudicación se inscribirá sin reservas (art. 98. 2).

4.— *Comparece el cónyuge del hipotecante como deudor, fiador..., pero no consiente la hipoteca por no tratarse de vivienda familiar, ni hay mención expresa a la Renuncia o Posposición al Derecho Expectante para el caso de enajenación.* En este caso lo razonable es considerar que estamos ante un caso de concurrencia y por lo tanto en un supuesto de ejecución, se extingue el Derecho Expectante. Queda clara la importancia de hacer constar en la escritura de constitución la comparecencia de ambos cónyuges.

B) Por efecto de la Ley.

- Expropiación o reemplazo por otros, en virtud de procedimiento administrativo; entre estos últimos se tratará de procedimientos de concentración parcelaria y procedimientos de reparcelación y compensación. La Ley ha venido a legalizar lo que en la práctica ya es habitual.
- Venta de bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio. Para probar que un bien está incluido en el giro habitual del que lo realiza, bastará que así resulte de la aseveración del Notario de que le consta por notoriedad.

Se ha empleado aquí la misma fórmula prevista en el art. 49 para los bienes comunes. La prueba será necesaria para practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad.

- Partición o división de bienes respecto aquellos que no se adjudiquen al cónyuge. Se incluyen también todos los supuestos de partición y división de bienes, incluida la judicial con enajenación por subasta. (El auto de 22/10/1992 del TSJA) ya resolvió en el sentido de no exigir la renuncia al Expectante en al disolución del Condominio).

C) Por decisión judicial. A petición de un cónyuge puede declarar extinguido el Derecho Expectante del otro sobre uno o varios bienes, antes o después de la enajenación, en razón de las necesidades o intereses familiares (art. 98 3). La solución quedará sometida al arbitrio judicial. La ley aragonesa de 1985 introdujo como novedad en el párrafo 2º del art. 76, 2 la extinción del Derecho Expectante cuando así lo acuerde el Juez a petición del propietario de los bienes si el cónyuge titular del Expectante se encuentra incapacitado o se niega a la Renuncia con abuso de su Derecho. El acuerdo judicial sólo puede obtenerse con ocasión de una concreta enajenación, lo lógico será solicitarlo antes aunque también podrá ser posterior. Si es positivo deberá contraerse a la concreta enajenación en relación a la cual se haya solicitado, de modo que si luego las circunstancias varían o la enajenación no se lleva a cabo el acuerdo no producirá efectos y no se extinguirá el Derecho Expectante.

La legitimación por tanto ahora corresponde sólo al cónyuge lo que es coherente, pues no tendría sentido permitir a un adquirente solicitar al Juez que declare extinguido al Derecho Expectante para atender los intereses familiares del transmitente.

D) Renuncia tácita. Novedad de la Ley que exige notificación fehaciente de la enajenación al cónyuge del transmitente con requerimiento para que manifieste si quiere renunciar o conservar, así como la advertencia de que si en dos años desde la notificación no consta en el Registro su voluntad de conservar, se entenderá extinguido su Derecho Expectante.

Podemos distinguir los siguientes supuestos:

— El cónyuge titular del expectante no comparece en la enajenación, se le requerirá para que se manifieste. Acreditado el requerimiento se inscribirá la enajenación manteniendo el Derecho Expectante si nada ha dicho o manifestado sobre la voluntad de conservarlo, o sin el expectante si ha renunciado a él en respuesta al requerimiento. Si nada dice transcurridos dos años desde el requerimiento, a solicitud del adquirente se cancela el Derecho Expectante.

No cabe duda que el Derecho Expectante de Viudedad podrá extinguirse aunque el requerimiento se presente en el Registro pasados 2 años desde la inscripción, si se acredita que se han cumplido los dos requisitos anteriormente citados.

En cuanto a la forma la Ley habla de notificación fehaciente por lo que nos remitiremos a lo establecido en los artículos 202 ss. del Reglamento Notarial sobre Actas de Notificación y Requerimiento. La Ley no fija un domicilio especial por lo que habrá ocasiones en que este procedimiento o pueda utilizarse por ignorarse el domicilio (separaciones de hecho, ausencias no declaradas... etc.).

Respecto al plazo de 2 años parece excesivo, pues si se ha practicado el requerimiento en el domicilio apropiado, no tiene mucho sentido conceder dos años para que el cónyuge decida si quiere o no conservarlo.

La constancia registral de la notificación no es necesaria pero si se hace permitiría cancelar el Derecho Expectante de Viudedad por el procedimiento del art. 353, 3 del Rto. H. (con ocasión de expedir Certificación o de practicar algún asiento sobre la finca).

2) Ejecución por embargo o hipoteca

Los inmuebles por naturaleza y empresas o las explotaciones económicas están afectas al Derecho Expectante de Viudedad como gravamen real.

Ahora bien, estos bienes, comunes y privativos, también están afectos al pasivo de la comunidad y a las deudas privativas. La Compilación no regulaba expresamente la subsistencia o no del Derecho Expectante cuando se hacen efectivos aquellos bienes, estas responsabilidades. La LREM ha acabado con la incertidumbre regulando la materia en el artículo 99. Las deudas se pueden contraer por un consorte o por ambos y ser o no de cargo del patrimonio común.

El art. 36 de dicha Ley establece qué deudas son de cargo del patrimonio común. Y los supuestos en los que la actuación de uno de los cónyuges hace responder a los bienes comunes de las de la actuación de uno de los cónyuges es cuando se trate de terceros de Buena Fe (artículo 37). Si la deuda es contraída por ambos cónyuges, responden tanto los bienes comunes como los privativos. La ejecución siempre debe dirigirse contra ambos y no plantea problema alguno, salvo la posibilidad de que existiendo bienes comunes y siendo una deuda de cargo de éstos, puedan los cónyuges alegar que la ejecución se dirija preferentemente sobre estos bienes. Si la deuda ha sido contraída por un cónyuge el Derecho Expectante se extinguirá, según el art. 99, tanto si el bien está inscrito a favor del consorcio como si lo está a favor del cónyuge deudor siempre que se trate de deudas de cargo o responsabilidad común o contraídas con anterioridad al matrimonio, o por donaciones o herencias recibidas (en estos dos últimos supuestos la deuda es anterior al nacimiento del Derecho Expectante de Viudedad).

Pero como del procedimiento judicial no resulta normalmente la naturaleza de la deuda, sobre todo si es ejecutivo, distinguiremos:

a) En caso de deudas contraídas por uno de los cónyuges si se embarga un bien común, para poder anotar el embargo en el Registro, obligatoriamente el cónyuge no deudor ha de haber sido notificado (art. 144 del Rto. H.), por lo que ha tenido la posibilidad de manifestarse a favor de conservar el Derecho Expectante de Viudedad.

b) Si se embarga un bien privativo por deudas contraídas por un cónyuge y que no son de las enumeradas en el art. 99.1, para que se extinga el Derecho Expectante por enajenación por subasta, será necesario que conste en el Auto (de adjudicación) que ha sido notificado el cónyuge del deudor 10 días antes de celebrarse la subasta. Si no consta que ha sido notificado no se extingue el Derecho Expectante y la inscripción de la adjudicación se realizará con la Reserva de dicho Derecho. Si consta que ha sido notificado, el Auto deberá decir si manifestó su voluntad de conservarlo o no contestó (en cuyo caso se extingue).

También puede pasar, en ambos casos, que aun habiendo manifestado su voluntad de conservarlo, los acreedores pruebe en procedimiento establecido en LEC, que se trata de deudas enumeradas en el art. 99,1, en cuyo caso se extinguirá el Derecho Expectante.

Destacar que tratándose de embargo de bien privativo, salvo que el Rto. resulte el carácter de vivienda familiar (art. 144, 5 Rto. H) para poder practicar la anotación no es nece-

saría la notificación al cónyuge del deudor. Esta notificación se realizará normalmente después del embargo y sólo tiene consecuencias de cara a que la inscripción de la adjudicación se practique con o sin reserva del Derecho Expectante.

Tratándose de ejecución de hipoteca se aplicará la misma Doctrina, salvo que en la escritura de Constitución hubiera comparecido el cónyuge no propietario. En cuyo caso el Derecho Expectante se ha extinguido.

EN CONCLUSIÓN

La nueva ley ha FACILITADO mucho la extinción del Derecho Expectante sin modificar su naturaleza de Derecho de Familia. Extinguir el Derecho Expectante en cualquier transmisión onerosa de un bien privativo, lo dejaría convertido en algo simbólico y supondría desvirtuar el Derecho de Viudedad convirtiéndolo en un Derecho de naturaleza sucesoria.

Mi experiencia durante 18 años de Registradora en pueblos demuestra que el Derecho Expectante es una institución conocida por los cónyuges que saben que ninguno de ellos puede disponer de sus bienes privativos sin el «conocimiento» del otro, es decir, estos bienes de alguna manera están aportados al matrimonio y como la Viudedad es REM, están aportados a la Viudedad. Por ello para excluirlo es necesario pacto. Si bien es cierto que en algunos casos puede producirse chantaje o abuso de derecho en el ejercicio del Derecho Expectante, ello no es suficiente motivo para excluir la viudedad, sino que son los tribunales los que deben solucionar estos problemas, no la ley.

COLOQUIO

Moderador: Fernando ZUBIRI DE SALINAS

Quiero, ante todo, agradecer a los ponentes su excelente intervención en la que, por una parte, nos han hecho una notable aportación doctrinal y experiencial y, por otra parte, creo que han sabido hacer un esfuerzo de síntesis para, en no demasiados minutos, aportar y exponer a todos los conocimientos que de la materia tienen que, como hemos visto, son muchos.

Yo creo que, además, esta intervención ha tenido la virtualidad de hacer efectivos algunos de los principios de estos Encuentros del Foro de Derecho Saragonés y es que, por una parte, hemos escuchado la intervención de profesionales de diversas carreras, de diversas actividades jurídicas, lo cual evidentemente nos enriquece mucho a todos porque vemos esas diversas perspectivas y, por otra parte, porque no se ha tratado sólo de una exégesis notable de la legislación vigente, sino también de un intento de plantear los problemas que tiene la aplicación a nuevas realidades sociales que son constantemente cambiantes y que nos hace no anquilosarnos en un Derecho antiguo, sino hacer que este derecho se actualice y se pueda aplicar a las nuevas realidades de la sociedad.

Creo que para lograr estos principios del Foro, lo que nos falta es el debate, el debate en el que todos los que están presentes pueden hacer sus aportaciones o plantear sus dudas a los ponentes. Solamente ruego dos cosas, como ya es conocido. De cara a las Actas, que al principio de la aportación que cada uno exponga su nombre y apellidos y, en segundo lugar, que procuremos ser breves. Sin más, se abre el debate.

Luis Antonio Marín Cuadrado. Abogado.

Felicito efusivamente a la ponencia porque han demostrado su buen hacer. Quisiera terciar en un tema en el que discrepan dos ponentes y que, además, no tiene acceso ni al Registro de la Propiedad ni al Mercantil y que a nivel de calle, a nivel de abogados, se está dando todos los días, que es el tema tratado por la profesora Bellod de la transmisión de participaciones sociales en sociedades de responsabilidad limitada.

Efectivamente, estoy totalmente de acuerdo con el Notario Sr. Latorre en el aspecto de que la agilidad del tráfico actual se contrapone un poco con ese expectante derecho, esa renuncia que tenemos que esperar a que venga el otro cónyuge a realizar, en el ámbito civil, pues en el mercantil no digamos. Entonces, al entrar en el tráfico mercantil y en la transmisión de participaciones sociales, estoy pensando en lo siguiente, en tres tipos de transmisión de participaciones, vamos a lo práctico.

La primera, el profesional habitual de la bolsa que compra y vende participaciones sociales todos los días, por medio de un agente. Ahí es que es imposible aplicar ningún tipo de protección del derecho de viudedad.

Existe lo habitual, la transmisión de participaciones sociales que hacemos todos los días en las notarías y que muchas veces discutimos de si es necesaria la renuncia o no es necesaria la renuncia. Para mí sigo de acuerdo con D. Emilio en el sentido de que una empresa es un conjunto de bienes muebles e inmuebles destinado a una industria.

Pero ahora nos encontramos con un tercer tipo de sociedad, que todos conocemos, que no es mercantil y que tiene la forma de mercantil, que es lo que conocemos como

sociedad patrimonial. Por razones familiares, por razones fiscales, una familia aporta todos sus bienes en forma de sociedad anónima o en forma de sociedad limitada única y exclusivamente para explotar bienes inmuebles. La transmisión de cualquier participación de esa sociedad, en ese caso estoy totalmente de acuerdo con la profesora Bellod, estoy intentando mediar un poco en esas diferencias, en que evidentemente se produciría un fraude si el cónyuge no renunciase a su expectante derecho de viudedad.

Dejo ahí la cuestión encima de la mesa para discutir, pero creo que sería elemental para hacer una transmisión de participaciones sociales la constancia —como no tiene acceso al Registro, tampoco podemos abordar más profundamente o podemos tener más cortapisas—, el hacer constar el objeto social para poder defender o no esa expectativa de derecho. Pido la opinión de los ponentes.

Elena Bellod Fernández de Palencia. Coponente.

Como he comentado en la ponencia la posición del ponente y las coponentes ha sido fundamentalmente unánimes respecto a la regulación del derecho de viudedad aragonés en la nueva Ley y el tema que se cuestiona, las transmisiones de las participaciones de la sociedad de la responsabilidad limitada, como la mayoría de los restantes que hemos estudiado, hay plena conformidad.

En definitiva creemos, en base a los argumentos alegados anteriormente fundamentados en la Ley, que las participaciones de la sociedad de responsabilidad limitada son bienes muebles y al serlo, su enajenación extingue el derecho expectante de viudedad, salvo que haya fraude, y, a pesar de su posible trascendencia real, no cabe calificarlas de bienes inmuebles ya que el artículo 98 determina que el derecho expectante recae sobre los inmuebles por naturaleza dejando fuera con ello a todos los inmuebles por analogía, como son los derechos reales.

Todo ello conlleva, y con arreglo a la Ley aragonesa, que en la transmisión de bienes muebles no sea necesario el consentimiento del otro cónyuge para que sea efectiva la extinción del derecho expectante de viudedad, nos guste o no nos guste la ley así lo dice. Si no rigiera la Ley aragonesa sino el Código Civil, quizá cabría otro planteamiento en base a la Resolución de la Dirección General que determina la necesidad de consentimiento por parte del otro cónyuge aunque el titular de la participación sea el que transmita en escritura pública. Pero con la Ley aragonesa en la mano, en mi opinión no cabe otra postura.

Emilio Latorre Martínez de Baroja. Ponente.

Yo cierro por otro lado. Cada uno ya hemos dicho que tenemos nuestras ideas. Yo pienso que tampoco se necesitaría en caso de sociedad limitada patrimonial la intervención de uno de los cónyuges en el sentido de renunciar al derecho expectante. ¿Por qué? Por lo que he dicho en un principio. Se trata, vamos a considerarlo como un establecimiento, y lo que se está transmitiendo es una participación social, una parte de ese establecimiento que por subrogación real tendría que entrar otro bien en el mismo. Por tanto, la impresión mía, o lo que yo hago en mi despacho es considerarlo como bien mueble y no considerar necesaria la renuncia. Lo que no podemos hacer es una distinción entre un tipo de sociedad limitada y otro tipo de sociedad limitada, porque todo esto resultaría desde luego demencial. Por tanto, opto por no prescribir la presencia del cónyuge, siempre que sean bienes privativos —luego veríamos a ver si se trataba de bienes consorciales—, pero en este caso, al tratar de bienes muebles, tanto en un caso como en el otro, no pido la presencia de una renuncia al derecho expectante.

Adolfo Calatayud Sierra. Notario.

La verdad es que no resisto a hacer alguna reflexión crítica sobre la figura que nos trae esta tarde. El legislador no ha dicho qué sea el derecho expectante de viudedad. Quizá no es fácil decirlo y hay que explicarlo muchas veces a alguien que no conoce bien el derecho aragonés. Podemos tener la intuición, aunque también se podría matizar, de que se trata de un mecanismo de protección de esa esperanza de llegar a usufructuar los bienes del cónyuge. Eso es lo que justifica que se exija la renuncia para que un cónyuge pueda vender los bienes como libres. Lo que pasa es que esa protección, a mi juicio, es una sobreprotección manifiestamente excesiva. Voy a poner un ejemplo, se ve muy claro en el caso de la permuta. Imaginemos que hay un negocio de permuta donde uno de los permutantes está casado, su cónyuge no renuncia al derecho expectante de viudedad y, a continuación, este permutante fallece. El cónyuge tiene derecho de usufructo viudal sobre las dos fincas. A mi juicio es incoherente, no tiene sentido. Si lo que se pretende es proteger esa esperanza de llegar a usufructuar, tendríamos que fijarnos en las transmisiones lucrativas. En una transmisión, en una enajenación onerosa, por definición, un bien sale y entra un equivalente. Esa esperanza de llegar a usufructuar que tiene el cónyuge no se ve perjudicada.

La verdad es que yo creo que aquí lo que ha sucedido es que hubo un cambio muy trascendente en el año 1967, cuando se aprobó la Compilación, y no hemos caído, la mayor parte de los autores aragoneses no han caído. Antes de la Compilación, el derecho de viudedad aragonés se limitaba a los inmuebles y ahí tenía un sentido, estaba en la esencia del derecho, es decir, si queremos proteger esa esperanza de viudedad y la queremos proteger mucho, vamos a exigir ese consentimiento porque si no la esperanza de viudedad del cónyuge se reduce. En cuanto se enajena un bien inmueble, antes de la Compilación, el derecho de viudedad del cónyuge se estaba reduciendo. Ahora no, ahora esto no es así. Hubo un cambio, insisto, trascendente con la Compilación, el derecho de viudedad se hizo universal y esto produce unas incoherencias que yo creo que son excesivas y a lo que realmente lleva el mantenimiento del derecho expectante de viudedad, tal y como está configurado, es a dar unas potestades a los cónyuges que, al menos en mi opinión, en muchos casos resultan excesivas, porque yo no sé la experiencia registral, la experiencia notarial sí que nos demuestra problemas verdaderamente importantes cuando el yerno o la nuera se niegan a firmar, por historias que a lo mejor datan de muchísimos años, o sea, el caso muy típico: ha muerto el marido y la viuda y sus hijos van a vender bienes procedentes de la herencia, pues hete aquí que el yerno o la nuera dice que él no firma porque no le da la real gana... Le estamos dando unas potestades a los yernos y a las nueras que yo creo que no están justificadas por la finalidad de la institución, que si de lo que se trata, insisto, es de proteger la expectativa o esa esperanza de llegar a usufructuar, creo que aquí se protege de una forma manifiestamente excesiva, se produce un verdadero efecto multiplicador de ese derecho de viudedad que no sé en estos momentos si tiene sentido.

María del Carmen Lerma Rodrigo. Coponente.

Yo es que esos casos tampoco veo que son casos que se darán, pero no lo veo como casos generales que las nueras o los yernos no quieran firmar y quieran a cambio dinero. Bueno, que sí que ocurrirán, por eso digo que a veces se producirán situaciones de fraude, pero de todas maneras es muy fácil, pues se excluye y ya está, el que no quiera tenerlo no lo tiene. Vamos, es que si te lo impusieran, fuera indisponible, entonces entendería que verdaderamente es muy gravoso, pero cuando tienes la libertad de tú con tú cónyuge decidir si lo quieres o no lo quieres, no sé...

Adolfo Calatayud Sierra. Notario.

Mi experiencia personal también es que la gente no lo conoce, o sea que tienen una idea vaga, y no siempre, de que tienen que firmar cuando firma el cónyuge ...

María del Carmen Lerma Rodrigo. Coponente.

No, pero no te creas, eh, que saben ...

Adolfo Calatayud Sierra. Notario.

Yo, mi experiencia es ...

María del Carmen Lerma Rodrigo. Coponente.

Yo te digo que saben.

Adolfo Calatayud Sierra. Notario.

Pero, en fin, sobre eso sería bueno que alguna vez, yo alguna vez lo he propuesto, se hiciera algún estudio sociológico para poder tener datos más seguros acerca de si esta Institución, al menos tal y como está configurada en estos momentos la sociedad aragonesa considera que debe mantenerse así. Yo personalmente tengo mis dudas.

María del Carmen Lerma Rodrigo. Coponente.

A lo mejor el cónyuge propietario del bien dice que no, pero el titular del expectante no lo quiere perder. Es que, claro, según a quién se lo preguntes te va a decir una cosa u otra.

Emilio Latorre Martínez de Baroja. Ponente.

Yo, Adolfo, lo tengo muy claro como he dicho antes. Esto es cuestión de tiempo. Nosotros vamos detrás de lo que marca la sociedad y la sociedad se ha visto ya con esta Ley que no ha quedado más remedio que ir cediendo en el derecho expectante de viudedad. Llegará un momento en que no se podrá mantener. Entonces, es cuando llegue ese momento cuando habrá que, como he dicho al principio, quitar el derecho expectante y darle derecho sucesorio, que tampoco creo que sea tan complicado quitar derecho de familia y poner derecho sucesorio, desaparecer el derecho expectante, que quede como pacto en capítulos y ya está, y entonces tendríamos que meter a los aragoneses por residencia.

Pero yo creo que el derecho expectante no creo que sea cuestión de otros 36 años, pero será muy difícil de mantenerlo, queramos o no queramos, nos lo demandará la sociedad, ya veréis.

Fernando Zubiri de Salinas. Moderador.

¿Otras intervenciones?

Belén Madrazo Meléndez. Registradora de la Propiedad.

Discrepando del ponente y de Adolfo Calatayud, quería hacer una pregunta a Elena Bellod a propósito de los bienes muebles, de la renuncia al derecho expectante. Del artículo 100 y del artículo. 50 resulta que existe el derecho expectante pero que en una enajenación

válida se extingue, en una enajenación válida, en un acto de disposición de bienes muebles, es decir, que no es necesaria por tanto la comparencia del otro cónyuge.

Sin embargo, entiendo que esto no sería aplicable cuando los muebles fueran de uso familiar, artículo 8º de la Ley de Régimen Económico Matrimonial, lo digo porque los muebles cada vez tienen más valor. Es muy común, yo lo veo en el Registro Mercantil y en el de Bienes Muebles, la constitución de sociedades mediante aportaciones no dinerarias, o sea aportaciones de bienes muebles, desde una televisión, un vídeo, a la enciclopedia Larousse familiar, o la constitución de cualquier forma de garantía, por ejemplo una prenda, sobre un conjunto de bienes que pueden ser bienes de uso familiar, porque cuando el artículo 8º se refiere a que es necesario para la disposición de la vivienda o del mobiliario de uso ordinario el consentimiento del otro cónyuge o la autorización familiar, o sea, quiero decir que tratándose de bienes muebles que pudieran tener una connotación de estar vinculados de alguna manera a la vivienda, sí que sería necesario el consentimiento, es decir, la presencia del otro cónyuge. Por lo tanto entiendo, no sé cuál será vuestra opinión, pero que en constitución de sociedades mediante aportaciones de bienes muebles que pudieran tener una connotación de ir vinculados a la vivienda —el ejemplo de esos supuestos que os he dicho— o la constitución de una fórmula de garantía para el acceso al Registro de Bienes Muebles, al margen de que no hablemos del expectante, o sea que sigamos con el criterio que tú has expuesto Elena, entiendo, sin embargo, que sí que de alguna manera sería necesaria la presencia del otro cónyuge y de alguna manera la comparencia lo extinguiría, pero que en determinados bienes muebles sí que será necesaria la comparencia, que creo que es importante porque cada vez más se opera con bienes muebles.

Elena Bellod Fernández de Palencia. Coponente.

En estos casos no se plantean problemas. En el caso de que haya comparencia no cabe hablar de fraude ya que hay consentimiento de ambos y por tanto se extingue el derecho expectante de viudedad. Tú qué dices, ¿que será necesario el consentimiento?

Belén Madrazo Meléndez. Registradora de la Propiedad.

Será necesario en función de la naturaleza de los bienes tener la precaución en la autorización de esas escrituras de constitución, o en las escrituras de prenda de exigir la comparencia del otro cónyuge, o sea, por contra de lo que dispone el artículo 50 o la manifestación de que esos bienes no forman parte del mobiliario, porque si no nos faltaría un consentimiento, aunque sea con la presencia...

Elena Bellod Fernández de Palencia. Coponente.

Indudablemente es una excepción al artículo 50 al tratarse de mobiliario ordinario y en protección a la vivienda familiar el artículo 8 exige para los actos de disposición consentimiento de ambos cónyuges, aunque en la práctica, salvo que sean de gran valor ...

Belén Madrazo Meléndez. Registradora de la Propiedad.

Pero, mobiliario ordinario vinculado a una vivienda, pues todo. Que es que yo lo veo en constitución de sociedades con la aportación del ordenador, la televisión, el vídeo, y la enciclopedia Larousse.

Elena Bellod Fernández de Palencia. Coponente.

Sí, sí, desde el punto de vista jurídico estamos de acuerdo.

Belén Madrazo Meléndez. Registradora de la Propiedad.

Entonces en ese caso no cabe el artículo 50. Hay que tener la cautela de que un acto de disposición exigiría la comparecencia.

Elena Bellod Fernández de Palencia. Coponente.

Sí, desde el punto de vista jurídico en sentido estricto; aunque como he comentado antes ello es independiente de la extinción o no del derecho expectante de viudedad, la transmisión conlleva la extinción, otra cosa es la existencia de fraude.

Angel Gracia Oliveros. Abogado.

Yo voy a agradecer a D^a. María del Carmen Lerma por su última frase, porque es justamente la más aragonesa oída aquí esta tarde. Se lo tengo que agradecer porque además es pronunciada por una mujer que se ha constituido en defensa de la mujer, como el Derecho Foral aragonés se ha constituido desde su fundación en defensa de unos derechos femeninos que no gozan ni Castilla ni ningún otro sitio, casi diría ni Cataluña, porque la separan.

Dicho esto, indiscutiblemente no estoy de acuerdo con mi compañero en licenciatura en derecho Sr. Calatayud porque para mí, desde el primer momento, el usufructo viudal y la expectativa del usufructo están diferenciados clarísimamente.

Esto nace, más o menos, remontándonos, vámonos a Huesca, vamos a mil doscientos y pico, vámonos al Vidal y allí nos encontramos con que dentro de la norma familiar existe una norma que es la del usufructo viudal, no el expectante viudal, sino el usufructo viudal. A lo largo de toda nuestra legislación y de todas nuestras leyes, incluso éstas, que desgraciadamente hay muchas veces que nos olvidamos del Derecho Foral aragonés y nos acercamos mucho más al castellano, aunque tengamos a la derecha el derecho catalán y a la izquierda el derecho navarro, y un poco más arriba el vasco, pues creo que hay que seguir manteniéndolo. Concretamente, en ese Fuero, cuando se hace la recopilación, se nos habla solamente de viudedad foral, pero de viudedad foral dentro de la familia, y por tanto estamos ya con un sucesivo desarrollo de ese Derecho de familia que nada más contraer el matrimonio nace a favor de los dos, de la mujer y del hombre, pero específicamente más el de la mujer porque así he citado, y llega el momento en que es un derecho expectante, no se da el derecho en sí y entonces empezamos doctrinalmente a diferenciar entre el derecho expectante de viudedad y la viudedad, viudedad que además antes era sobre bienes inmuebles,... ahora es viudedad universal que es sobre todo, sobre todo porque, entre otras muchas cosas, con nuestro Derecho foral, ahí están los notarios y registradores, claro que de todas formas cuando se juntan ustedes y le cae todo sobre la cabeza de un pobre abogado, éste se vuelve loco, pues resulta que tenemos también la posibilidad de que el marido o la mujer —y yo lo he tenido que hacer para convencer a algún Registrador de la Propiedad— conviertan un bien propio en un bien consorcial para que cuando se acaba la hipoteca volverlo a convertir en bien propio.

Entonces, cuando resulta que aquí estamos ambos cónyuges pudiendo disponer libremente de todo, yo creo que está bien claro que el usufructo tiene que ser como venía siendo, un derecho de familia que cuando desgraciadamente fallece uno de los dos se convierte en un verdadero derecho de viudedad sobre todos los bienes, muebles, inmuebles, dinero, etc., etc. Y además esto no me lo contradice la última Ley pese a que hayan querido acercármelo mucho más al Código Civil.

Emilio Latorre Martínez de Baroja. Ponente.

Lo único que puedo decir es que soy un enamorado del derecho histórico de Aragón. Me parece perfecto, me ha gustado siempre, de Jacobo del Hospital, traducirlo, etc., etc., pero es que los tiempos cambian, y mucho, ya lo he dicho en un principio, si cambian las costumbres...

Cuando se constituyó el derecho histórico aragonés, tan importante como los Fueros eran las Observancias. Las Observancias eran la costumbre que estaban siguiendo todos. Vamos a seguir por la misma mecánica. Si la costumbre nos dice que no necesitamos ese derecho expectante, no lo necesitaremos. Pero, sobre todo, no lo convirtamos en un problema sexual, mujeres a favor y hombres en contra. Lo que tenemos que hacer es una unidad entre todos ya que somos poquitos, en Aragón somos poca gente, pues vamos a ver si llegamos a un acuerdo.

Ahora, luego una cosa hay que tener en cuenta. No es que nosotros hayamos sido influidos por el derecho civil común. Igual es al revés, ha sido el derecho civil común el que ha sido influido por nosotros. Tenemos una independencia completa. Es decir, la desaparición de un derecho expectante en un momento dado no va a suponer absolutamente nada para Aragón, nosotros tendremos nuestro derecho, tendremos nuestras costumbres y la cuestión es seguir manteniéndolas, ir cogiendo según lo que nos pida la sociedad. Lo que nos pida en cada momento la sociedad es lo que tenemos que hacer los juristas, para eso están los padres de las leyes que son los que van a tener el ojo, o por lo menos alguna vez nos harán algo de caso, de adaptarlos a lo que pida la gente y nada más. Eso es lo que pretendemos.

Angel Gracia Oliveros. Abogado.

Es que nos estamos olvidando de la casa. La casa no es la casa aragonesa de la montaña, con las vaquitas, los cerdos y con las ovejitas, la casa puede ser el piso que actualmente tenemos, la casa puede ser el negocio, ahí estás esos negocios... Otra cosa que ahora prima, el hacer una sociedad y a continuación hacer un protocolo para saber qué es... Pero si el protocolo es un casamiento en casa o en cualquiera de las figuras jurídicas que tenemos en Aragón, si no hace falta llegar a ese protocolo mercantil para desarrollarlo, y en cambio nos estamos yendo... porque parece ser que la casa aragonesa es eso, el Pirineo, sí justamente el Pirineo, porque del Pirineo somos todos los aragoneses, todos, algunos tienen padres que no sean aragoneses, pero madre aragonesa, vamos, nada más.

Fernando Zubiri de Salinas. Moderador.

Bien, como no creo que sea cuestión de réplica y dúplica, vamos a pasar si hay alguna otra intervención, alguna pregunta.

Bueno, entonces damos por terminada esta sesión, recordando que la próxima y última de estos Encuentros tendrá lugar el próximo día 30 en Huesca en el Salón de Actos de la Diputación Provincial. Gracias.