





MANUAL  
de  
Derecho civil aragonés

*Conforme al Código  
del  
Derecho Foral de Aragón*

---

CON LA COLABORACIÓN DE



Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea medio empleado –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.–, sin permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

© Copyright by  
EL JUSTICIA DE ARAGÓN

*Primera edición: Mayo 2006*  
*Segunda edición: Marzo 2007*  
*Tercera edición: Julio 2009*

Edita:

El Justicia de Aragón

Depósito legal: Z-978-2012

ISBN: 978-84-92606-22-1

Diseño, maquetación e impresión:  
Tipolínea, S.A.

# MANUAL de Derecho civil aragonés

*Conforme al Código  
del  
Derecho Foral de Aragón*

---

4<sup>a</sup> Edición

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA  
Director

MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN  
Coordinadora

*José Antonio Serrano García • Carmen Bayod López  
Alfredo Sánchez-Rubio García • Elena Bellod Fernández de Palencia  
María Martínez Martínez • José Luis Argudo Périz • Aurora López Azcona*





# ÍNDICE



## I.- DERECHO CIVIL ARAGONÉS

### § 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y FORMACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS ..... 35

*Jesús Delgado Echeverría*

1. Raíces históricas y fundamento constitucional. A. Constitución, Estatuto e historia. B. Derecho civil, Derecho autonómico, Derecho foral. C. El Derecho foral y los Fueros. D. Derecho civil autonómico no foral. 2. Los orígenes. La inicial diversidad jurídica. 3. Del Fuero de Jaca a los "Fueros de Aragón" (1247). 4. Los primeros "Fueros de Aragón" (Huesca, 1247). A. La obra de Jaime I y la Corte General de Huesca. B. Vidal de Canellas y el "Vidal Mayor". C. La ordenación sistemática de los Fueros. D. Derecho civil en los "Fueros de Aragón". 5. El Derecho supletorio. 6. ¿Recepción del Derecho romano? 7. Otras tradiciones forales aragonesas. A. Los "Fueros de Sobrarbe". B. La foralidad de extremadura. 8. Formación del "Volumen viejo" de los Fueros. A. Adiciones posteriores a la Compilación de 1247. B. Libro IX: Jaime II. C. Libro X: Pedro IV. D. Libro XI: Juan I. E. Libro XII: Martín I. F. El resto del Libro XII. La Casa de Trastámara. 9. Las Observancias. 10. La Recopilación sistemática de los Fueros impresa en 1552. 11. Los Actos de Cortes. 12. Los foristas y sus obras. A. Edad Media. B. Siglo XVI. C. Siglo XVII. D. Siglo XVIII. 13. Decadencia foral. 14. La Nueva Planta. A. Los Decretos. B. El Derecho civil que subsiste. C. El problema de las fuentes y el Derecho supletorio. D. Los autores. 15. La Codificación. A. La actitud aragonesa ante el Código civil. B. El Congreso de Jurisconsultos Aragoneses. B. El Congreso de Jurisconsultos Aragoneses. C. Las conclusiones del Congreso, directrices de política legislativa. D. El Código civil y su Ley de Bases. 16. Los Proyectos de Apéndice. A. El camino hacia el Apéndice. La obra de Franco y López. B. La Comisión de 1889. El Proyecto Ripollés (1899). C. La Comisión de 1899. El Proyecto Gil Berges (1904). D. Formación y vigencia del Apéndice de 1925. 17. El Apéndice de 1925. 18. Del Apéndice a la Compilación de 1967. 19. La Compilación de 1967. 20. Evolución del Derecho civil aragonés en el marco autonómico. 21. El Código del Derecho foral de Aragón.

## § 2. LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS . . . . . 77

*Jesús Delgado Echeverría*

1. El problema de las fuentes en la historia. 2. La Compilación de 1967. 3. La Constitución y la reformulación del Título Preliminar en 1999. 4. El sistema de fuentes. 5. La ley (aragonesa). 6. La costumbre. A. La costumbre en el Derecho histórico. B. El Derecho consuetudinario en la etapa codificadora. C. Concepto de costumbre en el Derecho vigente. D. Límites de la costumbre. E. La prueba de la costumbre. 7. Los principios generales. 8. El principio "Standum est chartae". Sentido e historia. A. Planteamiento. B. "Por fuero estamos a la carta". "Pactos rompen fueros". 9. El principio "Standum est chartae" y las fuentes del Derecho civil de Aragón. A. La autonomía privada no es fuente del Derecho. B. Sí es fuente del Derecho el principio "Standum est chartae". C. Lo que dice el principio respecto de la ley. 10. Ámbito y límites de la libertad civil. A. Ámbito: la totalidad del Derecho civil aragonés posible. B. Límites: en general. C. El límite de lo imposible. D. El límite de la Constitución. E. Las normas imperativas del Derecho aragonés. 11. Aplicaciones del principio. 12. El principio en la jurisprudencia. 13. ¿Otras fuentes del Derecho civil aragonés? En particular, el papel de la jurisprudencia. A. La equidad. B. La analogía. C. La jurisprudencia. La casación foral. 14. El Derecho supletorio. 15. La aplicación del Derecho supletorio. 16. Remisiones y otras relaciones entre Derecho aragonés y Código civil. A. Las remisiones estáticas. Origen y utilidad. B. Reparos a la técnica de las remisiones estáticas. C. Remisiones estáticas en la Compilación. D. Referencias o "normas de engarce".

## II.- DERECHO DE LA PERSONA

### § 3. CAPACIDAD Y ESTADO DE LAS PERSONAS . . . . . 111

*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán*

1. Derecho de la persona. 2. Capacidad por razón de edad. Antecedentes. A. Antecedentes históricos. B. Compilación de 1967. C. La edad en el Derecho aragonés. 3. Mayoría de edad. 4. Menores de edad. La situación del menor de edad. A. Consideración general. B. La capacidad de obrar del menor. C. Patrimonio del menor. 5. Menor de catorce años. A. Situación del menor de catorce años. B. Oposición de intereses. C. Necesidad de previa autorización o aprobación. D. Invalidez de los actos del menor. E. Derechos de la personalidad. F. Prestaciones personales. 6. Menor mayor de catorce años. A. Situación del menor, mayor de catorce años. B. Capacidad. C. Intromisión de los terceros en los derechos de la personalidad. D. Administración de bienes. E. Prestación de la asistencia. 7. La emancipación. El menor emancipado. A. Antecedentes. B. Capacidad de obrar del menor emancipado. C. Supuestos de emancipación. 8. Incapacidad e incapacitación. A. La persona incapaz y la incapacitada. B. Personas incapacitadas. La incapacitación. C. Capacidad del incapacitado. D. Incapacitación de menores de edad. E. Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda. F. Personas no incapacitadas. 9. Ausencia. A. Antecedentes y regulación actual. B. Defensor del desaparecido. C. Ausencia declarada.

## § 4. RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES ..... 165

*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán (los núms. 1 a 4 y 6 a 8)  
y Aurora López Azcona (el núm. 5)*

1. Relaciones entre ascendientes y descendientes. A. Consideración general. B. Antecedentes históricos. 2. Efectos de la filiación. A. En general. B. Apellidos. C. Deber de asistencia recíproca. D. Gastos de maternidad. E. Eficacia limitada de la filiación. 3. Deber de crianza y autoridad familiar. Principios generales. A. Deber de crianza y autoridad familiar. B. Titularidad. C. Contenido. D. Contribución económica. E. Efectividad del cumplimiento y control. 4. Ejercicio de la autoridad familiar por los padres. A. Ejercicio de la autoridad familiar por ambos padres. B. Ejercicio exclusivo por uno de los padres. C. Otros intervinientes. D. Divergencias entre los padres. 5. Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. A. La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. B. Estructura, finalidad y ámbito de aplicación de la sección 3<sup>a</sup> del capítulo 2<sup>o</sup> del Libro I del Código del Derecho Foral de Aragón. C. Derechos y principios a observar en la ruptura de la convivencia. D. El pacto de relaciones familiares. E. La mediación familiar. F. Medidas judiciales a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares. En particular, la custodia compartida. G. Medidas provisionales. 6. Ejercicio de la autoridad familiar por otras personas. A. Consideración general. B. Contenido. C. Personas que pueden ejercer la autoridad familiar. D. Asunción automática de la autoridad familiar. E. Carácter voluntario de la autoridad familiar. F. Divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar. G. Inscripción en el Registro Civil. H. Privación. 7. Privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar. A. Privación. B. Suspensión. C. Consecuencias de la privación o suspensión. D. Extinción. 8. Gestión por los padres de los bienes de los hijos. A. Gestión de los bienes por los padres. B. Bienes exceptuados. C. Régimen general: diligencia, responsabilidad, aseguramiento y rendición de cuentas.

## § 5. LAS RELACIONES TUTELARES ..... 203

*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán (los núms. 1, 4, 5, 9 y 10)  
y Aurora López Azcona (los núms. 2, 3, 6, 7, 8 y 11)*

1. Antecedentes. 2. Estructura del Título III del Libro I del Código del Derecho Foral de Aragón. 3. Disposiciones generales. 4. Delación de las funciones tutelares. A. Modos de delación. B. Delación voluntaria. C. Delación dativa. D. Delación legal. Remisión. 5. Promoción y constitución de las instituciones tutelares. A. Consideración general. B. Promoción. C. Constitución. 6. Capacidad, excusa y remoción. A. Capacidad e idoneidad. B. Excusa. C. Remoción. 7. La tutela. A. Introducción. B. Personas sujetas a tutela. C. Estructura de la tutela. D. Funciones del tutor. E. Obligaciones del tutor antes de entrar en el ejercicio del cargo. F.

Extinción de la tutela. G. Obligaciones del tutor al cese de las funciones tutelares. 8. La curatela. A. Introducción. B. Personas sujetas a curatela. C. Promoción y constitución. D. Contenido. E. Extinción. 9. El defensor judicial. A. Supuestos. B. Nombramiento. C. Régimen. 10. La guarda de hecho. A. Concepto y ámbito. B. Información, control y vigilancia. C. Régimen jurídico. 11. La tutela automática de la Administración, la guarda administrativa y el acogimiento. A. Introducción. B. La tutela automática de la Administración. C. La guarda administrativa. D. El acogimiento. E. Vigilancia del Ministerio Fiscal.

## § 6. JUNTA DE PARIENTES ..... 267

*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán*

1. Consideración general. 2. Llamamiento. 3. Reglas aplicables. A. Aplicación supletoria. B. Llamamiento a no parientes. C. Fiducia colectiva. D. Normas sobre cargos tutelares. 4. Composición. 5. Constitución. A. Constitución y funcionamiento bajo fe notarial. B. Constitución judicial y funcionamiento de esta Junta. 6. Procedimiento. 7. Validez y eficacia de las decisiones de la Junta. A. Validez y eficacia. B. Invalidez.

## III.- DERECHO DE LA FAMILIA

### § 7. DERECHO DE LA FAMILIA MATRIMONIAL. EFECTOS GENERALES DEL MATRIMONIO ..... 281

*José Antonio Serrano García*

1. El Derecho de la familia matrimonial. A. La familia matrimonial en el Libro Segundo. B. Otras legislaciones que inciden en la materia. 2. Características de la economía del matrimonio en Aragón. A. Contenido: Régimen económico matrimonial y viudedad. B. Características tradicionales. C) Otras características. 3. El Título Primero del Libro Segundo: Los efectos generales del matrimonio. 4. Los efectos personales del matrimonio. A. Enlace con la regulación estatal sobre el vínculo matrimonial. B. El principio de igualdad. C. Los derechos y obligaciones de los cónyuges. 5. El domicilio familiar. 6. El principio de libertad de regulación. A. El doble ámbito del principio general. B. Los límites de la libertad de regulación. 7. La dirección de la vida familiar. 8. El deber de información recíproca. 9. La satisfacción de las necesidades familiares y la responsabilidad frente a terceros. A. Las necesidades familiares o “cargas del matrimonio”. B. El deber conyugal y paterno de contribución. C. La determinación de la contribución conyugal. D. El deber de contribución de los hijos. E. La responsabilidad de los cónyuges frente a terceros. 10. La vivienda familiar. A. Concepto y protección. B. Sanción del incumplimiento. C. Adquirentes protegidos. 11. Los mandatos entre cónyuges. 12. El derecho de viudedad. 13. El régimen económico matrimonial y los derechos de terceros. A. El régimen paccionado. B. El régimen legal. C. Publicidad del régimen económico matrimonial. D. Derechos de terceros.

## § 8. CAPÍTULOS MATRIMONIALES E INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUECUDINARIAS ..... 311

*Carmen Bayod López*

1. Los capítulos matrimoniales. A. Concepto. B. Contenido C. Los límites a la libertad de estipulación D. El idioma de los capítulos. 2. Antecedentes y regulación actual. 3. Características y especialidades de los capítulos: A. Capítulos y matrimonio. B. Pluralidad de sujetos y pluralidad de contenido. C. Caracteres del negocio capitular. 4. Forma. 5. Tiempo y eficacia de los capítulos. 6. Sujetos. Capacidad: A. Los capítulos matrimoniales son un negocio jurídico plurisubjetivo. B. La capacidad para capitular. C. Capacidad para otorgar capítulos matrimoniales: la estipulación capitular y otros negocios D. Los mayores de 14 años menores de edad. E. Incapacitados. F. Efectos de la falta de asistencia. 7. Modificación de las estipulaciones capitulares: A. Modificación de capítulos: otorgantes y partes: ¿quiénes deben intervenir? B. Modificación del régimen económico matrimonial y los otorgantes de capítulos 8. Oponibilidad, inoponibilidad y publicidad de las estipulaciones capitulares: A. Planteamiento B. Los terceros protegidos. La buena fe del tercero. D. Efectos. E. Publicidad de los capítulos y sus modificaciones. F. Modificación de los capítulos e insolvencia punible: alzamiento de bienes. 9. Invalidez e ineficacia de los capítulos matrimoniales. 10. Instituciones familiares consuetudinarias: A. Hermandad llana. B. Agermanamiento o casamiento al más viviente D. Acogimiento o casamiento a sobre bienes. E. Consorcio universal o juntar dos casas. F. Dación personal. G. La dote y firma de dote.

## § 9. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES ..... 329

*Carmen Bayod López*

1. Caracteres y régimen jurídico. 2. Ámbito de aplicación del régimen: ¿cuándo tiene lugar? 3. Contenido del régimen de separación de bienes. Titularidad y administración de los bienes propios: A. En general. B. Titularidad de los bienes. Presunciones. C. La gestión de los bienes propios. 4. Separación de bienes y vida en común. Responsabilidad por deudas. Los acreedores de los cónyuges: A. El uso común de los bienes. B. Separación de bienes y derecho de viudedad. C. Responsabilidad por deudas. D. El régimen de separación de bienes y los acreedores. 5. Disolución y liquidación del régimen de separación.

## § 10. EL CONSORCIO CONYUGAL: ANTECEDENTES, CONFIGURACIÓN ACTUAL Y NATURALEZA JURÍDICA .. 335

*Jesús Delgado Echeverría y José Antonio Serrano García*

1. La primitiva comunidad de muebles y ganancias. A. En los Fueros. B. En las Observancias. C. En el Apéndice. 2. La comunidad de muebles y ganancias en la

Compilación. A. Comparación con la sociedad de gananciales del Código civil. B. Fuerte influencia doctrinal. C. La presunción legal de muebles por sitios. D. La reforma de 1985. 3. El consorcio conyugal en la reforma de 2003. A. Completa y perfecciona el texto compilado. B. Llama consorcio conyugal al régimen legal aragonés de comunidad parcial. C. Suprime la regla de comunicación de los bienes muebles. 4. Libertad para modificar la configuración legal del consorcio conyugal. A. Régimen supletorio. B. Libertad de pactos de ampliación o restricción de la comunidad. 5. Naturaleza del consorcio conyugal.

## § 11. LOS BIENES DE LOS CÓNYUGES ..... 347

*José Antonio Serrano García*

1. El Capítulo sobre bienes comunes y privativos. 2. La presunción de comunidad. A. Presunción doble. B. Ámbito de aplicación. Destrucción. C. La presunción de comunidad y la subrogación real. 3. Lista de bienes comunes. Patrimonio común inicial. A. Sistema de doble lista. B. Patrimonio común inicial. 4. Bienes comunes por aportación de tercero o de uno de los cónyuges. 5. Bienes comunes por adquisición onerosa a costa del caudal común. A. Regla general. B. Adquisiciones con precio aplazado. C. Fundación de empresas y explotaciones económicas. D. Contratos de arrendamiento. E. Acciones o participaciones sociales. 6. Bienes comunes obtenidos del trabajo o actividad de los cónyuges. A. Regla general. B. Indemnizaciones por despido o cese de actividad profesional. 7. Comunicación de los frutos, rendimientos o beneficios obtenidos de los bienes comunes o privativos. A. Frutos de los bienes comunes o privativos. B. Cantidades devengadas por pensiones. C) Plusvalías de los productos financieros. 8. Bienes comunes de origen familiar. 9. Lista de bienes privativos. 10. Bienes privativos adquiridos antes del consorcio o por título anterior. A. Bienes de los cónyuges al iniciarse el consorcio. B. Bienes adquiridos durante el consorcio en virtud de títulos anteriores. 11. Bienes privativos por voluntad común. 12. Bienes privativos adquiridos a título lucrativo. A. Adquisiciones lucrativas durante el consorcio. B. Adquisición lucrativa por ambos cónyuges sin designación de partes. 13. Bienes privativos por accesión. 14. Bienes patrimoniales privativos por su carácter personal. A. Los bienes patrimoniales inherentes a la persona y los intransmisibles entre vivos. B. Resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios personales. C. Cantidades percibidas como beneficiario de seguros de vida. D. Bienes no considerados de carácter personal. 15. Bienes privativos por subrogación real. A. La nueva regulación de la subrogación real. B. El principio de subrogación real. C. Manifestaciones concretas del principio de subrogación real. 16. La presunción de privatividad. 17. El reconocimiento de privatividad.

## § 12. LA GESTIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL ..... 367

*José Antonio Serrano García*

1. Contenido y estructura del Capítulo III. 2. Gestión de la economía familiar. A. Dirección de la vida familiar. B. Diligencia e interés de la familia. C. Deber de

información recíproca. D. Disolución del consorcio por desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar o por incumplimiento del deber de información recíproca. 3. Pactos sobre gestión de los bienes comunes. A. El principio de igualdad. B. El principio de libertad de pacto. C. Límites de la libertad de pacto. D. Modificación de lo pactado. 4. Ámbito de actuación indistinta de cualquiera de los cónyuges. 5. Ámbito de actuación disjunta. A. Ejercicio de profesión o negocio. B. Actuación frente a terceros. 6. Disposición de bienes comunes en fraude de los derechos del otro. 7. Ámbito de actuación conjunta en la gestión de bienes comunes. A. Regla general. B. Autorización judicial. C. Falta del consentimiento necesario. 8. La gestión de los bienes comunes en situaciones especiales. A. Concreción automática de facultades. B. Atribución de la gestión a uno solo de los cónyuges. C. Privación de la gestión. 9. Disposiciones por causa de muerte. A. Relativas a la participación en el patrimonio común. B. Relativas a bienes determinados del patrimonio común. C. Relativas a derechos sobre un bien común determinado. 10. Gestión de los bienes privativos. A. Por el cónyuge titular. B. Por el otro cónyuge.

### § 13. LAS DEUDAS DE LOS CÓNYUGES ..... 387

*Jesús Delgado Echeverría (los núms. 1 y 2)*

*y José Antonio Serrano García (los núms. restantes)*

1. Responsabilidad universal de los cónyuges y consorcio conyugal. A. Deuda y responsabilidad. B. Ampliación de la responsabilidad. C. Libertad e igualdad de los cónyuges. 2. Sistema de los arts. 218 a 226 CDFA. A. Pasivo provisional y pasivo definitivo. B. Criterios básicos. C. El cambio sustancial: la igualdad de los cónyuges. 3. Deudas comunes a cargo del patrimonio común. A. El pasivo definitivo común. B. Cargas del matrimonio. C. Cargas usufructuarias. D. Alimentos legales. Crianza y educación no incluida en el art. 218.1.a. E. Ejercicio de actividades útiles o beneficiosas. F. Daños a terceros. Dolo o culpa grave. 4. Contribución a las deudas comunes en defecto de bienes comunes. 5. Responsabilidad directa de los bienes comunes frente a terceros. A. Responsabilidad provisional o definitiva. B. Responsabilidad provisional. C. Responsabilidad definitiva de los bienes comunes frente a terceros. D. Responsabilidad por deudas contraídas por ambos cónyuges. 6. Ejecución en bienes consorciales por deudas de responsabilidad común. A. Aplicación del art. 541 Lec. B. Derecho expectante de viudedad. 7. Responsabilidad de los bienes privativos. A. Por deudas del cónyuge deudor: responsabilidad directa. B. Por deudas contraídas por el otro cónyuge para satisfacer necesidades familiares. Responsabilidad subsidiaria. 8. Responsabilidad por deudas de adquisición de bienes comunes. 9. Las deudas privativas de los cónyuges en la relación interna. A. Concepto. B. Responsabilidad interna. 10. Responsabilidad frente a terceros por deudas privativas. A. El sistema aragonés. B. Responsabilidad subsidiaria y limitada de los bienes comunes. 11. Ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas. A. La norma procesal aragonesa. B. Coordinación con el procedimiento de ejecución en bienes gananciales. C. Coordinación con el procedimiento concursal. D. El derecho expectante de viudedad. 12. Relaciones entre patrimonios. A. La regla general. B. Los casos princi-

pales de reintegros y reembolsos. C. Indemnización de los daños causados al patrimonio común. D. Momento del pago de las obligaciones entre el patrimonio consorcial y los privativos.

## § 14. LA DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL Y LA COMUNIDAD QUE CONTINÚA TRAS ELLA ..... 413

*José Antonio Serrano García*

1. Principales cambios y novedades introducidos en la reforma de 2003. 2. La disolución del consorcio. 3. Causas de disolución de pleno derecho. 4. Causas de disolución por decisión judicial. 5. Medidas provisionales. 6. Momento de eficacia de la disolución. A. En las causas de disolución de pleno derecho. B. En las causas de disolución por decisión judicial. C. Posibilidad de dar efectos retroactivos a la disolución. 7. Régimen subsiguiente. 8. La comunidad que continúa tras la disolución: introducción. A. Titulares. B. Naturaleza. C. Comunidad sujeta a nuevo régimen. 9. Bienes comunes en la comunidad que continúa. 10. Deudas comunes en la comunidad que continúa. A. Deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal. B. Deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común. C. Responsabilidad frente a terceros. Contribución interna. D. Incidencia del derecho de viudedad. 11. Responsabilidad de los bienes comunes. A. Ejecución en bienes comunes para cobro de deudas comunes. B. Embargo de la participación consorcial por los acreedores privativos. 12. Disposición por causa de muerte. 13. Reglas específicas de la comunidad que continúa tras la disolución por muerte. A. Patrimonio conyugal, viudedad, fiducia y comunidad hereditaria. B. Administración por el cónyuge viudo. C. Facultades del cónyuge viudo. D. Disposición entre vivos de los bienes comunes. E. Responsabilidades del cónyuge viudo. 14. Reglas específicas de la comunidad que continúa tras la disolución por otras causas.

## § 15. LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL ..... 437

*José Antonio Serrano García*

1. Reglas aplicables a la liquidación y división. A. El desarrollo legislativo operado en la reforma de 2003. B. Régimen supletorio. 2. Derecho a la división. A. Ejercitable en cualquier tiempo. B. Salvo si hay prohibición de dividir o convenio de indivisión. C. La petición de inventario. D. Legitimación activa. 3. Capacidad para solicitar e intervenir en la liquidación y partición. 4. Modalidades de liquidación y división. A. Liquidación y división por acuerdo de los partícipes. B. Liquidación y división con intervención de fiduciario o contador partidor. C. Liquidación y partición judicial. 5. Inventario del activo y pasivo del patrimonio consorcial. A. Solicitud y contenido del inventario. B. Activo del inventario. C. Pasivo del inventario. D. Avalúo. 6. La liquidación propiamente dicha. 7. Liquidación concursal. 8. Liquidación ordinaria. A. Orden legalmente previsto. B. Compensación de créditos y deudas entre la masa común y los patrimonios

privativos. C. Cobro por imputación del saldo favorable a la comunidad. D. Cobro mediante reembolso del saldo favorable a la comunidad en cuanto no haya podido ser objeto de imputación. E. Pago o aseguramiento de lo debido a terceros. F. Pago del saldo favorable al patrimonio privativo. G. Reserva de los bienes que pueden ser objeto de ventajas o de derecho de adjudicación preferente. 9. Liquidación de varias comunidades. 10. Ventajas. 11. División y adjudicación. 12. Derecho de adjudicación preferente. 13. Las deudas comunes tras la división. A. La división no perjudica los derechos ya adquiridos por terceros. B. Responsabilidad de los cónyuges o sus herederos. C. La ejecución sobre bienes consorciales adjudicados al cónyuge no deudor.

§ 16. LA VIUEDAD ..... 457

*Carmen Bayod López*

1. Concepto y estructura. A. Concepto. B. Estructura. 2. Naturaleza y caracteres. A. Naturaleza. B. Caracteres. 3. Origen de la viudedad. A. Ley aplicable a los efectos del matrimonio: ¿Qué matrimonios tienen viudedad? B. Compatibilidad de la viudedad con cualesquiera regímenes matrimoniales. 4. Ámbito objetivo de la viudedad. A. Ámbito legal: Viudedad universal. B. Reducción o exclusión convencional de la viudedad. C. Voluntad unilateral de uno de los cónyuges como causa de exclusión del derecho de viudedad del otro consorte. D. Exclusión sobre determinados bienes por disposición voluntaria de un tercero. E. Derecho de transmisión y consorcio foral. 5. Renuncia al derecho de viudedad. A. Regulación. B. Requisitos y forma de la renuncia 6. La publicidad de los pactos de renuncia o limitativos de la viudedad. 7. Favor viduitatis. 8. Causas de extinción de la viudedad. A. Disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte. Separación legal. B. Por incurrir el supérstite en causa de indignidad. C. Otras causas. D. Renacimiento de la viudedad. 9. El derecho expectante de viudedad. A. Planteamiento. B. El derecho expectante como derecho subjetivo. 10. Régimen jurídico del derecho expectante cuando recae sobre bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas. A. Planteamiento. B. Bienes afectos al derecho expectante con gravamen real. C. ¿En qué momento se produce la afectación real sobre estos bienes? D. Consecuencias de la naturaleza real y legal del derecho expectante. 11. Causas de extinción del derecho expectante. A. Renuncia expresa. B. Enajenación válida de un bien consorcial. C. Enajenación de bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio. D. Partición y división de bienes incluso con exceso de adjudicación, respecto de aquellos que no se adjudiquen al cónyuge. E. Enajenación de bienes por el cónyuge del declaro ausente. F. Expropiación o reemplazo por otros en virtud de procedimiento administrativo G. Extinción del expectante en el supuesto del art. 280-2 CDFA: concurrencia de ambos cónyuges a la enajenación. La vivienda familiar. H. El acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia. I. Extinción registral. 12. Enajenación judicial de bienes inmuebles y derecho expectante. A. Ámbito de aplicación. B. Régimen Jurídico 13. El Derecho expectante sobre los demás bienes muebles. 14. La fase de usufructo vidual. A. Comienzo del usufructo. La muerte de uno de los cónyuges. B. Extensión del usufructo vidual. C. Explotaciones eco-

nómicas. 15. Inventario y fianza. A. Supuestos. B. Bienes que han de incluirse. C. Formalización del inventario. D. Plazo para formalizar el inventario. F. Consecuencia de la falta de prestación de inventario. G. Prestación de fianza y otras medidas cautelares en las leyes. 16. Disponibilidad del derecho y de los bienes. A. Inalienabilidad e inembargabilidad del usufructo viudal y disponibilidad de bienes concretos y de frutos y rentas. B. Embargo de bienes concretos y de frutos y rentas. 17. Derechos y obligaciones del viudo usufructuario. A. Ejercicio del usufructo viudal: ideas generales. B. Liquidación de frutos. C. Gastos y mejoras. D. Reparaciones extraordinarias. E. Obligación de alimentos. F. Pago de tributos y seguros sobre los bienes objeto de usufructo. 18. Usufructos especiales: de dinero y de fondos de inversión. A. Usufructo de dinero. B. Usufructo sobre fondos de inversión. 19. Facultades de los nudo-propietarios. A. Intervención de los nudo propietarios. B. Transformación del usufructo. C. Posesión de los propietarios. 19. Extinción del usufructo viudal. A. Causas de extinción del usufructo viudal. B. Extinción del usufructo sobre bienes determinados C. ¿Otras causas de extinción? 20. Derecho transitorio.

## § 17. LAS PAREJAS ESTABLES NO CASADAS ..... 497

*Aurora López Azcona*

1. Introducción. 2. Concepto y requisitos. 3. Constitución. 4. Régimen de convivencia. A. El convenio de convivencia. B. Normas supletorias. 5. Otros efectos legales de la convivencia, 6. Causas de extinción. 7. Efectos de la extinción. A. Efectos respecto de los convivientes. B. Efectos respecto de los hijos. Remisión.

## IV.- DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

### § 18. DE LAS SUCESIONES EN GENERAL ..... 507

*José Antonio Serrano García*

1. La sucesión por causa de muerte y la herencia. A. El fenómeno sucesorio. B. Objeto de la sucesión por causa de muerte. C. Incidencia de los pactos sucesorios. 2. Modos de delación. Compatibilidad. A. Los modos de delación. B. Compatibilidad. 3. Llamamientos sucesorios y sucesores por causa de muerte. A. Llamamientos sucesorios. B. Clases de sucesores por causa de muerte. 4. Sucesores especiales. A. El heredero "ex re certa". B. El legatario de parte alícuota. C. La distribución de toda la herencia en legados. 5. La ordenación voluntaria de la sucesión. Ineficacia. A. Formas y límites de la ordenación voluntaria. B. La ineficacia del llamamiento voluntario. 6. Etapas en la adquisición de la herencia. A. Apertura. B. Vocación. C. Delación. D. Adquisición. 7. La herencia yacente. 8. La capacidad para suceder. A. Personas ya existentes y que sobrevivan al causante. B. Personas futuras. C. La incapacidad de las personas capaces de suceder. 9. La indignidad sucesoria. A. Causas de indignidad. B. Momento para calificar la

capacidad. C. Efectos de la indignidad. Deber de restitución. D. Rehabilitación del indigno. 10. Las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (“incapacidad relativa”). 11. La sustitución legal. A. Concepto, presupuestos y efectos. B. Los distintos ámbitos de aplicación. 12. El derecho de acrecer. 13. Aceptación y repudiación de la herencia. A. Concepto y caracteres. B. Capacidad. C. Plazo para aceptar o repudiar. D. Formas de aceptación. E. Forma de la repudiación. F. Repudiación en perjuicio de acreedores. 14. Concurrencia en una misma persona de varios llamamientos a una herencia. A. Llamamientos independientes. B. Llamamientos subsidiarios, voluntario y legal, a una misma herencia. 15. La transmisión del derecho a aceptar o repudiar. 16. La responsabilidad del heredero. A. El heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas de la herencia. B. Responsabilidad limitada por ley. C. Separación de patrimonios. D. Preferencias. Embargo de bienes del heredero. E. Pago de deudas y legados. F. Formas de pago. 17. Colación y partición. A. Colación. B. Partición. C. Pago de las deudas hereditarias por los coherederos. 18. El consorcio foral. A. Supuestos de hecho, sujetos y objeto. B. Efectos. C. Disolución del consorcio y separación de un consorte.

## § 19. LA SUCESIÓN PACCIONADA ..... 549

*Carmen Bayod López*

1. Concepto, caracteres y naturaleza de la sucesión paccionada. A. ¿Qué es un pacto sucesorio? B. Caracteres. C. Naturaleza. 2. Antecedentes y regulación actual. 3. Validez y forma de los pactos sucesorios. 4. Pactos admitidos. A. En general. B. Modalidades de pacto sucesorio. 5. Elementos personales. A. Sujetos. B. ¿Tienen que ser parientes o cónyuges los otorgantes? C. La vecindad civil de los otorgantes. D. Intervención personal. E. Capacidad. 6. Contenido del pacto sucesorio. A. Los negocios jurídicos a causa de muerte y los negocios de última voluntad. B. Contenido del pacto sucesorio. 7. Reglas de interpretación. A. Límites y reglas de interpretación B. El carácter de las donaciones. C. El idioma de los pactos. 8. Ineficacia, invalidez y revocación de los pactos sucesorios. A. Causas de ineficacia. B. Modificación y revocación por mutuo disenso. C. Revocación unilateral de los pactos sucesorios. 9. Modalidades de pacto sucesorio A. Institución a favor de contratante. B. Pacto de Institución recíproca. C. Pacto en favor de tercero. D. Pacto de renuncia.

## § 20. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA ..... 567

*Elena Bellod Fernández de Palencia*

1. Disposiciones generales. A. Testamento. Concepto. Tipos. B. Caracteres. C. Contenido. D. Capacidad de testar . E. Forma. 2. Testamento mancomunado: A. Antecedentes y concepto. B. Sujetos. C. Forma. D. Contenido. E. Institución recíproca de herederos. F. Revocación y efectos. G. Efectos de la nulidad, divorcio y separación. H. Actos de disposición. 3. Invalidez ineficacia testamentaria. A. Nulidad y anulabilidad de los testamentos. B. Invalidez de las disposiciones testamentarias. C. Revocación. Otros supuestos de ineficacia.

## § 21. LA FIDUCIA SUCESORIA ..... 587

*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán*

1. Concepto y naturaleza. 2. Antecedentes y regulación actual. 3. Contenido de la fiducia. 4. Función de la fiducia y distinción de otras figuras. A. Función y utilidad de la fiducia. B. Distinción de otras figuras. 5. Caracteres del cargo de fiduciario. 6. Elementos personales. A. ¿Tiene la fiducia carácter familiar? B. Comitente. C. Fiduciario. D. El cónyuge fiduciario. 7. Nombramiento del fiduciario. A. Contenido. B. Forma de designación. C. Revocabilidad del nombramiento de fiduciario. D. Acceso al cargo. 8. La herencia pendiente de asignación. 9. Administración de la herencia. A. Sujetos a los que corresponde la administración. B. Inventario. C. Contenido de la administración. D. Representación de la herencia. 10. Facultades de disposición. A. Quién puede disponer de los bienes de la herencia. B. Supuestos en los que se puede disponer de los bienes de la herencia. C. Destino de la contraprestación obtenida. D. Disposición habiendo legitimarios. 11. Plazo para el ejercicio de la fiducia. A. Determinación del plazo. B. Cómputo del plazo. C. Prórroga y reducción del plazo. 12. Forma y eficacia de la ejecución. A. Regla general. B. Cuando el cónyuge sea el único fiduciario. 13. Modo de ejecutar la fiducia. A. Habiendo descendientes del causante. B. Posibilidad de uso parcial de las facultades del fiduciario. Atribución de bienes de la comunidad conyugal. D. Fiducia colectiva.

## § 22. NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES

### VOLUNTARIAS ..... 613

*José Antonio Serrano García*

1. Planteamiento. 2. La designación de sucesor. A. Certeza de la designación. B. Concurrencia de designados. C. Supuestos de relativa indeterminación. D. Motivación de la disposición. E. Modalidades en la designación de sucesor. 3. Los legados. A. La adquisición del legado. B. El derecho de transmisión. C. La posesión del legado. D. Prelación entre legatarios. 4. El albacea.

## § 23. LA LEGÍTIMA ..... 619

*Alfredo Sánchez-Rubio García*

1. Precisión del concepto. 2. Breve idea de su evolución histórica. 3. Variabilidad de los regímenes legales de la legítima. 4. Crítica de la institución. 5. Antecedentes históricos de la legítima aragonesa. 6. Derecho aragonés vigente. 7. La cualidad de legitimario en Aragón. 8. Clases de legitimarios. Legitimarios de grado preferente. 9. El derecho de alimentos de los legitimarios de grado preferente. 10. El legitimario único. 11. Pérdida voluntaria de la condición de legitimario: La renuncia. 12. Preterición. 13. Desheredación. 14. Exclusión. 15. Cuantía y valoración. 16. Atribución e imputación. Carácter colectivo de la legítima aragonesa. 17. Intangibilidad cuantitativa. 18. Intangibilidad cualitativa. Atribución en bienes relictos. 19. Cargas y gravámenes. 20. Cautelas de opción compensatoria. 21. Prescripción de acciones.

§ 24. LA SUCESIÓN LEGAL EN EL DERECHO CIVIL  
ARAGONÉS ..... 647

*María Martínez Martínez*

1. Cuestiones previas. 2. Sucesión de los descendientes. 3. Recobro de liberalidades. 4. Sucesión troncal. A. Bienes troncales simples y troncales de abolorio. B. Parientes troncales. C. Deber de contribución a las deudas. D. Llamamiento a título universal y declaración de herederos legales. E. Pérdida de la condición de bien de origen familiar por ingreso en el patrimonio común del consorcio conyugal. 5. Sucesión de ascendientes. 6. Sucesión del cónyuge viudo. A. Posición sucesoria del cónyuge en el conjunto de llamados a la sucesión legal. B. Exclusión del derecho a suceder del cónyuge. C. Llamamiento a los parientes del cónyuge premuerto al morir el cónyuge superviviente que fue heredero legal del primero: el artículo 531.2 CDFA. D. No se aplican las normas sobre sucesión legal a las parejas estables no casadas de los artículos 303 a 315 CDFA ni a las parejas de mero hecho. 7. Sucesión de los parientes colaterales. A. Los colaterales privilegiados. B. Los colaterales ordinarios. 8. Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón. 9. Sucesión a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

**V.- DERECHO PATRIMONIAL**

§ 25. RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES  
EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN ..... 673

*José Luis Argudo Pérez*

§ 26. LAS RELACIONES DE VECINDAD ..... 677

*José Luis Argudo Pérez*

1. Relaciones de vecindad. Disposiciones generales. 2. Árboles y plantaciones. A. Distancias en plantaciones. B. Inmisión de raíces y ramas y árboles que amenazan caerse. 3. Construcciones y aguas pluviales. 4. Luces y vistas. A. El régimen normal de luces y vistas. B. Paredes medianeras. Huecos para luces y vistas. C. Voladizos. D. El derecho a edificar o construir y la limitación de vistas por protección de vida privada.

§ 27. LAS SERVIDUMBRES ..... 691

*José Luis Argudo Pérez*

1. Concepto, caracteres y clases. A. Concepto. B. Caracteres: utilidad, inseparabilidad, permanencia e indivisibilidad. C. Clases de servidumbres. 2. Los derechos reales de aprovechamiento parcial. 3. Contenido y ejercicio de las servidumbres. A. Contenido de las servidumbres. B. Ejercicio "civiliter". C. Contenido accesorio: obras y trabajos en las fincas. 4. Constitución de las servidumbres. A. Constitución

voluntaria y forzosa de las servidumbres. B. Constitución por signo aparente. C. Constitución por usucapión. D. Legitimación para constituir servidumbres. E. Constitución de servidumbres sobre finca indivisa y finca propia. 5. Extinción y modificación de las servidumbres. A. Modos de extinción de las servidumbres. B. Extinción parcial por modificación de las fincas. 6. Servidumbres de luces y vistas. 7. Servidumbres forzosas de paso y acceso a red general. 8. Derechos de pastos y ademprios. A. La alera foral y otras servidumbres de pastos. B. Los ademprios como derechos reales de aprovechamiento parcial. C. Las comunidades.

## § 28. EL DERECHO DE ABOLORIO ..... 715

*Aurora López Azcona*

1. Introducción. 2. Evolución normativa. 3. Concepto y naturaleza jurídica. 4. Estatuto aplicable. 5. Elementos constitutivos. A. Elementos personales. B. Elementos objetivos. C. Elementos formales. 6. Efectos. A. Efectos comunes a todos los derechos de adquisición preferente. B. Efecto específico del derecho de abolorio: La prohibición de disponer del bien adquirido por derecho de abolorio. 7. La renuncia. 8. Colisión con otros derechos de adquisición preferente.

## § 29. LOS CONTRATOS DE GANADERIA ..... 729

*Aurora López Azcona*

1. Introducción. 2. Antecedentes. A. El Cuerpo legal de Fueros y Observancias. B. El Apéndice Foral de Aragón de 1925. C. La Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967. D. La Ley de Derecho Civil Patrimonial de 2010. 3. Régimen vigente: El art. 599 del Código de Derecho Foral de Aragón y su deseable desarrollo.

## RECURSOS EN INTERNET

– Biblioteca Virtual de Derecho aragonés (BIVIDA.):

<<http://www.bivida.es>>. En imágenes, todo lo publicado impreso sobre Derecho aragonés desde 1476.

– Sitio Web “Standum”, del Grupo IDA (Investigación sobre Derecho aragonés, Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza):

<[http://www.unizar.es/derecho/standum\\_est\\_chartae](http://www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae)>. Legislación, doctrina, jurisprudencia. En particular, la Revista de Derecho Civil aragonés (Institución Fernando el Católico, DPZ) y la base de datos de jurisprudencia (desde 1995).

– Sitio web del Justicia de Aragón dedicado al Derecho aragonés:

<<http://www.derechoaragones.com>>. En particular, las Actas de los Encuentros del Foro de Derecho aragonés (anuales, desde 1991).

– Revista electrónica “Cuadernos Lacruz Berdejo de Derecho aragonés”: <<http://derecho-aragones.net/cuadernos>>. Desde 2004

## **ABREVIATURAS UTILIZADAS**



A.	Auto
ap., aps.	Apartado, apartados
APH	Audiencia Provincial de Huesca
APZ	Audiencia Provincial de Zaragoza
arg.	Argumento
art., arts.	Artículo, artículos
AT	Audiencia Territorial
BOA	Boletín Oficial de Aragón
Cc.	Código civil
Ccom.	Código de comercio
CDFFA	Código del Derecho Foral de Aragón
cfr.	<i>confer</i> (véase, compruébese)
Comp.	Compilación del Derecho civil de Aragón
Comp. Baleares	Compilación del Derecho civil de las Illes Balears
Comp. Cataluña	Compilación del Derecho civil de Cataluña
Comp. Galicia	Compilación del Derecho civil de Galicia
Const.	Constitución española
Cpen.	Código penal
Cs. Cat.	Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña
D.	Decreto
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
EAA	Estatuto de Autonomía de Aragón
F.	Fuero
f.j.	Fundamento Jurídico
Fn.	Navarra Fuero Nuevo de Navarra (Compilación del Derecho civil de Navarra)

L.O.	Ley orgánica
i.f.	<i>in fine</i>
JPI	Juzgado de Primera Instancia
JPII	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
LC	Ley Concursal
LDCFPV	Ley del Derecho civil foral del País Vasco
LDPer.	Ley de Derecho de la persona
Lec.	Ley de enjuiciamiento civil
Lh.	Ley hipotecaria
LRc.	Ley del Registro civil
Lrem.	Ley de régimen económico matrimonial y viudedad
Lsuc.	Ley de sucesiones por causa de muerte
Obs.	Observancia
pár., párs.	Párrafo (s)
R., RR.	Resolución, resoluciones
RDCA	Revista de Derecho civil aragonés
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
Rh.	Reglamento hipotecario
Rnot.	Reglamento notarial
RRc.	Reglamento del Registro civil
RRm.	Reglamento del Registro mercantil
s.	Siglo
ss.	Siguientes
S., SS.	Sentencia, sentencias
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAPH	Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca
SAPT	Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel
SAPZ	Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza
SATZ	Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza
SJPI	Sentencia de Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJA	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón
TR	Texto Refundido
TS	Tribunal Supremo
TSJA	Tribunal Superior de Justicia de Aragón

## **PRÓLOGOS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN**



La cuarta edición del Manual de Derecho aragonés es una puesta al día de las ediciones anteriores, adaptándolo al Código de Derecho Foral aragonés. También incorpora y estudia la nueva regulación de los derechos reales, del derecho de obligaciones, de la ley de parejas de hecho y de custodia compartida.

Desde que se hizo la primera edición en 2006 han pasado ya seis años. Hoy podemos decir: ¡Cuánto ha progresado en este tiempo el Derecho Foral aragonés! Probablemente más que nunca, por la sensibilidad que hay hacia él, por el uso e interés de los ciudadanos, porque ya se puede explicar en las Facultades de Derecho, porque los abogados lo alegan y lo aplican cada vez más ante los Tribunales, cuyos miembros ya pueden hacer la especialidad del Derecho autóctono, porque hay una Comisión técnica capaz de preparar proyectos de ley y porque las Cortes de Aragón consideran normal legislar sobre él, bien mediante códigos generales, bien mediante leyes específicas. Hoy más que nunca podemos decir que el Derecho, y lo que hay detrás de él de libertad y pacto, es una de nuestras señas de identidad y una aportación a la cultura de otros sistemas jurídicos.

Solo lo que se conoce se quiere y se aplica. En la difusión también se ha avanzado mucho. El Foro de Derecho aragonés es la punta de lanza, porque permite que desde distintas profesiones jurídicas se incorporen nuevos valores a los ya consolidados, nuevas materias a las tradicionales y nuevas sedes como Huesca y Teruel. Se ha publicado más en Aragón sobre esta materia en estos últimos años que durante varios siglos.

Este Manual ha contribuido a todo lo anterior de una manera destacada. Desde la institución del Justicia de Aragón estamos satisfechos de haberlo impulsado y damos las gracias a todos los que lo han hecho posible. Si además consiguiéramos que muchos lo lean y estudien sería todavía mejor. Una sociedad moderna debe rechazar el igualitarismo y debe fomentar la igualdad de oportunidades. Con este libro todos tienen oportunidad de conocer el Derecho Foral de nuestra tierra. Y no se olviden que lo que hoy parece normal no siempre lo ha sido.

Zaragoza, 3 de mayo de 2012

*Fernando García Vicente*  
**JUSTICIA DE ARAGÓN**

Sólo lo que se conoce se quiere. Si durante mucho tiempo el Derecho aragonés no ha sido debidamente aplicado no se ha debido solamente, a que como decía D. José Castán, algunos foralistas pensaban que en el Tribunal Supremo había una malquerencia encubierta contra las legislaciones forales, ni a que se consideraba que el proceso codificador napoleónico, heredero de la Revolución Francesa, aportaba ideas más modernas, porque el reconocimiento que siempre ha habido en Aragón a la libertad civil ha hecho que nuestro ordenamiento jurídico en muchas cosas fuera considerado pionero.

Se debía, al menos en parte, a la dificultad que había para conocer los antiguos Fueros y Observancias y cuáles estaban vigentes. Por eso fue muy importante la labor que realizó, a partir de 1948, un grupo de juristas aragoneses dirigidos por Lacruz Berdejo y entre los que destacaron Palá Mediano, Lorente Sanz, Martín-Ballesteros o Lambán. Sus estudios sobre instituciones concretas aragonesas permitieron que se publicara la Compilación de 1967, que dio fijeza al Derecho y supuso un importante avance técnico.

Hace ya más de quince años, impulsado por miembros de otra generación de juristas, se puso en marcha el Foro de Derecho aragonés, cuya finalidad era estudiar y tratar de resolver las dudas que la aplicación de la Compilación estaba suscitando, así como preparar la reforma a fondo del texto vigente. Detrás de esa idea estuvieron al principio dos personas, que siempre se han caracterizado por el entusiasmo que ponen a todo lo que hacen El Justicia, Emilio Gastón y el Decano del Colegio de Abogados, Carlos Carnicer. A ellos se sumaron otros Decanos como Honorio Romero, Fernando Curiel o Manuel Pardo, la Universidad con Jesús Delgado y sus discípulos y la judicatura, especialmente de Huesca, con la familia Serena, Gonzalo Gutierrez o Zubiri, o abogados de Estado como Solchaga; pero han intervenido muchos más, porque ha habido más de ciento veinte ponentes o coponentes a los que lamento no poder citar. El éxito e interés del público se ha constatado en las más de sesenta sesiones celebradas con la asistencia de más de cien personas, la mayoría profesionales cualificados. El Foro ha estado presente también en Huesca y Teruel. Se ha ampliado al Derecho Público en la parte que está más cerca del Derecho Privado. Todas las actas y coloquios posteriores han sido publicados y ahora se pueden consultar en la página Web del Justicia de Aragón.

Con las sentencias del Tribunal Superior, el trabajo realizado en el Foro, con la obra inconclusa, pero muy valiosa, Comentarios a la

Compilación puesta en marcha por Lacruz Berdejo y con la revista de Derecho Civil aragonés, publicada bajo los auspicios de la Institución Fernando el Católico, nos encontramos, pasados unos años, con que en Aragón había un material actualizado y un estado de opinión sobre la importancia del Derecho aragonés como no había habido nunca.

Fue hace doce años cuando a instancia de Manuel Giménez Abad se dio un fuerte impulso a la Comisión Asesora de Derecho Civil, que de forma discreta, constante, y eficaz, bajo la dirección de Jesús Delgado Echeverría y con un núcleo de juristas fijos como Jesús Martínez Cortés, José Luis Batalla, José García Almanzor, Adolfo Calatayud, José Antonio Serrano, Javier Sancho Arrollo y Ramón Torrente, han preparado tres proyectos de Ley importantísimos por su contenido y porque sobre ellos se ha conseguido un extraordinario consenso. La Ley de Sucesión por Causa de Muerte, La de Régimen Económico del Matrimonio y la que regula los Derechos de la Persona.

Por otro lado la Universidad aceptó, y puso en marcha, una Sugerencia del Justicia de Aragón para que en el plan de estudios fueran asignaturas obligatorias el Derecho aragonés público y privado. Hasta ese momento el estudio de nuestro Derecho, en las aulas, era más o menos aleatorio, dependía del interés del titular de la asignatura. Es verdad que con importante esfuerzo y éxito se venía impartiendo bajo la dirección de Antonio Embid en la cátedra Lacruz Berdejo, cofinanciado por distintas instituciones aragonesas, un curso de Derecho Público y Privado aragonés para estudiantes de los últimos curso y de postgrado. También se consiguió, tras vencer algunas reticencias, que el conocimiento del Derecho aragonés fuera reconocido como mérito por el Consejo General del Poder Judicial; ahora se está trabajando en un curso on-line.

Para que hubiera un texto donde estudiar Antonio Embid se encargó de dirigir la redacción de un tratado de Derecho Público aragonés, del que se han publicado ya tres ediciones; y se editó otro dirigido por Manuel Giménez Abad, que, tristemente, no pudo ver publicado.

Hoy presentamos un Manual de Derecho Privado aragonés. Probablemente lo que más se debe de destacar de él es que es que hacía muchos años, siglos, que se ha echado de menos en Aragón. Por primera vez en tres siglos coincide que tenemos unas Cortes capaces de hacer leyes propias; unas normas recientes; un Tribunal Superior de nuestra Comunidad capaz de aplicarlas incluso en casación; una Facultad que las enseña; un grupo de juristas dedicados al estudio del Derecho aragonés como hace muchos años que no había y un interés muy grande por parte

de la sociedad aragonesa en reivindicar su Derecho como una de las más importantes señas de identidad. Cada vez más los aragoneses somos conscientes de que en un mundo globalizado, al mismo tiempo que se es ciudadano del mismo, es muy importante tener arraigo y señas de identidad propias.

Este libro pretende fundamentalmente facilitar el conocimiento y el estudio de nuestro ordenamiento. Ni es una obra monográfica ni de difusión. Está dirigida a los estudiosos y estudiantes de Derecho, a nivel de grado o de post grado; pero deben de aprovecharse de ella los Jueces, Fiscales, Notarios, Registradores de la Propiedad, Abogados y Procuradores y algunos funcionarios, especialmente a los que se ocupan de la propiedad o de la gestión de determinados impuestos. Esta Institución hará lo posible por facilitar su difusión.

Comprende todo el ordenamiento aragonés, desde los antecedentes históricos hasta el Derecho de Bienes y Obligaciones, pasando por las fuentes, el Derecho de la Persona, el Régimen Económico de la Familia, la Viudedad y las Sucesiones por Causa de Muerte. Supone un importantísimo avance sobre cualquier otra obra anterior. Quiero destacar su profundidad y al mismo tiempo su claridad, lo que no siempre es fácil de conseguir al mismo tiempo. Por otra parte, su tendencia a la autosuficiencia en Derecho de Familia y Sucesiones, donde la legislación aragonesa sigue este mismo criterio.

Dirigido y coordinado por el profesor Jesús Delgado Echeverría participan también M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, Rafael Bernad Mainar, José Antonio Serrano García, Carmen Bayod López, Elena Bellod Fernández de Palencia, Alfredo Sánchez-Rubio García, María Martínez Martínez, José Luis Argudo Périz y Aurora López Azcona. Todos ellos profesores de nuestra Facultad. A todos se les debe de agradecer y felicitar porque gracias a su esfuerzo nuestro Derecho podrá ser conocido y aplicado mejor y más veces; su trabajo facilitará el de otros.

Zaragoza, 5 de mayo de 2006

*Fernando García Vicente*  
**JUSTICIA DE ARAGÓN**

# **I.- DERECHO CIVIL ARAGONÉS**



## §1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y FORMACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

*Jesús Delgado Echeverría*

### **1. Raíces históricas y fundamento constitucional.**

*A. Constitución, Estatuto e historia.* De acuerdo con el art. 149.1.8<sup>a</sup> Const., el primer Estatuto de Autonomía de Aragón (10 agosto 1982) incluyó entre las materias sobre las que corresponde competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma de Aragón “la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés” (art. 35.1.4<sup>o</sup>). El vigente, de 20 de abril de 2007, dice de manera similar: “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes (art. 71 –Competencias exclusivas-, 2<sup>a</sup>) Sólo la historia puede dar explicación de este hecho.

Aragón tiene hoy Derecho civil propio y la correspondiente competencia legislativa porque al entrar en vigor la Constitución española existía en Aragón un Derecho civil foral. Existía porque no había desaparecido, a pesar de la Nueva Planta borbónica y de la política unificadora de la codificación. No había desaparecido del todo, quizás sea mejor decir, pues lo que quedaba no tenía ni mucho menos su anterior envergadura histórica. Quedaba o se mantenía vigente una parte del Derecho civil (principalmente, Derecho de familia y de sucesiones), contenida en la Compilación de 1967. El resto del Derecho civil aplicable en Aragón y a los aragoneses era -y, en buena medida, así sigue siendo- el contenido en el Código civil español y en otras leyes civiles del Estado.

Que hoy Aragón -lo mismo que Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco- tenga esta competencia legislativa no depende de

la vía de acceso a la autonomía, ni del grado de ésta. Andalucía, por ejemplo, no tendrá nunca competencia legislativa sobre Derecho civil, pues el art. 149.1.8ª Const. la confiere "allí donde existan" Derechos civiles forales o especiales, y en Andalucía no existía un Derecho civil propio al promulgarse la Constitución (ni lo había habido en el pasado). Es, por tanto, la historia la que, a través de la Constitución, hace posible la existencia actual del Derecho civil aragonés.

*B. Derecho civil, Derecho autonómico, Derecho foral.* Tras la Constitución y el Estatuto de Autonomía de 1982, las Cortes de Aragón legislan sobre Derecho civil -en los límites del art. 149.1.8ª Const.-, pero también, en virtud de otros títulos competenciales, sobre otras muchas materias. Por tanto, hoy Derecho aragonés no es sólo el Derecho civil, sino el contenido en todas las leyes emanadas de las actuales Cortes de Aragón, así como las disposiciones generales de inferior rango de la Diputación General. En su inmensa mayoría, son leyes y disposiciones de Derecho Público.

El Derecho civil aragonés es, por tanto, *Derecho autonómico* (es decir, forma parte del actual Ordenamiento jurídico de la Comunidad autónoma); pero es también, por su origen y significado histórico, *Derecho foral*, algo que no cabe decir del Derecho aragonés autonómico distinto del civil.

Es muy cierto que, durante muchos siglos, Aragón, como entidad política independiente, contó también con un sistema u ordenamiento jurídico propio completo (tan completo como cualquier otro de la época). Las materias que hoy consideramos de Derecho político, fiscal, penal, procesal, administrativo o mercantil, lo mismo que las civiles, estaban atendidas por normas específicamente aragonesas: fundamentalmente, por fueros. Derecho foral todo ello, puede decirse. Pero mientras el Derecho civil histórico, aun recortado y amenazado, llega en vigor hasta 1978, el resto fue abrogado definitivamente en 1707. Por ello, el Derecho aragonés autonómico no civil no conecta con el foral histórico (acaso una excepción, al menos de matiz, hay que hacer para la regulación del Justicia de Aragón), sino que tiene la misma naturaleza que el Derecho emanado de cualquier otra Comunidad Autónoma.

*C. El Derecho foral y los Fueros.* Las relaciones del Derecho civil aragonés (autonómico) actual con el de los Fueros son complejas. La existencia de Derecho foral en 1978 permitió al Estatuto de Autonomía asumir la competencia legislativa sobre Derecho civil: esta es la clave fundamental de estas relaciones. El contenido del Derecho civil aragonés en 1978 es el punto de partida para la conservación, modificación y, sobre todo, desarrollo del Derecho civil aragonés. El contenido histórico, mucho más

amplio, no justifica constitucionalmente la competencia legislativa aragonesa sobre las materias en que ya no estaba vigente norma aragonesa en 1978; al menos en la interpretación del Tribunal Constitucional, aunque podrían derivarse consecuencias distintas de la Disp. Adicional 3ª del Estatuto de Autonomía (sobre “derechos históricos”, ya presente en el de 1982).

Ahora bien, el contenido histórico, “foral”, no vincula al legislador autonómico actual. Es decir, corresponde a las Cortes de Aragón, en representación del pueblo aragonés, decidir la política legislativa de Derecho civil que en cada momento juzgue adecuada a las circunstancias. Caben así, legítimamente, tanto un planteamiento historicista, “foralista” a ultranza, como la regulación de las instituciones con criterios radicalmente nuevos y desconocidos hasta el momento. Naturalmente, también todas las posiciones intermedias, que son, en general, las más sensatas, en particular en una materia como el Derecho civil, en que la continuidad suele ser una virtud con más frecuencia que la ruptura.

*D. Derecho civil autonómico no foral.* Existen también normas de Derecho civil autonómico no foral, que no entroncan en absoluto con el Derecho foral histórico, ni la correspondiente competencia legislativa tiene como fundamento el art. 149.1.8ª Const. Estas normas civiles aragonesas, frecuentemente incluidas en leyes más amplias de carácter, en general, administrativo, son consecuencia de otros títulos competenciales, como pueden ser los relativos a caza, asociaciones, fundaciones o cooperativas. Normas de Derecho civil autonómico de este tipo existen -aunque limitadamente y con contornos y límites polémicos- en todas las Comunidades Autónomas. En principio, no nos ocupamos en este Manual de este Derecho civil aragonés autonómico no foral.

## **2. Los orígenes. La inicial diversidad jurídica.**

El Derecho de los primeros siglos del Condado y luego Reino de Aragón fue sin duda plural y disperso, como lo son los diferentes grupos humanos que se van uniendo al primitivo núcleo del territorio de los Aragones. En un primer momento, podemos suponer que la regulación era muy rudimentaria y fragmentaria, más basada la norma en costumbre de seguirla y, esporádicamente, en decisiones singulares de la autoridad, que en formulación generalizadora.

El origen o procedencia de este primitivo Derecho es tema discutido. Parece lo más probable que las instituciones jurídicas, necesariamente muy elementales, respondieran a la creación autóctona de aquellas comu-

nidades humanas, de acuerdo con sus necesidades y su estado cultural. Lo que no excluye supervivencias e influjos varios. Algunos autores (HINOJOSA y WOHLHAUPTER, por ejemplo) mantuvieron tesis germanistas, hoy difícilmente sostenibles en sus propios términos. También se especuló sobre la supervivencia de costumbres indígenas prerromanas (Joaquín COSTA), y algo hay también de verdad en estas ideas. El Derecho visigodo -ya muy romanizado- tuvo alguna influencia, acaso a través de los mozárabes de las ciudades conquistadas (Huesca, Zaragoza), que introdujeron también cierta aportación musulmana en el Derecho cristiano.

Especial influencia exterior, con anterioridad a la penetración doctrinal romano-canónica de que luego hablaremos, es la del Derecho franco, introducido con la inmigración de quienes vinieron de ultrapuertos a poblar los nuevos centros urbanos, señaladamente Jaca.

Hasta mediados del siglo XIII no hay un ordenamiento general, sino una pluralidad de Derechos comarcales, consuetudinarios, poco a poco puestos por escrito por particulares. Usos, costumbres o fueros de la tierra, se les llamó. También son fueros los otorgados por los monarcas como carta de población para atraer pobladores a núcleos recientemente conquistados o creados, cuyas connotaciones de privilegio son indudables. Solo en épocas posteriores con el término fueros se designarán también las disposiciones generales emanadas del Rey con las Cortes, y estos serán, en Aragón, los Fueros por antonomasia.

Entre los siglos XI y XIII, el profesor LALINDE ha señalado una triple dirección. En primer lugar, una foralidad burguesa y ciudadana, con centro en Jaca, de inspiración franca y fomentadora del comercio. En segundo lugar, una foralidad infanzona o militar, de carácter nobiliario, con punto de partida en Barbastro que se desplazará a Zaragoza. Por último, la foralidad de extremadura, que constituye grandes concejos o comunidades (Calatayud, Daroca, Teruel) en territorios fronterizos con los musulmanes.

Para lo que sigue, nos interesa especialmente el Derecho que se va formando en Jaca y de allí extendiendo a otras comarcas, pues con él más que con ninguno otro se relaciona el Derecho privado (civil) que llegará a los "Fueros de Aragón" y, consiguientemente, el Derecho civil hoy contenido en el "Código del Derecho foral de Aragón" (2011).

### **3. Del Fuero de Jaca a los "Fueros de Aragón" (1247).**

Sancho Ramírez otorgó a Jaca un fuero municipal -uno de los primeros que se conocieron en Aragón- en fecha discutida entre 1063 y 1078 (la más admitida hoy, 1077), con la mira de atraer nuevos pobladores que

contribuyeran al florecimiento de una ciudad que sería capital del reino. Ofrecía este fuero -breve- un estatuto de libertad personal a una masa de pequeños comerciantes, artesanos, cambiadores de moneda u hospederos de mercaderes y peregrinos a quienes se daban excepcionales facilidades para la adquisición de bienes inmuebles, consagrándose la legitimación de su posesión por tenencia de año y día y estableciéndose numerosas garantías de seguridad jurídica y procesal.

Este fuero, además de adiciones específicas por concesión de sucesivos monarcas, se completó y amplió incorporando las costumbres jurídicas que habían traído los nuevos pobladores de Jaca y que en esta ciudad habían desarrollado. Con esta configuración se extenderá por el reino y fuera de él. En Navarra el Fuero de Jaca se concedió a Estella, a Sangüesa, al barrio de San Cernín de Pamplona y a otros lugares.

Cuando en 1187 Alfonso II confirmó el Derecho de Jaca, hizo la siguiente declaración: "Sé que de Castilla, de Navarra y de otras tierras suelen venir a Jaca a aprender buenos fueros y costumbres y llevarlos a sus lugares". Este Derecho no era sólo el concedido un siglo atrás, sino el formado por vía consuetudinaria y judicial al amparo de la libertad. Con materiales jurídicos dispersos -fazañas, fueros, costumbre, usos- se realizaron intentos de recopilación, por iniciativa de juristas particulares, desde la segunda mitad del siglo XI. Dicha labor cristaliza en diversas redacciones anónimas de un Fuero (extenso) de Jaca, en lenguas romances de discutible identificación, emparentadas tanto con los posteriores "Fueros de Aragón" como con el Fuero General de Navarra.

Es probable que en Jaca hubiera incluso una verdadera escuela de foristas, lo que explicaría el desarrollo temático y técnico del Derecho pirenaico navarro-aragonés y la afluencia de gentes de la tierra llana, así como de Navarra y Castilla, para aprenderlo y practicarlo de vuelta a sus lugares. Sin duda, en los pleitos celebrados en otras villas y ciudades se acudía en apelación a Jaca. En una carta enviada en 1342 por el Consejo de esta ciudad al de Pamplona, que solicitaba una copia compulsada de los fueros de Jaca, se recuerda que de la capital navarra se solía acudir en apelación a Jaca, lo mismo que desde San Sebastián y Fuenterrabía. Los jaqueses se negaron en aquella ocasión a proporcionar una versión completa y corregida de los fueros, argumentando que, de hacerlo, se quitarían motivos para que les llegaran los pleitos en apelación.

Este Derecho pirenaico de origen jaqués se extiende también por la tierra llana, en la ribera del Ebro y dota a la mayor parte del Reino, en la primera mitad del siglo XIII, de un ordenamiento judicial relativamente uniforme. En su formación poco habían tenido que ver los monarcas.

#### 4. Los primeros “Fueros de Aragón” (Huesca, 1247).

A. *La obra de Jaime I y la Corte General de Huesca.* Jaime I, ya rey de Valencia y Mallorca, convoca Corte general en Huesca y promulga en 1247 unos Fueros de Aragón de aplicación territorial en todo el reino (salvo, por el momento, Teruel). La voluntad de unificación jurídica es clara en el monarca -que ya había promulgado los *Furs* para el nuevo reino de Valencia- y coincide en el tiempo con iniciativas legislativas similares en otros países europeos (“desde Sicilia hasta Islandia”, precisa A. WOLF), incluida Castilla, mediante las obras legislativas de Alfonso X.

No es la “Compilación” o el “Código” de Huesca, como se denominó luego a estos Fueros de 1247, una mera recopilación o puesta en orden de las normas vigentes hasta el momento, aunque también persigue este objetivo de clarificación y seguridad jurídica. VIDAL DE CANELLAS afirma que no había ninguna escritura cierta y auténtica de los fueros de Aragón, e incluso acusa a los foristas de ocultar codiciosamente algunos cuadernos de fueros para aparecer como sabios a los ojos de la gente. La promulgación de los fueros por el monarca acabaría con esta situación de incertidumbre.

Pero Jaime I no se limitó a ello, sino que, partiendo de los fueros contenidos en escritos de sus predecesores -según palabras que pone en su boca el prólogo que pasó a la colección oficial-, muy probablemente las recopilaciones privadas de procedencia jacetana de que antes hemos hablado, los hace leer y enmendar en la “Curia general” (Cortes) que al efecto ha convocado en Huesca, con presencia de obispos, ricos hombres, caballeros y representantes de algunas villas y ciudades. Se suprimieron fueros considerados inútiles, se completaron y aclararon los oscuros, se corrigieron unos, se añadieron otros y se ordenó el conjunto en nueve libros, todo ello con el consejo y consentimiento de los presentes. Por último, el rey ordena que, en adelante, todas las causas se juzguen únicamente por estos fueros dentro de las fronteras de Aragón: las normas anteriores quedan sin vigor y las recién promulgadas -coincidan o no con las antiguas- tienen ahora un ámbito de aplicación territorial unificado. Esto último, con todo, sólo con muchos matices puede aceptarse como realidad en los siglos posteriores, dados los privilegios y costumbres vigentes en villas y ciudades.

B. *Vidal de Canellas y el “Vidal Mayor”.* Es segura la participación de VIDAL DE CANELLAS en la elaboración de estos Fueros de 1247. Era obispo de Huesca, es decir, de la sede en que se reunió la Curia general; pariente del Rey; amigo del poderoso canonista Raimundo de Peñafort;

es probable que hubiera intervenido ya en la redacción de los *Furs* de Valencia; consta su formación jurídica en Derecho romano y canónico en la Universidad de Bolonia, la más importante al efecto en la Europa de su tiempo. Su fama como jurista perduró durante siglos, pues era citado con particular veneración, y la obra sin duda suya (el “Vidal Mayor”, traducción más o menos fiel, al aragonés, de la que comenzaba con las palabras *In excelsis Dei Thesauris*, de la que sólo se conservan fragmentos en latín) justifica esta fama. Todo ello lleva a pensar que su intervención en la redacción de los Fueros debió de ser muy intensa. De hecho, la mayoría de los historiadores han dado por supuesto que él fue el redactor o compilador, por encargo del rey, según parece decir uno de los prólogos.

Se ha discutido si la *Maior Compilatio Vitalis* (el “*In Excelsis*”) recibió sanción oficial. El Libro es mucho más amplio y doctrinal, con eruditas explicaciones dirigidas a los foristas y a los letrados expertos en la administración de justicia; más cercano, por su contenido, al comentario o tratado doctrinal que a la escueta enunciación de normas. Pero ello no excluiría que hubiese sido promulgado junto a la *Compilatio Minor*, como su complemento y desarrollo, pues no podemos acercarnos al Derecho medieval con los conceptos de ley y de doctrina de los autores que el Estado de Derecho ha separado radicalmente.

En esta cuestión discutida, nos limitaremos a indicar como hipótesis plausible que el rey encargó a Don Vidal la redacción de la *Compilatio Maior*, mucho más romanizada (“europeizada”, por tanto) y alejada del Derecho aragonés autóctono, y que posiblemente la promulgó; pero que su voluntad se estrelló frente a la oposición de la nobleza del reino, apegada al Derecho antiguo en su versión tradicional, de modo que, adentrado el siglo XIV, sólo la *Compilatio minor* es considerada oficial.

C. *La ordenación sistemática de los Fueros*. Las dos compilaciones de Fueros (la menor y la mayor) tienen exactamente la misma ordenación sistemática. Es decir, todos los textos de la menor se encuentran en la mayor, están en ésta bajo los mismos títulos, guardan el mismo orden secuencial y ambas compilaciones tienen -salvo lo que luego se dirá- la misma división en libros.

Esta ordenación sistemática procede de Don Vidal, que encarece la importancia de habérsela dado y nos explica detallada y convincentemente los criterios utilizados. Imita, en lo posible, los libros y los títulos del Código de Justiniano y de las Pandectas, por lo que divide los fueros en nueve libros, de acuerdo con los del Código (tal como se entendía éste en la Edad media).

Ciertamente, las ediciones impresas de los Fueros de Aragón y la mayor parte de los manuscritos -desde principios del siglo XIV o poco antes- dividen la *Compilatio minor* en ocho libros. Pero que ambas compilaciones tuvieron en su origen nueve libros me parece indudable, pues resulta evidente que, cuando la menor se presenta en ocho, es así por el simple procedimiento de unir el segundo y el tercero en uno solo, dejando intacto todo lo demás. Esta unión puede conjeturarse que se produjo en 1300, como consecuencia de la decisión de Jaime II de abrir con sus fueros aprobados en Cortes de aquella fecha un nuevo libro, el noveno, al que hizo sitio de este modo para no aumentar el número de los del Código de Justiniano (modelo tan importante de código bien ordenado que sigue siendo el seguido siglos más tarde, en 1552).

*D. Derecho civil en los "Fueros de Aragón".* Los "Fueros de Aragón" (Huesca, 1247) contienen la totalidad del ordenamiento judicial, es decir, las normas de procedimiento y las sustantivas o de fondo que los jueces han de tener en cuenta al juzgar tanto pleitos civiles como penales. Este era el ámbito de la tradición foral jacetana. Sólo con posterioridad se consideran también fueros y se promulgan como tales las normas atinentes a la organización, gobernación y administración del Reino, o a las garantías políticas de los aragoneses, aprobadas por las Cortes con el Rey.

Las normas de Derecho civil contenidas en los fueros de 1247 son fragmentarias, contenidas sobre todos en los libros segundo, tercero, cuarto y quinto (en la ordenación en ocho libros). La regulación de las obligaciones y los contratos fue luego abandonada en la práctica y sustituida por la del Derecho común europeo (Derecho romano y canónico), así como, en parte, la de los derechos reales. El Derecho de familia y el de sucesiones perduró, por el contrario, evolucionando hasta nuestros días. Ya se regula en los Fueros de 1247 el consorcio conyugal de muebles y adquisiciones, junto con las arras, como instituciones principales de lo que hoy llamamos régimen económico matrimonial. Se reconoce el usufructo de viudedad, al menos a favor de las viudas. La sucesión *mortis causa* tiene un marcado carácter familiar, con reglas distintas para los bienes de patrimonio y los de abolorio y consideración específica del "consorcio foral". En cuanto a la libertad de disponer, lo único seguro es que los foristas de la época entendían de maneras diversas fueros que imponen reservar una parte para los hijos y prevén causas para su eventual desheredación. Sólo desde 1307 se implanta con relativa claridad lo que hoy llamamos "legítima colectiva".

## 5. El Derecho supletorio.

El prólogo o decreto de promulgación *Nos Iacobus* ordena que, en adelante, en Aragón no se juzgue sino de acuerdo con los fueros promulgados, pero que si los fueros no son suficientes en algún caso, se acuda al sentido natural y a la equidad (*ad naturalem sensum vel equitatem recurra-tur*). Esta remisión al sentido natural y a la equidad no coincide exactamente con el texto de los prólogos en romance, ni con el *In excelsis*, y fue entendida de modos diversos hasta el final de la época foral, pues es la norma que indicó el derecho supletorio en ausencia de fuero hasta 1707 e incluso, para el Derecho civil, hasta 1925.

“Sentido natural” y “equidad”, como se ha dicho, no es vertido uniformemente en los textos romances. “*Aequitas*” no tenía una traducción romance admitida y así en unos textos da “mesurança” y en otros “memoria”, cuando muy probablemente tuvo en su origen el sentido de “igualdad” o “igualación”, es decir, la aplicación al caso no regulado de la norma dictada para otro similar o, dicho de otro modo, lo que hoy llamamos analogía o aplicación analógica. Con toda claridad exige esta aplicación analógica de los fueros, como primer recurso cuando el caso concreto no está regulado, el *In excelsis*, remitiendo luego a *per probabiles rationes et naturalem sensus hominum*.

El “sentido natural” está matizado de formas diversas en los prólogos transmitidos en romance. “Natural seso” (que parece un arquetipo abstracto) dice alguno, pero también “naturales sesos de buenos omnes et leales”, que remite más bien a la necesidad de consultar a personas concretas, como aclara sin lugar a duda el prólogo del manuscrito de Miravete: “et si por aventura y vienen algunos casos dupdantes que non y aya fuero expreso, mandamos que iudguen con consello et con seso natural de buenos omes”. Esta consulta a hombres buenos podría dar origen a un derecho de corte popular, pero también, por el contrario, a un derecho erudito, si se atiende a lo que indica el segundo prólogo del Vidal Mayor: “que fuesse iudgado lealmente por naturales sesos de buenos omnes et leales, catando el acoriendo a los dreitos et a las leyes”. Ambos aspectos, popular (jurisprudencial y consuetudinario) y erudito, pueden encontrarse luego en las Observancias.

## 6. ¿Recepción del Derecho romano?

Derechos y leyes (*iura et leges*) son el Derecho romano, o éste y el canónico. ¿Podía aplicarse en Aragón, en defecto de Fuero, el Derecho romano? Ciertamente, a VIDAL DE CANELLAS no le repugnaba, pues en su

*Compilatio Maior* pretendía armonizar Fuero y Derecho situando al primero en el contexto del segundo. Pero los foristas, en general, excluían expresamente la aplicación del Derecho romano, pues decían que las leyes romanas habían sido prohibidas por los reyes de Aragón (probablemente se referían a una constitución de Jaime I dada en Barcelona, en 1251, de dudosa aplicación directa a Aragón) y explicaban que los reyes de Aragón (como los demás de *Yspanie*, añade una de las glosas) no son ni han sido súbditos de los emperadores por lo que no han de aplicarse sus leyes. Ahora bien, está en el ambiente de la época considerar que el sentido natural y la equidad se encuentran en el Derecho romano (*ratio scripta*) y en el canónico, tal como expresa el segundo prólogo del Vidal Mayor y sin duda mantuvieron y practicaron muchos foristas de todos los siglos, por más que otros negaron la equiparación.

En cualquier caso, la penetración del Derecho romano y canónico fue menor en Aragón que en otros países europeos. El Derecho “común”, romano-canónico, elaborado en las Universidades (a partir de la de Bolonia), recibido formalmente o por vía de hecho en los demás territorios de la Corona de Aragón (Cataluña, Valencia, Mallorca) o en otros reinos peninsulares (Castilla, Navarra), no lo fue del mismo modo entre nosotros. Propiamente (utilizando la terminología acuñada por LALINDE), no hubo “recepción”, sino oposición política a la misma, resistencia, repudio consciente; lo que no pudo evitar, con todo, cierta penetración doctrinal e instrumental, como queda de manifiesto en el “Vidal Mayor”, en las Observancias (más en las explicaciones de JAIME DE HOSPITAL que no pasaron a la colección oficial) o incluso en las glosas a los fueros. La cultura jurídica de los foristas es, inevitablemente, la cultura del Derecho común europeo.

## 7. Otras tradiciones forales aragonesas.

A. *Los “Fueros de Sobrarbe”*. Poco cabe decir de los llamados “Fueros de Sobrarbe”. No conocemos texto alguno, corto ni largo, que pueda identificarse como fuero otorgado por algún Rey a esta comarca, o elaborado en ella o en ella aplicado. Mucho menos como normas previas a la existencia del primero de los reyes, que actuarían como condición y límite a la autoridad de éstos. Cabe suponer que se desarrollaría en Sobrarbe un *usus terrae*, para todas sus gentes o sólo para infanzones, que podría ser diferente del de Aragón, pero no sabemos en qué consistirían las diferencias.

Prescindiendo aquí del importante mito político que caracterizó la doctrina foral del reino en los siglos XV y XVI, si unos “fueros de Sobrarbe” (o su espíritu, como inconcreto fuero de infanzones) han dejado

huellas en el texto de los Fueros de Aragón, incluso en el Derecho privado, puede haber sido a través de su impregnación de la foralidad jacetana tal como la conocemos en los manuscritos de “Fuero de Jaca”, que, en efecto, acogen y desarrollan la estructura estamental del Reino y los privilegios de ricos hombres, caballeros e infanzones.

B. *La foralidad de extremadura*. Una concepción distinta de la foralidad muestran los fueros de la “extremadura” aragonesa, es decir, las tierras más al sur en contacto bélico con los musulmanes. Son los fueros de Calatayud, Daroca y Teruel (este último asumido también en Albarracín).

Tanto el de Calatayud como el más extenso de Daroca debieron de perder vigencia, al menos por lo que respecta al Derecho civil, desde 1247. El de Daroca contenía, entre sus escasas prescripciones de Derecho privado, una totalmente contraria a la libertad de testar, según la cual no puede dejarse a un hijo más que a otro sino que todos han de dividir por igual. Es buena muestra de la diversidad de concepciones jurídicas sobre esta materia en distintas comarcas de Aragón, diversidad en cierto modo subsistente hasta nuestros días. De modo contrastante, los hombres de Jaca, desde 1187 (al confirmar sus fueros Alfonso II), tanto si tienen hijo como si no, pueden disponer de sus bienes y heredades como les plazca, sin contradicción alguna. En los Fueros de Aragón de 1247 la cuestión queda incierta y discutida, y no es hasta el Fuero *de testamentis civium*, aprobado precisamente en Cortes celebradas en Daroca en 1311 (que amplía a todos los ciudadanos y demás aragoneses la facultad de hacer heredero a uno de los hijos, al que quieran, dejando a los otros lo que bien les parezca) cuando se encauza el problema a través de lo que hoy llamamos “legítima colectiva”.

Es notable que el citado fuero *de testamentis civium* haga una salvedad expresa respecto de “los hombres de las universidades de Teruel y Albarracín, que tienen otros fueros suyos”. En efecto, el Fuero concedido en 1177 por Alfonso II a Teruel (amplio territorio que tenía a la villa, luego ciudad, como centro), dio lugar a un cuerpo legal amplio, que en el siglo XIII era tan extenso como el de Jaca, pero seguidor de una tradición jurídica distinta, la de la Extremadura aragonesa y castellana. Se ocupa de toda clase de asuntos: la organización judicial y la administración de justicia (a cargo del Juez y de los “alcaldes de fuero”), la gestión de los asuntos municipales, pesos y medidas, cabalgadas, indemnización por caballos muertos en la batalla (la posesión de caballos es criterio clave de estratificación social), delitos y sus penas y muchas cosas más.

Perduró su aplicación en Teruel (con sus aldeas), Abarracín y la villa de Mosqueruela hasta 1598, en que sus destinatarios se incorporaron a los

Fueros de Aragón. Que sepamos, ninguna influencia recíproca hubo entre ambas foralidades, muy distintas entre sí. Por ejemplo, en el Fuero de Teruel la patria potestad conlleva fuertes poderes sobre los hijos, en contraste con la foralidad aragonesa, en que llegó a decirse que *de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*; aunque tiene interés recordar que en el Fuero de Teruel (y en el de Cuenca, con el que está emparentado) se ha visto una manifestación de la patria potestad compartida entre el padre y la madre.

El régimen económico matrimonial, distinto del de los Fueros de Aragón, parece imponerse de manera más rígida a los cónyuges. Se prevé el pacto de hermandad, pero se dificulta extremadamente, exigiendo que se haga en público (en el concejo o en la colación) y con la aprobación de todos sus herederos. No parece haber usufructo de viudedad, aunque sí “aventajas” que pueden ser de bastante valor.

En el Derecho de sucesiones, es característico el derecho de los hijos legítimos a heredar todos por igual, sin posibilidad de dar a uno más que a otro, lo mismo que disponía el fuero de Daroca.

Es notable el especial valor que se da al pacto establecido por escrito, a la carta, de modo que los jueces y alcaldes han de reconocer su derecho inmediatamente y sin dilación a quien muestre la carta, tal como en ella esté y se contenga, no obstante cualquier fuero viejo o nuevo. Todo esto desarrollado y dicho con mucho mayor énfasis y siglos antes de que una Observancia del Reino recogiera la expresión “*Standum est Chartae*”.

En 1598, como se ha dicho, desapareció la foralidad turolense. Pero quizás esta agregación formal a los Fueros de Aragón no supuso un gran cambio en la aplicación del Derecho civil, pues los particulares pudieron seguir actuando en esta materia con los mismos criterios tradicionales, en la medida en que no infringían normas imperativas de los Fueros de Aragón. Por ejemplo, el que ahora pudieran los padres hacer heredero a uno solo de los hijos no obligaba a nadie y los turolenses siguieron, por lo general, dividiendo la herencia igualitariamente entre los hijos; como, por lo demás, se hacía usualmente en gran parte del Reino. El principio de libertad civil permite, por lo que es capaz de integrar sensibilidades jurídicas muy distintas.

## **8. Formación del “Volumen viejo” de los Fueros.**

*A. Adiciones posteriores a la Compilación de 1247.* Cuando los Fueros de Aragón se imprimen por vez primera (1476/77) la Compilación de 1247 constituye sólo una pequeña parte de sus páginas, que todavía crecieron

en posteriores ediciones (1496, 1517, 1542), adicionando simplemente los fueros nuevamente promulgados a los antiguos, sin otro orden que el cronológico. A esta colección de fueros se le llama por ello “cronológica” y, a veces, los forista la denominaban “Volumen viejo”.

Esta colección, cuando se imprimió, hacía tiempo que tenía doce libros. Los ocho primeros con los Fueros de Jaime I: la Compilación de Huesca, más varios textos heterogéneos colocados al final, entre los que destacan los fueros de Ejea de 1265 y, ya reinando su sucesor Pedro III, el Privilegio General otorgado por éste en 1283. Son dos piezas políticas de gran entidad, pues en la primera se perfila la figura del Justicia de Aragón, mientras que el Privilegio General (que sólo desde 1348 tiene formalmente el carácter de fuero) se convertirá en el fundamento pactado de las libertades del Reino.

*B. Libro IX: Jaime II.* El IX comprendía los fueros del reinado de Jaime II. En su largo reinado (más de treinta y seis años) se ocupó del ordenamiento foral como acaso ningún otro rey de Aragón, para lo que contó con el apoyo del Justicia Jimeno Pérez de Salanova, igualmente duradero en su cargo y uno de los Justicias con mayores conocimientos técnicos de todos los tiempos. Entre los fueros de Derecho privado, destacan los *de testamentis nobilium* (Alagón, 1307) y *de testamentis civium* (Daroca, 1311) sobre libertad de testar entre los hijos, que fueron decisivos para el Derecho aragonés de sucesiones por causa de muerte, y todavía hoy están en la base de lo dispuesto sobre legítimas en el CDFA (arts. 486 ss.). También en materia de sucesiones y donaciones un fuero de los de 1311 se ocupa de la reversión de los bienes dejados por los padres a los hijos cuando estos fallecen abintestato sin descendencia (vid. arts. 524 y 525 CDFA).

En tema de liquidación de la sociedad conyugal por fallecimiento de un cónyuge, en 1307 se amplía el contenido de las “aventajas” a que tiene derecho el viudo (vid. art. 266 CDFA.).

*C. Libro X: Pedro IV.* Los fueros de las Cortes convocadas por Pedro IV ocupan el libro X de los Fueros. En Cortes de 1348 (en que abolió el Privilegio de la Unión) y en las muchas otras que tuvo este Rey se regularon algunas de las piezas claves del entramado político-administrativo del gobierno del Reino. En cuanto al Derecho civil (que es lo único que aquí nos ocupa), es importante y duradera la limitación de la capacidad de obrar de los mayores de 14 años (edad de la mayoría) y menores de veinte. En 1348 se atiende al riesgo de que los menores que salen de la tutela sean presionados o engañados al aprobar y dar finiquito de las

cuentas de la misma. Por ello se retrasa a los veinte años la facultad de hacerlo, o bien, desde los catorce, con la aprobación de dos parientes de la línea de donde procedan los bienes y autorización judicial. Al año siguiente se limitan más sus facultades, pues para la enajenación de bienes sitios (inmuebles) se requiere hasta los veinte años aprobación judicial por causa de necesidad. Dos siglos más tarde, en 1564 (Felipe I, Monzón), se da una regla distinta, en que lo decisivo es la intervención de los padres, antecedente directo del Derecho hoy vigente.

Otro fuero de 1348 amplía las ventajas del marido y otro de 1349 se ocupa de los bienes del ausente del reino durante más de diez años, permitiendo a los hermanos y demás parientes entrar en posesión de los bienes y tomarlos de los procuradores o administradores del ausente, dando garantías de que no los enajenarán y que, en caso de volver el ausente, le rendirán cuentas. Es norma que está entre los antecedentes de los arts. 46 ss. CDFa.

*D. Libro XI: Juan I.* Su hijo y sucesor Juan I celebró dos reuniones de Cortes, pero sólo en una se aprobaron fueros, en Monzón, 1390, que pasaron a formar el breve libro XI. Entre otras cosas, se acordó en aquellas Cortes que las vasijas o tinajas de vino y de aceite, aunque por fuero y uso del Reino debían considerarse entre las cosas muebles y, por tanto, dividirse entre marido y mujer al disolverse el matrimonio, como de ello se siguen muchos perjuicios, habrán de considerarse en lo sucesivo como sitios o inmuebles y no entrar en la división.

El usufructo vidual a favor tanto del viudo como de la viuda sobre los bienes inmuebles del difunto era una institución practicada y regulada desde siglos atrás. Ahora se añade la precisión de que el viudo, con cargo al usufructo, ha de mantener o alimentar adecuadamente a los hijos comunes. En 1398 (Martín I, Zaragoza) se ampliará esta obligación para abarcar también a los hijos sólo del difunto (hijastros del viudo). Puede verse hoy lo dispuesto en el art. 298 CDFa. Algo que ver con esto tienen también los artículos 85 ss. CDFa.

*E. Libro XII: Martín I.* Martín I quiso, como sus predecesores, que los Fueros por él promulgados en Cortes formaran un nuevo libro, el XII. En él se recogen los de Cortes de Zaragoza, 1398-1400, y Maella, 1404, siendo éstos los primeros que se publicaron en romance y no en latín. De Cortes de Martín I, además del fuero citado sobre alimentos, son también, en materia de Derecho civil, varios fueros sobre donaciones (Zaragoza, 1398). Uno de ellos exige la insinuación (constatación judicial) de las de cuantía mayor de quinientos sueldos para que puedan oponerse a los

acreedores del donante. Otro, para el caso de donación de todos los bienes o de los bienes habidos y por haber (“institución contractual de heredero” diríamos hoy), señala casos en que los hijos pueden impugnarla si nada les deja el donante, o no han sido mencionados los que luego nazcan. Se trata, por tanto, de proteger la legítima de los descendientes, pero en términos que no es fácil integrar con el resto del sistema legitimario, que parece ha sido discutido en todas las épocas.

En las mismas Cortes se dispone, respecto del derecho de viudedad, que lo pierde el viudo o viuda por el solo hecho de desposarse por palabras de presente, aunque el matrimonio no se haya solemnizado en la faz de la Iglesia ni se haya consumado por cópula carnal.

*F. El resto del Libro XII. La Casa de Trastámara.* Al morir Martín I sin descendientes legítimos se abrió una crisis sucesoria que, como es sabido, resolvió el Compromiso de Caspe a favor de Fernando I de Antequera, Infante de Castilla. En las ediciones impresas de los Fueros se deja constancia de su llegada al trono y la forma en que ocurrió. A partir de este momento, las adiciones al Volumen de los Fueros parecen más descuidadas, sin abrir nuevos libros, de modo que el XII llegó a ser muy abultado.

Entre los fueros civiles contenidos en este Libro XII, hay algunos de Juan II (1461) que son precedente más o menos directo de normas hoy en vigor. Así, una concreción sobre la reversión de donaciones caso de fallecer intestado y sin hijos el donatario. Otro fuero establece que la mujer, a quien el marido ha nombrado en su testamento tutora de los hijos comunes, o del mismo modo el marido nombrado tutor por la mujer, no pierdan la tutela por el hecho de casarse de nuevo. Además, “el sobrevivient de los ditos coniuiges, si querrá tener, nodrir e alimentar a sus propias expensar sus fillos, no le puedan seyer tirados por otro algún. E si los ditos pupilos no tenrán padre, ni madre, o el padre o la madre no los querrán alimentar a sus propias expensas, el agüelo o la agüela los pueda tener, e alimentar a sus propias expensas”.

Las últimas palabras transcritas dieron lugar a la admisión del ejercicio de la autoridad familiar por los abuelos sobre sus nietos, que la Compilación de 1967 recogía y que, tras diversas vicisitudes, conduce a la regulación de la “autoridad familiar de otras personas” (arts. 85 ss. CDFa).

También se introduce la prescripción de veinte años en los depósitos o comandas, y se proporciona a los herederos facilidades procesales para obtener los bienes que estuvieron sujetos a viudedad (vid. art. 302 CDFa). Sobre el ejercicio del derecho de viudedad que recae en villas o

castillos se había pronunciado otro fuero de 1442 (Zaragoza, María Reyna Lugarteniente); y es que la viudedad es una institución que incide con fuerza en la vida social y económica, por lo que recaba periódicamente la atención del legislador.

### 9. Las Observancias.

Ya la primera edición de los Fueros (1476/77) contiene, con foliatura distinta, la colección llamada generalmente “Observancias”. En realidad, su título es más largo y da mejor idea de su complejo contenido: “*Observantiae consuetudinesque Regni Aragonum in usu communiter habita*”, es decir, Observancias y costumbres del Reino de Aragón comúnmente tenidas en uso.

La colección de Observancias se había confeccionado oficialmente a mediados del siglo XV, pero compilando materiales anteriores. En efecto, para la resolución de los pleitos los jueces no sólo tenían en cuenta los fueros, sino también costumbres, precedentes de otros juicios (sobre todo, del Justicia Mayor) y opiniones de los foristas, que se recogían por escrito bajo el nombre de *Observancias*. Las primeras, asistemáticas, que se conocen pueden ser de finales del siglo XIII. A principios del XIV el Justicia PÉREZ DE SALANOVA recoge una colección sistematizada por el orden de los fueros. En el último tercio del mismo siglo JAIME DE HOSPITAL elabora una colección más amplia, romanizada y tendente a la teorización, que sigue igualmente el orden que entonces tenían los fueros (en su inmensa mayor parte, referidas a los de Jaime I).

Las Cortes celebradas en Teruel en 1428 acuerdan por “acto de Cortes” encomendar al Justicia MARTÍN DÍEZ DE AUX que, con otros juristas por él designados, proceda a reunir en un volumen los usos, observancias y actos de Cortes del reino. Cumplen el encargo de manera selectiva y resumida, en nueve libros y en latín. Sin duda, utilizaron recopilaciones anteriores, especialmente la de JACOBO DE HOSPITAL. ANTICH DE BAGÉS criticaría que se dejaran fuera observancias realmente aplicadas, acusando a los compiladores de pretender seguir siendo indispensables, como únicos conocedores de las inéditas. Lo cierto es que, desde entonces, las Observancias, que habían sido expresión de una forma flexible de creación del Derecho en manos de los foristas, en especial de los jueces y por encima de todos del Justicia, se congelan y petrifican en un breve texto ya inalterable.

Aunque las Observancias así coleccionadas por encargo de las Cortes no habían de adquirir más valor que el que tuvieran con anterioridad, lo

cierto es que se imprimieron, a continuación de los Fueros, desde 1476/77, prácticamente como si fueran leyes.

De este modo, sin haber sido nunca promulgadas, se consideraron vigentes con fuerza de ley, y aun se teorizó sobre la preferencia entre fueros y observancias en razón de las fechas de unos y otras. Más aún, cuando en 1925 se promulga el Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho civil de Aragón, en la fórmula derogatoria se incluyen la Observancias, como si de leyes se tratara.

### **10. La Recopilación sistemática de los Fueros impresa en 1552.**

Cuando se imprimieron por vez primera los Fueros (1476/77) ya sólo una pequeña parte de los mismos (los correspondientes a la Compilación de Huesca de 1247) estaban ordenados según un criterio sistemático, y aun aquéllos en un orden para entonces incomprensible.

Con el paso del tiempo y la adición según fechas de los fueros de las sucesivas Cortes el volumen foral había de resultar de difícil consulta. Al trabajo de encontrar el fuero (para lo que había índices alfabéticos de rúbricas) se añadían las dudas sobre si no estaría derogado o modificado por otros posteriores.

Las Cortes celebradas en Monzón en 1533, bajo la presidencia de Carlos I, le informaron de la necesidad de reformar el volumen de los Fueros, por lo que el Rey, “a suplicación de la Corte y de voluntad de aquella, dió comisión a ciertas personas para la reformatión del dicho volumen: la cual por destorvos que se travessaron no pudo efectuarse por entonces”.

Fue también en Monzón, en las siguientes Cortes (1547), presididas por el entonces Príncipe Don Felipe, donde se tomó la decisión que había de resultar definitiva. Se encomienda la tarea de reformar el volumen de los fueros (naturalmente, sin alterar su contenido: algo así como un “texto refundido”) a una comisión formada por veintiuna personas, allí nombradas (nueve por parte del Rey y tres por parte de cada uno de los cuatro brazos de las Cortes).

La obra compuesta por la comisión de Cortes de 1547 es impresa en 1552, en Zaragoza, por Pedro Bernuz. El texto y ordenación en ella dados son repetidos (hasta en la paginación) en todas las ediciones posteriores (incluida, por tanto, la más a la mano para el estudioso actual, que es la de SAVALL y PENÉN), con las adiciones necesarias. Veámoslos, por tanto, con algún detenimiento.

La decisión básica es separar y distinguir los fueros considerados vigentes de los que la derogación por otros posteriores o el desuso hacían ya inaplicables. Estos últimos no son, sin embargo, simplemente suprimidos y excluidos, sino que se publican formando un cuerpo aparte, con el título de "*Fori, quibus in iudiciis nec extra ad praesens non utimur*" ("Fueros que al presente no usamos ni en los juicios ni fuera de ellos").

El cuerpo principal de la obra lo constituyen el conjunto de los fueros promulgados desde 1247 hasta 1547 y considerados vigentes en esta fecha, refundidos y ordenados todos ellos en nueve libros, bajo rúbricas que suelen ser las que ya tenían en la colección cronológica. En cada rúbrica, los fueros están ordenados por orden cronológico, indicándose al principio de los de unas mismas Cortes el Rey que las convocó y el lugar y fecha de celebración. Tanto las rúbricas como la aludida indicación están en latín (con algunas excepciones en las rúbricas), aunque luego los fueros se reproducen en la lengua en que ya estaban en la colección cronológica (en latín hasta los primeros años del siglo XV, con pequeñas excepciones en ambos sentidos).

Probablemente, el modelo justiniano (con la errónea suposición de que el *Codex* estaba dividido en nueve libros) sirvió a la Comisión de 1547 para situar en cada uno de los nueve libros los fueros cuyas rúbricas, ya en la colección cronológica, coincidían, total o parcialmente, con los títulos de cada uno de los nueve primeros libros del Código. Lo que ocurre es que las rúbricas romanizantes no siempre tienen mucho que ver con los fueros que encabezan, por lo que la agrupación resulta temáticamente muy heterogénea. El resto de los fueros, sin rúbricas equiparables a las romanas, se colocarían por su afinidad (o las de sus rúbricas) con los previamente situados. Lo que parece seguro es que en ningún momento se intentó un orden original, inducido de la materia regulada.

Al separar cada fuero, según su rúbrica o contenido, de los otros promulgados en las mismas Cortes, no podían publicarse precedidos de los proemios y seguidos, en su caso, de los colofones con que aparecían en la colección cronológica. También aquí los comisionados optaron por no prescindir de ningún párrafo de los que antes constituían el volumen de los Fueros. Ahora aquellos proemios y colofones se publican al comienzo de la obra, por orden cronológico, cada uno tras unas líneas referidas al rey o lugarteniente que hizo fueros en Cortes. Así se encuentra el prólogo *Nos Iacobus*, que precedía a la Compilación de 1247 y, sucesivamente, los que de Cortes de ese siglo y posteriores se habían impreso. Todo ello bajo el título: "Los Serenísimos Reyes de Aragón de inmortal memoria,

que han celebrado Cortes en el Reyno, y en aquellas hecho Fueros, Leyes y Constituciones, de voluntad de la Corte y cuatro Braços de aquella, son los que se siguen: con designación de los lugares y tiempos que las dichas Cortes se tuvieron”.

### 11. Los Actos de Cortes.

En las Cortes de Aragón se toman muchos más acuerdos y decisiones que los que luego se promulgan como Fueros, pero no se habían coleccionado ni impreso sino éstos hasta que en Cortes de Monzón de 1552-53 y por Acto de ellas se encomienda a una comisión de representantes del Rey y de los cuatro brazos que compongan una colección con los Actos de Cortes que convenga publicar, y que ésta se imprima.

Así se hace con rapidez, pues en 1554 se publica “Actos de Cortes del Reyno de Aragón”, en la imprenta de Pedro Bernuz (en el mismo tamaño, forma y carácter de letra que su edición de Fueros). Allí se transcriben, ordenados cronológicamente, Actos de Cortes desde las de Cariñena en 1360 a las de Monzón de 1552-53, con indicación de las hojas del registro del proceso de las correspondientes Cortes en que se encuentra el original.

La comisión antepone un erudito prólogo en que ilustra la necesidad de que las leyes sean públicas y su conocimiento al alcance de todos mediante analogías entre las Leyes y el Sol (pues, como éste, no han de estar ocultas en lugares secretos) y documentado recuerdo al romano Gneo Flavio.

En realidad, no era ésta la primera vez que las Cortes cuidaron de la publicación de Actos de Cortes distintos de los Fueros. En mi opinión, en el encargo conferido en 1427 a la comisión que presidió DÍEZ DE AUX se incluían los Actos de Cortes (*Actus Curiarum*), por más que sólo en muy pequeña medida los incluyó aquella comisión en su relativamente breve trabajo, pues sólo 17 Actos de Cortes, desde 1364 a 1428, se encuentran al final del libro IX de las Observancias.

Muchas opiniones se han producido sobre la distinción entre Fueros y Actos de Cortes. Creo que es plenamente correcta la de Gerónimo MARTEL (*Forma de celebrar Cortes en Aragón*) quien, tras indicar que unos y otros se tramitan y aprueban del mismo modo, se pronuncia así: “Aunque los Fueros y Actos de Corte son una misma cosa, comunmente se les da esta diferencia en el nombre de los unos a los otros que fueros, propiamente llamamos a las leyes que se otorgan para la expedición de la justicia, assí en las cosas civiles como criminales, y estos ordinariamente

son los que se imprimen, aunque sean temporales, lo demás que se otorga y concede se llama Actos de Corte como son las habilitaciones, salarios, limosnas y lo que para los oficios de la Diputación y tocante al buen gobierno dello se provee, y de estos muchos se imprimen y muchos se dexan de imprimir por ser como son muy particulares, y de la misma manera se observan, guardan y executan como los mismos Fueros, pues los unos y los otros son actos hechos por el Rey y la Corte que estamos obligados a la custodia y guardia de ellos”.

## 12. Los foristas y sus obras.

La norma jurídica necesita intérpretes que la hagan aplicable y vital. Los Fueros tuvieron a los *foristas*, autores de obras que constituyen una tradición doctrinal aragonesa comparable con la de los demás Derechos territoriales europeos y, como todas ellas, inmersa y en contraste con el Derecho común europeo.

A. *Edad Media*. VIDAL DE CANELLAS es el primer gran autor que escribió sobre Fueros. El *Liber in Excelsis*, citado hasta principios del siglo XIV como “Libro de Fueros”, conservó en este siglo y en el XV una gran autoridad aun cuando se le consideraba obra privada, meramente doctrinal. Todavía en el XVIII se le cita, aunque para entonces debían ser muy escasos los ejemplares. Al hablar de la Compilación de Huesca (1247) ya nos hemos ocupado de este forista de excepcional cultura jurídica.

José Luis LACRUZ (“Contribución a la metodología del Derecho privado en Aragón”, 1944) señaló como primeros intérpretes de los Fueros, tras VIDAL DE CANELLAS, a “MARTÍN SAGARRA y SANCHO DE AYERBE, que viven en la segunda mitad del siglo XIII; PÉREZ DE SALANOVA, PELEGRÍN DE ANZANO, JUAN PÉREZ DE PATOS y JACOBO DE HOSPITAL, que viven en el siglo XIV”.

PÉREZ DE PATOS es el más importante representante del género de las Glosas a los Fueros: las suyas llegaron a ser consideradas como “glosa ordinaria”. El último representante del género de la glosa puede ser, ya a finales del siglo XV, MARTÍN DE PERTUSA.

De MARTÍN SAGARRA y de SANCHO DE AYERBE sabemos que fueron autores (¿recopiladores?) de Observancias, lo mismo que PELEGRÍN DE ANZANO y PÉREZ DE SALANOVA. Este último fue Justicia de Aragón largos años durante el reinado de Jaime II y, probablemente, el primero que ordenó las Observancias siguiendo el orden de los Fueros.

El autor más importante de Observancias es JACOBO (o Jaime) de HOSPITAL, en obra compuesta sobre la de PÉREZ DE SALANOVA, pero

ampliada y enriquecida con *Summas* y *Quaestiones iuris*, que sirvió a su vez de base para que la Comisión presidida por DÍEZ DE AUX en 1427 entresacara las que pasaron a la breve recopilación oficial.

ANTICH DE BAGES criticó el trabajo de la Comisión al comentar ampliamente las Observancias en importante obra, desgraciadamente nunca impresa, de la que la BUZ posee uno de los manuscritos.

B. Siglo XVI. a) EL “Repertorio” de MOLINO y los Escolia de PORTOLÉS. La obra más importantes para la práctica en los siglos XVI y XVII es, sin duda, la que con el título *Repertorium fororum et Observantiarum Regni Aragonum una pluribus cum determinationibus Consilii Justitiæ Aragonum practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis* publica Miguel DEL MOLINO en Zaragoza, 1513, en la imprenta de Coci. Conocida habitualmente como “el Repertorio” o *Repertorium*. La parte más importante, escrita casi en su totalidad en latín, son las voces ordenadas por orden alfabético en las que se resumen los Fueros y Observancias pertinentes y se explican concisamente los puntos controvertidos, con cita de decisiones judiciales (muchísimas del Justicia) y opiniones de foristas y juristas.

Su éxito lo muestran las ediciones de 1533, 1554 y 1585, los voluminosos *Scolia sive Adnotationes* con que PORTOLÉS enriqueció el Repertorio (entre 1587 y 1592) y su utilización, confesada o no, por autores posteriores, hasta nuestros días.

Se le ha atribuido, con error, un *Formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la notaría* (Zaragoza: Jorge Coci, 1523), obra de un notario anónimo del siglo XVI.

b) *Manuales* (“Sumas”). Jaime SOLER publicó en 1524 una breve *Suma de los Fueros y Observancias del noble e ínclito reino de Aragón*. Es la primera Suma impresa que conocemos, y la primera escrita en castellano. Poco más sabemos de este autor, que parece ser el mismo que publica un *Repertorio de todas las leyes de Castilla* (Toledo, por Gaspar de Ayala, 1529).

Con sólo dos años de distancia entre sí (1587 y 1589) aparecen otras dos Sumas de los Fueros y Observancias, de BARDAXÍ la primera y de Bernardino de MONSORIU la otra. A diferencia de la de Soler, siguen el orden de la recopilación de Monzón, 1552. Son libros elementales para facilitar la práctica, sobre todos a quienes no han estudiado Derecho en la Universidad ni leen cómodamente el latín.

Juan Ibando de BARDAXÍ es también autor de unos elegantes Comentarios a los cuatro primeros libros de los Fueros, que salieron póstumos en 1592.

c) *Práctica procesal*. Del último tercio del siglo XVI son dos importantes obras para la práctica de los tribunales y ante los tribunales: el *Libro de la práctica iudiciaria del reyno de Aragón*, de Pedro de MOLINOS (1575, con reediciones en 1625 y 1649), que parece ser la que tuvo mayor predicamento, y *Methodus, sive ordo procedenti iudicarius Stylum et Foros Aragoniae*, de Miguel Ferrer (1579).

d) *Decisiones*. Casi al final de este siglo (1598) aparece la primera colección de decisiones de la Real Audiencia: MONTER DE LA CUEVA, Martín, *Decisionum Sacrae Regiae Audientiae Caesaraugustanae civilium Regni Aragonum*. Merecía la pena coleccionar y estudiar las resoluciones de la Real Audiencia del Reino de Aragón porque sus decisiones estaban motivadas, es decir, expresaban los normas que habían de aplicar, las interpretaban y argumentaban el sentido del fallo: algo prohibido a los Tribunales en casi toda Europa (en Aragón quedó prohibido por aplicación de las leyes de Castilla tras la Nueva Planta).

e) *Monografías*. La primera monografía conocida, con el título de *Tractatus de divisione bonorum soluto matrimonio* (sobre el consorcio o comunidad conyugal), es obra de MARTÍN DE PERTUSA y PEDRO FRANCÉS, escrita en romance en la segunda mitad del siglo XV y publicada sin indicación de autoría y con su texto castellanizado bajo la voz *Divisio* en la edición de 1585 del Repertorio de Miguel DEL MOLINO.

Las monografías más importantes en el Derecho civil aragonés son las de PORTOLÉS, *Tractatus de consortibus eiusdem rei et fideicomiso legali* (sobre el consorcio foral), impresa en 1584, 1619 y 1691; y la de Andrés Serveto de ANIÑON, *Tractatus de sucesionibus ab intestato secundum Leges Aragoniae* (Bolonia, 1558). Este culto Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (en la que fue becario en el Colegio de San Clemente) y catedrático luego en la de Zaragoza escribió también *Tractatus de consortio et retractu foralibus et de retractu conventionali secundum Leges Aragonensium* (1589).

C. Siglo XVII. Se publican en este siglo otras importantes colecciones de dictámenes y decisiones de tribunales, como las de Luis de CASANATE, José SESPÉ Y PIÑOL, Juan Cristóforo de SUELVE Y ESPAÑOL y Juan Crisóstomo VARGAS MACHUCA. Son gruesos volúmenes de heterogéneo contenido, insuficientemente explorados por los estudiosos.

D. Siglo XVIII. Todavía en los pocos años del siglo XVIII en que estuvieron vigentes en su integridad los Fueros de Aragón se publicó la primera edición (1703; hubo otra en 1788) del *Tyrocinium* de LISSA Y GUEVARA (Gil Custodio). Obra didáctica, de iniciación, en los moldes de las Instituciones de Justiniano.

Aunque su obra salió a la luz ya tras la abolición de los Fueros, puede considerarse como el último forista, que señala el punto final de una época, a Luis FRANCO DE VILLALBA, magistrado que ya había hecho carrera con los Austrias y será muy influyente con Felipe IV (V de Castilla). Su voluminoso “Código” (*Fororum et Observantiarum Regni Aragonum Codex sive enodata methodica compilatio jure civile et canonico fulcita, legibus Castelaee conciliate, atque omnigena eruditione contexta*, Zaragoza, 1727) es un complicado y farragoso almacén de heterogénea erudición e intención, en que los Fueros y Observancias se relacionan y comparan con el Derecho castellano (ya, prácticamente, Derecho supletorio en Aragón), el romano y el canónico, con cita de autores de distintos países y épocas.

### 13. Decadencia foral.

En 1591 es decapitado, por orden de Felipe I (II en Castilla) el Justicia de Aragón Juan de Lanuza “el Mozo”. En las Cortes celebradas en Tarazona al año siguiente la constitución del Reino cambia en aspectos muy sustanciales. Los Fueros no quedaron derogados o abolidos -ni la institución del Justicia suprimida-, pero sí modificados profundamente en aquellas Cortes de 1592, pues decapitado el Justicia y con el ejército castellano en los alrededores, los cuatro brazos acceden fácilmente a las pretensiones del soberano, dirigidas a cambiar la manera de formarse la voluntad de los brazos en las Cortes, a sujetar a su voluntad la institución del Justicia y la Diputación del Reino, a limitar las garantías procesales y a introducir la censura de imprenta, entre otras innovaciones.

Después de estas Cortes nada volvió a ser como fue en la vida política, administrativa y judicial del Reino, aunque se guardaran hasta cierto punto las apariencias.

Las reuniones de Cortes del siglo XVII son escasas y todas, salvo las de 1626, celebradas en Zaragoza (1645-46, 1677-78, ya con Carlos II, y 1686-87). Apenas se legisla sobre Derecho privado. Las de 1592 habían aprobado que los legatarios pudieran tomar posesión de los bienes legados (vid. art. 479 CDEA.) y hecho una aclaración sobre los fueros de mercaderes alzados (es decir, quebrados). En las de 1626 se hace una precisión sobre derechos de los legatarios y, en 1678, se extiende el derecho de saca a las ventas judiciales y se introduce la exigencia de inventario y caución a los que tienen usufructo de viudedad sobre bienes muebles.

### 14. La Nueva Planta.

A. *Los Decretos*. En 1706 Zaragoza y parte del Reino se suman a la causa del Archiduque Carlos, de modo que cuando las tropas de Felipe

de Borbón (al que los aragoneses habían jurado fidelidad, y él los Fueros, en 1701, y tenido Cortes en 1704) triunfan en Almansa el Reino puede considerarse vencido. Es el momento del Decreto de abolición de los Fueros (26 de junio de 1707).

Para Aragón en 1711 era ya definitiva la victoria de Felipe IV, cuando promulgó su Decreto de 3 de abril de 1711, que es el que de modo estricto merece denominarse “de Nueva Planta”.

Aunque es común y puede admitirse hablar genéricamente de “Decretos de Nueva Planta”, conviene sin embargo hacer algunas distinciones y precisiones. En primer lugar, que los Decretos de Felipe IV que abolen los Fueros de Aragón y, luego, establecen su subsistencia únicamente para lo que sea “entre particular y particular” son distintos y de contenido no coincidente con el referido a Cataluña (1716); que el trasfondo político y jurídico no es el mismo que en Valencia (donde los *furs* quedaron definitivamente abolidos) y que los problemas y las soluciones son también distintas en Mallorca (1715). Además, que si bien los dos Decretos más importantes para Aragón son los citados de 1707 y 1711, el número de los pertinentes se eleva al menos a cinco.

Los Decretos se presentan como expresión del poder absoluto del Rey que, en el primero de ellos, fundamenta su derecho en la rebelión de los aragoneses y el dominio absoluto que le corresponde por herencia y por derecho de conquista, razones por las cuales abole los Fueros de Aragón y sujeta al Reino a las leyes de Castilla. Dice así en lo más esencial:

“...he juzgado por conveniente (assi por esto, como por mi deseo de reducir todos mis Reinos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres i Tribunales, governándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables, i plausibles en todo el universo) abolir, i derogar enteramente, como desde luego doi por abolidos i derogados todos los referidos fueros, privilegios, practica, i costumbre hasta aquí observadas en los referidos Reinos de Aragón, i Valencia, siendo mi voluntad que estos se reduzcan a las Leyes de Castilla...”

Se ha hablado de un designio unificador por parte del monarca, que sería por ello también modernizador, a la manera francesa. Pero de hecho, ni en Navarra ni en Vizcaya alteró el régimen foral. Sobre todo, se aparta decisivamente del modelo francés al sujetar un reino a las leyes de otro, el de Castilla. La cuestión no es en modo alguno anecdótica. Ciertamente, este es el designio de imposición de las leyes de Castilla que iniciaron los Austrias, al menos desde Felipe I, y que tuvo señalada expresión en el memorial del Conde-Duque de Olivares. Desdichadamente, perdurará en

los siglos posteriores, llevará al relativo fracaso de la codificación civil y explica en buena parte la difícil articulación política de los distintos elementos de la nación española todavía hoy, a principios del siglo XXI.

El Decreto de abolición y unificación, con los demás referentes a la “Nueva Planta”, no formó nunca parte del Derecho aragonés. No tiene sitio en el sistema de fuentes del ordenamiento aragonés, en el que es impensable. Nunca se imprimió, que se sepa, en Aragón. Sí en Castilla, donde era de esperar dado su origen: entre los Autos Acordados que completan la Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla, y luego (recortados y refundidos) en la Novísima Recopilación de las Leyes de Castilla, en su Libro III, título 3 (“De los Fueros provinciales”) y en el Libro V, título VII. Es allí donde los juristas españoles aprendieron a ver los Fueros de Aragón como una rareza consentida, privilegio y peculiaridad dentro de las leyes castellanas. Contra la verdad histórica.

Felipe IV rectificó ligeramente un mes después (Decreto de 29 de julio de 1707), pero sólo en cuanto que reconoce que muchos aragoneses, tanto ciudades y villas como particulares, eclesiásticos y seglares, nobles, caballeros y ciudadanos le han permanecido fieles y no deben ser notados de rebeldes, razón por la cual les mantiene en todos sus privilegios particulares; pero insiste en la abolición de los fueros del Reino.

Para la historia del Derecho aragonés, mucha mayor importancia tuvo la rectificación introducida en 1711, tras consulta que, a diferencia de Valencia, encontró respuesta en Aragón. El Decreto de 3 de abril de 1711 establece una nueva forma o estructura de gobierno en Aragón y nombra los distintos cargos, empezando por el “Comandante General” (luego se llamará “Capitán General”) “a cuyo cuidado esté el Gobierno Militar, Político, Económico y Governativo”, cargo que recae en el Príncipe Tserclaes de Tilly, que presidirá por ello la Audiencia. Esta tendrá dos Salas, una para lo Civil, con cuatro ministros, y otra con cinco para lo Criminal, nombrados libremente por el monarca sin atender a su procedencia. Pues bien,

“...en la Sala del Crimen se han de juzgar y determinar los pleitos de esta calidad según la costumbre y Leyes de Castilla... [mientras que] la Sala Civil ha de juzgar los Pleytos civiles, que ocurrieren, según las Leyes Municipales de este Reyno de Aragón, *pues para todo lo que sea entre particular y particular, es mi voluntad se mantengan, guarden y observen las referidas Leyes Municipales*, limitándolas sólo en lo tocante a los contratos, dependencias y casos, en que Yo interviniere con cualquiera de mis vasallos, en cuyos referidos casos y dependencias, ha de juzgar la expresada Sala de lo civil, según las leyes de Castilla...”

En el par de líneas que van puestas en cursiva, por sí tan poco expresivas, descansa la existencia del Derecho civil aragonés hasta nuestros días.

*B. El Derecho civil que subsiste.* A partir de 1711, de los Fueros quedan vigentes únicamente las reglas que rigen las relaciones entre particulares. Todo lo demás es Derecho castellano (gobierno y administración, asuntos penales). De modo aproximado, puede decirse que queda vigente el Derecho civil, aunque en la época el concepto no está fijado del mismo modo que hoy. Acaso incluya algunas cuestiones que hoy consideraríamos de Derecho administrativo (de hecho, en 1722 se confirmaría que las Ordenaciones de Montes y Huertas de la Ciudad de Zaragoza seguían en vigor), pero, sobre todo, incluye en principio el procesal civil y las reglas de Derecho mercantil contenidas en los Fueros; además de las más estrictamente civiles, sobre obligaciones y contratos, propiedad y otros derechos reales, personas y derecho de familia y sucesiones.

*C. El problema de las fuentes y el Derecho supletorio.* Ciertas normas, las de Derecho privado (incluido el procesal), siguen vigentes, pero han desaparecido las fuentes propias de producción jurídica. Abolidas las Cortes de Aragón, sólo el Monarca que legisla para Castilla y, ya en el siglo XIX, las Cortes españolas podían hacer evolucionar eficazmente un Derecho que, conforme pasa el tiempo, queda más alejado de las necesidades y valoraciones de una sociedad en cambio. A partir de 1711 puede decirse que el problema del Derecho (civil) aragonés es, básicamente, un problema de fuentes. Y así continuará hasta la Constitución de 1978 y el Estatuto de Autonomía, en que las Cortes de Aragón asumen la competencia legislativa sobre Derecho civil.

El Derecho aragonés, que hasta 1711 no había reconocido -oficialmente- la necesidad de acudir a cuerpos legales extraños para dar respuesta a todos los casos que pudieran presentarse, se ve forzado a admitir (ante la imposibilidad de que sus fuentes propias atiendan a nuevas necesidades) un Derecho supletorio producido fuera de Aragón. El hecho de que el Derecho castellano estuviera vigente en el reino de Aragón para todo lo que no fuera “entre particular y particular”, así como la negativa histórica a aceptar la aplicación del Derecho común romano-canónico (que, sin embargo, también tuvo partidarios), llevaron -al parecer, sin mayor disputa- a aceptar la aplicación del Derecho castellano como supletorio de los preceptos aún vigentes de los Fueros y Observancias.

*D. Los autores.* Ya se ha mencionado el *Codex* de FRANCO DE VILLALBA. En el último tercio del siglo XVIII destacan dos obras de distinta índole, buen exponente de la visión que podía tenerse del Derecho aragonés en la época.

La *Ilustración a los quatro processos forales de Aragón*, de Juan Francisco LA RIPÀ, vio la luz por vez primera en 1764. Su objeto directo es la exposición de las especialidades procedimentales de los procesos de aprehensión, firma, inventario y manifestación, sólo en sus aspectos civiles y tal como se practicaban en la época, como excepciones al procedimiento ordinario castellano que se había introducido. Su utilidad práctica era evidente. El conocimiento del estilo de la Audiencia de Aragón era difícil incluso para los magistrados que se incorporaban a ella, como muestra el éxito de las notas que, siendo oidor de la misma, escribió Francisco CARRASCO y que corrían manuscritas.

La *Segunda Ilustración* (1772) tiene mayor ambición histórica y doctrinal, además de aportar en las últimas cincuenta páginas una monografía sobre el régimen económico matrimonial, tal como lo regulaban los fueros o podía pactarse en capítulos, incluido, naturalmente, el derecho de viudedad.

En 1771 publica Ignacio JORDÁN DE ASSO, junto con Miguel DE MANUEL, un manualito dedicado a la enseñanza en las Universidades del Derecho “vigente” (no ya el romano), con el título *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, en el que, al fin de cada uno de los capítulos, “se añaden las diferencias que de este Derecho se observan en Aragón por disposición de sus Fueros”. El Derecho civil aragonés, por tanto, aparece como una serie de excepciones o peculiaridades referidas al Derecho castellano, que implícitamente se considera el “común”.

Esta forma de ver las relaciones entre Derecho aragonés y Derecho castellano (generalizando, los “derechos forales”, según terminología acuñada en la época), como excepciones al “Derecho común”, que sería el castellano, carece de fundamento histórico. Es fruto de una determinada voluntad política unificadora del Derecho que confunde e identifica “castellano” y “español”, política que se recrudecerá en el siglo XIX y supondrá, para el Derecho aragonés, una rémora que hoy todavía padecemos. Pero el libro de ASSO, que tuvo varias ediciones (la última en 1806), utilizado largamente en las Universidades -donde nunca se ha enseñado de manera reglada el Derecho aragonés; tampoco, hasta 2003, en la de Zaragoza-, sirvió al menos para que los juristas españoles de principios del siglo XIX supieran de la existencia de nuestro Derecho civil.

## 15. La Codificación.

A. *La actitud aragonesa ante el Código civil*. Los juristas aragoneses del siglo XIX comparten con otros muchos juristas españoles el proyecto polí-

tico de lograr una legislación civil unificada para toda España, mediante un Código civil único. No sería ello sino culminación de una forma de concebir la sociedad y el Derecho que ha propiciado las transformaciones jurídicas que, desde las Cortes de Cádiz -abolición de privilegios estamentales, incorporación de señoríos jurisdiccionales a la Corona, conversión de los solariegos y territoriales en propiedad capitalista de la tierra, leyes desamortizadoras, ley hipotecaria, unificación del Derecho mercantil en el Código de comercio de 1829, etc.- han configurado un Derecho capitalista y un mercado nacional único, en cuyo seno el Derecho civil aragonés ha sufrido los mismos cambios de fondo que el Derecho castellano. Un Código civil único no es visto, en principio, como una imposición contra la que hay que luchar, sino como un ideal que llama a una tarea común, nacional española.

Esto no significa menosprecio o renuncia del Derecho aragonés, pues en el Código español, para los juristas aragoneses, no habría de recogerse sólo la legislación castellana, sino también la de las demás regiones, muy señaladamente la aragonesa, que juzgan superior en muchos aspectos.

Testimonios de esta actitud de los juristas aragoneses ante la Codificación hay muchos, mientras que es difícil encontrar alguno en contrario. Opinan así foralistas tan relevantes como Joaquín MARTÓN Y GAVÍN y Francisco SANTAPAU Y CARDÓS (autores del mejor tratado de Derecho aragonés del siglo XIX, aunque quedó incompleto), Pascual SAVALL Y DRONDA y Santiago PENÉN Y DEBESA, que publicaron en 1866 la edición de los Fueros y Observancias de que nos hemos servido todos desde entonces, Joaquín GIL BERGES, Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza durante buena parte de su vida e impulsor del Congreso de Jurisconsultos de 1880-81, o el mismo Joaquín COSTA.

*B. El Congreso de Jurisconsultos Aragoneses.* El Congreso de Jurisconsultos aragoneses fue convocado en 1880 para realizar la tarea de codificación del Derecho aragonés propuesta por GIL BERGES, para quien si la promulgación de un Código civil español seguía retrasándose, los aragoneses debían tomar la iniciativa de formar un Código civil aragonés: un verdadero Código, “Cuerpo legal completo, ordenado y metódico”, formado por, *a)* de una parte, todos los artículos del Proyecto de 1851 que, cualquiera que sea su procedencia, no lesionen la esencia y nervio del Derecho foral; *b)* sustituyendo los contradictorios con éste por las disposiciones que constituyen la legislación civil aragonesa, “expurgadas de resabios y rancideces de la edad media, rectificadas en sus extravíos, fijadas en los puntos controvertibles, innovadas en lo necesario y con tendencia a un fin nacional”.

“Nacional” quiere decir, obviamente, “español”. Naturalmente, ello supone la derogación de los Fueros y Observancias, pues, desde su promulgación, el Código aragonés, aunque limitado en el espacio, habría de ser un verdadero código en la tradición ilustrada y revolucionaria.

Pero el Decreto de 2 de febrero de 1880, del Ministro de Gracia y Justicia Alvarez Bugallal, vino a condicionar aquellos propósitos, en sí mismos, por lo demás, de incierta realización.

De una parte, y para redactar una Memoria de las instituciones aragonesas que, como excepción, han de incluirse en el Código para regir únicamente en Aragón, se nombra a Luis FRANCO Y LÓPEZ vocal correspondiente de la Comisión General de Codificación, y este acepta y realiza la tarea al margen del Congreso ya convocado (fecha su Memoria en 31 diciembre 1880, cuando el Congreso no terminará hasta meses más tarde), en cuyas tareas para nada participa. La “Memoria” de FRANCO Y LÓPEZ no corresponde a la idea codificadora con que el Congreso fue convocado.

De otra parte, los congresistas dudan sobre el alcance que hay que dar al propuesto “Código aragonés”.

Los acuerdos del Congreso en la sesión de 18 de noviembre de 1880 entienden oportuna y conveniente la codificación del derecho civil foral vigente en Aragón, con las reformas y supresiones aconsejadas por la experiencia, y consideran dos hipótesis, que podrían darse sucesivamente. Hecho el Código civil aragonés, debía solicitarse -a las Cortes- que fuera desde luego promulgado como ley de Aragón, y que rigiera mientras no se publicara el Código general civil de España; pero si llega a formularse un proyecto de Código general civil de España, deberá solicitarse que se incluyan en él las instituciones fundamentales del Derecho civil aragonés como Derecho general de España o como Derecho particular de Aragón y después de formado el Código civil aragonés, deberá acudir al Derecho general para suplir sus deficiencias.

Pero al llegar a la última sesión (7 de abril de 1881), ya se prevé que el Código civil español se aprobará en breve. Se constituye una Comisión codificadora, compuesta por dieciséis jurisconsultos (que se nombran) para que redacten un Proyecto de Código civil Aragonés, pero este Código civil aragonés se entiende necesariamente limitado a “todo el derecho civil especial de Aragón que debe quedar vigente como excepción del derecho común de España”. “Especial”, “excepción” y “derecho común de España” son conceptos clave en este texto, y lo serán en efecto en los siguientes cien años.

La Comisión, compuesta por los más notorios foralistas de la época, no realizó el trabajo encomendado, ni parece que se lo propusiera de inmediato, a la espera de los acontecimientos.

C. *Las conclusiones del Congreso, directrices de política legislativa.* Los acuerdos o conclusiones tienen la finalidad de fijar el sentido general de los preceptos que la Comisión Codificadora habría de redactar para el Código Civil Aragonés, a la manera de “bases” para su desarrollo en el texto articulado. Contienen, por tanto, sustanciales y conscientes propuestas de modificación del Derecho aragonés entonces vigente. Son las normas que se pretenden modificar legislando para el futuro (objeto previsible de mayores desacuerdos) las que, por ello mismo, ocupan mayor espacio en las conclusiones.

Algunas de las propuestas innovadoras entraron luego en el Derecho vigente y hoy las vemos como cosa ordinaria, mientras que otras iban por caminos de supresión o de modificación radical de instituciones que, sin embargo, pervivieron en etapas posteriores.

D. *El Código civil y su Ley de Bases.* La Ley de Bases del Código civil, de 1888, renunció a un Código civil único y exclusivo para toda España. De acuerdo con su art. 5.º (que pasó al 12 del Código, con la adición de “escrito o consuetudinario”) “las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito o consuetudinario por la publicación del Código, que regirá tan solo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales”.

El Código civil español de 1888 no incluía -no incluye- todo el Derecho civil vigente en España. Los Derechos forales -entre ellos el aragonés- se conservarán en toda su integridad *por ahora*. Indicación temporal esta última que suponía una amenaza aunque sin señalar plazo cierto.

Una amenaza pero también una promesa: la futura elaboración y aprobación de “apéndices del Código civil, en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen”.

Por tanto, el futuro oficialmente previsto en 1888 para las normas civiles de los Fueros y Observancias entonces vigentes era su reducción a un apéndice al Código que contuviera sólo las “instituciones que conviene conservar”. La decisión última sobre esta conveniencia y, por tanto, la extensión sustantiva del “apéndice” correspondía a las Cortes. Se preveía la intervención (“previo informe”) de las Diputaciones provinciales de Zaragoza, Huesca y Teruel y de los Colegios de Abogados.

Mientras tanto, el Código civil entraba a regir en Aragón, salvo en aquellas materias civiles reguladas en los Fueros y Observancias. El art. 13 Cc. disponía que en Aragón el Código comenzará a regir “al mismo tiempo que en las provincias no aforadas en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes”. Esta regulación se introdujo a consecuencia de un voto particular en el Congreso formulado por GIL BERGES, acorde con el sentir general de los juristas aragoneses (expresado en su Congreso de 1880-81) de que el Código civil había de ser el único supletorio del Derecho aragonés.

## 16. Los Proyectos de Apéndice.

*A. El camino hacia el Apéndice. La obra de Franco y López.* Aragón fue el único país de fuero que puso inmediatamente manos a la obra de formar un “apéndice”, aunque ya se comprende que no todos los juristas estuvieran igualmente convencidos de la conveniencia de este camino ni concibieran del mismo modo la extensión y alcance del “apéndice” de Derecho civil aragonés.

FRANCO Y LÓPEZ, influyente político del partido conservador además de competente abogado y foralista, había dado temprana muestra de su conocimiento del Derecho aragonés al publicar en 1841, junto con su coetáneo y amigo Felipe GUILLÉN Y CARABANTES, unas *Instituciones de Derecho civil aragonés*, compendio único en castellano, en el que aprendieron varias generaciones de foralistas.

En 1880, como se ha dicho, presentó a la Comisión de Codificación, de la que era miembro correspondiente, su “Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer”, que contiene un proyecto de ley de 210 artículos distribuidos en un Título Preliminar y cuatro libros. En su opinión, buena parte de las instituciones civiles forales debían o podían suprimirse, en aras de la unificación del Derecho civil español, conservándose tan sólo algunas especialidades irreductibles al Derecho castellano y cuyo desarraigo de la vida social aragonesa parecía imposible. Ni la costumbre contra ley ni el principio *Standum est chartae* tenían sitio en su propuesta.

En 1893 publicó una “Adición a la Memoria”, que no es sino una adaptación de ésta al nuevo Código, con algunos puntos de vista nuevos.

*B. La Comisión de 1889. El Proyecto Ripollés (1899).* Distinto talante, siempre dentro del respeto de las previsiones de la Ley de Bases, muestra el Proyecto de Apéndice elaborado por la Comisión que comenzó a trabajar en Zaragoza el mismo año 1889.

Cuando una Real Orden de 15 de octubre de este año recuerda a las Corporaciones provinciales y Colegios de Abogados la necesidad de evacuar con brevedad el informe previsto en la Ley de Bases, previo a la formación del Proyecto de Apéndice, la Diputación de Zaragoza, con sano criterio, toma la iniciativa de celebrar (como se hizo el 26 de octubre de 1889) una reunión general de representantes de las Diputaciones y Colegios de Abogados, en la que se dio entrada también a los del Colegio de Notarios y de la Facultad de Derecho de Zaragoza. En ella se acordó crear una comisión de ocho ponentes (GIL BERGES, MARTÓN, ESCOSURA (Desiderio), CASAJÚS, RIPOLLÉS, ISABAL, SERRANO (Luciano) y SASERA) con el encargo de presentar, además de un informe sobre la "Memoria" de FRANCO Y LÓPEZ (que por esta razón y ser miembro correspondiente de la de Codificación es el único de los foralistas conocidos del momento que no forma parte de esta "Ponencia"), un proyecto de Apéndice del Derecho civil aragonés, en forma de Código, del cual había de ser supletorio el Código civil general de España.

Este es el origen del Proyecto que se publicará en 1899 (conocido como "Proyecto Ripollés"). En realidad, el texto estaba completamente redactado en 1895, pero entendieron entonces que "no eran tiempos adecuados para preparar y obtener reformas legislativas de tal alcance". Recordemos que está por medio la fecha crucial de 1898; el año anterior fue asesinado Cánovas, en el 95 había comenzado la guerra de Cuba.

En 1899, cuando en el primer gabinete Silvela accede a la cartera de Gracia y Justicia DURÁN Y BAS, se publicó un Real Decreto constituyendo en Aragón, como en los demás territorios con Derecho civil especial, comisiones de juristas dependientes de la General de Codificación. La preexistente Comisión aragonesa, que ahora se considera a sí misma "privada", se disuelve y remite a la nueva Comisión "oficial" el proyecto que tenía terminado. Se imprime entonces -a cargo de la Diputación Provincial de Zaragoza-, "por si lo consideraba [la nueva Comisión] aprovechable en sus tareas, y toda vez que aquella recibió su encargo de las mismas Corporaciones que ahora han intervenido en el nombramiento de vocales para la segunda".

La denominación "Código civil de Aragón", que se propone para la ley, es muy significativa. Corresponde a las conclusiones del Congreso de 1880-1881. RIPOLLÉS admitía que la ley hubiera de llamarse "Apéndice" (por no poder evitarlo), "si bien para el uso ha de procurarse introducir el nombre de "Código civil de Aragón", o el de "Código especial de Aragón".

C. *La Comisión de 1899. El Proyecto Gil Berges (1904)*. La siguiente Comisión estaría constituida por nueve vocales, designados por cada una de las Diputaciones y Colegios de Abogados, la Universidad, el Colegio Notarial y la Academia jurídico-aragonesa y presidida por Joaquín GIL BERGES. A este se debe la mayor parte, cuando no la totalidad, de la redacción del articulado y, sin duda, la extensa y brillante Exposición de Motivos, con interesante información sobre Derecho consuetudinario. Se publicó -también por la Diputación provincial de Zaragoza- en 1904.

Sus 370 artículos comienzan con un Título Preliminar sobre fuentes. La norma primera es “el tenor de las cláusulas de los documentos, de acuerdo con el apotegma *Standum est chartae*”. Sólo a falta de documentos y para suplir las oscuridades y omisiones de que adolezcan aplicarán los Tribunales la costumbre; y sólo tras la costumbre (local, comarcal y territorial, por este orden) se aplicarán “las disposiciones de este Apéndice”. De modo que éste carece de normas imperativas. El Código civil sólo es supletorio en último lugar, en ausencia de norma privada, de costumbre y de regla contenida en el Apéndice.

Los cuatro libros en que se distribuye su articulado no siguen el orden del Código, siendo su principal divergencia el tratamiento en el Libro I de todo el Derecho de la persona y, sobre todo, de la familia (incluida, naturalmente, la viudedad), con lo que se llega así al art. 226.

Los otros tres libros, mucho más breves, tienen los mismos rótulos que los correspondientes del Código, pero contenido más específico y fragmentario.

D. *Formación y vigencia del Apéndice de 1925*. El Proyecto de la Comisión aragonesa fue enviado al Gobierno a fines de 1904. Pasaron casi veinte años antes de que éste tomara ninguna iniciativa conocida. No antes de 1922 (en que en las Cortes se produjo alguna intervención motivada por la jurisprudencia abusivamente unificadora del Tribunal Supremo), la Comisión Permanente de la General de Codificación, bajo la presidencia de Antonio MAURA, inicia la redacción de un Anteproyecto de Apéndice Aragonés. Lleva fecha de 18 de junio de 1923 (el golpe de Estado de Primo de Rivera ocurre el 13 de septiembre) y el Directorio Militar, en sus primeros meses de confusa actitud regionalista, encuentra una buena ocasión de demostrar que es capaz de llevar a cabo en semanas la tarea que el régimen parlamentario no había logrado durante decenios, según dice el nuevo Ministro de Gracia y Justicia, el aragonés Galo Ponte y Escartín.

El Proyecto se sometió a información pública el 27 de febrero de 1924 (Gaceta de Madrid de 2 de marzo), acaso para hacer olvidar el formal

incumplimiento del art. 7º de la Ley de Bases: ni se recabó previo informe de las Corporaciones aragonesas (salvo que se entienda por tal el Proyecto enviado veinte años antes), ni la Comisión de Códigos se limitó a ser oída, sino que de ella procedía en su integridad el Proyecto. La información pública apenas tuvo otro fruto que el contenido doctrinal de algunos de los escritos presentados y muy escasos cambios en el Proyecto: el más importante, pero puramente simbólico, la introducción de la frase *Standum est chartae* en lugar inocuo (art. 59), en que nada cambiaba sobre lo ya decidido.

### 17. El Apéndice de 1925.

El “Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón” fue aprobado por Decreto de 7 de diciembre de 1925, para entrar en vigor, por previsión expresa, el 2 de enero de 1926. Este Decreto de la Dictadura fue ratificado con fuerza de ley -junto a otros muchos- por la República, mediante la ley de 30 de diciembre de 1931.

Sus escasos 78 artículos se presentaban bajo rúbricas no numeradas, siguiendo el orden de materias del Código civil: como si fueran simples excepciones de los preceptos de éste. Impresión que acentuaba el art. 1.º, al disponer que “según está preceptuado por los artículos 12 y 13 del Código Civil, las disposiciones forales del presente Apéndice regirán en Aragón, no obstante lo estatuido por aquella ley común acerca de los respectivos casos y asuntos”.

Las materias tratadas eran las relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes, la ausencia, la tutela y la mayor edad (arts. 2º-13, en lo que correspondería al libro I del Código); las servidumbres (arts. 14-16, que correspondería al libro II), los testamentos y sus formas, la herencia, la institución de herederos, la legítima, la sustitución y la desheredación, la sucesión intestada y disposiciones comunes a las herencias con testamento o sin él (arts. 15-47, que correspondería al libro III) y los contratos sobre bienes concernientes al matrimonio, la sociedad conyugal tácita, la sociedad conyugal paccionada, la viudedad, el contrato de compra y venta y los contratos especiales sobre ganadería (arts. 48-77, que correspondería al libro IV).

El art. 78 contenía una disposición final (en realidad, derogatoria) del siguientes tenor: “Desde que entre en vigor el presente Apéndice, quedará totalmente derogado el Cuerpo legal denominado “Fueros y Observancias del Reino de Aragón”.

Dada la evidente desproporción entre las propuestas aragonesas de codificación civil y su fruto en la Gaceta de Madrid en forma de

“Apéndice”, el Apéndice de 1925 recibió una acogida muy desfavorable en los medios jurídicos aragoneses. Una de las más fuertes razones del rechazo fue la mutilación a que sometía al Derecho aragonés, principalmente en cuanto a sus fuentes. Como dejó escrito MONEVA, “se hizo más vehemente entre los letrados aragoneses el deseo de corregir yerros del Apéndice que lo había sido el de verlo publicado”.

El único mérito que se suele reconocer al Apéndice es el de haber puesto fin a la abusiva jurisprudencia del Tribunal Supremo negando aplicación a las normas aragonesas sobre sucesión abintestato y, desde el punto de vista de la práctica, su -relativa- facilidad de aplicación.

Sin embargo, conviene recordar que ha sido la norma legal vigente durante más de cuarenta años y contribuido así a la conservación del Derecho aragonés en la práctica. Derogado por la Compilación en 1967, todo su contenido viene a estar incluido en ella, si bien -además de algunas opciones de signo distinto- con otra sistemática, alcance más amplio y una técnica superior.

También puede decirse que el “Apéndice” nos deparó, indirectamente, una obra fundamental sobre los Fueros. MARCELIANO ISÁBAL, vocal de la Comisión de Codificación y que, con toda probabilidad, no había quedado muy contento del resultado al que había tenido que contribuir, publicó un notable homenaje al Derecho entonces derogado. Su *“Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón”*, que sintetiza en artículos redactados con técnica moderna el Derecho civil de los Fueros y Observancias y expone su contenido, es la última obra dedicada a aquel Cuerpo legal en su conjunto (en cuanto estaba vigente tras la Nueva Planta). Fue publicada en 1926 por el Colegio de Abogados de Zaragoza con la fotografía de su autor, que era el Decano del mismo.

### **18. Del Apéndice a la Compilación de 1967.**

Ya se ha dicho que tan pronto como se publicó el Apéndice los juristas aragoneses se propusieron revisarlo y mejorarlo. La primera ocasión se presentó bajo la Constitución republicana, de modo que en 1935 se constituyó una Comisión para la revisión del Apéndice, nombrada por el Ministro de Gracia y Justicia. También durante la Segunda República, los Proyectos de Estatuto de Autonomía de Aragón (en 1931, el de la Diputación de Zaragoza y el del S.I.P.A.; en 1936, el de Caspe y “el de los notables”) tuvieron en cuenta el Derecho foral aragonés para recoger competencias legislativas y de diversa índole sobre el mismo por parte de la futura (y, como se sabe, nunca existente entonces) región autónoma.

En la posguerra, Aragón vuelve a ser, como había sido en el siglo XIX, el mayor impulsor de la legislación foral en España. Aquí surgió la convocatoria de un “Congreso Nacional de Derecho civil”, celebrado en Zaragoza en octubre de 1946, en el que, con asistencia de autoridades nacionales y representación de los juristas de todas las regiones con Derecho civil propio, se aprobaron unas conclusiones que sentaron las bases para la formación y aprobación de todas las Compilaciones de los Derechos civiles forales o especiales promulgadas entre 1959 y 1973. La iniciativa de aquel Congreso procedía del grupo de juristas aragoneses reunidos en el Consejo de Estudio de Derecho Aragonés (incardinado en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y en la Facultad de Derecho de Zaragoza), que organizó desde 1942 en Jaca Jornadas de Estudios del Derecho aragonés estrechamente relacionadas con los trabajos prelegislativos. Sólo este contexto organizativo, dedicado al estudio y difusión del Derecho civil aragonés, hizo posible la existencia de la Compilación.

La Comisión de Juristas aragoneses que, desde 1944, tenía el encargo de redactar un texto articulado de Derecho civil aragonés (cuya tramitación ulterior y aprobación había de producirse en instancias madrileñas) tomó en 1953 el acuerdo de crear un Seminario presidido por uno de sus miembros, el profesor LACRUZ BERDEJO, formado por jóvenes investigadores, que habría de aportar a las Secciones y Pleno de la Comisión el estudio histórico y de Derecho comparado, con los materiales correspondientes, así como propuestas articuladas sobre cada una de las instituciones. La importancia decisiva de la actividad del Seminario para la Compilación de 1967 puede apreciarse por la simple lectura de los Informes en él elaborados, publicados mucho tiempo después (en 1996) por iniciativa del Justicia de Aragón.

La Comisión hizo público un primer Anteproyecto en 1962, sobre la base del que el Seminario había concluido el año anterior, que se sometió a información pública.

De la posterior evolución (Comisión de Codificación, primero en Sección especial y luego en el Pleno; Cortes, en Comisión y en Pleno), interesa señalar aquí que la necesidad de someter el texto elaborado en Aragón a otras instancias y poderes externos suponía -sin perjuicio de algunas aportaciones y mejoras- una merma y recorte del contenido posible de la ley. También, que, en definitiva, el contenido de la Compilación aprobada como Ley 15/1967, de 8 de abril, corresponde en su inmensa mayor parte al texto propuesto por la Comisión aragonesa, basado en el de su Seminario.

### 19. La Compilación de 1967.

La Compilación, con las limitaciones de toda obra humana y las específicas de una época y unos condicionantes políticos y jurídicos, acertó en lo esencial. Acertó, para empezar, en la determinación del sistema de fuentes (ley, costumbre, principios generales, entre ellos el *standum est chartae*), dando así satisfacción a las aspiraciones manifestadas por los juristas aragoneses desde finales del siglo XIX.

También puede considerarse, en general, acertado el elenco de instituciones jurídicas que regula y la forma en que lo hace. En muchas de ellas son perfectamente detectables los antecedentes que se remontan a los Fueros y Observancias, adaptados, como es obvio, a las necesidades y criterios de los aragoneses del siglo XX.

La Compilación tenía 153 artículos (más una disposición derogatoria del Apéndice, otra final y doce transitorias) distribuidos en un título preliminar (“Las normas en el Derecho civil de Aragón”) y cuatro libros: I, Derecho de la persona y de la familia (arts. 4-88); II, Derecho de sucesiones (arts. 89-142); III, Derecho de bienes (arts. 143-148) y IV, Derecho de obligaciones (arts. 149-153). En opinión de CASTÁN TOBEÑAS y de DE LOS MOZOS, su sistemática recuerda a la del Código civil italiano de 1942; pero el hecho es que la distribución de las materias es también muy similar a la del Proyecto aragonés de 1904.

### 20. Evolución del Derecho civil aragonés en el marco autonómico.

En 1967 la Compilación valía como ley del Estado español, en el contexto de un proceso compilador de todos los Derechos llamados forales que tendía a la formación de un futuro Código civil general español. En aquella etapa, su texto no tuvo otra modificación que la introducida, muy poco antes de la Constitución y en atención a ella, por RDL 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, cuyo art. 4.º modificaba los arts. 6.º, 27 y 99.1 Comp. sustituyendo la expresión “veintiún años” por “dieciocho años”.

Desde 1978, promulgada la Constitución, el Derecho civil aragonés sólo puede ser competencia legislativa autonómica, mientras que, correlativamente, el Estado -entendiendo por tal sus órganos centrales- en nada puede alterarlo. Nada puede hacer, por tanto, que tienda a la promulgación de un Código civil único para toda España. Por decirlo con una de las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza en 1981, “la Constitución garantiza la pluralidad de regímenes jurídicos

civiles coexistentes en el territorio nacional, entendiéndola no ya como un problema, sino como un bien enriquecedor. La Constitución de 1978, a diferencia de las anteriores, no establece como un *desideratum* la unificación del Derecho civil”.

El legislador aragonés ha asumido decididamente la responsabilidad de poner al día el Derecho civil propio, ejerciendo sus competencias de “conservación, modificación y desarrollo” en el marco del art. 149.1.8.<sup>a</sup> Const. Merece recordarse que el Tribunal Constitucional, señaladamente en su Sentencia de 12 de marzo de 1993, ha interpretado este artículo en un sentido muy favorable a la competencia legislativa autonómica.

La primera ley aprobada por las Cortes de Aragón en ejercicio de esta competencia fue la de 21 de mayo de 1985, preparada por dos comisiones técnicas (la primera, constituida en 1981, presidida por LACRUZ BERDEJO). Su principal finalidad era la “adaptación constitucional”, para lo que modificó parcialmente bastantes artículos de la Compilación -sin alterar la estructura y opciones principales de ésta- para acomodar sus prescripciones a los principios constitucionales, en particular los de igualdad entre los cónyuges y de no discriminación por razón de filiación. Siguió así los pasos del legislador central, que en 1981 había realizado tarea de finalidad similar en el Código civil. También aprovechó para introducir algunas otras reformas circunstanciales.

De acuerdo con su artículo 1º, “se adopta e integra en el Ordenamiento jurídico aragonés el texto normativo de la Ley 15/1967, de 8 de abril”. Dicho de otro modo, la Compilación, que hasta entonces valía como ley estatal, desde este momento vale como ley autonómica, es Derecho (civil) autonómico, sustentado en su vigencia y fuerza de obligar por la voluntad del pueblo aragonés manifestada a través de sus representantes. La Exposición de Motivos de 1967 parece quedar al margen de esta “integración”, pero no hay duda de que mantiene la misma utilidad que tenía para la interpretación de los preceptos de aquella fecha.

La Ley de 1985 derogó la Disp. Adicional de la Compilación (ya claramente inadecuada) sobre revisión decenal y Comisión compiladora; y añadió otras disposiciones transitorias a las de 1967.

Posteriormente, una Ley de 25 abril 1988 (que, recurrida de inconstitucionalidad, dio origen a la favorable STC 12 marzo 1993) introdujo un precepto sobre equiparación de los hijos adoptivos (art. 19 Comp.); y otra de 29 marzo 1995 modificó los arts. 135 y 136 para dar entrada a la Comunidad Autónoma como sucesora abintestato en defecto de toda otra persona con derecho a heredar y en lugar del Estado.

Tras las anteriores modificaciones del texto de la Compilación se abre una nueva etapa en la legislación autonómica en materia de Derecho civil. Una Comisión asesora del Gobierno de Aragón en esta materia hizo pública en octubre de 1996 una Ponencia General sobre “Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil en Aragón”, que se hizo llegar a todos los profesionales del Derecho con ejercicio en la Comunidad. En ella se propuso y razonó la formación de un Cuerpo legal del Derecho civil de Aragón (si había de llamarse o no “Código” quedó por el momento sin decidir) que sustituiría en su momento a la Compilación vigente, recogiendo y ampliando el contenido de ésta.

Como primer paso, en 1999 (Ley 1/1999, de 24 de febrero) se aprobó una extensa Ley de Sucesiones por causa de muerte, de 221 artículos, que entró en vigor el siguiente 23 de abril. Deroga el Libro II de la Compilación.

Poco posterior, del mismo año 1999, es la Ley relativa a parejas estables no casadas (Ley 6/1999, de 26 de marzo), fruto de una Proposición de Ley presentada en las Cortes de Aragón.

Preparada, como la Ley de Sucesiones, por la Comisión aragonesa de Derecho civil, en 2003 se aprobó la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad (Ley 2/2003, de 12 de febrero), que, como aquélla, entró en vigor el siguiente 23 de abril. Consta de 120 artículos, y deroga los arts. 7º y 22 a 88 del Libro I de la Compilación. La ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, preparada también por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, deroga el Libro Primero “Derecho de la persona y de la familia” de la compilación. Consta de 168 artículos y entró en vigor el 23 de abril de 2007.

Con la misma preparación se promulgó la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, que entró en vigor el 1 de enero de 2011, sobre la materia de los libros III (Derecho de bienes) y IV (Derecho de obligaciones) de la Compilación, que quedaron derogados. Meses antes se había aprobado la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (llamada habitualmente de “custodia compartida”), fruto de una proposición parlamentaria.

## **21. El Código del Derecho Foral de Aragón de 2011**

Con la citada ley de Derecho Patrimonial se culminaba el programa propuesto por la Comisión Aragonesa de Derecho civil en su memoria de

1996. Quedaba ahora la tarea de formar con todas ellas (más las dos de iniciativa parlamentaria) un “Cuerpo legal” que contuviera todas las normas legales del Derecho civil de Aragón de manera sistemática, en sustitución de la Compilación de 1967.

Las Cortes optaron por encomendar al Gobierno la formación de un texto refundido de las leyes citadas con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”. La Comisión asesora había propuesto el de “Código del Derecho Civil de Aragón”: el calificativo “civil” tiende a connotar que no es un Derecho especial por su contenido ni mucho menos excepcional respecto de algún otro; el de “foral”, bien fundado en la historia, concuerda con la dicción del Estatuto de Autonomía de 2007.

La delegación legislativa se incluyó como disposición final primera en la Ley 8/2010, de Derecho Patrimonial, y daba al Gobierno el plazo de un año a partir del 1 de enero de 2011. Aunque la autorización incluía la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que habían de ser refundidos, el Gobierno ha realizado el encargo con la mayor fidelidad a los textos legales previos y en un breve tiempo, en el entendimiento de que la tarea, encomendada a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, era predominantemente técnica.

El resultado, publicado con el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, es un Código de factura moderna, compuesto por 599 artículos, precedidos de un extenso Preámbulo (refundición de los preámbulos de las leyes refundidas) y seguidos de unas cuidadas Disposiciones transitorias. Su ordenación no es muy distinta de la de la Compilación: Título preliminar (Las normas en el Derecho civil de Aragón), Libro I (Derecho de la Persona), Libro II (Derecho de la familia), Libro III (Derecho de sucesiones por causa de muerte) y Libro IV (Derecho patrimonial). Las leyes de parejas estables y de custodia compartida se han insertado en los lugares oportunos. El Código entró en vigor, por disposición expresa del Decreto Ley, el día 23 de abril de 2011.

Nada más procede decir aquí sobre su contenido, puesto que de ello se ocupa el resto de este Manual. Con el Código del Derecho Foral de Aragón la fecha de 2011 se añade a la breve serie de fechas que sitúan en el tiempo los Cuerpos legales del Derecho aragonés: 1247, “Fueros de Aragón” (Código o Compilación de Huesca); 1447 (o 1452, fecha de la publicación), Recopilación sistemática de los Fueros; 1925, Apéndice; 1967, Compilación. Cinco fechas en nueve siglos. Siete si se añaden las de la formación oficial de las Observancias (1428) y de la publicación de la colección de Actos de Corte (1554). El futuro, naturalmente, no está escrito.

**BIBLIOGRAFÍA:** DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Los Fueros de Aragón*, colección “Mariano de Pano y Ruata”, Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, Zaragoza, 1997 y “La recuperación del Derecho civil de Aragón”, en *Aragón, Veinte años de Estatuto de Autonomía*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2002, págs. 161 a 222 (accesible en Internet, <[http://www.unizar.es/derecho/derecho\\_aragones/progcivil/Documentos/Veinte.pdf](http://www.unizar.es/derecho/derecho_aragones/progcivil/Documentos/Veinte.pdf)>); LALINDE ABADÍA, Jesús, *Los Fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1976 (hay ediciones posteriores) y “Derecho y Fuero”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo, tomo I, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, págs. 9-88.

Ediciones contemporáneas de fuentes generales

*Fueros, Observancias y actos de Corte del Reino de Aragón*. Edición facsimilar de la de Pascual Savall y Dronca y Santiago Penén y Debesa; estudio preliminar, traducciones, textos complementarios e índices [por Jesús Delgado Echeverría... (et alii)]. Zaragoza, El Justicia de Aragón e Ibercaja, 1991.

*Los Fueros de Aragón. La Compilación de Huesca*. Edición crítica de sus versiones romances, por Antonio Pérez Martín. El Justicia de Aragón, 1999.

Los antecedentes y formación del Apéndice de 1925, en *Los proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón (1880-1925)*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2006, con estudio preliminar de J.D.E.

La formación de la Compilación de 1967, en *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, Volumen I, 1996, con estudio preliminar de J.D.E.

El proceso legislativo desde la Constitución de 1978 al CDFA de 2011 puede seguirse en SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Derecho civil de Aragón: presente y futuro», *Revista de Derecho civil aragonés*, IFC, 15, 2009, págs. 23-72; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés: de la Compilación al Código del Derecho foral de Aragón de 2011”, *Derecho Privado y Constitución*, 25, 2011, págs. 175-227. Una versión discrepante y adversa en MOREU BALLONGA, José Luis, “Una reflexión crítica sobre la expansiva reforma legal del Derecho civil aragonés”, *ADC*, LXIII, I, 2010, págs. 5-45.

Todas las obras impresas de Derecho aragonés se encuentran en imagen en la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés (BIVIDA <<http://www.bivida.es>>).



## § 2. LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

*Jesús Delgado Echeverría*

### 1. El problema de las fuentes en la historia.

Hasta la promulgación del Código civil, el texto fundamental sobre fuentes del Derecho aragonés (desde 1711, sólo el civil) eran las líneas finales del Prólogo *Nos Iacobus* (1247), que remitía, para cuando los fueros no regularan alguna materia, “al sentido natural y la equidad” (*ad naturalem sensum vel equitatem recurratur*). Como se ha visto (*supra*, núms. 5 y 6), estas expresiones podían entenderse y se entendieron de modos diversos y aun contradictorios. Interesa ahora añadir que a finales del Antiguo Régimen, junto a una inteligencia del sentido natural y la equidad como fuentes autónomas de manifestación del Derecho, se extendía su utilización como cauce para la remisión a otros sistemas normativos en función de Derecho común (el Derecho romano y el canónico, acaso con preferencia de éste como supuestamente más equitativo: así, por ejemplo, PORTOLÉS y LISSA). Pero la resistencia política a reconocer la recepción del Derecho común (sin perjuicio de su penetración doctrinal y del romanismo instrumental de los foristas) contribuyó a admitir como Derecho supletorio, tras la Nueva Planta, el castellano, según enseñó, no sin incurrir en contradicciones, Franco de VILLALBA a principios del siglo XVIII. En la segunda mitad del siglo XIX ésta parece la opinión común entre los foralistas, lo que facilitará la aceptación del Código civil español como supletorio único e inmediato de los Fueros y Observancias y, luego, del Apéndice de 1925.

A partir del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-81 el tema de las fuentes viene a primer plano en su sentido más propio, como

fuentes de producción del Derecho. Junto a la ley (el futuro Apéndice y, como supletorio, el Código civil y el resto de la legislación general del Estado), e incluso por encima de ella, se afirma la primacía de la costumbre y del principio *Standum est chartae*, entendido como consagración de la fuerza de la voluntad de los particulares para crear normas jurídicas preferentes a las emanadas del legislador.

Tanto el Proyecto de Apéndice de 1899 como el de 1904 dedican sus primeros artículos a las fuentes del Derecho civil aragonés, en el sentido ahora indicado. La costumbre, aun contra ley, y el pacto se consideran las fuentes principales y más características, hasta el punto que el brocardo *Standum est chartae* llega a ser emblema y símbolo del Derecho aragonés y de algunas de las instituciones más representativas en el mundo del Derecho (Colegio de Abogados, Facultad de Derecho, que lo conservan en su sello). Este planteamiento presupone, promulgado el Código, que no se aplican en Aragón los primeros artículos del mismo, sobre fuentes, por resultar así del art. 13 Cc. (fruto de iniciativa aragonesa, como sabemos): en Aragón habría de aplicarse el Código como Derecho supletorio único e inmediato -a diferencia de lo reclamado y conseguido por otros territorios forales, señaladamente Cataluña-, pero no una parte del mismo -su Título Preliminar- con carácter preferente, sino sólo, como el resto de su articulado, en cuanto no hubiera norma propia aragonesa. Esta forma de entender el primitivo art. 13 Cc. fue contradicha por el Tribunal Supremo y por la generalidad de la doctrina no aragonesa, de manera que se impuso una interpretación según la cual el Derecho civil aragonés, en virtud del art. 12 Cc., no podría tener otras fuentes que las establecidas de modo absolutamente general y uniforme en el Código civil. Así lo explicó la Exposición de Motivos del Apéndice de 1925, que, en efecto, no hizo la menor concesión en este campo.

Una de las críticas más repetidas por los foralistas aragoneses al Apéndice fue la de no contener un sistema de fuentes propio, y no cejaron en el empeño de conseguirlo. No pretendían con ello un poder legislativo aragonés productor de leyes (salvo, en cierto modo, en la Segunda República, al formular proyectos de Estatuto de Autonomía), sino dejar establecida, con diferentes matices, la primacía de la costumbre y del pacto.

De hecho, desde los antecedente más remotos de la Compilación del Derecho civil de Aragón, ya en la Comisión revisora del Apéndice creada en 1935, es característica la insistencia en la necesidad de incluir unas normas sobre fuentes, reconocedoras de la costumbre y el principio *Standum est chartae*, y que muy pronto hicieron referencia también a los principios generales tradicionales.

## 2. La Compilación de 1967.

La Comisión de Codificación, a la que se hacían llegar desde los años cincuenta los proyectos de Compilaciones elaborados por las Comisiones del respectivo territorio, cercenó en ellos todos los preceptos que aludían a fuentes del Derecho propio, incluso bajo la forma indirecta de reglas de integración de las normas compiladas. Así ocurrió, señaladamente, con la Compilación catalana.

El proyecto elaborado en Aragón contenía un título preliminar de rúbrica "Disposiciones generales" y tres artículos con los titulillos: "Normas jurídicas", "La costumbre" y "*Standum est chartae*". El título preliminar salió de la Comisión de Codificación incluso aclarado y mejorado respecto de la propuesta aragonesa, tras pasar por situación de incertidumbre en cuya superación pudo ser decisiva la personalidad del presidente, el aragonés CASTÁN TOBEÑAS, quien se había manifestado en favor de la regulación de las fuentes ya en el año 1935.

En la Compilación promulgada como ley del Estado en 1967 el Título Preliminar lleva por rúbrica "Las normas en el Derecho civil especial de Aragón" (la misma que hoy día, con la supresión del adjetivo "especial" desde 1985), y los titulillos de los tres primeros artículos coinciden exactamente con los actuales: "Fuentes jurídicas", "De la costumbre" y "*Standum est chartae*". La redacción de los artículos tuvo algunas modificaciones en 1985, para sustituir el adjetivo "especial" por "peculiar" en el art. 1.º.1 y suprimir en el 2.º y en el 3.º la referencia al Derecho natural como límite de la costumbre y del pacto. Luego, los tres artículos han sido formulados de nuevo en 1999, para expresar más directa y adecuadamente el sistema de fuentes. Pero los cambios sustanciales no los han introducido estas nuevas redacciones (la de 1999 se presenta como constatación de las mudanzas ya ocurridas), sino la sustitución del marco constitucional en que se inserta el Derecho civil aragonés lo mismo que los demás Derechos civiles autonómicos.

En 1967 la Compilación era una ley estatal (no las había de otra clase u origen), ordinaria, que tenía con el Código civil y las demás leyes civiles españolas las relaciones comunes a las normas de igual rango en un mismo ordenamiento, presididas por el principio según el cual la ley posterior deroga a la anterior. Era muy difícil acotar un ámbito específicamente aragonés en que la Compilación resistiera la fuerza derogatoria de cualquier ley general posterior. Las relaciones con el Código civil quedaban definidas por el art. 1.º de la Compilación, el 13 del Cc. en su redacción de 1974 (posterior, por tanto, a 1967) y el art. 2.º del Decreto de 31 de

mayo de 1974, que al sancionar el texto articulado del Título Preliminar del Código precisó que éste no había de alterar lo regulado en las Compilaciones. La costumbre y los principios generales -señaladamente, entre ellos, el principio *Standum est chartae*- eran verdaderas fuentes de producción del Derecho civil aragonés, que no quedaba circunscrito a las disposiciones contenidas en la Compilación. En defecto de estas normas legales, y aun por encima de ellas, operaban desde 1967 la costumbre y los principios. Sin embargo, la deficiente dicción del art. 1.º-1 (fruto de redacción transaccional en la Comisión de Codificación, para salir al paso de una enmienda que, en efecto, pretendía excluir aquellas fuentes) pudo dar pie a una interpretación restrictiva que la historia del precepto desmentía.

### **3. La Constitución y la reformulación del Título Preliminar en 1999.**

Por obra de la Constitución de 1978, el Derecho aragonés sale de la competencia estatal y pasa a ser virtualmente Derecho de la Comunidad Autónoma desde que ésta nace en 1982. La Ley de las Cortes de Aragón 3/1985, de 21 de mayo, constata y proclama este cambio de sustancia jurídica en su art. 1.º, con la fórmula de “se adopta e integra en el Ordenamiento jurídico aragonés” el texto normativo de la Compilación de 1967. El texto de la Compilación siguió idéntico al que era -con las modificaciones que la misma ley de 1985 introdujo-, pero en adelante el fundamento de su fuerza de obligar, su posición en el Derecho español y sus relaciones con otros conjuntos normativos -en particular, el Código civil- serán muy distintos.

El art. 1.º Comp. ya no expresaba bien esta realidad normativa. Recordemos su ap. 1: “Constituyen el Derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen especial [*particular*, desde la reforma de 1985], las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico”. El texto parecía encerrar todo el Derecho civil de Aragón en los preceptos de la Compilación ya vigente, negando u oscureciendo la posibilidad de que hubiera Derecho civil aragonés en cualquier ley futura aragonesa dentro de su competencia; es decir, ocultando que la ley aragonesa, así, en abstracto, era ya fuente del Derecho civil aragonés. Por otras parte, el término “integradas”, si bien permitía entender que la costumbre y los principios son llamado a colmar las lagunas de la ley como verdaderas fuentes del Derecho, tampoco expresaba esta idea con la deseable claridad. En cuanto a su ap. 2 (“en defecto de tales normas, regirán el

Código civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español”), no expresaba adecuadamente las relaciones entre el Derecho aragonés y el estatal, gobernadas ahora por los mandatos de la Constitución.

Formular adecuadamente y aclarar en algunos puntos el sistema de fuentes del Derecho civil aragonés fue la finalidad de la Disposición final primera de la Ley 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte. Como explica la Exposición de Motivos de la misma, la nueva redacción del Título Preliminar trata de expresar mejor el sistema ya existente como consecuencia de los cambios operados por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, respetando al máximo el texto anterior de estos artículos. La ocasión de hacerlo era muy oportuna y casi necesario aprovecharla, pues al entrar en vigor la Ley de Sucesiones -y, poco después, la de Parejas estables no casadas- dejaba de ser cierto que las normas legales del Derecho civil aragonés fueran exclusivamente las contenidas en la Compilación. En 2011 los tres artículos del Título Preliminar de la Compilación, en su redacción de 1999, han pasado sin modificación al CDFa.

La competencia legislativa aragonesa para determinar las fuentes del Derecho civil aragonés deriva del art. 149.1.8.<sup>a</sup> Const., en su inciso final. Teóricamente, una ley aragonesa podría introducir un sistema de fuentes distinto del que conocemos, pero éste se basa en las propuestas de los juristas aragoneses desde el siglo XIX, parece ser objeto de amplio consenso y nadie ha propuesto una alteración sustancial.

#### **4. El sistema de fuentes.**

*Las fuentes del Derecho civil de Aragón son la ley, la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico* (art. 1.º.1 CDFa.). La enumeración -ley, costumbre, principios- no prejuzga orden o jerarquía entre las fuentes expresadas sucesivamente. Las relaciones entre costumbre y ley vienen indicadas en el art. 2.º, del que resulta el reconocimiento de la costumbre contra ley no imperativa. De manera similar, el art. 3.º reconoce la virtualidad de los pactos o disposiciones aun contra ley, si ésta es dispositiva.

Este sistema de fuentes es el del Derecho civil aragonés, sobre que la Comunidad Autónoma tiene competencia. El Derecho civil aplicable en Aragón y a los aragoneses como Derecho estatal, en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado, tiene su propio sistema de fuentes, el establecido en el art. 1º del Código civil. Cada sistema es propio, por tanto, de

un Ordenamiento distinto, relacionados a través de la Constitución como norma superior. Dentro del Derecho civil aragonés, en el ámbito de la competencia legislativa aragonesa, el Derecho estatal es supletorio en la medida en que no haya en un momento dado normas aragonesas (ley, costumbre, principios), y en la forma que éstas establezcan. Este es el sentido del ap. 2 del art. 1.º CDFA. (“supletorio sólo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan”). Naturalmente, nada dice -pues nada podría decir- la ley aragonesa sobre la aplicación del Derecho general del Estado en el ámbito de la competencia estatal: en este ámbito, el Derecho estatal no es supletorio del aragonés, sino de aplicación directa. Por ejemplo, las reglas sobre celebración y validez del matrimonio se aplican de manera general y directa en toda España, no porque lo diga el art. 13 Cc. -muy poco significativo y nada decisivo tras la Constitución, aunque no derogado formalmente- sino porque el art. 149.1.8.ª Const. reserva a la competencia exclusiva del Estado “en todo caso” la “legislación civil” sobre “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio”.

### **5. La ley (aragonesa).**

La fuente principal del Derecho civil aragonés es la ley aragonesa. Es la principal por la frecuencia mucho mayor de la aplicación de sus normas, por estar a su alcance configurar como imperativas normas que serán entonces límite de la costumbre, de los principios tradicionales y de los pactos o disposiciones de los particulares, e incluso porque es la ley la que determina el sistema de fuentes y, por tanto, el lugar y alcance de las demás.

Cabe hacer una teoría o doctrina general sobre la ley en el ordenamiento jurídico aragonés, pero como no es específica de la ley en cuanto fuente de Derecho civil (que es el aspecto que aquí nos interesa), bastará con mencionar algunos de sus rasgos diferenciales respecto de la legislación del Estado.

Órgano legislativo es el Parlamento o Cortes de Aragón. No son posibles, por tanto, leyes orgánicas, ni leyes sobre materias que exigirían ley orgánica, pues éstas corresponden únicamente al Congreso de los Diputados (art. 81 Const.). Cabe legislar mediante decretos-leyes (art. 44 EAA), aunque raro será que en materia de Derecho civil se de la “necesidad urgente y extraordinaria”. También son posibles Decretos legislativos, fruto de delegación en el Gobierno de Aragón mediante leyes de bases o de autorización para refundir textos legales (art. 43 EAA). El CDFA es

precisamente un caso muy importante de texto refundido. La iniciativa legislativa corresponde (art. 42 EAA) a los miembros de las Cortes de Aragón (proposiciones de ley), al Gobierno de Aragón (proyectos de ley) o a cierto número de ciudadanos (iniciativa popular). Lo normal es que las leyes civiles sean fruto de un proyecto del Gobierno, debatido luego en las Cortes. Pero caben las otras posibilidades, y así la iniciativa de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas estables no casadas, correspondió a una proposición de ley, lo mismo que la ley de "custodia compartida (Ley 2/2010, de 26 de mayo). No hay hasta ahora leyes civiles de iniciativa popular.

De acuerdo con el D. 10/1996, la Comisión aragonesa de Derecho civil informa con carácter preceptivo los proyectos de ley referidos al Derecho civil y elabora los anteproyectos que el Gobierno le encomiende.

Las leyes aragonesas que contienen normas de Derecho civil no necesitan invocar expresamente el título competencial del art. 149.1.8ª Const. y el art. 71-2ª EAA, aunque es habitual que lo hagan sus exposiciones de motivos. Ni con ello tienen mayor fuerza ni la disminuye no mencionar el título. Puede así ocurrir que en leyes sobre materias distintas y diversas se encuentren normas civiles, plenamente válidas si realmente corresponden a la competencia autonómica: el único reproche podría ser, según los casos, de técnica legislativa.

Las leyes autonómicas carecen de sanción real. Las promulga en nombre del Rey el Presidente, que ordena su publicación en el Boletín Oficial de Aragón y en el Boletín Oficial del Estado (art. 45 EAA). Entran en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial de Aragón, si no disponen otra cosa (arts. 45 EAA y 2.º Cc., que opera aquí como supletorio). La Ley de Sucesiones ordenó su entrada en vigor precisamente el 23 de abril de 1999 -con una *vacatio legis* de algo más de dos meses-; de manera similar la Lrem. entró en vigor otro 23 de abril, el de 2003; la Ley de Parejas estables no casadas tuvo una *vacatio* de seis meses desde su publicación en el BOA. La LDp entró en vigor el 23 de abril de 2007, y el CDEA el 23 de abril de 2011. Por supuesto, la fecha no es casual. Ya en 1461 un fuero instituyó el 23 de abril fiesta del Señor San Jorge; lo reitera otro de 1564.

Las leyes autonómicas tienen la misma fuerza y rango que las estatales, unas y otras en el ámbito de sus respectivas competencias. Están sujetas a la Constitución y pueden ser objeto de recurso de inconstitucionalidad en los mismos casos y con las mismas consecuencias que las estatales.

## 6. La costumbre.

A. *La costumbre en el Derecho histórico.* Sin duda, la costumbre tuvo gran importancia en el Derecho histórico, como hace patente el propio título oficial de las Observancias (*Observantiae consuetudinesque Regni Aragonum...*) y las muchas costumbres que en su recopilación se encuentran con la fórmula “*de consuetudine Regni*” o similares, en algún caso con la indicación de que determinado fuero “por costumbre, no se guarda” (Obs. 10 “*De fideiussoribus*”, libro IV). También la separación, en 1552, de los fueros “que no están en uso” muestra que el desuso o la costumbre o práctica contraria a fuero tenían fuerza suficiente para privar a éste de vigencia.

Los foristas se sirvieron, para fundar en textos aragoneses la costumbre contra fuero, principalmente de la observancia 10, *De privilegiis militum*, libro VI (que reconoce la adquisición o usurpación de jurisdicción real por los señores) y del contenido del juramento real según el fuero *De iis quae dominus Rex*, del que resulta la preferencia de la costumbre tanto general como particular; pero derivaban de los textos y los conceptos del Derecho común los requisitos de que sea racional y prescrita (en algunos casos, como en la aludida usurpación de jurisdicción, exigen prescripción inmemorial). Miguel DEL MOLINO explica también que, según los foristas (con fundamento en la Obs. 3ª *Declarationes monetatici*, Libro IX), la costumbre contra fuero, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho común, no se extiende por identidad de razón a los actos o casos similares.

B. *El Derecho consuetudinario en la etapa codificadora.* Bien dice ISÁBAL que “en Aragón, país donde se ha dado en la práctica gran importancia a la costumbre, se ha teorizado poco acerca de ella”. Los foralistas del XIX no reclaman para la costumbre un papel relevante hasta después del Congreso de 1880-81 (el Congreso no se mostraba partidario). Parece decisiva en este cambio de actitud la influencia del pensamiento de Joaquín COSTA, especialmente en virtud de su obra “Derecho consuetudinario del Alto Aragón” (1ª ed. 1880), que sigue siendo la más interesante descripción y valoración de las costumbres jurídicas del Pirineo y Prepirineo oscenses. Desde entonces este Derecho del Alto Aragón -con la Casa aragonesa como institución central- tiende a considerarse el Derecho aragonés por antonomasia, especialmente por lo que se refiere a las costumbres familiares y sucesorias, lo que no deja de ser sinécdoque que toma la parte por el todo, con el riesgo de ocultar una realidad más compleja y diversificada. En cualquier caso, hay que distinguir, por lo menos, entre lo que es descripción y explicación de las formas de vida tra-

dicionales con mayor o menor reflejo jurídico (objeto de la antropología social, ciencia de la que Joaquín COSTA puede considerarse pionero en España) y el sentido estricto de la costumbre como fuente del Derecho, productora de normas generales que obligan en lo futuro (al menos supletoriamente o en defecto de acto de autonomía privada) a todas las personas de un lugar o comarca, o a todos los aragoneses. Tanto el proyecto de Apéndice de RIPOLLÉS (1889) como el de GIL BERGES (1904) ponen gran énfasis en el Derecho consuetudinario. No hay que olvidar que, en la coyuntura codificadora, presentar determinadas instituciones como de Derecho consuetudinario significaba salvarlas para el futuro, pues el primitivo art. 13 del Código (así como, de manera similar, el 12 en su edición reformada) respetaba la integridad de las disposiciones “forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes”. Era el momento, por tanto, de levantar acta de las costumbres para mantenerlas y darles luego entrada en el futuro Apéndice, como se propone hacer, sobre todo, el Anteproyecto de GIL BERGES al recoger y desarrollar numerosas costumbres pirenaicas. Estas costumbres jurídicas recogidas en los textos legales -así, limitadamente, en el Apéndice de 1925- se fundan en la libertad civil y se manifiestan las más de las veces en pactos y disposiciones, señaladamente en capítulos matrimoniales, que no vinculan sino a quienes intervienen en ellos, sin crear de ordinario norma jurídica consuetudinaria (aplicable en lo futuro a los demás miembros de la localidad o comarca) ni estar regidos imperativamente ellos mismos, en la generalidad de los casos, por costumbre preexistente. En este sentido, tienen fundamento consuetudinario y pudieron por ello llegar a nosotros a través del Apéndice de 1925 instituciones tan importantes como el testamento mancomunado, la fiducia sucesoria o los mismos pactos sucesorios, de los que en los Fueros no había más que alguna referencia insuficiente.

Ambos Proyectos citados, además de dar acogida a algunas costumbres anteriores, propusieron que la costumbre fuera fuente de producción de normas jurídicas para el futuro. Esto es lo que quedó excluido del Apéndice de 1925 y lo que, por el contrario, tuvo reconocimiento en la Compilación de 1967.

C. *Concepto de costumbre en el Derecho vigente.* La Compilación no indica en ningún lugar qué se entienda por costumbre o cuáles sean sus elementos y requisitos. La tradición jurídica distingue un elemento externo, el uso, entendido como conducta generalizada, repetida y uniforme; y un elemento interno (*opinio iuris seu necessitatis*), consistente en la creencia, por parte de quienes observan el uso, de estar ajustando su conducta a una norma jurídica.

Se ha propuesto, para perfilar el concepto de costumbre en el Derecho aragonés y ante la ausencia de toda precisión en el CDFa, acudir al Derecho supletorio, representado por el Código civil. Este rodeo no parece útil, pues el Código tampoco contiene definición ni indicación de elementos o requisitos de la costumbre. En realidad, lo que ocurre es que en ambos Ordenamientos el concepto de costumbre es el elaborado por la doctrina del Derecho común europeo, por más que sean distintas la función y jerarquía que se le reconoce en el sistema de fuentes. En principio, -construyendo a partir de la doctrina de los autores clásicos aragoneses que podría hacerse valer hoy en concepto de principios tradicionales- no se llega a conclusiones distintas de las mantenidas habitualmente por el Tribunal Supremo y por los civilistas españoles que citan las Partidas como expresión del Derecho castellano histórico. Puede por ello prescindirse aquí de cuanto el lector puede encontrar en cualquier manual o tratado de Parte General del Derecho civil.

Hay, sin embargo, una posible divergencia, debida a haberse separado el Código civil, en 1974, de la doctrina común, al equiparar a la costumbre los usos jurídicos no interpretativos (art. 1.º.3, 2.º párr.). Si esto significa eliminar para la costumbre, según el Código, el requisito de la *opinio iuris* (cuestión discutida por los autores), no hay razón para pensar que en el Derecho aragonés se haya producido el mismo cambio.

*D. Límites de la costumbre. Costumbre contra ley.* El art. 2.º CDFa no deja ninguna duda sobre la posibilidad de costumbre contra ley, con el límite de la Constitución y de las normas imperativas del Derecho aragonés.

El límite de las normas y principios constitucionales, en rigor, no era necesario recordarlo en la Compilación, pues toda norma jurídica que pretenda validez en el Ordenamiento español está sujeta a la Constitución. Pero no sobra que lo haga patente el precepto, sobre todo una vez suprimida, en 1985, la referencia al límite del Derecho natural, pues la coherencia de la costumbre con la Constitución será comprobación de su admisibilidad ética.

Normas imperativas del Derecho aragonés son todas las de este carácter en la totalidad del Ordenamiento aragonés, comprendidos, por tanto, el Estatuto de Autonomía y todas las leyes emanadas de las Cortes de Aragón, no sólo las de Derecho civil. En este último, en virtud del principio de libertad civil, las leyes se presumen meramente dispositivas, susceptibles, por tanto, de ser derogadas o modificadas por la costumbre en contrario, o pospuestas por la norma consuetudinaria. Normas imperativas del Derecho civil aragonés, antepuestas en todo caso a la costumbre, pueden encontrarse también en sus principios generales.

Suele hacerse la pregunta de si vale una costumbre aragonesa contraria a norma (imperativa, o sólo dispositiva) del Código civil. La respuesta práctica y clara es que sí, sin duda, en todo caso. Pero, en realidad, la pregunta no está bien formulada. Estamos hablando de la costumbre como fuente del Derecho civil aragonés, por lo que, en el ámbito que este abarca, es irrelevante que sobre la materia haya o no norma, y de qué tipo, en el Código civil, pues éste sólo se aplicaría como supletorio en defecto de norma aragonesa. No se da la posibilidad de contraste entre la norma aragonesa (la costumbre) y una norma ajena a su sistema (el Código). En el fondo, es el mismo fenómeno por el que una disposición legal aragonesa desplaza a las normas del Estado, siendo entonces irrelevante la posible contradicción -meramente lógica- con ellas, pues sus relaciones no están regidas por el principio de jerarquía, sino por el de competencia.

Ahora bien, conviene recordar que respecto de las normas del Código que operan en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado, ya no estamos ante una costumbre fuente del Derecho civil aragonés, sino ante una costumbre regida por el Código, sujeta a su art. 1.º.3. La clave, por tanto, está en la extensión posible del Derecho civil aragonés. Dicho de otro modo, hasta donde pueda llegar una ley civil aragonesa puede hacerlo una costumbre aragonesa, sujeta sólo a normas superiores en el Ordenamiento aragonés.

*E. La prueba de la costumbre.* La existencia de una costumbre no es un hecho sobre el que las partes puedan disponer libremente en el proceso, por eso las reglas de la carga de la prueba de los hechos no son adecuadas para este caso. La costumbre es una norma jurídica a la que las partes están sujetas. Ahora bien, al no ser norma publicada por el aparato estatal ni tener otra publicidad que la de los hechos en que reposa, se comprende que los jueces no estén obligados a conocerla. De ordinario, será alegada por alguna de las partes en el proceso, que tendrá interés en probar su existencia y podrá hacerlo por todos los medios de prueba, que versará sobre los hechos reiterados de que nace o a través de los que se expresa la norma consuetudinaria.

Pero el juez puede y debe aplicar la norma consuetudinaria cuya existencia le conste e incluso hacer las averiguaciones pertinentes para cerciorarse de la costumbre alegada o que, a su conocimiento, pueda ser decisiva en el caso. Esto es lo que el art. 2.º 2 CDFFA. -siguiendo la Observancia 9ª *De probationibus*- le exige, más claramente a partir de la reforma de 1999, que sustituyó la expresión "su propio conocimiento" por la más tra-

dicional (*perscrutari*, decía la Observancia citada), clara y exigente de “sus propias averiguaciones”. No se impone expresamente al juez la obligación de conocer y aplicar la costumbre notoria (cfr. art. 1.º Comp. Galicia, art. 1.º LDCFPV, ley 3.ª.2 Fn. Navarra), pero si son notorios los hechos repetidos en que se basa la costumbre el juez habrá de aplicar ésta.

Para sus averiguaciones el juez podrá servirse de cuantos medios estime necesarios (cfr. art. 281.2 Lec.), que podrán dar lugar a actos procesales específicos o bien consistir en actividad privada del juez (consulta de repertorios, sentencias, autores).

La STJA 13 junio 1995 (RDCA, 1996, 1º, 3) aplica una costumbre del valle de Gistain (según la cual los fiduciarios para la designación de heredero han de ser personas pertenecientes a casas distintas de la misma familia) sin que, al parecer, tal costumbre fuera objeto de prueba en el pleito: a virtud, por tanto, de su propio conocimiento. Notable la coincidencia -más de un siglo mediante- con la S. Audiencia de Zaragoza 21 abril 1882, confirmada por la del TS 30 diciembre 1882 (Ripollés, I, 22 y 22 bis, II, 422 y 422 bis), que resuelven un supuesto de fiducia sucesoria conferida a los más próximos parientes con fundamento en la costumbre, aplicada por el juez de primera instancia “quien, de referencia a propias averiguaciones dice que es aquella regla general en el país”, de modo que tal costumbre aplicada a virtud del propio conocimiento del juez evitó la aplicación de las normas limitativas -ciertamente imperativas en su ámbito territorial de aplicación- de las leyes de Toro sobre testamento por comisario.

Interesantes consideraciones en el voto particular (f. j. 10) de la STSJA 11 noviembre 1998 (RDCA, 1999, 1º, 2), sobre supuesta costumbre -cuya existencia, correctamente, se niega- de dejar al menos cinco sueldos a cada uno de los hijos en concepto de legítima.

En las Audiencias, la Sala civil de la Territorial, en S. 20 febrero 1987, no aplicó la costumbre invocada sobre convivencia entre instituyentes e instituido en pacto sucesorio “a una mesa y mantel”, por no haber sido probada. La APZ, Sec. 4ª, 10 diciembre 1993, confirma S. del juzgado, que apreció costumbre de conceder un tercio del ribazo o talud entre dos fincas al propietario de la finca inferior. La S.APT 1 febrero 2005 tiene por acreditada la costumbre consistente en pastar unas mismas parcelas todos los años los mismos ganaderos, salvo oposición de los dueños de las parcelas.

## 7. Los principios generales.

Los principios generales en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico aragonés desempeñan distintas funciones:

a) En cuanto principios tradicionales, ponen en relación el Derecho vigente en cada momento con sus raíces históricas. Desempeñan así una función semejante a la de la “tradicón jurídica” en otros Derechos autonómicos, como el navarro o el catalán. Representan la dimensión historicista del Derecho civil aragonés. Historicismo limitado, pues no se pretende la vigencia, ni siquiera indirectamente, del Derecho de los Fueros y Observancias, que fue definitivamente derogado en un nítido planteamiento codificador por el Apéndice de 1925 (como éste por la Compilación).

b) Sobre los principios tradicionales priman los principios constitucionales y los generales del ordenamiento autonómico aragonés (también los principios generales del Derecho comunitario europeo). De manera que el campo de los principios tradicionales que hoy inspiran el Derecho aragonés está acotado por la Constitución, el Derecho europeo aplicable y las leyes aragonesas. Por eso no pueden ser hoy principios del Derecho aragonés, por ejemplo, el de familia fundada en el matrimonio (para excluir o posponer la descendencia no matrimonial), o el de subordinación de la mujer al marido y reconocimiento en éste de la jefatura de la familia. Son las leyes de hoy (la primera, la Constitución) las que criban y disciernen qué principios del pasado siguen operando hoy como principios tradicionales.

c) En cuanto principios generales sistemáticos, expresan que el Derecho aragonés no es un elenco inconexo de reglas especiales o de excepción (que sólo alcanzarían sentido por relación a un sistema externo y ajeno), sino que constituye un sistema animado por principios propios. Esta idea es subrayada por el concepto de “ordenamiento jurídico”, que cuando aparece en la Compilación aragonesa de 1967 no había sido utilizado todavía en una ley civil (para bien o para mal, el concepto no tiene entrada en el Código civil hasta la reforma de su Título Preliminar en 1974). Desde entonces, el concepto de “ordenamiento” quiere poner de relieve los caracteres de coherencia, sistematicidad, principios propios y capacidad de autointegración que corresponden, en su propio ámbito, al Derecho civil aragonés.

d) Los principios sistemáticos y los tradicionales sirven para interpretar las leyes y las costumbres aragonesas. En unas materias serán más significativos los principios tradicionales (por ejemplo, en ciertos aspectos

de los pactos sucesorios); en otras, los sistemáticos (por ejemplo, respecto del pasivo del consorcio conyugal). En todas, suponen que el Derecho civil aragonés tiene criterios interpretativos propios, eventualmente distintos de los que propone el Código civil.

e) Los principios generales del Derecho aragonés sirven para colmar lagunas de ley y de costumbre, antes de dar entrada al Derecho supletorio y para evitar la aplicación de éste. En particular, mediante el recurso a la *analogia iuris*, que es un método para conocer los principios sistemáticos, se da respuesta a casos no expresamente previstos en la ley aragonesa. Por tanto, es improcedente acudir al Código civil simplemente porque determinada institución o situación no esté expresamente regulada en la ley o en la costumbre, pues la respuesta correcta puede alcanzarse muchas veces mediante razonamientos que toman como punto de partida normas dadas para otros casos, para extender su solución al no contemplado cuando en ambos se aprecie identidad de razón, o para argumentar *a contrario*.

## 8. El principio “*Standum est chartae*”. Sentido e historia.

A. *Planteamiento*. El texto del art. 3.º CDFa sigue de cerca el de la Obs. 16 *De fide instrumentorum* (“De la fe de los documentos”), cuya traducción sería: “El Juez debe siempre atenerse a la carta (documento) y juzgar por ella y según lo que en ella se contiene, a no ser que en ella se contenga algo imposible o contrario al Derecho natural”.

Otra Observancia, la 1.ª *De equo vulnerato* (“Del caballo herido”), tras enunciar que por costumbre del reino los Fueros no reciben interpretación extensiva, añade concisamente: “y por fuero estamos a la carta” (*et de foro stamus chartae*). Esta Observancia, que es la primera con que se abre la recopilación oficial, es asimismo la más famosa (por ejemplo, hoy forma el texto del sello de la Facultad de Derecho de Zaragoza), si bien durante siglos se atendió más a lo que parece decir sobre la interpretación de los fueros que a la siguiente frase, referida a lo que el fuero dispone sobre “estar a la carta”. Ambas cuestiones se expresaban con el mismo brocárdico “*Standum est chartae*”, que significaría así dos cosas bien distintas: que en la interpretación de los fueros “hay que estar a la letra” (interpretación literal de la ley, por lo que no cabría interpretación extensiva ni restrictiva, mucho menos analogía), y que ha de juzgarse con arreglo a lo pactado o dispuesto por los particulares según resulta del documento.

En cuanto al criterio de literalidad para la interpretación de los Fueros, de gran importancia histórica (una manifestación significativa

puede verse en F. *De testamentis*, Alcañiz, 1436) y que dio lugar todavía en el siglo XIX a posiciones doctrinales contrastantes, es hoy cuestión totalmente ajena al sistema del Derecho civil aragonés. Las leyes aragonesas se interpretan, básicamente, como cualesquiera otras y cabe, no sólo la interpretación extensiva de sus preceptos, sino la analogía *legis* y la analogía *iuris*. Tampoco para la interpretación de los documentos o de los actos jurídicos cabe alegar hoy una supuesta regla de interpretación literal, que ninguna norma establece y que desmentirían preceptos como los arts. 201, 272, 384 y 416 CDFA. Así se pronunció la STSJA 29 marzo 2003, con cita de la de 5 octubre 1998, para la que “la necesidad de estar a la carta no excluye la interpretación del contenido del documento, precisamente para alcanzar la voluntad real de los que lo otorgaron”.. Doctrina corroborada por otras muchas sentencias posteriores. En la de 26 enero 2011 puede leerse: “dicho principio tiene actualmente, siguiendo la pauta marcada por Joaquín Costa, un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa (véanse las sentencias de esta Sala de 28 de marzo de 2.003, 25 de junio de 2.007 y 26 de febrero de 2.009, entre otras), por lo que no procede su invocación con fines hermenéuticos”.

En cambio, el apotegma *Standum est chartae*, en su sentido de primacía del pacto o disposición, como sinónimo o expresión del principio de “libertad civil” tal como lo entendió Joaquín COSTA, es el principio general más característico del Derecho aragonés. Como expresó la Exposición de Motivos de la Compilación de 1967, en el art. 3.º de la misma “se configura el principio *Standum est chartae* en acatamiento a la tradición jurídica del país sobre autonomía de la voluntad y libertad civil”. Sus avatares desde el siglo XIX le han llevado a constituirse en símbolo o emblema de todo el Derecho civil aragonés, con la consiguiente dificultad, propia de todo emblema, para interpretarlo y precisar su alcance y sus funciones.

B. “Por fuero estamos a la carta”. “Pactos rompen fueros”. La Observancia “*De fide instrumentorum*” aparece por vez primera, que sepamos, en la colección de PÉREZ DE SALANOVA, a principios del siglo XIV; la “*De equo vulnerato*”, en la de Jaime de HOSPITAL, a finales del mismo siglo. Son textos, por tanto, relativamente tardíos. Pero las Observancias no inventaron ni introdujeron el principio ni su expresión esencial. La Obs. *De equo vulnerato* dice que es el fuero el que ordena estar a la carta (*et de foro estamus chartae*), y tal fuero, a menudo olvidado, existió realmente: es el fuero *De confesis* (Jaime I, Huesca, 1247), en que se lee que cuando en un pleito una parte alega la carta (el pacto) contra la otra, el juez no debe

juzgar sino según aquel documento (*ipse Iustitia non debet iudicare nisi ad illam cartam*). Es interesante reseñar que los antecedentes de este fuero se encuentran en recopilaciones de fueros de la tradición jacetana, incluido un texto de mediados del siglo XII, en que ya aparece la expresión “*iudicare ad cartam*”. Por otra parte, en los Fueros de Teruel, desde 1177, hay textos muy expresivos del deber de los jueces de atenerse estrictamente a lo contenido o escrito en los documentos. Recordemos que estos fueros no tienen, en principio, nada que ver con los Fueros de Aragón (aunque no conocemos suficientemente las relaciones entre una y otra foralidad). Pero ocurre que en su última refacción, en 1564 (Felipe II), se añade una aclaración del siguiente tenor: “Queremos y mandamos que todos y qualquiera pactos e convenciones que se harán entre partes, aunque sean contra natura del tal contrato, se hayan de observar y guardar en juycio y fuera del, pues dichos pactos o el otro de ellos no sean contra ius naturale, ni imposibles: pues por fuero de Teruel *sit standum chartae*”. Es evidente que se utiliza la formulación de la Obs. 16 *de fide instrumentorum*, proporcionando una interpretación auténtica de ésta en el sentido de la libertad de pacto.

Nada de lo anterior significa que la expresión encarecedora del valor del pacto sea algo específico del Derecho aragonés, ni que en Aragón se proclame y respete la libertad civil o la autonomía de la voluntad de manera distinta y con mayor fuerza que en otros lugares de Europa. De hecho, como expone con detalle LACRUZ BERDEJO, apotegmas y principios de tenor semejante a los aragoneses se extienden por muchos territorios de Europa (de Francia, de Alemania, de Inglaterra) desde el siglo XII, y en el Fuero General de Navarra (siglo XIII) se formulará con gran contundencia con la fórmula “paramiento fuero vience”. En todos estos casos se expresa un rechazo más o menos profundo al Derecho romano, negando que sus normas tengan aplicación como límite de la voluntad de los particulares, pero también una concepción de los estatutos o Derechos territoriales respetuosa de la libertad de los particulares al pactar o disponer sobre sus propias incumbencias.

Esta idea dio en Aragón (aunque no podemos documentarlo para épocas alejadas) el aforismo “pactos rompen fueros” y sin duda los aragoneses ejercieron esta libertad casi sin límites. Por ejemplo, pactaron con frecuencia en capítulos matrimoniales la inaplicación de los Fueros y Observancias en su conjunto, así como dispusieron de sus bienes para después de la muerte prescindiendo de la legítima del Fuero. En el Derecho público, llegaron a acordar “desaforamientos” temporales, me-

dianete declaración por concejos de ciudades y villas de que no habían de aplicarse durante algún tiempo los fueros que establecían garantías para la persecución y castigo de presuntos delincuentes, sino que había de procederse contra ellos desafortunadamente.

### **9. El principio “*Standum est chartae*” y las fuentes del Derecho civil de Aragón.**

A. *La autonomía privada no es fuente del Derecho.* El art. 3.º se encuentra en el Título preliminar, que tiene como rúbrica “Las normas en el Derecho civil de Aragón”. Por ello ha podido plantearse si los pactos o las disposiciones de los particulares (la autonomía privada, en suma) es fuente del Derecho civil de Aragón.

En sentido propio, la autonomía privada no es fuente del Derecho civil aragonés, puesto que no emanan de ella normas jurídicas con los caracteres de abstracción y generalidad. La autonomía privada da regla o norma para el caso concreto y las personas señaladas, que son aquéllas de que la norma procede; y aunque a veces pretende regular, mediante la formulación de hipótesis, una serie indefinida de acaecimientos posibles en el futuro, no lo hace con alcance general, sino para personas determinadas. Si se opina, en el terreno de la teoría general del Derecho, que también es norma la que carece de los caracteres de abstracción y generalidad, puede decirse que el pacto es fuente u origen de esta norma concreta. Pero, aun entonces, está claro que no será fuente “del Derecho civil de Aragón”, como lo son la ley, la costumbre y los principios generales.

Es posible que los Proyectos de Apéndice de 1889 y 1904 quisieran dar al pacto rango de fuente del Derecho por encima de la ley (especialmente el de 1889, que enumera como primera de las “fuentes del Derecho civil aragonés” “el acuerdo o convenio”). Puede entenderse este planteamiento si se adopta el punto de vista de la aplicación de la norma al caso concreto sometido al juez: éste ha de buscar la norma (particular y concreta) aplicable al caso, en primer lugar y antes que en la ley, en la carta.

Cabe también indicar, con LACRUZ, que en Aragón, aun sin constituir legislación, la voluntad de los otorgantes expresada en capítulos y testamentos prolonga su vigencia y su imperio a través de las familias y de las generaciones, imponiéndose a personas que no pactaron, respecto de las cuales tiene la condición heterónoma de una ley.

B. *Sí es fuente del Derecho el principio “*Standum est chartae*”.* La razón principal de la situación del contenido del art. 3.º en el Título Preliminar

es que enuncia expresamente el principio general tradicional y sistemático más importante del Derecho civil de Aragón. Este principio, como todos los demás, sí que es fuente del Derecho aragonés, lo informa, sirve para guiar su interpretación y aplicación y puede tener más consecuencias que las que el legislador enumera.

El enunciado legal del principio fija y aclara su principal virtualidad (conforme a él, “se estará... a la voluntad de los otorgantes”), pero no agota sus potenciales aplicaciones, pues el legislador, si por un lado ha querido plasmarlo en la letra de la ley, por otro lo ha querido en cuanto principio general que, por ello, excede siempre en sus posibilidades de las palabras en que circunstancialmente se exprese.

Otras expresiones de este principio se encuentran, por ejemplo, en los arts. 108, 185, 195 y 318.

C. *Lo que dice el principio respecto de la ley.* Hay, además de lo expuesto y de la conveniencia simbólica de colocarlo en el frontispicio de la Compilación, otra buena razón técnica para que el principio *Standum est chartae* se exprese en el Título preliminar. De acuerdo con este principio, las leyes se presumen supletorias o de Derecho voluntario, lo que supone un rasgo específico de la ley que merece ser advertido a la vez que se la enumera entre las fuentes del Derecho civil aragonés.

Rasgo tan importante que LACRUZ llega a considerarlo “la clave de la cuestión”: “Sobre todo, importaba que quedase clara la primacía de la voluntad, a través de una presunción de supletoriedad de las leyes”. Por ello, el precepto correspondiente del Anteproyecto de Compilación elaborado por la Comisión aragonesa comenzaba diciendo que “en aquellas materias capaces de regularse por pacto o disposición unilateral, la ley, mientras no se deduzca claramente lo contrario, tiene sólo valor supletorio del arbitrio del individuo”. Lo demás, que el juez haya de atenerse a la carta, aparecía como una consecuencia de este valor subsidiario de la ley. Y así sigue siendo, porque no hay indicio de que la supresión de estas palabras en la Comisión de Codificación quisiera alterar sustancialmente el contenido del principio. Sobre todo, ello es así porque este es el alcance y virtud del principio según la tradición jurídica de que trae causa el enunciado contenido en el texto legal.

En 1967, a la Comisión aragonesa preocupaban, sobre todo, los preceptos imperativos del Código civil: era difícil reconducirlos a su papel de Derecho supletorio de la voluntad de los particulares cuando el legislador residía en Madrid y consideraba al Código como Derecho común, normas imperativas incluidas. Hoy el problema está superado y

la dicción del final del art. 3.º, redactado por la ley de 1999, no deja lugar a dudas, según se explica en el número siguiente.

La cuestión se plantea hoy únicamente respecto de las leyes aragonesas, que, en efecto, han de presumirse meramente supletorias de los pactos y disposiciones. Esto no significa, naturalmente, que no haya normas aragonesas imperativas (como vamos a ver a continuación), ni supone una limitación para el legislador, que puede establecer las normas imperativas que le parezcan convenientes, sino una actitud por su parte de general confianza en la sensatez y buen sentido con que los aragoneses regularán libremente sus asuntos, sin necesidad de prohibiciones.

Tampoco parece que haya de regir en Aragón la regla según la cual los actos jurídicos contrarios a norma imperativa son nulos de pleno derecho, salvo que la norma disponga otra cosa (art. 6.º.3 Cc.). Es acorde con el principio *Standum est chartae* la averiguación, caso por caso, de las consecuencias de la contradicción con la ley, que sólo serán las de invalidez cuando la ley lo prevea así (como señala expresamente el Fn. navarro, ley 7ª; el mismo sentido tiene el art. 111-6 del Código civil de Cataluña), aunque tampoco es preciso que paladinamente establezca la sanción de nulidad para que ésta sea la adecuada, si así resulta de la interpretación del precepto prohibitivo.

## 10. **Ámbito y límites de la libertad civil.**

A. *Ámbito: la totalidad del Derecho civil aragonés posible.* El principio *Standum est chartae* opera en la totalidad del Derecho civil aragonés, en todas las partes o materias que lo componen: obligaciones y contratos, derechos reales, persona y familia, sucesiones. Correlativamente, sólo en el Derecho civil aragonés (ámbito en el que es supletorio el Derecho civil general de España), no en el Derecho civil estatal estrictamente tal, es decir, aquel que necesariamente es de la competencia exclusiva del Estado.

Dicho de otro modo: hasta donde podría legislar el legislador aragonés, y con la misma libertad, pueden disponer los aragoneses mediante pactos o disposiciones, pues hasta donde llega la competencia legislativa aragonesa en materia de Derecho civil, hasta ahí mismo alcanza la virtualidad del *Standum est chartae*. Como dijo PORTOLÉS (ciertamente en contexto muy distinto, pero con finalidad análoga) “todo lo que puede hacer la ley puede hacerse por medio del pacto”. En este ámbito no hay más normas imperativas que las aragonesas. En particular, conviene recordar que las del Código civil sólo pueden ser supletorias de la voluntad de los

particulares (como lo son de las leyes y las costumbres civiles aragonesas), pues, ahora lo mismo que en 1967, sólo en defecto de principios aragoneses, entre ellos, muy señaladamente, el *Standum est chartae*, puede ser llamado el Código civil en su función de Derecho supletorio.

*B. Límites: en general.* Tres señala el art. 3.º CDFA: lo imposible, la Constitución y las normas imperativas aragonesas.

Desde 1967 y hasta 1985, el art. 3.º señalaba como límites, además de lo imposible, la contrariedad al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón. Los dos primeros proceden, obviamente, de la tradición jurídica basada en la Obs. 16 *De fide instrumentorum*.

La alusión al Derecho natural fue suprimida desconsideradamente y sin pensar en sus consecuencias por el legislador de 1985. La enmienda del grupo parlamentario socialista que dio luego lugar a la inopinada supresión proponía inteligentemente sustituirlo por el de los “principios generales del Derecho”, por ser, se decía en la enmienda, “más globalizador y más acorde con el espíritu de nuestro texto constitucional”, pero el hecho es que se suprimió sin más. Ciertamente, operaba el límite de los preceptos y principios constitucionales en su función de señalar un mínimo ético común, como expresamente dice desde 1999 el art. 3.º.

También en 1999 la referencia a las “normas imperativas del Derecho aragonés” sustituyó a la ambigua e insuficiente (pero difícilmente mejorable en 1967) de la “norma imperativa aplicable en Aragón” (que tendría igualmente a posponer la aplicación de las normas del Código).

*C. El límite de lo imposible.* El precepto vigente, sin pretender modificar lo sustancial de anteriores redacciones -en que la imposibilidad se predicaba de las cláusulas de los documentos-, refiere directamente la imposibilidad de cumplimiento a la voluntad de los otorgantes. La imposibilidad de cumplir incluye la imposibilidad originaria de la prestación, que impide el nacimiento de las obligaciones (en lo que no dice cosa distinta de los arts. 1.116 Cc., sobre condición imposible, 1.272 Cc., sobre cosas o servicios imposibles y 1.460 Cc.). Pero la imposibilidad de dar cumplimiento a los preceptos de la autonomía de la voluntad objetivados en la carta no se restringe al Derecho de obligaciones, sino que abarca también el ámbito de los derechos reales, de familia y de sucesiones). Este es uno de los aspectos en que el art. 3.º difiere del alcance del art. 1.255 Cc.

Puede hablarse de una imposibilidad jurídica. Se incurriría en ella al utilizar una figura jurídica privándole en forma contradictoria de algún elemento esencial. En este sentido, resulta imposible una compraventa sin precio, una donación sin ánimo de liberalidad, unos capítulos sin refe-

rencia alguna al matrimonio o una institución de heredero universal que no responda en absoluto de las deudas (las consecuencias de esta imposibilidad, por lo demás, dependerán de cada caso). Por el contrario, no es imposible el pacto *contra natura contractus*, como sería una compraventa sin responsabilidad por saneamiento, o una enfiteusis sin comiso, laudemio y fadiga, por recordar ejemplos ya señalados por los clásicos.

Son también de imposible cumplimiento las cláusulas irreductiblemente contradictorias o que obligan o permiten y al mismo tiempo prohíben.

En general, servirá para convencer de que no incurre en imposibilidad jurídica el negocio, cláusula o combinación pretendidos el mero hecho de que se encuentren admitidos en algún ordenamiento jurídico vigente o pretérito.

El límite de lo imposible pocas veces se transgredirá en la práctica, pero no por ello es menos importante su señalamiento. Antes al contrario, muestra, en positivo, que está al alcance de la autonomía de la voluntad todo lo que es posible sin excepción, ni precisión de ningún otro fundamento: también lo inusitado, lo desconocido hasta entonces, aun lo arbitrario y caprichoso, sin necesidad en ningún caso de que el legislador o la costumbre lo autoricen, reconozcan, prevean o imaginen. No se necesita más apoyo para la validez del acto de autonomía que el propio principio *Standum est chartae*, con límites tan lejanos como el de lo imposible, que más parece hipérbole para ponderar la amplitud inusitada de la libertad reconocida que confín cierto de las posibilidades de autorregulación.

*D. El límite de la Constitución.* Es obvio que la autonomía privada de los aragoneses está sujeta a la Constitución, pero convenía expresarlo en el art. 3.º -y así se hace desde 1999- ya que sus normas no pertenecen al Derecho aragonés, sino que están por encima de éste, y de ellas derivan principios generales de todo el ordenamiento español que delimitan el campo de lo lícito y admisible. La referencia a la Constitución, por tanto, viene a desempeñar la función que históricamente correspondió al Derecho natural, a la vez que proporciona también los principios de orden público español que han de respetarse en cualquier caso.

*E. Las normas imperativas del Derecho aragonés.* Estas son, ante todo, las emanadas del legislador, pero también pueden derivar de la costumbre y de los principios generales tradicionales. Las legales se encontrarán casi exclusivamente en las leyes autonómicas de carácter civil. No porque en las demás leyes no pueda haber normas prohibitivas, sino porque, de estar fundadas en títulos competenciales distintos de la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, según reiterados pro-

nunciamientos del Tribunal Constitucional no pueden determinar las consecuencias *inter privatos* del incumplimiento de las prohibiciones legales (así, STC 264/1993, de 22 de julio, al declarar inconstitucional el ap. 2 del art. 24 de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón).

El CDEFA contiene bastantes normas imperativas o de *ius cogens*. No tendría demasiada utilidad formar ahora un catálogo de ellas, que se verá, cada una, en el lugar sistemático apropiado. Cabe señalar que el art. 185.2. hace una precisa enumeración de las más importantes en el Derecho de familia.

Probablemente, son más en las leyes civiles aragonesas las normas que, por el contrario, tienden a dejar claro que en el Derecho aragonés no rigen determinadas prohibiciones que el Código civil mantiene (o mantenía en 1967), siguiendo una técnica que procede del Apéndice de 1925 y que entonces era imprescindible, por no reconocerse el principio general de libertad civil. Este es el sentido de preceptos como los arts. 195, 197 y 200 (sobre capítulos matrimoniales), 215 (ampliación o restricción de la comunidad) y 272 (primacía del pacto en la regulación de la viudedad) y 307.1 (sobre parejas estables no casadas), en el Libro II. Asimismo, en el Libro III (Sucesiones), arts. 318 (general); 377 (sucesión paccionada); 399 (renuncia a la herencia futura); 477 (testamento mancomunado); 423 (que reduce o flexibiliza requisitos que el Código establece para la validez del testamento); 439 (fiducia sucesoria); 464 y 465 (sobre algunos aspectos de las sucesiones voluntarias) y tantos otros. Hoy, en rigor, tales normas no serían imprescindibles, pero resultan útiles para evitar toda duda, además de contribuir a perfilar, en algunos casos, institutos tradicionales y, en muchos otros, señalar algún requisito o concretar las consecuencias de determinados negocios o cláusulas.

### **11. Aplicaciones del principio.**

Las normas citadas al final del número anterior contienen aplicaciones concretas del principio *Standum est chartae* que el legislador ha querido señalar expresamente. Pero, como se ha reiterado, no son necesarias normas de este tipo para que el principio opere; antes al contrario, su valor principal consiste en que sus virtualidades pueden desplegarse en cualesquiera casos imaginables, siempre que no se traspasen los límites establecidos.

El Prof. LACRUZ indicó buen número de aplicaciones del principio en los diversos ámbitos del Derecho civil. Muchas de ellas han sido reco-

gidas luego por el legislador. Merece la pena hacer mención de algunas que, en temas de Derecho patrimonial, marcarían diferencias entre el Derecho del Código civil y el aragonés.

En materia de obligaciones y contratos, puede ser fuente de las obligaciones la voluntad unilateral, siempre que tenga cierto reconocimiento social; por otra parte, no es requisito necesario del contrato la causa del mismo: sobre ambas cuestiones había reflexionado LACRUZ ya en su primera obra, sobre la *Promissio sine causa* en los Fueros de Aragón (1944).

No hay un *numerus clausus* de derechos reales. Planteamiento valioso para la práctica, por ejemplo, en materia de variedades atípicas de la propiedad horizontal y en las urbanizaciones. También proponía LACRUZ la posibilidad de configurar como derecho real la reserva de tesoros que pacta con el comprador el dueño de la casa que se sospecha contenerlos (lo negó la STS 27 junio 1988, a pesar de que la cláusula estaba inscrita en el Registro de la Propiedad). Es viable asimismo, e inscribible, el instrumento mediante el cual se transmite el dominio de un inmueble sin expresar la causa. Tampoco hay razón para considerar operante entre nosotros la prohibición del art. 400.2 Cc. de pactar la indivisión por tiempo superior a diez años (cfr. art. 365 CDFR).

La lista, naturalmente, no es exhaustiva, y cada supuesto de los sugeridos requeriría análisis y explicaciones que no son de este lugar.

## 12. El principio en la jurisprudencia.

El principio *Standum est chartae* es invocado con gran frecuencia en las resoluciones judiciales, aunque no siempre tiene un papel relevante y autónomo en la motivación del fallo.

En el siglo XIX prestó gran servicio en los tribunales -junto con la costumbre- para fundamentar instituciones como el testamento mancomunado, los pactos sucesorios o la fiducia, que apenas tenían reflejo en el Cuerpo de Fueros y Observancias entonces vigente, precisamente por ser creación de los particulares en ejercicio de su libertad. Gracias a ello, como se ha dicho, algunas importantes aplicaciones concretas del principio pudieron llegar al Apéndice de 1925. En los últimos tiempos es también en asuntos de Derecho de familia y de sucesiones cuando los tribunales han de pronunciarse con más precisión sobre el alcance del principio, al juzgar sobre capitulaciones tradicionales que vienen a ser “la carta fundacional de la casa” (con expresión de la STSJA 9 noviembre 1991).

La STSJA 18 diciembre 1990 (RDCA, 1995, 1º, 2) se ocupa del requisito de forma (que el principio exige en su propio enunciado), para decla-

rar nula donación de hacienda sin escritura pública. El requisito de forma aflora también en la STSJA 29 septiembre 1992 (RDCA, 1995, 1º, 8), respecto de un supuesto pacto entre hermanos para determinar cuál de ellos había de ser el heredero.

En la STSJA 13 junio 1995 (RDCA, 1996, 1º, 3) el aspecto más relevante es el de la interpretación e integración, en el caso mediante el recurso a la costumbre local, de las cláusulas de unos capítulos. Problemas de interpretación y aplicación se abordan también en las SSTSJA 29 septiembre 1992, arriba citada, y 5 octubre 1998 (RDCA, 1999, 1º, 1) y 29 marzo 2003.

En la STSJA 5 julio 1995 (RDCA, 1996, 1º, 4) el principio sirve para fundamentar una sociedad familiar atípica en liquidación, que no encajaba en los moldes del art. 33 Comp. La STS 10 abril 1990 casa la de la Audiencia de Zaragoza por infringir el principio, al no aplicar las consecuencias de una cláusula testamentaria a favor de viudo al que se instituyó como usufructuario universal de todos sus bienes «para los días de su vida, bajo la única condición de que al ocurrir el fallecimiento de éste pasen los bienes todos a los legítimos herederos de la testadora», cláusula que la Audiencia, contra su claro texto, entendió como viudedad foral.

En resoluciones de primera instancia el principio es a veces citado -junto con preceptos del Código civil, como sus arts. 1.091 y 1.255- en asuntos ajenos al Derecho de familia y de sucesiones. Así, en S. JPII Teruel núm. 2, 31 diciembre 1994 (RDCA, 1996, 2º, 27: renta pactada en vivienda de protección oficial, superior a la permitida) y SS. JPII Teruel núm. 1, 9 febrero 1995 (RDCA, 1997, 1º, 43: cláusula de estabilización en arrendamiento urbano), 18 mayo 1995 (RDCA, 1997, 1º, 54: cláusula penal en contrato de compraventa de vehículo) y 15 noviembre 1995 (RDCA, 1997, 1º, 62: compraventa de participación en multipropiedad). No es algo nuevo: la Audiencia de Zaragoza ya había invocado un siglo antes el principio aragonés junto a las normas del Cc. o las anteriores de la Novísima Recopilación en SS. como las de 28 abril 1894, 24 junio y 7 diciembre 1895 (Ripollés, III, núms. 622, 623 y 624).

Supuestos de este tipo -en principio, alejados del tradicional Derecho foral en su más restrictiva interpretación “familiar” en torno a la casa-pueden ser muy importantes si, entonces, el recurso de casación es competencia del TSJA. Lo negó un A. TSJA 3 julio 1992, entendiendo que de otro modo se perjudicaría la competencia del TS. Pero en 1998, en época en que el TS había decidido remitir al TSJA todos los recursos que éste rechazaba en razón de la supresión del art. 29 EAA, remitió en efecto uno fundado en infracción de los arts. 1.281, 1.282, 1.091 y 1.445 Cc. y, además,

del art. 3.º Comp. (alegado por primera vez en casación). El TSJA aceptó la competencia y resolvió por S. 5 octubre 1998 (RDCA 1999, 1º, 1).

En la citada STSJA 5 octubre 1998 se hacen dos importantes declaraciones. Frente a la alegación del recurrido, que señala que es en el recurso de casación cuando por vez primera el recurrente alega el art. 3º Comp., se establece que “los tribunales que conocen de un litigio que ha de ser resuelto conforme al Derecho civil de Aragón habrán de aplicar el art. 3º Comp. sin necesaria invocación de parte, por tratarse de un precepto general sobre la aplicación de las normas del Derecho civil de Aragón”. De otra parte, se formula de la siguiente manera la esencia del principio: “Consagra el legislador aragonés... el principio de la libertad civil, que permite a los ciudadanos establecer sus relaciones en la forma y con el contenido que tengan por conveniente, tanto en materia de obligaciones y contratos como en otros ámbitos del Derecho civil”.

Se plantea de este modo la importantísima cuestión de si al TSJA corresponde la competencia casacional siempre que se alegue infracción del art. 3.º CDFFA (como ha aceptado reiteradamente, en el caso paralelo del principio “paramiento fuero vence”, el TSJN); de modo que, entonces, toda la materia a la que pudiera extenderse el principio de libertad civil viene a ser por ello Derecho civil aragonés (que es la premisa necesaria para la competencia del TSJA). La cuestión es relevante en el caso juzgado por la STSJA 29 mayo 2000.

### **13. ¿Otras fuentes del Derecho civil aragonés? En particular, el papel de la jurisprudencia.**

No hay más fuentes de producción del Derecho civil aragonés que las enunciadas en el art. 1.º-1 CDFFA. Ni la equidad, ni la analogía, ni la jurisprudencia son fuentes, pero resulta oportuno decir de ellas algunas palabras, en particular de ésta última.

*A. La equidad.* Era invocada expresamente en el Prólogo de los Fueros de 1247 como medio único de colmar las lagunas del fuero (junto al “sentido natural” y quizás como términos sinónimos). En el CDFFA encontramos únicamente tres referencias en temas específicos, poco significativas (arts. 197.3, 202 y 269). Puede la equidad tener alguna función como criterio director de las decisiones de la Junta de Parientes.

*B. La analogía.* Nadie duda hoy de la posibilidad de aplicar una norma legal aragonesa a casos semejantes no comprendidos en ella (*analogia legis*), así como de inducir principios generales partiendo de una plurali-

dad de casos regulados, de modo que el principio rija otros muchos en que el legislador no pensó (*analogia iuris*). Esto último está incluido en la invocación como fuente de los principios generales, según se ha visto. Sólo después de los principios -por tanto, ya agotadas todas las posibilidades de la analogía- procede acudir al Derecho supletorio (STSJA 8 marzo 2005). La STSJA 7 noviembre 2001 razona muy acertadamente sobre el papel de la analogía en nuestro Derecho, en un interesante caso en que se pretendía -y no se admitió- la aplicación analógica de la norma del art. 143 Comp. (hoy 539.2 CDFA) sobre inmisión de raíces y ramas a unos aerogeneradores cuyas aspas en su giro sobrevolaban suelo ajeno (vid. también la STSJA 6 julio 2005, que cita la anterior, y la de 20 junio 2005, que aplica analógicamente el art. 123 LSuc. -hoy art. 438 CDFA- a una relación de pareja estable).

*C. La jurisprudencia. La casación foral.* La jurisprudencia, como doctrina establecida, de modo reiterado, por los tribunales, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho tiene una función en principio idéntica en todo el Derecho civil español, estatal o autonómico.

De manera general, la jurisprudencia de los tribunales -de todos ellos- tiene autoridad o eficacia ejemplar por su calidad y fuerza de convicción para otros jueces y para los ciudadanos. En ningún caso, tampoco cuando procede del Tribunal Supremo, tiene fuerza vinculante. Ahora bien, cuando procede de los Tribunales competentes para entender del recurso de casación por infracción de ley, es claro que, por lo regular, dichos tribunales darán lugar al recurso cuando el tribunal inferior haya interpretado la ley apartándose de la doctrina del superior, por lo que su doctrina interpretando la ley se impondrá fácilmente en la práctica.

En materia de Derecho civil aragonés, es competente para entender del recurso de casación, en la generalidad de los casos, el TSJA. Esta competencia abarca todos los recursos contra resoluciones de los tribunales con sede en Aragón susceptibles de casación, siempre que se funden en infracción de norma jurídica civil aragonesa (ley, costumbre o principios), incluido, en mi opinión, el supuesto en que la norma infringida sea del Código civil en su función de Derecho supletorio.

La doctrina del TSJA, por tanto, es de vital importancia para la unificación de la jurisprudencia sobre Derecho civil aragonés. Pero más aún y previamente para la formulación misma de esa doctrina jurisprudencial orientadora, emanada de un intérprete especialmente autorizado por su situación en la cúspide de la organización de los Tribunales en Aragón.

En atención a ello, las Cortes de Aragón aprobaron la Ley sobre la casación foral aragonesa (Ley 4/2005, de 14 de julio), que aligera notablemente los requisitos para acudir a la casación ante el TSJA: basta con que la cuantía del pleito sobrepase los 3.000 €. Es de esperar que, de este modo, llegue a la consideración de este Tribunal un número varias veces superior de casos y que con sus resoluciones satisfaga las legítimas esperanzas que con su constitución suscitó.

La doctrina del Tribunal Supremo seguirá constituyendo jurisprudencia también en materias de Derecho civil aragonés. La formada con anterioridad puede alegarse en el recurso de casación ante el TSJA (naturalmente, también ante el propio TS). Pero ocurre que también puede seguir creando jurisprudencia de Derecho aragonés -eventualmente, en contraste con la del TSJA- a través de los recursos de casación sobre Derecho aragonés para los que, de acuerdo con las normas procesales, puede ser competente (por proceder el caso de tribunales no aragoneses).

#### **14. El Derecho supletorio.**

Como es sabido, para los juristas aragoneses de la época de la codificación (al menos, su inmensa mayoría, expresada a través de las Corporaciones profesionales) el único Derecho supletorio del Derecho aragonés había de ser el Código civil, hasta el punto de que el art. 13 Cc. (derogado en 1974) que así lo estableció procede de una enmienda aragonesa a la Ley de Bases del Código civil formulada en el Congreso por GIL BERGES. Esta postura es consecuencia del rechazo secular a la recepción del Derecho romano, cuando las circunstancias históricas llevan al convencimiento de que la remisión que en 1247 se había hecho al sentido natural y a la equidad resultaba poco útil para resolver los muchos asuntos que los Fueros y Observancias, congelados desde hacía más de siglo y medio, no abordaron.

Consecuentemente, la Compilación estableció en 1967 que “en defecto de tales normas [es decir, la Compilación, integrada con la costumbre y los principios generales tradicionales], regirán el Código civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español”. En su momento, esta fue la norma fundamental respecto de las relaciones entre Derecho civil aragonés y el Derecho general español, Código civil incluido. Desde 1974, estas relaciones, respecto del Código civil (no respecto de las demás disposiciones del Derecho general español), venían determinadas también por el art. 13 Cc., que no alteraba en nada la situación fijada por el art. 1.º Comp. (ni lo pretendió: vid. art. 2.º D. 1.836/1974, de 31 de

mayo, por el que se reconoce fuerza de ley al texto articulado del Título Preliminar del Código civil).

El posterior cambio radical no lo opera la reforma del art. 1.º Comp. en 1999, sino la Constitución de 1978, que sustituye la raíz o fundamento de las relaciones entre un Derecho civil ya competencia de la Comunidad Autónoma y el Derecho estatal. Ahora la norma básica no está (no podría estar) ni en el Código ni en la Compilación (leyes ordinarias de ordenamientos distintos, entre las que no hay relaciones jerárquicas), sino en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, a la vez éste Ley Orgánica del Estado y Norma Institucional básica de la Comunidad Autónoma de Aragón. En la Constitución, es norma clave la expresada al final de su art 149.3: “El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas”.

Por Ley 1/1999, el art. 1.º-2 Comp. quedó redactado del siguiente modo: “El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio sólo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan”. Así dice hoy el mismo artículo y apartado del CDA.

Esta redacción tomó del Estatuto entonces vigente la designación del Derecho estatal como “Derecho general del Estado”. Esto último, en razón de que las normas autonómicas son también normas del Estado español y, para ciertas sensibilidades políticas, es importante subrayarlo mediante una terminología que concreta con el adjetivo “generales” las normas del Estado (las emanadas de su órganos o instituciones centrales) distintas de las emanadas de las Comunidades Autónomas. Además, el precepto indica que la aplicación del Derecho civil general del Estado se hará “de acuerdo con los principios que informan” a las normas aragonesas.

### **15. La aplicación del Derecho supletorio.**

Derecho supletorio es el aplicable, en el ámbito del Derecho civil aragonés, en defecto de norma aragonesa. Las normas aragonesas no tienen por qué ser deficientes o insuficientes, necesitadas de otras supletorias, ya que nada se opone a que el legislador aragonés legisle tan completamente en el ámbito de su competencia que (en su caso, junto con la costumbre y los principios) no deje ningún hueco por el que pueda entrar el Derecho supletorio. La supletoriedad del Derecho estatal es, por tanto, contingente (y meramente transitoria, si la Comunidad autónoma quiere agotar sus competencias en la materia).

En definitiva, la mayor o menor aplicación del Código civil, como supletorio de un Derecho civil autonómico, depende del legislador auto-

nómico. Puede éste legislar con el propósito de evitar toda ocasión en que el Código civil español sea llamado en concepto de supletorio (tal parece la política legislativa seguida en Cataluña); pero puede también entender más adecuado obrar de manera distinta.

El legislador aragonés, al aprobar la Ley de Sucesiones por causa de muerte en 1999, ha advertido que “no pretende agotar o llegar al límite de la competencia autonómica en esta materia”, pues, correlativamente, no “trata de excluir” la aplicación del Código civil, partiendo del reconocimiento de que los juristas aragoneses nunca han sentido como ajeno el Código civil ni mucho menos mostrado su rechazo o repulsa al mismo; en consecuencia, “es grande el espacio que esta Ley deja a las normas del Código civil, en concepto de Derecho supletorio de acuerdo con el art. 1º Comp.” (Preámbulo, ap. I). El mismo criterio ha seguido en el resto de las leyes luego refundidas en el CDFA.

Mayor espacio al Código, como Derecho supletorio, dejaban las normas de la Compilación, pues, aprobadas originariamente en Madrid, excluía entonces el poder político que una norma compilada reprodujera con variantes o complementos un precepto del Código, entendido entonces por la doctrina dominante como “Derecho común español”. Hoy el legislador autonómico puede, si quiere (en el ámbito de su competencia), promulgar tanto normas que coincidan exactamente con las del Código como que las contradigan frontalmente. Como ha aclarado repetidas veces el Tribunal Constitucional, ninguna objeción hay a que una Comunidad copie normas estatales o se inspire en ellas (mientras lo haga en el ámbito de sus competencias).

Ahora bien, las normas autonómicas *desplazan* al Derecho estatal y le privan de la ocasión de ser aplicado como supletorio, pero no lo *derogan*, pues no forma parte de su ordenamiento. El Derecho estatal desplazado queda siempre ahí, vigente en su sistema propio y presionando desde abajo al autonómico de preferente aplicación pasando a llenar todos los huecos que en él se produzcan. Esta realidad obliga a una cuidadosa técnica legislativa en las leyes autonómicas, para evitar soluciones inopinadas a través de un Derecho supletorio con el que no se contó.

Esta es la razón de que se insista en que el Derecho supletorio ha de aplicarse de acuerdo con los principios que informan las normas aragonesas. La norma supletoria viene al servicio del Derecho aragonés, para proporcionar soluciones cuando ninguna se encuentra de un modo u otro en éste, no para contradecirlo o limitarlo, sino para ayudar a la consecución de un orden armónico de respuestas coherentes, informadas, por tanto, por los mismos principios.

Evitar “la injerencia de aquellos preceptos del Código civil que no armonizan con los principios del Derecho aragonés o dificultan la aplicación o desarrollo de sus instituciones propias” (Preámbulo Lsuc., I) es la finalidad de la inclusión en las leyes aragonesas de normas específicas que, si no fuera por la presión del Derecho supletorio y su posible invocación errónea por los intérpretes, serían totalmente innecesarias.

Así, por ejemplo, la mayor parte, si no todas, de las citadas al final del núm. 10. También, igualmente como ejemplos, las indicaciones en el CDFA de que la colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley (art. 362), de que no hay reservas hereditarias legales (art. 464.3) y de que son válidas las condiciones de contraer o no matrimonio en todas sus variantes, así como las llamadas (peyorativamente) captatorias, tienen la finalidad de evitar la indebida injerencia o intromisión de ciertos preceptos del Código. Si no hubiera en el Código civil artículos como los 1.035 ss., 811 y 968 ss., y 793 y 794, carecerían de objeto los citados preceptos aragoneses pues, como es obvio, no hay en un ordenamiento más consecuencias legales (como las reservas o la colación) que las en él previstas (y, si no las quiere, le basta con no preverlas), ni las condiciones de contraer o no matrimonio ni las captatorias son de imposible cumplimiento o contrarias a la Constitución, por lo que habría de bastar para su indubitada validez con que ninguna norma aragonesa las prohibiera. Pero el razonable temor a que la fuerza de la inercia llevara a los intérpretes a aplicar, indebidamente, el Código (que, en realidad, nada habría de suplir, pues no hay laguna donde nada se impone ni prohíbe) hace prudente la previsión del legislador.

## **16. Remisiones y “cláusulas de engarce”**

En conclusión, el Código civil, como las demás leyes civiles generales del Estado, se aplican en Aragón y a los aragoneses en uno de estos dos conceptos: por aplicación directa, cuando la norma se encuentra en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado, o como Derecho supletorio del aragonés, en defecto de norma de éste (ley, costumbre, principios) y de acuerdo con los principios generales del Derecho aragonés. Hasta aquí, lo ya explicado.

Desde 1985 y hasta 2011 hubo, además, algunos enunciados normativos en el Código civil que valían, a todos los efectos, como enunciados normativos del Ordenamiento jurídico aragonés. Eran los casos en que, de acuerdo con la Disposición final de la Compilación introducida por Ley 3/1985, de 21 de mayo, “las remisiones que la Compilación del Derecho civil de Aragón hace al articulado del Código civil se entenderán

siempre en su redacción actual” (donde “actual” quiere decir en el día de la entrada en vigor de la citada Ley de 1985).

Había, por tanto, remisiones “estáticas” desde algunos preceptos de la Compilación al Código civil, con la intención de “congelar” estos en su aplicación en Aragón para que eventuales modificaciones de los mismos (por el legislador estatal) no afectaran al Derecho aragonés: una especie de “legislación *per relationem*”, que incorporaba al ordenamiento aragonés una norma expresada originariamente en otro.

Esta técnica de las “remisiones estáticas” podía entenderse como un instrumento de urgencia, para mientras el legislador autonómico no legislara sistemáticamente en su ámbito de competencia. Tenía alguna ventaja (“defensiva”, podríamos decir), pero también suscitaba reparos y producía problemas. El hecho es que el legislador las ha ido suprimiendo y la Ley de Derecho civil patrimonial (2010) acabó con las últimas que quedaban, algunas de ellas de especial trascendencia y difícil manejo, como el art. 144 Comp., sobre régimen normal de luces y vistas, con su referencia a “las distancias marcadas por el artículo 582 del Código civil” y el 145, sobre servidumbre de luces y vistas, que concluía: “queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil”.

En anteriores ediciones de este Manual puede encontrarse más información y discusión sobre esta materia de las remisiones.

En el CDFA no hay ninguna remisión al Código civil. Cuando algunos preceptos del mismo se han considerado adecuados para completar el Derecho propio, su contenido se ha incorporado a las leyes aragonesas.

Lo que sí hay en el CDFA son referencias más o menos precisas a la legislación estatal, con la que hay que contar para la aplicación del Derecho aragonés. Podemos denominar a estas referencias “cláusulas de engarce”. Por ejemplo, cuando se alude a “la legislación sobre estas técnicas de reproducción” al regular la sucesión de los nacidos mediante inseminación artificial *post mortem* (art. 325.3), o a la capacidad sucesoria de las personas jurídicas “constituidas legalmente” (327.1). Del mismo modo, cuando se reconoce la voluntad del disponente en testamento “otorgado conforme a la ley” (art. 405.1), o se admite, para el testamento mancomunado, “cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la ley” (art. 409.11), o se señala la nulidad y consecuencias de los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales “prescritos por la ley” (art. 423.1).

En estos y otros casos similares, es claro que “la ley” mencionada puede ser el Código civil u otra estatal y en tal caso las normas así aludi-

das no son aragonesas, ni el legislador aragonés pretende incorporarlas a su ordenamiento con la técnica de las remisiones estáticas. Si alude a tales normas -que pueden ser Derecho supletorio, o acaso Derecho en la competencia exclusiva del Estado- es por necesidades de la propia regulación, para indicar el engarce entre unas y otras buscando la mayor claridad y seguridad en la aplicación. Las normas estatales -las vigentes en cada momento- se aplicarían igualmente aunque nada dijera la ley aragonesa, pero acaso se suscitarían mayores dudas sobre cómo armonizar las de una y otra procedencia.

**BIBLIOGRAFÍA:** DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Comentario al art. 1º de la Compilación”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. Lacruz Berdejo, José Luis), ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, vol. I, 1988, págs. 99-196; LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Comentario al art. 3º de la Compilación”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. Lacruz Berdejo, José Luis), ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, vol. I, 1988, págs. 229-298 (también en “El principio aragonés “Standum est Chartae”, en *Anuario de Derecho civil* XXXIX, 1986-II, págs. 683-762; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, “Comentario al art. 2º de la Compilación” en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. Lacruz Berdejo, José Luis), ed. DGA, Zaragoza, vol. I, 1988, págs. 197-228. MOREU BALLONGA, José Luis, *Mito y realidad en el “standum est chartae”*, Civitas, Madrid, 2009, obra ambiciosa en la que el autor descalifica el principio enunciado en el título y al Derecho aragonés en su conjunto, con argumentos no siempre comprensibles y, en mi opinión, inconcluyentes; CAZCARRA PÉREZ, Víctor, “Standum est chartae: ¿existe hoy un requisito de forma (documento) para su aplicación?”, RDCA, XV, 2009, págs. 165-220; PARRA LUCÁN, María Ángeles, “La jurisprudencia foral”, en *La casación foral aragonesa* (A. Bonet. dir.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

## **II.- DERECHO DE LA PERSONA**



### §3. CAPACIDAD Y ESTADO DE LAS PERSONAS

*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán*

#### **1. El Derecho de la persona.**

El Libro Primero del Código del Derecho foral de Aragón se ocupa del «Derecho de la persona». El contenido más importante de este libro se corresponde con la materia regulada por la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, que queda derogada por la disp. final única del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

El Derecho de la persona contiene las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y sobre las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces, que hasta la Ley 13/2006 estaban contenidas en la Compilación. La Ley 13/2006, en vigor desde el 23 de abril de 2007 (disp. final 3<sup>a</sup>), derogó el Libro Primero, «Derecho de la persona y de la familia», de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (disp. derogatoria). Como explica el Preámbulo de la Ley, que se incorpora al del Código del Derecho foral de Aragón, a diferencia de la Compilación de 1967, las normas no se presentan como peculiaridades o excepciones respecto del Derecho estatal, sino que expresan suficientemente el sistema y sus principios generales, a la vez que atienden a concreciones y pormenores hasta ahora no reflejados en las leyes y que se consideran convenientes para precisar el alcance práctico de los preceptos. Además, se incluye dentro del Derecho de la persona, en la regulación de la autoridad familiar, los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres, de forma que en el Libro Primero se incorpora, además de la Ley de Derecho de la

persona, el contenido de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (conocida como “ley de custodia compartida”, por ser el objeto principal del que se ocupa), que queda igualmente derogada.

El Libro Primero del Código se estructura en cuatro Títulos: el I se ocupa de la capacidad y estado de las personas; el II, de las relaciones entre ascendientes y descendientes (en este título se introduce, bajo el título de “efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo” el contenido de la Ley 2/2010 citada); el III, de las relaciones tutelares, y el IV, de la Junta de Parientes.

El Código se ocupa de la situación de las personas según su edad y su capacidad de autogobierno. En función de la edad, se distingue entre mayor de edad, menor de edad (según sea mayor o menor de catorce) y menor emancipado. También se ocupa el Código de las instituciones que tienen como función la protección del menor (autoridad familiar e instituciones tutelares). Para las personas que no están en condiciones de decidir por sí el Código tiene en cuenta para ordenar su protección según que estén o no incapacitadas, y para este último caso, el tipo de guarda al que quedan sometidas. Dentro de la capacidad y estado de las personas el Código regula la ausencia, atendiendo a los problemas que se plantean como consecuencia de la incertidumbre sobre el paradero o sobre la existencia de una persona.

En este tema nos ocupamos de la capacidad por razón de edad, de la incapacidad y la incapacitación y de la ausencia. En los temas siguientes se trata de las relaciones entre ascendientes y descendientes (Tema 4), de las instituciones tutelares (incluida la tutela de la administración), que pueden proteger tanto a menores como incapacitados (Tema 5), y de la Junta de Parientes (Tema 6).

## **2. Capacidad por razón de edad. Antecedentes.**

*A. Antecedentes históricos.* En el Derecho histórico la mayoría de edad se alcanzaba a los catorce años (*De contractibus minorum*, 1247). Fueros posteriores van imponiendo sucesivas limitaciones a la capacidad del mayor de catorce años, de modo que hasta llegar a la edad de veinte años o contraer matrimonio, no puede realizar ciertos actos sino con autoridad del Juez, con consejo de dos parientes o con voluntad de los padres (*Ut minor XX annorum*, *De liberationibus*, Zaragoza, 1348; *Que los menores de veynte años*, Monzón, 1564; *De las obligaciones de menores de veynte años*,

Monzón-Binéfar, 1585). A partir de los catorce el aragonés se encuentra, por tanto, en una mayoría de edad restringida, comienza un cierto aprendizaje o entrenamiento vigilado, aconsejado, hasta alcanzar la plena capacidad de obrar a los veinte años.

La promulgación del Código civil en 1889 no afectó al sistema de edad de los Derechos forales, y siguieron vigentes los Fueros y Observancias hasta la promulgación del Apéndice de 1925. Este último cambió la perspectiva del Derecho histórico, al fijar la mayoría de edad en los veinte años e incluir como anticipos de capacidad a partir de los catorce lo que con anterioridad eran limitaciones a la capacidad del mayor desde los catorce a los veinte (arts. 10 y 11).

La Ley de 13 de diciembre de 1943 fijó la mayoría de edad a los veintidós años para todos los españoles y cuando en 1967 se aprueba la Compilación se respeta esa regla, si bien se mantiene la mayoría de edad por matrimonio (art. 4º) y la especial capacidad de los mayores de catorce (art. 5º).

*B. Compilación de 1967.* En la Compilación de Aragón, las reglas básicas sobre capacidad de las personas por razón de la edad se encuentran en los arts. 4º a 6º (Libro I, Título I, capítulo I, “De la capacidad de las personas por razón de la edad”). En esta sede, y dando por supuesto que la mayoría de edad atribuye al individuo la capacidad de obrar general (art. 322 Cc.), la Compilación solo estableció una, pero fundamental, regla: que quienes han contraído matrimonio, aun antes de cumplir los dieciocho años, son mayores de edad (art. 4º). Más atención recibía la capacidad de los aragoneses menores de edad, a la que se refería el art. 5º, en función de su edad (mayor o menor de catorce años) y de otras circunstancias (vida independiente, emancipación).

En otras normas aragonesas había también algunas normas sobre lo que podían y lo que no podían hacer los menores por sí mismos, o si necesitaban asistencia de otros, o ser representados (capacidad para otorgar capítulos matrimoniales, capacidad para aceptar y repudiar una herencia, capacidad para testar, para partir la herencia, para practicar el ejercicio de la caza, etc.).

Las reglas aragonesas sobre capacidad se aplican a los menores aragoneses (arts. 16.1.1ª y 9º.1 Cc.) con independencia del régimen de guarda al que estén sometidos. Por ello, las reglas sobre capacidad debían complementarse con las previstas en el Título II del Libro I de la Compilación, “De las relaciones entre ascendientes y descendientes” (arts. 9º a 14) donde, desde otra perspectiva, se prestaba atención especial a la situación

de la persona y bienes del menor. Pero esta regulación no era íntegra, lo que obligaba a tener en cuenta el Derecho estatal (Código civil y leyes generales) como Derecho supletorio, es decir, en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan (ahora, art. 1º.2 CDFa).

La Compilación, que conservaba algunas disposiciones residuales sobre la tutela, no contenía, en cambio, reglas específicas sobre la capacidad y situación del menor sometido a tutela, por lo que era preciso adaptar los preceptos del Código civil sobre facultades del tutor y su ejercicio a los preceptos aragoneses sobre capacidad por razón de edad (por ejemplo, el aragonés mayor de catorce años no tiene representante legal). Algo parecido puede señalarse respecto de la tutela administrativa que, para los menores en situación de desamparo, corresponde a la Comunidad Autónoma de Aragón (Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón).

*C. La edad en el Derecho aragonés.* En Derecho aragonés debe distinguirse entre mayores (quien ha cumplido dieciocho años, pero también el menor de esa edad que ha contraído matrimonio, art. 4º CDFa) y menores de edad. Dentro de la menor edad quien ha cumplido catorce años ve ampliada de forma importante su capacidad de obrar y, correlativamente, no está sometido a representación legal (arts. 5.3, 12 y 23 CDFa). Los arts. 30 a 33 CDFa se ocupan también de la situación del menor emancipado.

Para todos los cálculos de edad, establece el art. 11 que “se incluirá completo el día del nacimiento” (cfr. art. 315.2º Cc.).

### **3. Mayoría de edad.**

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley (art. 4.2). La mayoría de edad se adquiere al cumplir dieciocho años (art. 4.1.a.), al igual que en el resto de España. También son mayores de edad los aragoneses que contraen matrimonio (art. 4.1.b.).

El art. 4.1.b. recoge una norma histórica que mantuvo su vigencia en el Apéndice de 1925 y fue dejada a salvo expresamente por la Ley de 13 de diciembre de 1943, por la que se estableció una reglamentación uniforme de la mayoría de edad para todos los españoles. La Constitución española de 1978, cuyo art. 12 establece que “los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”, expresamente se cuida de aclarar en su disposición adicional segunda que “la declaración de mayoría de edad contenida en el art. 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones ampa-

radas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado”, con lo que deja a salvo la norma aragonesa.

Dado que la fijación del sistema matrimonial es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8ª Const.) el matrimonio a que se refiere el art. 4.1.b. necesariamente es el regulado con carácter general por el ordenamiento del Estado. En la actualidad, para contraer matrimonio es preciso ser mayor de edad o estar emancipado (art. 46.1º Cc.), por lo que la mayoría de edad por matrimonio se aplica solo en los casos en que contrae matrimonio un mayor de catorce años con dispensa judicial, conforme al art. 48 Cc. (debe tenerse en cuenta, por lo demás, que el comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado a España que revise su legislación para elevar a dieciséis años la edad mínima para contraer matrimonio, y siempre en circunstancias excepcionales).

La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará la mayoría de edad adquirida por el contrayente o contrayentes de buena fe, por aplicación de la doctrina del matrimonio putativo (4.3 CDFA; cfr. art. 79 Cc.).

La adquisición de la mayoría de edad por la celebración del matrimonio se basa en la idea de que parece razonable que, quien ha realizado un acto de tanta trascendencia como el matrimonio, no quede sometido a la guarda de nadie, y se le reconozca plena capacidad para realizar sin ningún complemento ni asistencia otros actos. Pero, en función de la edad de quien contrae matrimonio, la regla de la atribución de la mayoría de edad se enfrenta a la existencia de otras normas establecidas para proteger a los menores, como las que establecen la enseñanza básica obligatoria hasta los dieciséis años (art. 4 LO 2/2006, de 3 de mayo, de educación, la que prohíbe la admisión al trabajo a los menores de esa edad (art. 6 del RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores) o la que, para acceder a la función pública, exige tener cumplidos dieciséis años (art. 56.1.c. de la Ley 5/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado Público). La atribución de la mayoría de edad conlleva, además, que el sujeto quede al margen de otras normas de protección de menores, como las previstas en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (que excluyen de su ámbito de aplicación a los menores de dieciocho años «salvo que los mismos hayan alcanzado la mayoría de edad en virtud de la legislación aplicable»).

En principio, al menor que ha contraído matrimonio habrá de considerarle capaz para realizar aquellos actos para los que la Ley exige gené-

ricamente la “mayoría de edad” (ejercicio habitual del comercio, art. 4º Ccom.; otorgar testamento ológrafo o pacto sucesorio, o ser fiduciario, arts. 378, 408 y 440 CDFa). La misma conclusión no puede mantenerse sin embargo en todos los casos: así, por ejemplo, el derecho de sufragio, que según el art. 2º de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, “corresponde a los españoles mayores de edad”, debe interpretarse restrictivamente, porque de lo contrario no se respetarían los caracteres de universal e igual que le atribuye el art. 68 Const.

Cuando un precepto concreto exija para determinado acto o actividad tener “dieciocho años”, deberá atenderse a su finalidad: así, el aragonés menor de dieciocho años que ha contraído matrimonio podrá continuar el comercio, porque carece de guardadores (aunque el art. 5 Ccom. literalmente fija la edad de dieciocho años).

Al casarse el menor de dieciocho años se extingue la institución de guarda a que estuviese sometido (autoridad familiar -art. 93.1.b. CDFa-, o tutela -art. 144.1.b. CDFa-). Sin embargo, y por disposición expresa del art. 99.4, el que no haya cumplido dieciocho años no podrá aprobar por sí “las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de las responsabilidades derivadas de la misma”, sino que necesita *la asistencia o asentimiento de la Junta de Parientes o autorización Judicial*. Es cierto que la aplicación del precepto es muy reducida: en la autoridad familiar, la rendición de cuentas solo podrá exigirla el hijo (art. 110.2.a.); en la tutela, la rendición de cuentas es ante la “autoridad judicial” (art. 145).

#### **4. Menores de edad. La situación del menor de edad.**

*A. Consideración general.* El Código del Derecho foral contiene una regulación sistemática de la situación de los menores de edad. Estas reglas aragonesas sobre capacidad se aplican a los menores aragoneses (arts. 16.1.1ª y 9º.1 Cc.) con independencia del régimen de guarda al que estén sometidos: autoridad familiar de los padres, autoridad familiar de otras personas, tutela, curatela, guarda administrativa o acogimiento (si bien, el criterio que determina la competencia administrativa es el de territorialidad, y no la vecindad civil del menor).

Haciéndose eco de los planteamientos doctrinales y legales vigentes, recuerda el Preámbulo del Código que la minoría de edad no es una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en los primeros años de su vida, cuando su personalidad se está desarrollando y requieren una formación adecuada a este desarrollo (art. 5.1 CDFa: “El menor de edad tiene derecho a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad”).

Con la finalidad de favorecer este desarrollo y esta formación, los menores están sujetos a la autoridad familiar y, subsidiariamente, a tutela o curatela (art. 5.2). Hasta los catorce años, el menor tiene un representante legal y, desde entonces, su capacidad se complementa con la asistencia (art. 5.3). El menor no emancipado, además, debe obedecer, en todo cuanto no sea ilícito o inmoral, a sus guardadores legales y cumplir sus indicaciones (art. 5.5).

En cualquier caso, antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes, como reconocimiento de su dignidad, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años (art. 6 CDFa; cfr. art. 9 L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

Lo que sucede es que todas las restricciones a su capacidad, así como la regulación de las instituciones que se justifican en la protección del menor están presididas siempre por el criterio de su interés, que el art. 5.4 CDFa ha formulado del siguiente modo: “Los guardadores legales ejercerán sus funciones siempre en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y madurez, a fin de dotarle de autonomía en la organización de su propia vida”.

El Código establece, además, la posibilidad de intervención de la entidad pública competente en materia de protección de menores para que en las situaciones de riesgo o desamparo adopten, en interés del menor, las medidas oportunas (art. 5.6).

Está prevista también la intervención judicial en el art. 10, conforme al cual, en cualquier procedimiento, el Juez, de oficio o a instancia del propio menor, de cualquier pariente o persona interesada, o del Ministerio Fiscal, dictará: a) Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del menor, en caso de incumplimiento de este deber por sus guardadores. b) Las disposiciones apropiadas a fin de evitar al menor perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda. c) Las medidas necesarias para evitar la sustracción del menor por alguno de los progenitores o por terceras personas. d) En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios (cfr. art. 158 Cc.).

*B. La capacidad de obrar del menor.* El art. 7 CDFa establece con carácter general cuál es la capacidad de obrar del menor. En particular, el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: a) Ejercer los derechos de la personalidad. b) Otorgar los actos y contratos propios de la vida corrien-

te del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales. c) Llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia. Esto significa que en algunos ámbitos y para determinados asuntos no es el cumplimiento de determinada edad el dato decisivo, sino que el menor tenga suficiente juicio.

El criterio del juicio suficiente tiene que ver con el desarrollo evolutivo, con la madurez, con la capacidad natural de querer y entender. No es de aplicación automática como el de la edad, pero viene siendo considerado por la doctrina como adecuado cuando se trata de tomar decisiones que afectan a los derechos de la personalidad, como la vida, la integridad física, el honor, la intimidad o la propia imagen; o, en general, presupuesto para darle audiencia y contar con su opinión antes de la adopción por otros (particulares o autoridades públicas) de medidas que le afecten en su persona o bienes (art. 6); o para celebrar contratos que impliquen prestaciones personales suyas (art. 21), o actos que usualmente hacen los menores en la vida corriente.

En cada caso habrá que apreciar si el menor tiene “suficiente juicio” para valorar y decidir responsablemente en el caso concreto. Para ello habrá que atender tanto al desarrollo psíquico, a la madurez y la responsabilidad del menor, como a la trascendencia y las consecuencias de la decisión. A partir de los catorce años, se presume que el menor tiene aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario (art. 34).

*a) Ejercer los derechos de la personalidad.* Los menores son titulares y disfrutan por sí mismos de muchos de los derechos de la personalidad. Los arts. 4 a 8 de la de la L.O. 1/1996 de protección jurídica del menor parten del principio de que son los menores los que, con algunas modalidades, gozan de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, a la información, libertad ideológica, participación, asociación y reunión y libertad de expresión.

En los arts. 20 y 24 (según el menor haya cumplido o no los catorce años), al regular la capacidad para legitimar la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad se exige a veces la autorización (art. 20: incluso aunque tenga suficiente juicio) o la asistencia (art. 24) de los titulares de la autoridad familiar o del tutor. Pero la actuación de los titulares de la autoridad familiar o del tutor, ni siquiera para el de menos de catorce años es en representación. Así resulta de lo dispuesto en el art. 12.2, que excluye de la representación legal los actos relativos a los derechos de la

personalidad, en todo caso, al margen de si el menor tiene “juicio suficiente” para actuar por sí. La intervención de los titulares de la autoridad familiar o del tutor en este ámbito es, por tanto, manifestación de la función de crianza y educación que les corresponde (arts. 63 y 136). Por tanto, como medio adecuado para cumplir su función y en su exclusivo interés (art. 5.4), con independencia de que sean mayores o menores de catorce años.

*b) Otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales.* De forma coherente con la realidad social, en la que los menores otorgan con normalidad actos y contratos con trascendencia económica creciente, según su edad y los usos, recoge el Código una norma que es acorde con la capacidad del menor (compra de tebeos, golosinas, libros, música, material deportivo o informático, alimentación). A solución semejante llegaba la doctrina en el Derecho común que, frente a la dicción literal del art. 1263.1 Cc. (no pueden prestar consentimiento contractual los menores no emancipados), y para evitar la absurda consecuencia de calificar todos esos contratos como anulables, se veía forzada a recurrir a retorcidos argumentos (renuncia tácita a la impugnación, gestión inoficiosa de asuntos ajenos).

*c) Llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia.* Algunas normas establecen edades inferiores a la mayoría, a partir de las cuales puede el menor realizar por sí el acto de que se trate: otorgar testamento (art. 408 CDA., casarse previa dispensa (art. 46 y 48 Cc.). Para otros ámbitos no se fija una edad especial, y se presupone la existencia de una capacidad natural: adquirir la posesión de las cosas (art. 443 Cc.); en sus relaciones con la Administración, el art. 30 de la Ley 30/1992 reconoce capacidad a los menores para el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de sus guardadores.

De manera semejante a lo dispuesto en el art. 2 de la L.O. 1/1996 de protección jurídica del menor, el art. 7.2 CDFA enuncia un principio general conforme al cual, las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva: la capacidad es la regla y sus limitaciones, la excepción. En función de su aptitud psíquica, al menor se le debe tener por capaz siempre que una norma no establezca lo contrario.

*C. Patrimonio del menor. a) Dominio.* Pertencen al menor de edad los bienes y derechos que adquiera y, consiguientemente, su disfrute, así como los frutos y productos de cualesquiera otros que se le hubieren confiado (art. 8).

Los menores tienen capacidad jurídica para ser titulares de derechos patrimoniales (art. 29 Cc.). Les pertenecen los bienes que adquieran así como su disfrute.

No existe, como no existía antes en Aragón, y desde 1981 tampoco en el Código civil, un derecho de usufructo paterno sobre los bienes de los hijos, por lo que a ellos les corresponde el disfrute de sus bienes. También los frutos de bienes que, sin ser suyos, “se les hubieren confiado”: seguramente, dinero u otros bienes productivos que los padres (cfr. art. 11 Comp. derogada; ahora, art. 26 CDFA) o cualquier otra persona hubieran confiado al menor para que los administren, por ejemplo para proporcionarle cierta independencia o para que aprenda a gestionar.

La Ley, además, establece en sede de autoridad familiar una regla que da derecho a los titulares de la autoridad familiar a destinar los productos del trabajo del menor así como los frutos líquidos de sus bienes a su crianza y educación (arts. 67 y 68).

*b) Administración y disposición.* Procede proporcionar ahora solo una noticia general de esta materia que, para su perfecta exposición requiere, y a esas sedes me remito, un conocimiento tanto de la situación de los menores mayores de catorce años como del contenido de la autoridad familiar cuando es ejercido por personas distintas de los padres.

Conforme al art. 9.1, la administración de los bienes del menor no emancipado, así como la disposición hasta que cumpla los catorce años, compete a los padres, como función aneja a la autoridad familiar, y, en defecto de ambos, al tutor.

*a') Administración:* cualquiera que sea la edad del hijo menor (menor o mayor de catorce), la administración de sus bienes corresponde a los padres o, en su defecto, al tutor.

Si el hijo tiene más de catorce años, conforme al art. 26.1, los actos de administración también podrán ser realizados por el menor (con asistencia, como regla general; sin asistencia, cuando se trata de determinados bienes). Para determinados bienes, incluso, la administración corresponde exclusivamente al hijo, sin asistencia (art. 26.2).

*b') Disposición:* la disposición de los bienes del menor solo compete a los padres o, en defecto de ambos, al tutor, hasta que el menor cumpla los catorce años. Después de los catorce años la disposición de sus bienes incumbe al propio menor, con asistencia. Así se deduce, a contrario, de lo dispuesto en el art. 9 complementado por lo previsto en los arts. 23 (capacidad del menor mayor de catorce años) y 94 (gestión por los padres de los bienes de los hijos).

La administración, y la disposición hasta que el menor cumpla los catorce años, corresponde a los padres *como función aneja a la autoridad familiar*: no tienen encomendada la administración de los bienes del menor las personas distintas de los padres que, según la ley, pueden ser titulares de la autoridad familiar (arts. 85 a 88: padrastro o madrastra, abuelos, hermanos mayores).

Al enumerar los derechos y deberes que integran el contenido de la autoridad familiar, el art. 63 no menciona la administración de los bienes y el art. 88, referido al régimen de la autoridad familiar de otras personas distintas de los padres, limita su contenido al ámbito personal, y excluye la gestión de los bienes del menor. En su caso, habrá que nombrar un tutor de los bienes, con los controles propios de la tutela (art. 130.1.a.).

*c') Excepciones:* quedan excluidos de la administración de los padres o del tutor “los bienes cuya administración y disposición correspondan al tutor real, administrador judicial o persona designada por aquel de quien el menor hubo los bienes por donación o sucesión” (art. 9.2). Es decir, que en algunas circunstancias, la administración y disposición de los bienes, o de ciertos bienes, pueden corresponder a una persona distinta de los padres o del tutor. Además de cuando se separa la tutela de la persona y de los bienes (arts. 134.a. y 135.b. y c.: el tutor de los bienes es un verdadero tutor), ello es posible, en primer lugar, porque el Juez puede nombrar en ciertos casos un tutor real (art. 98: cuando la gestión de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo; art. 94.3: cuando se dejan al hijo bienes en título sucesorio o donación con exclusión de la administración de los padres pero sin ordenar quién debe administrar tales bienes); en segundo lugar, porque quien dispone de bienes a título gratuito a favor de un menor puede nombrar un administrador (arts. 94.2.b., 107 y 135.a.).

La gestión de los padres está excluida, conforme al art. 94.2, respecto de: “a) Los bienes que el hijo adquiera por sucesión en la que uno de los padres o los dos hayan sido desheredados con causa legal o declarados indignos de suceder. b) Los bienes dejados en título sucesorio o donados al hijo con exclusión de la administración de los padres”. Estos bienes serán gestionados, si nada ha ordenado el causante o donante, por el otro padre, o, si los dos están afectados, por un tutor real nombrado por el Juez (cfr. 164 Cc. que, para casos semejantes, prevé el nombramiento por el Juez de un “administrador judicial”).

La administración puede corresponder también a personas distintas de los padres en los casos en que su gestión ponga en peligro los bienes de los hijos y el Juez, para evitarlo, nombre un tutor real (art. 98: cfr. art.

167 Cc., que prevé el nombramiento de un “administrador judicial”). El tutor real es un administrador nombrado judicialmente, pero el menor sigue sujeto a la autoridad familiar. Sus funciones serán las que le atribuya la resolución judicial.

En sede de disposiciones generales de las relaciones tutelares, el art. 107 CDFA (“administración voluntaria”) establece que: “1. El que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, puede establecer reglas de gestión, así como nombrar o excluir al administrador. Las funciones no conferidas al administrador, incluida la prestación de la debida asistencia, corresponden a los padres o al tutor. 2. El nombramiento del administrador no será eficaz sino desde la adquisición de la donación, herencia o legado. 3. El donante o causante pueden excluir la necesidad de autorización de la Junta de Parientes o del Juez para los actos relativos a estos bienes. 4. Cuando por cualquier causa cese o no pueda actuar el administrador, a falta de sustituto voluntario, administrarán los padres o el tutor salvo si resultare con claridad que fue otra la voluntad del disponente. En este caso se nombrará un tutor real”.

La posibilidad de que quien dispone por título gratuito ordene un sistema de gestión de los mismos es manifestación de la tradicional “tutela real”, y se basa en el respeto a la voluntad del transmitente. Quien dispone a título gratuito a favor de un menor (instituyendo heredero, legatario, o haciendo una donación *inter vivos*) puede establecer reglas de gestión, en sentido amplio (administración y disposición). Puede excluir a los padres (o a uno solo) de la gestión, nombrar un administrador, señalar reglas sobre el ejercicio de la administración, atribuir en exclusiva la administración al menor mayor de catorce años (art. 26.2.c.). Si excluye a los padres, pero no nombra administrador, deberá nombrar el Juez un “tutor real”. Fallecido el administrador nombrado, o cuando por cualquier causa cese en su función, la administración corresponderá a los padres en el caso de que el disponente no hubiera previsto otro administrador (“sustituto voluntario”) o resultara con claridad que quiso excluir la administración paterna. En tal caso también deberá nombrarse un tutor real.

Finalmente, también está previsto el nombramiento por el Juez de un administrador en el art. 132, cuando se tenga conocimiento de que una persona puede ser sometida a tutela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento. En tal caso, aunque la representación y defensa es asumida por el Ministerio Fiscal, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

Cuando la administración y disposición corresponda a un administrador judicial o persona designada por aquel de quien el menor hubo los bienes por donación o sucesión se estará a lo ordenado por el Juez o el disponente y, en su defecto, serán aplicables las mismas limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor (art. 9.2 i.f.: cfr. arts. 15 a 17 y 138 a 141).

*d') Autorización o aprobación de la Junta de Parientes o del Juez:* Para algunos actos realizados por el representante del menor (padres, tutor, administrador), los arts. 14 a 17 establecen la necesidad de previa autorización o aprobación de la Junta de Parientes o del Juez.

## **5. Menor de catorce años.**

*A. Situación del menor de catorce años.* A “la persona menor de catorce años” dedica el Código los arts. 12 a 22. Este régimen es común a los menores de catorce, con independencia del régimen de guarda a que estén sometidos (autoridad familiar, tutela).

Hasta que cumple los catorce años, el menor de edad está sometido a representación legal (art. 5.3). El art. 12.1 establece que la representación legal del que no ha cumplido los catorce años incumbe a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y, en su defecto, al tutor. Añade el art. 12.3 que las personas a las que corresponda la administración y disposición de los bienes del menor conforme al artículo 9 le representarán en la realización de dicho tipo de actos.

Representantes del menor de catorce años son los titulares de la autoridad familiar o, en su defecto, el tutor, pero también, para la administración y disposición de los bienes, las personas a las que corresponda la administración conforme al art. 9.

Titulares de la autoridad familiar son los padres (art. 63), si bien puede haber, en los casos previstos por la ley, autoridad familiar de otras personas (arts. 85 a 87). El ámbito de actuación de unos y otros no es el mismo (las otras personas limitan su actuación al ámbito personal: art. 88.3). Para los menores que no estén bajo la autoridad familiar procede la tutela, pero en caso de autoridad familiar de otras personas también está previsto un tutor de los bienes que carezca de administrador (art. 130.1).

La determinación de las personas que en cada caso pueden representar al menor dependerá, en primer lugar, del régimen de guarda a que esté sometido el menor, y está regulado en sus respectivas sedes (autoridad familiar, tutela), pero también, y con independencia del régimen de

guarda, de la designación de un administrador por parte de quien disponga de bienes a título gratuito a favor del menor (arts. 9 y 107).

El Código, que no considera al menor en general como un incapaz (art. 7), le permite realizar por sí ciertos actos si tiene suficiente juicio. Además, el art. 12.2 exceptúa de la representación legal los actos relativos a derechos de la personalidad.

*B. Oposición de intereses.* El art. 13 regula las situaciones en las que entre representante o representantes del menor y este mismo existe oposición de intereses: se sigue en lo esencial los criterios aplicables con anterioridad (ex art. 163 Cc. y, por analogía, art. 5.2 Comp.), armonizándolos con la regulación que en el propio Código de Derecho Foral exige autorización de la Junta o del Juez (arts. 14 a 17). La oposición de intereses es más frecuente en el ámbito patrimonial (padre e hijo concurren en una partición, o el hijo compra, a través de su padre, que actúa como representante, una finca que pertenece al padre), pero también puede producirse en otros ámbitos (como por ejemplo, ha mantenido la jurisprudencia para las reclamaciones o impugnaciones de paternidad).

Conforme al art. 13.1 CFA:

a) Si es por parte de uno solo de los padres o tutores, le representa el otro, a no ser que en la delación de la tutela se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso.

b) Si es por parte del único padre titular de la autoridad familiar o del tutor único, la actuación de este requiere autorización de la Junta de Parientes o del Juez, sin que sea necesaria además la autorización o aprobación que en su caso exija el acto. También podrá ser representado por un defensor judicial.

Se admite que el padre o madre único titular de la autoridad familiar, así como el tutor único, actúen en representación del menor de catorce aunque medie un conflicto de intereses con él siempre que haya autorización por la Junta de Parientes o por el Juez. La intervención de la Junta de Parientes en este caso se considera suficiente cautela porque estará integrada, de acuerdo con las reglas generales, por un pariente del padre que actúa y con el que existe el conflicto pero también por un pariente de la otra línea familiar (art. 172).

Prestada esta autorización, ya no es necesaria otra: aunque se trate de alguno de los actos para los que los arts. 14 a 16 exigen autorización (de la Junta o del Juez).

En particular, cuando el acto sea la división de un patrimonio o cosa común, en el que exista oposición de intereses, puede realizarse sin auto-

rización previa por el único padre titular de la autoridad familiar siempre que luego se produzca aprobación por la Junta de Parientes o el Juez (art. 17. c). El supuesto es frecuente en la práctica cuando se divide la herencia tras el fallecimiento de uno de los padres.

Cabe también que actúe en representación del menor un defensor nombrado judicialmente (cfr. art. 153.a.). La regla general entonces es la de que “cuando el acto que ha determinado el nombramiento de defensor judicial requiera autorización judicial previa, esta se entenderá implícita en el nombramiento si el Juez no dispone otra cosa” (art. 155.2); para la división de patrimonios o cosa común el art. 17.b., que no exige autorización previa, sí exige aprobación judicial o de la Junta de Parientes.

c) Si es por parte de ambos padres o tutores, la representación corresponde a la Junta de Parientes o a un defensor judicial.

A diferencia de lo que sucede en el supuesto de la letra b., aquí no se admite la misma solución simplificadora cuando la oposición de intereses exista con ambos padres, entre otras razones porque, en tal caso, como advierte el Preámbulo del Código, los miembros de la Junta son necesariamente parientes de ambos representantes, lo que hace prudente la autorización judicial para los actos en los que esta se exige.

En representación del menor debe actuar la Junta de Parientes o un defensor judicial. Conforme al art. 13.1.c. i.f., “cuando intervenga la Junta de Parientes en representación del menor en actos que requieran autorización o aprobación, esta será necesariamente judicial”. Cuando intervenga el defensor judicial, la regla general es la de que la autorización judicial “se entenderá implícita en el nombramiento si el Juez no dispone otra cosa” (art. 155.2).

d) Si es por parte de un tutor real y no hay otro que tenga la administración de los mismos bienes, le representarán los titulares de la autoridad familiar o el tutor.

Añade el art. 13.2 que, cuando en el mismo acto varios menores o incapacitados, que habrían de ser representados por la misma persona, tengan intereses contrapuestos, se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial.

*C. Necesidad de previa autorización o aprobación.* Los arts. 14 a 16 CDFA se ocupan de los actos de los representantes legales que requieren autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez: art. 14 (atribuciones gratuitas), art. 15 (actos de disposición) y art. 16 (adicionalmente, para actos del tutor). Los supuestos no son coincidentes con el Derecho aplicable

con anterioridad (arts. 13.2 y 14.2 Comp., arts. 211 y 272 Cc.), si bien se inspiran en los mismos criterios y se aclaran y precisan algunos de los supuestos.

Conviene recordar que, para el tutor real y la persona designada por aquel de quien el menor hubo los bienes a título gratuito, se estará a lo ordenado por el Juez o el disponente y, en su defecto, conforme al art. 9.2, son aplicables las mismas limitaciones impuestas al tutor. En particular, el donante o causante pueden excluir la necesidad de autorización de la Junta de Parientes o del Juez para los actos relativos a estos bienes (art. 107.2).

a) *Atribuciones gratuitas.* El art. 14 limita las facultades del representante del menor “para rechazar cualquier atribución gratuita en favor de este” pues, aunque puede haberlas, no se ve en principio la razón para que el menor no adquiera, gratuitamente, bienes y derechos. El representante legal del menor (padres o tutor, no cualquier administrador, pues se trata de bienes que no han ingresado en su patrimonio) necesita autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez. Denegada la autorización se entenderá automáticamente aceptada la atribución (art. 14.1).

También precisa autorización previa para aceptar donaciones modales u onerosas. En caso de denegación, se entenderá rechazada la donación (art. 14.2).

De manera coherente con lo dispuesto en el art. 14, el art. 346 establece que la aceptación y la repudiación de las atribuciones deferidas a menores de catorce años corresponde a sus representantes legales; pero para repudiarlas necesitan autorización de la Junta de Parientes o del Juez. Denegada la autorización se entenderá automáticamente aceptada la atribución sucesoria. Cuando sean representantes ambos padres, puede aceptar en nombre del hijo uno cualquiera de ellos; sin embargo, la repudiación exigirá la intervención de ambos.

b) *Actos de disposición.* La gestión del patrimonio del menor debe realizarse con cierta flexibilidad, para no obstaculizar en exceso la función que incumbe al representante pero, al mismo tiempo, ejercida de manera absoluta y sin control lleva aparejado el riesgo de una desaparición de los bienes del menor. En particular, al exigir al representante del menor que obtenga previa autorización de la Junta de Parientes o del Juez, se limitan los siguientes actos de disposición:

-Realizar actos de disposición sobre inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas, valores mobiliarios, bienes muebles de valor extraordinario u objetos de arte o preciosos (art. 15.1.a.). Se limitan los actos de enaje-

nación o gravamen sobre los bienes de especial trascendencia y valor económico que integran el patrimonio del menor. Aun cuando se realicen mediante contraprestación (si es a título gratuito están en la letra b.: venta, aportación a sociedad, constitución de derechos reales de goce, de garantía. También la llamada renuncia traslativa, que propiamente es una transmisión. Si los actos de disposición se realizan a título gratuito hay que estar también a lo dispuesto en la letra b.

Se exceptúa la enajenación de acciones o derechos de suscripción preferente por un precio que sea al menos el de cotización en bolsa. Ello es lógico en cuanto que en estos casos la determinación del precio de venta se logra con arreglo a criterios objetivos. Además, en relación con los derechos de suscripción preferente debe tenerse en cuenta que la decisión de suscribir nuevas acciones propiamente es un acto de aplicación del dinero del menor, por lo que no es un acto de disposición.

El art. 139.2, en sede de tutela, frente a la exigencia contenida en el art. 2015 Lec. 1881 de que la venta se haga en pública subasta, establece que “en ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos del tutelado”, lo que puede resultar de gran interés para obtener el mejor precio posible en la venta.

-*Realizar actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades usuales (art. 15.1.b.).* Puesto que para los bienes de especial trascendencia la disposición ya venía limitada por la letra a., se incluyen aquí los actos de disposición gratuita sobre los demás inmuebles (por analogía, por incorporación) y sobre los bienes muebles de valor no extraordinario. El límite de lo razonable vendrá fijado en cada caso por lo que son “liberalidades de uso”, para las que no se necesita autorización. En los demás casos, el Juez o la Junta pueden valorar la ventaja que resulta para el menor la realización de un acto que, en principio, solo supone un empobrecimiento de su patrimonio (por ejemplo, si se trata de una donación remuneratoria).

-*Renunciar a derechos de crédito (art. 12.1.c.).* La renuncia de la titularidad de los bienes a que se refiere la letra a. está incluida en ese apartado. La renuncia a otros bienes y derechos de menor trascendencia, si es a título gratuito, queda incluida en la letra b. La renuncia a que se refiere el artículo es la renuncia abdicativa, extintiva y, en principio, gratuita.

-*Dar y tomar dinero a préstamo o crédito, avalar, afianzar o garantizar con derecho real obligaciones ajenas (art. 15.1.d).* Se incluyen aquí un buen número de operaciones crediticias de las que parece, en principio, que o bien no resultará un beneficio para el menor o bien pueden suponer un riesgo para su patrimonio. En su interés, como en los demás supuestos, se puede conceder la autorización de la Junta de Parientes o del Juez.

Dar o tomar a préstamo o a crédito dinero no incluye el préstamo de cosa fungible, el comodato o el precario.

La jurisprudencia había excluido la necesidad de autorización para vincular unas imposiciones a plazo en garantía de una cuenta de crédito solicitada para financiar una empresa (STS 28 noviembre 1989). Habrá que entender, en el futuro, que es precisa autorización solo cuando se trate de “obligación ajena”.

La constitución de garantía con derecho real podría entenderse incluida ya en la letra a. sobre los bienes a que se refiere ese apartado.

Conforme al art. 16.2, no será necesaria la indicada autorización para tomar dinero a préstamo o crédito, incluso por vía de subrogación “para financiar la adquisición de bienes inmuebles por parte del menor, aun con garantía real sobre los bienes adquiridos”. Se recoge aquí el criterio de la Dirección General de los Registros y el Notariado (Rs. 7 julio 1998, 21 febrero 2004) por entender que se trata de un acto de aplicación a la adquisición de inmuebles de los capitales sometidos a su administración, aun cuando estos inmuebles estén sometidos a gravamen o aun cuando se constituya simultáneamente un gravamen para garantizar el precio aplazado de la adquisición.

*-Dar en arrendamiento inmuebles, empresas o explotaciones económicas, por plazo superior a seis años (art. 15.1.d.).* Aunque ceder en arrendamiento suele considerarse acto de administración, cuando el plazo del contrato excede de cierta duración, en la práctica puede considerarse equivalente a la salida del bien del patrimonio. La norma aclara que debe computarse a estos efectos el plazo por el que el arrendatario tenga derecho a prorrogar el contrato.

Para los arrendamientos urbanos, el art. 9 de la Ley de 24 de noviembre de 1994, establece que la duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si ésta fuera inferior a cinco años, llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años. Esto significa que solo será necesaria la previa autorización cuando se pacte un arrendamiento por tiempo superior a seis años.

Habrá que pensar que la autorización de la Junta de Parientes o del Juez requerida para la plena validez del contrato puede tener la eficacia de privar al menor, una vez emancipado, de la posibilidad que le reconoce el art. 9 de la Ley de 26 de noviembre de 2003, de arrendamientos rústicos, de poner fin al contrato, celebrado por su representante, siempre que haya transcurrido la duración mínima de cinco años prevista en el art. 12.

-*Adquirir la condición de socio en sociedades que no limiten la responsabilidad de las personas que formen parte de las mismas (art. 15.1.f.).* Si se trata de un tipo de sociedad que no limita la responsabilidad de los socios, el adquirir tal condición puede acabar provocando una responsabilidad ilimitada del menor por las actuaciones de la sociedad.

-*Transigir o allanarse (art. 15.1.g.).* La exigencia de autorización para la transacción es lógica porque la transacción requiere la plena disposición de los derechos transigidos (cfr. arts. 1810 y 1811 Cc.; para la transacción judicial, el art. 19 Lec.). En la práctica, la jurisprudencia ha venido reiterando la exigencia de previa autorización para las transacciones con las aseguradoras para el cobro de las correspondientes indemnizaciones (Ss. TS, Penal, 19 abril 1988, 22 diciembre 1989).

El allanamiento puede implicar también un acto de disposición del objeto del proceso (art. 21 Lec.) y equivaler a una renuncia de derechos, por lo que la exigencia de autorización es coherente con lo dispuesto en los apartados anteriores.

No se menciona el arbitraje, que en la actualidad es considerado como un equivalente jurisdiccional, y cuya regulación (Ley de arbitraje de 23 de diciembre de 2003) no prevé ningún requisito especial de capacidad. De la misma manera que solo son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho (art. 2 de la Ley de arbitraje), tampoco cabe transacción ni allanamiento sobre determinadas materias que se consideran indisponibles (estado civil, alimentos futuros: cfr. arts. 1813, 1814 Cc. y 751 Lec.).

*c) Autorización en caso de tutela.* Cuando el menor está sometido a tutela, la ley exige, adicionalmente, la necesidad de autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para otros actos. La norma enlaza con la exigencia general de un mayor control en las actuaciones del tutor que en las de los padres.

Conforme al art. 16, el tutor del menor que no ha cumplido los catorce años necesita también autorización para:

-*Hacer gastos extraordinarios en los bienes (art. 16.a.).* La administración diligente del patrimonio requiere hacer gastos de conservación o reparación ordinarias. Si son necesarias y urgentes, de tal manera que los bienes del menor puedan perderse si no se realizan diligentemente, no será necesaria la autorización aunque su coste sea elevado. Para todo lo que sean inversiones en gastos útiles o de mero lujo o recreo es precisa la autorización. La valoración de lo que es o no extraordinario dependerá de las rentas del menor.

No es precisa la autorización cuando los gastos extraordinarios no son en los bienes, sino que se refieren a la persona del menor.

- *Presentar demanda judicial o arbitral en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía (art. 16.b.).* Las actuaciones judiciales, como regla general, entran dentro de las funciones de representación. En este apartado se exige la autorización previa solo para “presentar demanda”, no para otros actos, como contestar a la demanda. Tampoco para sostener los oportunos recursos. La exigencia de autorización para la transacción y el allanamiento resulta de lo dispuesto en el art. 15.1.g. Parece que tampoco se exige autorización para las actuaciones que no se inician con demanda, sino a virtud de una solicitud (jurisdicción voluntaria, por ejemplo). Aunque el art. 814 Lec. no lo llame demanda, parece que tiene naturaleza de tal el escrito que contiene la petición inicial del procedimiento monitorio.

En el ámbito del arbitraje, se exige autorización para “presentar demanda”, lo que significa que no es precisa para otros actos (en particular, para la firma de un contrato en el que se incluya una cláusula de sumisión a arbitraje ni, en general, para la firma de un convenio arbitral).

Excluye el precepto la necesidad de autorización previa para los asuntos “urgentes o de escasa cuantía”, habrá que entender, en función de la cuantía total del patrimonio del menor. La presentación de la demanda sin previa autorización judicial podrá dar lugar, en su caso, a entender que el Tribunal aprecie, en cualquier momento del proceso, que no se acredita la suficiente representación (arts. 7.2, 9 y 264.2 Lec.).

- *Ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado (art. 16.c.).* Se trata de prevenir las maquinaciones dirigidas a lograr un beneficio personal exclusivo del tutor a costa del patrimonio del menor. Se exige autorización previa, en primer lugar, para evitar que el tutor, actuando como representante, acuerde con un tercero la cesión a bajo precio de un crédito que el pupilo ostenta contra él y luego “recomprar” al tercero el crédito por esa pequeña suma. En segundo lugar, para que el tutor adquiera, para sí, por debajo del nominal, un crédito que un tercero tiene contra el menor pero luego pretenda cobrarlo íntegramente.

- *Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título (art. 16.d.).* Se trata de un supuesto de autocontrato, que en el régimen del Código civil está prohibido (art. 221 Cc.). Puesto que en las adquisiciones y transmisiones de que trata la regla existe una oposición entre los intereses del tutor y los del menor, la exigencia de

autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez es la misma solución a la que se llegaría aplicando lo dispuesto en el art. 13.1.b.

*d) División de patrimonio o cosa común.* Conforme al art. 17, la división de un patrimonio o cosa común no requiere autorización previa, pero sí aprobación posterior por la Junta de Parientes o por el Juez en los casos en que haya sido practicada en representación del menor:

- Por el tutor, salvo si ha actuado con autorización de la Junta de Parientes o del Juez. La autorización previa solo es necesaria si existe oposición de intereses entre el tutor y el menor (art. 13). Si no hay oposición de intereses entre el tutor y el menor no es necesaria autorización previa, pero sí aprobación posterior.

-Por la Junta de Parientes o un defensor judicial. La actuación de la Junta de Parientes en representación del menor está prevista en el art. 13.1.c. cuando la oposición de intereses es por parte de ambos padres o tutores. Dice el art. 17.b. que, cuando intervenga la Junta de Parientes, la aprobación será necesariamente judicial. La intervención del defensor judicial en representación del menor está prevista en el art. 13.1.b. para cuando exista oposición de intereses entre el menor y el único padre titular de la autoridad familiar o el tutor único. También en el art. 13.1.c. cuando la oposición de intereses es por parte de ambos padres o tutores. Puesto que aquí se exige expresamente la aprobación posterior de la Junta o del Juez esta norma es para este caso de aplicación preferente a lo dispuesto, con carácter general, en el art. 155.2, conforme al cual, "cuando el acto que ha determinado el nombramiento de defensor judicial requiera autorización judicial previa, esta se entenderá implícita en el nombramiento si el Juez no dispone otra cosa".

- Por el único padre titular de la autoridad familiar con el que exista oposición de intereses si no se ha obtenido autorización previa. Cuando interviene en representación del menor su único padre o madre titular de la autoridad familiar en situación de oposición de intereses, el art. 13.b. requiere autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez. Si no se ha obtenido, la división realizada puede ser aprobada por la Junta o por el Juez.

Fuera de los casos mencionados en el art. 17, no será necesaria la autorización previa ni la aprobación posterior de la división de un patrimonio o cosa común en que esté representado un menor.

En el ámbito del Derecho de sucesiones, dispone el art. 366 que la representación de las personas menores de catorce en la solicitud y prác-

tica de la partición se rige por lo dispuesto en los artículos 9, 13 y 17 pero si el ejercicio de la autoridad familiar lo ostentan ambos padres, se requiere la *actuación conjunta* de los dos. No será necesaria la intervención de ambos padres ni la aprobación de la Junta de Parientes o del Juez cuando la partición *se limite a adjudicar proindiviso* a los herederos en la proporción en que lo sean todos los bienes integrantes de la herencia.

e) *Concesión de autorización o aprobación*. Según el art. 18.1, la autorización o aprobación requerida en los artículos anteriores solo se concederá en interés del menor, por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa audiencia del Ministerio Fiscal si es judicial.

La autorización en ningún caso puede ser genérica, pero “puede concederse para una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referentes a la misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad, cuyas circunstancias fundamentales habrán de especificarse” (art. 18.1). La regla pretende dotar de la flexibilidad necesaria a la concesión de autorización cuando sea precisa para actos que cumplan los requisitos que establece el precepto.

f) *Falta de autorización o aprobación*. El art. 19 regula el tipo de invalidez de que adolecen los actos otorgados en nombre del menor por sus representantes sin la necesaria autorización o aprobación: “serán anulables los actos realizados sin la debida autorización o aprobación”.

Esto significa que el acto realizado sin autorización o sin aprobación cuando son requeridos por la ley no son incompletos, sino anulables, con las consecuencias que de ahí se derivan desde el punto de vista de su elevación a públicos o de la inscripción registral (arts. 145, 156.8 del Rn. y 18 Lh.: no deberán ser otorgadas las escrituras ni, en su caso, la inscripción). La calificación expresa por el legislador aragonés como “anulable” del acto que no cuenta con la debida autorización o aprobación, impide que pueda ser tenida en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha declarado para el ámbito del Código civil, donde no se establece expresamente las consecuencias, que el acto es inexistente (Ss. 22 abril 2010, 8 julio 2010, con apoyo en los arts. 6.3 y 1259 Cc.).

La anulabilidad es un tipo de invalidez dirigida a proteger a una de las partes (en este caso, al menor), y se establece un régimen de legitimación y un plazo de prescripción específico. El art. 19 precisa quién está legitimado así como el plazo para hacer valer la anulabilidad:

- El representante legal que no haya intervenido en el acto, hasta que el menor cumpla catorce años.

-A petición del propio menor, con la debida asistencia, desde que cumpla catorce años. La acción prescribirá a los cuatro años desde que, por la emancipación o mayoría de edad, hubiera podido realizar el acto sin asistencia.

Es doctrina admitida generalmente para los actos anulables que, quien puede anular, puede confirmar, pero los supuestos de los que el art. 19 predica la anulabilidad lo son por faltar una previa autorización o una aprobación judicial o de la Junta de Parientes y se legitima para anular a personas de las que no puede proceder ni la autorización ni la aprobación. Debe admitirse la posibilidad de confirmación por el menor cuando adquiera la capacidad exigida para ello. No, en cambio, la del representante legal que no intervino en el otorgamiento. En todo caso es incierta la situación del tercero con el que se celebró el acto en representación del menor, a quien la ley no le reconoce la posibilidad de exigir judicialmente la autorización ni la aprobación judicial, a modo de confirmación por el Juez, en particular cuando, de conformidad con los arts. 15, 16 y 17, la autorización debe otorgarse de manera previa al otorgamiento del acto de que se trate.

*D. Invalidez de los actos del menor.* Para los casos en que el menor realiza un acto para el que, de acuerdo con la ley, carece de capacidad, y que debió ser realizado por su representante, establece el art. 22: "1. El acto celebrado por un menor de catorce años sin capacidad para ello será inválido. No obstante, será válido si medió autorización previa de su representante legal y el acto no requería la intervención de la Junta de Parientes o del Juez. Si la requería, se aplicará el artículo 19. 2. Si el acto no contó con dicha autorización previa, mientras no sea confirmado por quienes pueden anularlo, será anulable: a) A petición de su representante legal, hasta que el menor cumpla catorce años. b) A petición del propio menor, con la debida asistencia, desde que cumpla catorce años. La acción prescribirá a los cuatro años desde que, por la emancipación o mayoría de edad, hubiera podido realizar el acto sin asistencia. 3. No obstante, el acto será nulo si vulnera leyes que exigen una capacidad específica o señalan prohibiciones para el menor, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto".

La regla general, en caso de incapacidad del menor para celebrar el acto de que se trate, es la invalidez. La protección del interés del menor es el criterio predominante en la regulación de la invalidez por parte de la ley. En consecuencia, el tipo de invalidez establecido para la mayoría de los casos es la anulabilidad, que es la clase de invalidez que mejor pro-

tege los intereses del menor: como excepción, solo es nulo de pleno derecho el acto realizado por un menor que vulnere leyes que exijan una capacidad específica o le señalen prohibiciones, salvo que dichas leyes establezcan un efecto distinto. Las normas que exigen capacidades específicas y las que establecen prohibiciones suelen proteger otros intereses además de los del menor o, de una manera más genérica, suponen la desaprobación de actos ilícitos de los terceros que pueden perjudicar a los menores (así por ejemplo, está prohibido el trabajo de los menores de dieciséis años, o la adquisición por los menores de determinadas sustancias, la participación en actividades o deportes de riesgo, o la admisión en bingos y casinos).

Aunque la regla general es la invalidez, la propia norma admite que el acto puede ser válido de manera originaria en el caso en que, no siendo de los que necesitarían intervención de la Junta de Parientes o del Juez en caso de realizarlos el representante, éste ha autorizado el acto del menor. La justificación de esta regla parece estar en la idea de que si, por tratarse de un acto anulable, sería confirmable por el representante del menor, no se ve la razón por la que autorización previa del representante no lo pueda hacer válido desde el principio. Este criterio es admisible en los casos en que el representante puede, por sí, sin necesidad de autorización previa, celebrar el acto, pero no cuando su consentimiento tampoco es suficiente para la plena validez del acto de que se trate. Si requiriera autorización previa, se aplicará el artículo 19.

Los actos anulables pueden ser confirmados por quienes están legitimados para anularlos. Está legitimado el representante legal hasta que el menor cumpla los catorce años. A partir de esa edad el propio menor, con la debida asistencia en principio, y sin ella cuando por la mayoría de edad o la emancipación hubiera podido realizar el acto sin asistencia. La acción prescribirá a los cuatro años contados desde este momento.

*E. Derechos de la personalidad.* Excluidos de la representación los actos relativos a los derechos de la personalidad (art. 12.2), su ejercicio es realizado por el menor si tiene suficiente juicio (art. 7.1.a.) y las actuaciones los titulares de la autoridad familiar o del tutor se justifican por el cumplimiento de los deberes de guarda que la ley les encomienda.

Para la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad, el art. 20.1 establece que, siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor de catorce años se regirá por las siguientes reglas: a) Si tiene suficiente juicio, requerirá su consentimiento y la auto-

rización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de alguno de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez. b) Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. c) Si no tiene suficiente juicio, solo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

Finalmente, el art. 20. 2 declara que “para internar al menor contra su voluntad en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial que comporte privación de libertad, se necesita autorización judicial” (cfr. art. 763 Lec., que lo dice para todos los menores; en la ley aragonesa, para los mayores de catorce, resulta lo mismo de lo previsto en el art. 36, en sede de “incapacidad”).

*F. Prestaciones personales.* Los contratos que impliquen alguna prestación personal del menor de catorce años que tenga suficiente juicio requieren su consentimiento previo y la autorización de quienes ostenten su representación legal, dice el art. 21.

No se trata de un contrato de trabajo, para el que existe una regulación específica. Parece que es el menor quien celebra el contrato (si bien hace dudar que su consentimiento sea “previo”) y el representante se limita a “autorizar”.

Si el menor no tiene suficiente juicio no será preciso el consentimiento del menor, que no puede prestarlo, pero además parece que el representante, al celebrar el contrato, queda personalmente obligado a lograr que el menor realice el comportamiento de que se trate.

## **6. Menor mayor de catorce años.**

*A. Situación del menor, mayor de catorce años.* El menor aragonés mayor de catorce es un menor de edad con capacidad anticipada o ampliada. Puede celebrar por sí solo, sin asistencia, bastantes actos y otros muchos con la asistencia de las personas que, conforme al art. 23.1, deben prestarla. El menor mayor de catorce años carece de representante legal, conforme al art. 5.3 (“La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia”). Pero sigue siendo un menor de edad y, en el supuesto más corriente, si tiene padres, subsiste la función de la autoridad familiar (o la de las personas a las que puede corresponder, conforme a los arts. 85 y ss.), o la de la tutela (art. 130), que no se extinguen sino con la emancipación (arts. 93 y 144). En consecuencia, sigue incumbiendo a los padres el deber de

crianza y educación (art. 65) o al tutor las funciones que, dependiendo de su edad, y con la debida adaptación, corresponden a los titulares de la autoridad familiar (art. 136). Por ello, aunque se excluya la representación legal, el ejercicio de las funciones de la autoridad familiar o de la tutela puede imponer en ocasiones una intervención de los guardadores del menor (asistencia, por ejemplo, cuando la decisión del menor entrañe un grave riesgo para su vida e integridad física, conforme al art. 24) e, igualmente, será exigible, en su caso, la responsabilidad de los guardadores en los términos del art. 1.903 Cc.

*B. Capacidad.* Según el art. 23.1: *El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor.*

El precepto reconoce al menor mayor de catorce años capacidad para celebrar “con asistencia, en su caso” toda clase de actos y contratos. Luego la asistencia no siempre es necesaria, y el menor puede celebrar por sí solo, sin asistencia ni intervención de otras personas, algunos actos.

En primer lugar, *el menor mayor de catorce años no necesita asistencia en los actos que la ley le permita realizar por sí solo* (art. 23.3). Así, por ejemplo, de conformidad con el art. 24.1, “siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor mayor de catorce años dependerá de su exclusiva voluntad”, siempre que la decisión no entrañe un grave riesgo; el menor mayor de catorce puede solicitar, sin necesidad de asistencia, la sustitución de su nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas propias de Aragón (art. 25); o que se altere el orden de sus apellidos (art. 57); por sí solo puede administrar ciertos bienes (art. 26.2), puede aceptar una herencia, art. 346.1 CDFa y otorgar testamento, salvo el ológrafo, art. 406.1 CDFa.

Con asistencia, el menor mayor de catorce puede celebrar “toda clase de *actos y contratos*”, como dice el art. 23 y decía antes el art. 5 Comp. Los autores de la Compilación introdujeron la expresión “actos”, y no solo contratos, con la finalidad de incluir la comparecencia en juicio y, en general, las actuaciones procesales, lo que sin ninguna duda es coherente con el hecho de que el mayor de catorce carece de representante legal (sobre la capacidad procesal del menor aragonés de más de catorce años, v. la STS 30 enero 2008). Están comprendidos toda clase de actos, también los debidos (por ejemplo, el pago o cumplimiento de una obligación, art. 1160 Cc.) y las declaraciones unilaterales de voluntad (como es el caso de

las intimaciones, por ejemplo, la de la mora, art. 1100 Cc.), incluidas las renunciaciones (por ejemplo, repudiación de la herencia, art. 346). Con asistencia puede el menor administrar sus bienes (art. 26.1. i.f.) y disponer de ellos (art. 9.1 y 23.1). Necesita asistencia cuando su decisión permitiendo la intromisión en un derecho de la personalidad entrañe un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica (art. 24.1.a.). Necesita asistencia para otorgar el documento de voluntades anticipadas en el que exprese sus opciones e instrucciones previas ante circunstancias clínicas que le impidan manifestar su voluntad (art. 15 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón, modificado por la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte).

Finalmente, y atendiendo a la capacidad especial exigida en algunas normas, el menor mayor de catorce no puede realizar, ni por sí solo ni tampoco con asistencia determinados actos. Así, por ejemplo, el art. 7º del Estatuto de los trabajadores (TR. aprobado por RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo), solo permite contratar a los mayores de dieciséis años; para otorgar un pacto sucesorio hay que ser mayor de edad (art. 378); para adoptar, en ausencia de norma aragonesa propia, es aplicable el art. 175 Cc., que exige tener veinticinco años; los menores no emancipados solo pueden contraer matrimonio a partir de los catorce con dispensa judicial (arts. 46 y 48 Cc., en materia de la competencia exclusiva del Estado), etc.

*C. Intromisión de los terceros en los derechos de la personalidad.* Conforme al art. 24, siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor mayor de catorce años dependerá de su exclusiva voluntad, con las salvedades siguientes: a) Si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, necesitará la asistencia prevista en el artículo anterior. b) Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. Si el menor no está en condiciones de decidir sobre la intromisión (contra la presunción del art. 34), solo será posible cuando lo exija el interés del menor apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

El precepto es aplicable cuando, con arreglo a las leyes aplicables, es posible legitimar la intromisión de un tercero en los derechos de la personalidad (así, en materia de intervenciones quirúrgicas, derecho al honor o intimidad y propia imagen). La regla es que la intromisión de terceros en sus derechos de la personalidad depende exclusivamente de su volun-

tad, por entender que a partir de los catorce años tiene suficiente juicio. El consentimiento del menor mayor de catorce no será suficiente, ni por sí ni con asistencia, cuando, con arreglo a esas leyes (Leyes Orgánicas a veces, simple ley ordinaria en otros casos) se exija tener dieciocho años: por ejemplo, para ser donante -vivo- de órganos (Ley de 27 de octubre de 1979) o para participar en las técnicas de reproducción asistida (Ley de 26 de mayo de 2006); para la interrupción voluntaria del embarazo el consentimiento les corresponde en exclusiva a las mujeres a partir de los dieciséis años, de acuerdo con el art. 13 de la L.O. 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual. Por otra parte, ni el consentimiento del menor ni el de sus padres excluye la competencia que el art. 4 de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, atribuye al Ministerio fiscal para actuar si considera que cualquier utilización de la imagen o nombre del menor en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación o sea contraria a sus intereses.

*D. Administración de bienes.* La amplitud del art. 23 es tal (“*toda clase de actos y contratos*”) que incluye los actos de administración y los de disposición. El art. 23, sin embargo, debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 26 por lo que se refiere a la administración.

Establece el art. 26.1 que el administrador administra los bienes del menor mayor de catorce años en representación suya, pero los actos de administración podrán ser realizados también por el menor con la debida asistencia. Al administrador (los padres, el tutor, el tutor real o, en general, el administrador nombrado por quien dispone de bienes a título gratuito a favor del menor, conforme al art. 107) le corresponde la función de administrar los bienes de los menores mayores de catorce años “en representación suya”. Pero el propio menor puede también, conforme al art. 26, realizar actos de administración con asistencia. En definitiva, se admite alternativamente la validez de los actos de administración celebrados por el administrador o por el menor con asistencia.

En caso de actos de administración incompatibles efectuados por el menor y por el administrador (alquilan la finca a personas distintas, por ejemplo), es discutible cuál debe prevalecer. Si el menor ha actuado sin asistencia, podrá anularse el acto celebrado (art. 29). Pero si el menor contaba con la asistencia del otro administrador (caso de serlo ambos padres), quizás sea preferible mantener su eficacia, al menos cuando sea anterior al celebrado por el administrador.

El art. 26 solo atribuye al administrador la función de administrar. Nada dice de la disposición de los bienes del menor que ha cumplido los

catorce años. El mayor de catorce años dispone, conforme al art. 23, por sí, con asistencia: no es posible, por tanto, la disposición de los bienes de un menor mayor de catorce -fuera de los casos de incapacitación- por el administrador (la STSJA 15 junio 2011 considera que el reintegro de un depósito bancario es un acto de disposición que el padre no puede realizar). La misma idea resulta de lo dispuesto en los arts. 9.1 y 94.

De esta forma, al menor mayor de catorce se le libera de las actuaciones ordinarias menos trascendentes (actos de conservación del patrimonio, si bien las podrá realizar con asistencia) pero se le reservan las decisiones más importantes que pueden comprometer la existencia o el valor de sus bienes (ventas, constitución de derechos reales, arrendamientos a largo plazo o inscribibles, etc.), que nadie podrá tomar por él.

Conforme al art. 26.2, compete exclusivamente al menor, sin necesidad de asistencia, la administración de: a) Los bienes que adquiera con su trabajo o industria. b) Los que se le hubieren confiado a tal fin, así como los frutos y productos obtenidos con ellos. c) Los que haya adquirido a título lucrativo cuando el disponente así lo hubiere ordenado.

*a) Los bienes que adquiera con su trabajo o industria.* Los bienes que procedan de cualquier actividad productiva del menor (especificación, retribución, pero también los que adquiera por subrogación de los así obtenidos), sin olvidar que está prohibido el trabajo de los menores de dieciséis años.

*b) Los que se le hubieren confiado a tal fin, así como los frutos y productos obtenidos con ellos:* dinero u otros bienes, así como los frutos que produzcan (que, conforme al art. 5, pertenecerán al menor), que los padres o cualquier otra persona hubieran confiado al menor para que los administraran.

*c) Los que haya adquirido a título lucrativo cuando el disponente así lo hubiere ordenado.* El disponente, dentro de las amplias facultades que la ley le reconoce a la hora de ordenar la administración de los bienes de que dispone a título gratuito a favor del menor, puede ordenar que la administración corresponda, en exclusiva, al menor.

Lo dispuesto en el art. 26.2 significa que la administración de algunos bienes corresponde solo al menor, por sí, sin asistencia, y que en tales casos queda excluida la función de administración de otras personas. La excepción del art. 26.3 solo se refiere a la administración, no a la disposición que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 23, precisa la debida asistencia, pero no se ve inconveniente en que el disponente a título gratuito de

los bienes que atribuye al menor la administración excluya también la necesidad de asistencia para los actos de disposición (arg. ex art. 107, que reconoce la voluntad del disponente con gran amplitud).

Para este caso también, si los padres han sido excluidos de la administración y disposición, la asistencia debería prestarla la Junta de Parientes o el Juez (art. 23.2).

*E. Prestación de la asistencia. a) Sentido de la asistencia.* El término “asistencia” fue introducido por primera vez en el Apéndice de 1925, mientras que los Fueros que más específicamente tratan de la intervención de los padres para la validez de los actos de los hijos exigían “la voluntad de los padres” (*Que los menores de veynete años*, Monzón 1564; *De las obligaciones de los menores de veynete años*, Monzón y Binéfar, 1585). A la vista de estos antecedentes, y de la finalidad del precepto, la doctrina mayoritaria y la práctica entienden la asistencia en el sentido de *asentimiento*, sin que baste la mera presencia de las personas llamadas a prestarla ni tampoco un mero consejo o asesoramiento no vinculante. Este sentido de la asistencia resulta coherente, según la doctrina, con la noción de “menor en aprendizaje” que define al menor de edad mayor de catorce.

Los actos y contratos los celebra el menor, no quien presta asistencia. De tal manera que no solo la iniciativa del acto corresponde al menor, sino que a él debe referirse toda la disciplina negocial (posibles vicios del consentimiento, obligaciones derivadas del negocio, etc.).

*b) Personas que deben prestarla.* El art. 23.1 establece que con asistencia “de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor”.

Si los padres son titulares y tienen el ejercicio de la autoridad familiar, basta con que uno de ellos preste la asistencia. La asistencia podrá ser prestada por cualquiera de ellos, indistintamente. Tal regla es coherente con el ejercicio conjunto o separado de la autoridad familiar (art. 71). Si el menor está sujeto a tutela ordinaria, presta asistencia el tutor.

No menciona el precepto a las personas distintas de los padres que ejerzan la autoridad familiar (arts. 85 a 87). Si el acto para el que el menor requiere asistencia pertenece al ámbito patrimonial la asistencia deberá prestarla el tutor de los bienes que carezcan de administrador (art. 88.3 y art. 130.1.a.). Si se trata de un acto que pertenece a la esfera personal (por ejemplo, la requerida en el art. 24.1.a. en el ámbito de los derechos de la personalidad), la asistencia la prestan los titulares de la autoridad familiar (que la ejercen, en el ámbito personal, con el mismo contenido que los padres: art. 88.3).

El art. 23 no se refiere a la persona a quien puede corresponder la administración de ciertos bienes del menor, conforme a lo ordenado por quien se los transmitió al menor a título lucrativo (art. 9.2). Parece razonable entender, en principio, que será el administrador el llamado a prestar la asistencia cuando se trate de actos o contratos relativos a tales bienes. La consideración del administrador como una especie de “tutor real”, tutor de los bienes, permite incluirlo en la literalidad del art. 23, que menciona al “tutor”. En su caso, conforme al art. 107.1, las funciones no conferidas al administrador, incluida la prestación de la debida asistencia, corresponden a los padres o al tutor.

Conforme al art. 23.2, “la imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez”. Está prevista la asistencia de la Junta de Parientes o del Juez de modo alternativo. De la redacción del precepto resulta que debe descartarse la posibilidad de que el menor acuda a la Junta de Parientes cuando los llamados a prestarla en primer lugar se nieguen. Sin embargo, y por lo que se refiere a la intervención judicial en caso de negativa de quien en cada caso esté llamado a prestarla, aunque no resulta del art. 23, parece que puede venir propiciada por lo dispuesto en el art. 10 CDFA siempre que, conforme al mismo, la negativa a prestar la asistencia implique un perjuicio para el menor.

c) *Prestación de la asistencia.* La asistencia es una declaración unilateral de voluntad aprobatoria de quien ni otorga el acto ni es parte del contrato. En este sentido, dice el art. 27.1 que “la prestación de asistencia requiere conocer el acto que el menor se propone realizar y significa considerarlo conforme a sus intereses”.

Conforme al art. 27.2, “la asistencia puede ser expresa o tácita y previa o simultánea al acto; en esta puede bastar con la mera presencia sin oposición”. No es recepticia ni requiere forma determinada y podrá deducirse, según las circunstancias, de la mera presencia sin manifestar oposición por parte de la persona llamada a prestarla e, incluso, de hechos concluyentes (el dinero para la adquisición lo ha obtenido el menor precisamente de su padre o madre específicamente con esa finalidad).

Después del otorgamiento del acto o contrato sin asistencia, el llamado a prestarla, que puede anular el contrato, puede también confirmarlo (art. 29.a.). El acto otorgado sin asentimiento no es un acto incompleto, sino un acto anulable, por lo que no cabe su otorgamiento notarial ni su inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 145, 156.8 del Rn. y 18 Lh.).

Termina diciendo el art. 27.3 que: “La asistencia en ningún caso puede ser genérica. Podrá, sin embargo, concederse para una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referentes a la misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad, cuyas circunstancias fundamentales habrán de especificarse”.

No vale la asistencia de forma general y por anticipado. Dada su finalidad tuitiva, es preciso que la asistencia se preste individualmente para cada acto -como para el menor emancipado exige la jurisprudencia-. Tratándose de actos de administración, parece razonable admitir que los padres presten de modo genérico su asistencia, pues la ley permite expresamente que se confíe al menor la administración de ciertos bienes (art. 26.2.b.) o, incluso, que quien ejerza la autoridad familiar o la tutela dé su beneplácito para que el menor “viva con independencia económica” (art. 32), esto es, actuando a muchos efectos como si fuera mayor (art. 33). La redacción del art. 27.3 es idéntica a la del art. 18.2 de la que, ya se ha dicho, pretende ser útil para dotar de flexibilidad a las actuaciones del menor en este caso, siempre que se cumplan las especificaciones establecidas en el artículo.

*d) Oposición de intereses.* El supuesto de oposición de intereses entre el menor y quienes hayan de prestarle la asistencia se regula en el art. 28.1 partiendo de los criterios que recogía el derogado art. 5.2 de la Compilación, con pequeñas aclaraciones: a) Si la oposición es por parte de uno solo de los padres o tutores, la asistencia será prestada por el otro, a no ser que en la delación de la tutela se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso. b) Si es por parte del único padre titular de la autoridad familiar o del tutor único, así como si es por parte de ambos padres o tutores, la asistencia será suplida por la Junta de Parientes o un defensor judicial. c) Si es por parte del administrador voluntario, la asistencia será prestada por uno cualquiera de los padres o el tutor. Añade el art. 28.2 que, cuando en el mismo acto varios menores o incapacitados, que habrían de ser asistidos por la misma persona, tengan intereses contrapuestos, se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial.

*e) Anulabilidad por falta de asistencia.* Expresamente establece el art. 29 que será anulable, mientras no sea confirmado por quienes pueden anularlo, el acto o contrato celebrado por el menor sin la debida asistencia.

También establecía la anulabilidad el art. 5 Comp., pero ahora, para evitar el tener que integrar la regla con la adaptación a este caso de la legislación estatal sobre nulidad, el Código del Derecho Foral concreta la legitimación para anular o confirmar y precisa el momento inicial del plazo de prescripción de cuatro años.

De manera coherente con la finalidad de la asistencia de proteger a los menores durante la fase del aprendizaje vigilado en que se encuentran a partir de los catorce años, están legitimadas para impugnar el acto las personas cuya asistencia fue omitida mientras el menor no pueda anularlo por sí solo. También el propio menor, con la debida asistencia. En este caso, la acción prescribirá a los cuatro años desde que, por la emancipación o mayoría de edad, hubiera podido realizar el acto sin asistencia (art. 29).

## **7. La emancipación. El menor emancipado.**

*A. Antecedentes.* La Compilación de 1967, siguiendo lo dispuesto en el Apéndice, solo contenía en su art. 5.3 una regulación de la situación del menor mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres, viviera independiente de ellos, con la virtualidad de reconocerle capaz para realizar por sí, sin asistencia, los actos de administración. La doctrina y la práctica han venido entendiendo que, pese a carecer de precedente en nuestro Derecho, era aplicable la emancipación en los términos regulados en el Código civil. Se discutían, sin embargo, como consecuencia de la necesaria adaptación a algunas reglas propias, si la emancipación era posible a partir de los catorce años o, como establece el Código civil, de los dieciséis, o si, además de los padres, podían concederla titulares distintos de la autoridad familiar, o si además del Juez podría concederla la Junta de Parientes, o si era aplicable en Aragón el art. 319 Cc., de consecuencias más amplias que el art. 5.3 Comp.

Teóricamente, podría considerarse que la emancipación, como salida de la patria potestad, era incompatible con el sistema aragonés, que no conocía esta institución. Por otra parte, en Derecho común, la emancipación tiene cada vez menos virtualidad práctica, como consecuencia de la rebaja de la mayoría de edad a los dieciocho y de la ampliación de las posibilidades de actuación de los menores de más de dieciséis años desde la reforma del Código civil en 1981 (art. 166). Con mucha más razón para el Derecho aragonés, dada la amplia capacidad reconocida a los menores desde que cumplen catorce años, cabe pensar que el instituto de la emancipación no será utilizado con mucha frecuencia. En la práctica, sin embargo, la conveniencia de atender a aquellos supuestos en los que las circunstancias personales y familiares del menor así lo aconsejen, el legislador aragonés ha preferido mantener la posibilidad de ampliar, mediante la emancipación, la capacidad de obrar de los menores (sin que llegue a ser igual a la de los mayores de edad). El Código del Derecho Foral lo que hace es regular la institución, recogiendo sus rasgos esenciales pero

adaptándolos al sistema aragonés. En particular, no cabe en Aragón ni ha existido nunca la emancipación por matrimonio, puesto que el contraerlo constituye al sujeto en la situación de mayor de edad (art. 4.1.b. CDFA; cfr. art. 316 Cc.).

*B. Capacidad de obrar del menor emancipado.* El art. 33 comienza diciendo que “la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero necesitará la asistencia que previene el artículo 23 y, en su defecto, la de su curador para: a) Realizar los actos enumerados en el artículo 15. b) Repudiar atribuciones gratuitas. c) Aceptar el cargo de administrador en sociedades de cualquier clase”.

La emancipación extingue la autoridad familiar (art. 93.1.b.) o la tutela (art. 144.a.) a que estuviera sometido el menor. La extinción de estas instituciones de guarda es coherente con la ampliación de la capacidad del menor emancipado. La emancipación equipara al menor emancipado a un mayor de edad pero con ciertas limitaciones concretas. La enumeración de supuestos concretos en el Código mueve a pensar que en todo lo demás, el menor emancipado tiene reconocida plena capacidad de obrar (art. 33.1 en relación con el art. 4.2). La asistencia requerida en el art. 33 no requiere que se constituya establemente un sistema de guarda hasta el punto que, conforme al art. 149, la curatela del emancipado, que solo se constituirá a su instancia, no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que aquel no pueda realizar por sí solo.

La asistencia requerida para los actos concretos previstos en la ley será la que “previene el artículo 23 y, en su defecto, la de su curador” (art. 33.1). Es decir, en principio, puede prestar la asistencia uno cualquiera de sus padres. La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla de la Junta de Parientes o del Juez (art. 23).

Puesto que la necesidad de asistencia viene requerida en el art. 33.1 para actos que tienen que ver con la gestión de bienes, y en este ámbito, ningún contenido tienen asignado las personas distintas de los padres que en su caso ejerzan la autoridad familiar, puede defenderse que no son ellas las llamadas a prestar la debida asistencia. Los titulares de la autoridad familiar no pueden mantener, transformada, una función de la que carecían antes de la emancipación. Por eso, de la misma manera que al menor sometido a la autoridad familiar de otras personas distintas de los padres, en su caso, hay que nombrarles un tutor de los bienes, al emancipado que hubiera estado sometido a la autoridad familiar de otras personas la asistencia debería prestársela un curador (cfr. art. 148 “personas sujetas a curatela”).

También deberá prestar la asistencia un curador, conforme al art. 148.a., cuando las personas llamadas a prestar la asistencia prevenida por la ley fallezcan o queden impedidas para hacerlo. En definitiva, cuando fallezcan o queden impedidos para hacerlo los padres y los miembros de la Junta (art. 23). Puesto que el art. 23 permite, en caso de imposibilidad, acudir a la Junta o al Juez y el art. 148 prevé la intervención del curador para los casos de que los llamados “fallezcan o queden impedidos”, habrá que pensar que este último supuesto se refiere a los casos de imposibilidad definitiva (pérdida de capacidad, por ejemplo).

La curatela del emancipado solo se constituirá a su instancia, y no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que aquel no pueda realizar por sí solo (art. 149).

La prestación de la asistencia por los padres del menor emancipado está sometida a las mismas reglas que la Ley establece en los arts. 27 a 29 para la asistencia para los menores mayores de catorce años. Conforme al art. 151.1, la prestación de la asistencia por el curador se rige también por estas reglas, con las necesarias adaptaciones (solo hay un curador, por ejemplo, por lo que carece de sentido la aplicación del art. 28.1.a.). De lo que a continuación dice el art. 151.2 resulta que la anulabilidad por falta de asistencia en el caso del menor emancipado se rige por lo dispuesto en el art. 29, pero la acción prescribirá a los cuatro años desde que hubiese podido celebrar el acto sin asistencia (alcanza la mayoría de edad por cumplir dieciocho años o por casarse) o, en su defecto, desde su fallecimiento.

En particular, conforme al art. 33.1, el menor emancipado necesita asistencia para: “a) Realizar los actos enumerados en el artículo 15. b) Repudiar atribuciones gratuitas. c) Aceptar el cargo de administrador en sociedades de cualquier clase”.

*a) Realizar los actos enumerados en el artículo 15.* El código exige asistencia para los mismos actos para los que, por su especial trascendencia, el representante de los menores de catorce años necesita autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez.

*b) Repudiar atribuciones gratuitas.* También el art. 14 exige al representante del menor autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para rechazar cualquier atribución gratuita a favor del menor. La regla es coherente con lo que, para la repudiación de la herencia por los menores emancipados, establece el art. 346 CDEFA.

*c) Aceptar el cargo de administrador en sociedades de cualquier clase.* La regla posee gran trascendencia práctica. En efecto, frente al criterio man-

tenido anteriormente por la DGRN en R. 24 febrero 1986, en la actualidad, el art. 213 del RD Leg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital expresamente excluye solo a los menores no emancipados de la posibilidad de ser administradores, por lo que puede entenderse que los menores emancipados sí pueden ser administradores.

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio (art. 33.2: cfr. art. 7.2 Lec.): comparecer en juicio podrá hacerlo por sí solo, en todo caso, pero como comparecer no agota toda la capacidad procesal, hay que entender que necesita asistencia para los actos que supongan disposición (art. 12: por ejemplo, allanándose). Pero no podrá, por no tener “la libre disposición conforme a derecho” (art. 2 de la Ley de arbitraje de 2003) someter a arbitraje las materias para las que necesita asistencia.

Del tenor del art. 33 resulta que, fuera de estas limitaciones, el menor emancipado tiene la misma capacidad de obrar que un mayor de edad. En particular, en el ámbito personal, la ley no establece ningún tipo de limitación y, de hecho, se reconoce capacidad al menor emancipado para muchos actos: contraer matrimonio, sin necesidad de dispensa (arts. 46.1 y 48 Cc.), reconocer hijos (art. 121 Cc.), ejercer la autoridad familiar (art. 73 CDFA, para efectuar declaraciones de voluntad con eficacia en el ámbito de la vecindad civil o la nacionalidad (arts. 14 y 20 Cc.).

Lo cierto es, sin embargo, que a pesar de la habilitación general del art. 33 al menor emancipado, la ley en ocasiones exige para realizar determinados actos “ser mayor de edad”, lo que en algunas ocasiones debe entenderse como exclusión del menor emancipado (así, por ejemplo, otorgar pacto sucesorio, testamento ológrafo o fiducia, arts. 378, 408 y 440).

La doctrina suele dar por supuesto que el menor emancipado goza de plena autonomía en lo personal lo que, a mi juicio, en función de la edad del menor, plantea problemas de coordinación con otras normas, como la que establece la escolarización obligatoria hasta los dieciséis años (L.O. 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) y la política seguida en desarrollo de la normativa autonómica de protección de la infancia y la adolescencia y dirigida a controlar y evitar el absentismo escolar, en particular, de los adolescentes. También, con la prohibición contenida en el Estatuto de los Trabajadores del trabajo de los menores de dieciséis años.

C. *Supuestos de emancipación.* a) *Emancipación por concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar.* 30.1. La emancipación por concesión de quienes ejerzan la autoridad familiar requiere que el menor tenga catorce años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil.

Si son dos los titulares de la autoridad familiar (padres, abuelos), la concesión deberá otorgarse conjuntamente.

Para prestar consentimiento es necesario que el hijo, además de los catorce años, tenga capacidad natural para consentir, teniendo en cuenta la trascendencia del acto.

No se exige ningún requisito, ni están previstas causas tasadas ni tampoco ningún control de que la concesión se haga en beneficio del menor. En mi opinión, sin embargo, se impone una interpretación conforme a lo dispuesto en el art. 5.4 CDFA: "Los guardadores legales ejercerán sus funciones siempre en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y madurez, a fin de dotarle de autonomía en la organización de su propia vida". Dadas las consecuencias negativas que para el menor pueden derivarse de la extinción de la autoridad familiar (en particular, no son exigibles los deberes que el art. 65 establece: tenerlos en su compañía, proveer a su sustento, educarles), la posibilidad de una concesión en fraude de ley puede provocar una situación de riesgo o desamparo del menor que justifique una adecuada intervención de la entidad pública (art. 5.6) o, según los casos, de la autoridad judicial, de oficio o a instancia de cualquier pariente, persona interesada o del Ministerio Fiscal (art. 10).

*b) Emancipación por concesión judicial.* El Juez podrá conceder la emancipación al menor mayor de catorce años si este la pide y previa audiencia de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela: a) Cuando quien ejerce la autoridad familiar contraiga nupcias o conviva maritalmente con persona que no sea también titular de la autoridad familiar sobre el menor. b) Cuando quienes ejercen la autoridad familiar vivan separados. c) Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar. d) Cuando el menor esté sujeto a tutela.

Si el menor mayor de catorce la pide, la autoridad judicial puede conceder la emancipación, previa audiencia de los titulares de la autoridad familiar o del tutor, en los casos previstos en la ley. Los dos primeros (letras a. y b.) son concreciones del previsto en la letra c. y tienen que ver, de manera general, con la existencia de conflictos o graves dificultades en el ejercicio de la autoridad familiar. El supuesto previsto en la letra d. (menor sujeto a tutela) evoca el llamado "beneficio de la mayor edad" que regula, en su ámbito, el art. 321 Cc.

En interés del menor, el Juez podrá conceder la emancipación pero también, adoptar de manera flexible cualquier medida para su protección (art. 10). Incluida en su caso, en atención a la madurez del menor, la posibilidad de poner en marcha un procedimiento para privar de la autoridad

familiar (art. 90), establecer el consiguiente régimen de guarda o protección del menor (art. 92.3), o la remoción del tutor (art. 127) y designación de un nuevo titular (art. 129.2).

De manera común para todas las formas de emancipación por concesión, establece el art. 30.3 que, concedida la emancipación, no podrá ser revocada. También que la concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tanto efectos contra tercero (art. 31: cfr. arts. 1.4 y 46 LRc. 1957; art. 70 LRc. 2011).

c) *Emancipación por vida independiente*. Según el art. 32, “el menor mayor de catorce años que, con beneplácito de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela, o mediando justa causa, viva con independencia económica de ellos, será reputado para todos los efectos como emancipado. Quienes dieron este beneplácito podrán revocarlo”. La regla supone la incorporación al Derecho aragonés de la llamada emancipación por vida independiente, ampliando los efectos que el art. 5.3 Comp. atribuía al menor: ahora se le reputa para todos los efectos como emancipado, mientras que anteriormente solo se le atribuía la facultad de administrar sin asistencia.

Se trata de una situación llena de incertidumbre, tanto por carecer de una constatación oficial como por la posibilidad de revocación del “beneplácito” de los titulares de la autoridad familiar o del tutor. Tratando de dotar de seguridad a esta situación, el art. 70.4 LRc. 2011 permite la inscripción de la emancipación por vida independiente en el Registro Civil mediante la acreditación documental de la situación de independencia y el consentimiento de los padres, de modo que frente a terceros no producirá efectos mientras no se inscriba.

No hay que descartar que la “vida independiente del menor” ponga de manifiesto la necesidad de una intervención judicial (art. 10) o administrativa (art. 4.6) adoptada en beneficio de un menor expuesto a peligros, desamparado o en situación de riesgo.

## **8. Incapacidad e incapacitación.**

A. *La persona incapaz y la incapacitada*. En el Derecho histórico, la regulación aragonesa de la tutela y la curatela incluía la situación de los incapaces, pero la Compilación carecía de una regulación sistemática de la materia, y en las leyes civiles aragonesas (Ley de régimen económico, Ley de sucesiones, en la propia Compilación) solo había referencias aisladas a las personas incapaces o a las incapacitadas, por lo que se aplicaba como supletorio el Derecho general del Estado. Lo cierto es, sin embargo, que

se planteaban algunas dificultades de armonización de las leyes estatales sobre la materia con las normas y principios del Derecho aragonés sobre capacidad de las personas, autoridad familiar y tutela.

A solventar esas dudas se dirige la regulación contenida en el capítulo II del Título I del Libro I (Derecho de la persona) del CDFa (arts. 34 a 40), que tampoco regula ahora de una manera completa la materia, y hay que dar por supuesta la aplicación del Derecho estatal, en especial en lo que se refiere a los procesos sobre capacidad de las personas -arts. 756 y ss. Lec. La Ley mantiene el sistema de limitación de la capacidad por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (arts. 38 y 39) así como el consiguiente sometimiento del incapacitado a tutela o curatela (reguladas en el Título III del Libro I del CDFa (arts. 100 y ss.) o a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada (arts. 41 a 45). La existencia de personas que podrían ser incapacitadas pero no lo están se contempla por el Código como una situación con vocación de interinidad (art. 157 CDFa, que obliga al guardador de hecho a poner esta situación en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal), pero se atiende a la habitual realidad social de la existencia de personas que, incapaces de gobernarse por sí mismos, no están incapacitadas (arts. 34 a 37). De esta forma, además de la posibilidad de introducir formas de protección flexibles en virtud de la delación voluntaria (“autotutela”), así como el otorgamiento de un mandato que no se extinga por la incapacidad o la incapacitación del otorgante (art. 109 CDFa, cfr. arts. 223 y 1732 Cc.), la Ley aragonesa establece pautas que permitan tomar decisiones en la esfera personal del enfermo no incapacitado (art. 35).

La Ley estatal 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, regula “el patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, dirigido a satisfacer las necesidades vitales de sus titulares. La ley estatal considera beneficiarios de este patrimonio protegido a las personas afectadas por una minusvalía psíquica, física o sensorial (art. 2) con total independencia de que puedan estar o no incapacitadas. El art. 40 CDFa se cuida de aclarar que esta regulación que es preferente sobre lo dispuesto para el caso de incapacitación (arts. 1.2 Ley 41/2003 y 40 CDFa) se aplica en Aragón en lo necesario -pues buena parte de su contenido de Derecho civil era ya posible en Aragón en virtud del principio *standum est chartae*-, si bien se introducen algunas adaptaciones. Así, la posibilidad de que puedan constituir patrimonio protegido, además de las personas mencionadas en el art. 3 de la Ley estatal, las otras personas con autoridad familiar (art. 40.2). Asimismo la posibilidad de que la nece-

saría autorización judicial requerida al administrador del patrimonio (art. 5 de la Ley estatal) sea otorgada de forma alternativa por la Junta de Parientes o por el Juez (art. 40.3).

*B. Personas incapacitadas. La incapacitación.* Al igual que venía sucediendo con anterioridad, conforme a las leyes generales del Estado (arts. 199 y ss. Cc. y 760 Lec.), nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 38 CDFa).

Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 38.2).

Existe, sin embargo, una diferencia importante por lo que se refiere a la prodigalidad que, conforme al art. 38.3, “no tendrá otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del apartado anterior”. Es decir, como explica el Preámbulo del Código del Derecho Foral, cabe incapacitar (para protegerlo, como en los demás supuestos de incapacitación) al que dilapida sus bienes cuando por enfermedad o deficiencia psíquica no pueda gobernarse por sí mismo pero, sin este supuesto, no puede limitarse la capacidad de obrar en el ámbito patrimonial como medida protectora de intereses ajenos, tal como, en su ámbito de aplicación, establece el Código civil.

La regla, coherente con el Derecho histórico aragonés (que excluía la prodigalidad como causa autónoma: «por costumbre del Reino no se da curador al que dilapida o disipa sus bienes, a no ser que además sea mentecato y privado de razón»: Observancia. 7.<sup>a</sup> *De tutoribus*), es sensible a la necesidad de proteger contra sí mismos a ciertos pródigos que puede decirse que padecen enfermedad y no están en condiciones de gobernarse por sí solos. Cuando la prodigalidad no sea síntoma de deficiencia que justifique la incapacitación no dará lugar a una limitación de la capacidad de obrar pero permitirá la adopción, en su caso, de las medidas de aseguramiento y ejecución forzosa de los deberes familiares: normativa penal sobre abandono de familia (arts. 226 y 227 Código penal), regulación civil de los deberes de asistencia en el matrimonio, de los efectos de la filiación y el deber de crianza y autoridad familiar y de los alimentos entre parientes y la normativa del régimen económico del matrimonio (arts. 58.2, 66 a 70, 183.2, 4 y 5, 245.b., arts. 298 y 301.1.e., 515, 549 CDFa, arts. 142 y ss. Cc.).

La disp. transitoria tercera del CDFa se ocupa del Derecho transitorio por lo que se refiere a la prodigalidad: desde el 23 de abril de 2007 (fecha

de la entrada en vigor de la Ley de Derecho de la persona, que se incorpora al CDFa nadie puede ser declarado pródigo. Las personas declaradas pródigas con anterioridad siguen rigiéndose por las normas de la legislación anterior, pero podrán solicitar judicialmente la reintegración de su capacidad.

Es de aplicación lo dispuesto sobre incapacitación en la Ley de enjuiciamiento civil dentro del Libro IV (“De los procesos especiales”), en el capítulo II (“Los procesos sobre la capacidad de las personas”), salvo, por lo dicho, lo que se refiere a la declaración de prodigalidad. Además, debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 131.1 CDFa, quienes soliciten la incapacitación (personas legitimadas conforme al art. 757 Lec.) están obligados a promover la constitución de la tutela o la curatela. Por eso la sentencia, a la vista de la extensión y los límites de la incapacitación no solo determinará si procede la prórroga o rehabilitación de la guarda o el régimen de tutela o curatela a que quede sometido el incapacitado (arts. 41 a 45, 130.1.b. y 150 CDFa, sino que también deberá contener la designación de la persona que debe asumir ese régimen de guarda (arts. 759.2º y 760 Lec. en relación con el art. 131 CDFa, a cuyo fin el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad, a efectos de comprobar la existencia de disposiciones sobre delación voluntaria de la tutela (arts. 111 y 133.2 CDFa).

*C. Capacidad del incapacitado.* La sentencia es la que determina la situación del incapacitado, al fijar la extensión y límites de la incapacitación así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado (arts. 38.1, 43 y 44, 130.1.b., 148.b. CDFa). La sentencia somete al incapacitado a un sistema de protección dirigido a proteger su persona y su patrimonio, bien sea en funciones de representación bien de mera asistencia o complemento de capacidad, sea el tutor (art. 130.1.b. CDFa, el curador (art. 150 CDFa, o las personas a las que correspondería la autoridad familiar (arts. 43 y 44, 130.1.b., 150 CDFa).

En algunos ámbitos, por lo demás, hay reglas especiales que se ocupan de la capacidad prescindiendo de si existe o no incapacitación, y a ellas habrá que atender (art. 56.2 Cc. para la celebración del matrimonio; art. 121 Cc. para el reconocimiento de hijos; art. 408 CDFa, para otorgar testamento).

Los problemas se plantean en relación con los actos para los que la ley no prevé un régimen peculiar y de los que la sentencia no se ocupa. El art. 39 CDFa establece una regla general para estos casos conforme a la cual, “se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, al incapacitado menor de

edad, así como al mayor sujeto a tutela o autoridad familiar, las reglas sobre capacidad del menor que no ha cumplido los catorce años y al sujeto a curatela las del menor que los ha cumplido ya". Parece razonable que así sea puesto que se da cierta semejanza, de un lado, entre los menores de catorce años (arts. 2.3 y 9) y la situación de los incapacitados a quienes se nombra un representante legal y, de otro, entre los menores mayores de catorce años, que carecen de representante legal y los incapacitados a quienes se nombra un curador, cuya labor es fundamentalmente de asistencia (si bien, el art. 136.2 permite que la sentencia atribuya al curador funciones de representación para actos concretos). De cualquier forma, la aplicación de estas normas, que dependerán de que nada prevea la ley ni la sentencia de incapacitación, no se impone de una manera automática, sino "con las necesarias adaptaciones", lo que exige tener en cuenta en cada caso la naturaleza del acto para precisar si puede actuar el incapacitado, solo o con asistencia, o su representante o ninguno de los dos.

El contenido del art. 39 es coherente con lo dispuesto en el propio Código para los titulares de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, para el tutor, para el curador. Así, arts. 44 ("*Régimen de la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada*). La potestad de guarda prorrogada o rehabilitada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, conforme a las reglas de la autoridad familiar o la tutela"), 136.2 ("Las funciones del tutor del incapacitado serán las que señale la sentencia de incapacitación. En su defecto, se considerará que tienen el mismo contenido que la autoridad familiar sobre los hijos menores de catorce años, con las modificaciones previstas en este Título"), 139.1 ("La administración y disposición de los bienes del pupilo tienen el mismo contenido que la gestión de los bienes de un hijo de su edad y capacidad, con las modificaciones previstas en este Título") y 150.1 ("La sentencia de incapacitación debe determinar los actos para los que el incapacitado necesita la asistencia del curador. Si no dispone otra cosa, se entenderá que la requiere, además de para los actos determinados por la ley, para aquellos en los que la precisa el menor mayor de catorce años").

*D. Incapacitación de menores de edad.* El menor de edad puede ser incapacitado cuando concurra en él causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad (art. 38.4: cfr. art. 201 Cc.). Debe entenderse que están legitimados para promover la incapacitación no solo los padres o el tutor (art. 757.4 Lec.) sino también, además, quienes ejerzan la autoridad familiar (art. 88.3 CDFA).

El menor incapacitado sigue sometido a la autoridad familiar, que no se extingue hasta la mayoría de edad -o la emancipación- (art. 93), pero su contenido no será el normal, sino con la extensión y límites que establezca la sentencia de incapacitación. Si el menor estuviese sometido a tutela, igualmente continuará el tutor en el ejercicio de su cargo, ajustando sus funciones a lo previsto en la sentencia (arts. 130.1 y 148).

Al llegar a la mayoría de edad, la autoridad familiar o tutela a que estuviera sometido el menor de edad que hubiera sido incapacitado quedará prorrogada, por ministerio de la ley (art. 41). El Juez, no obstante, puede, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada, acordar la constitución de la tutela o curatela (art. 43).

*E. Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda. a) Consideración general.* El Código del Derecho Foral regula conjuntamente la prórroga y la rehabilitación de la potestad de guarda (esta última para el caso de hijo soltero mayor de edad que vive en compañía de sus padres, art. 42). Como recuerda el Preámbulo, la prórroga y la rehabilitación de la autoridad familiar estaban admitidas en Aragón, adaptando en lo necesario las prescripciones del Código civil sobre la patria potestad, como mostraba la referencia textual en los arts. 31 y 51 de la Ley de sucesiones de 1999. Ahora, los arts. 41 a 45 CDFa completan y aclaran tanto los supuestos en que los procede como el régimen de la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada, así como las causas de su extinción (art. 45).

*b) Personas sobre las que se ejerce.* Cuando la incapacitación se produce durante la minoría de edad, al llegar a la mayoría de edad se produce la *prórroga* de la guarda (autoridad familiar o tutela) a que estuviera sometido sin solución de continuidad (“por ministerio de la ley”, dice el art. 41).

Cuando la incapacitación se produce después de la mayoría de edad, es posible la rehabilitación de la autoridad familiar a que hubiera sometido el mayor incapacitado cuando era menor. El Juez, al determinar el sistema de guarda a que queda sometida la persona incapacitada, está vinculado por las previsiones que el propio interesado hubiera podido adoptar cuando tenía plena capacidad de obrar, en previsión de la incapacitación futura, en los términos de los arts. 108 y 114 (autotutela o delación hecha por uno mismo). El régimen de protección previsto en la ley en sede de relaciones tutelares puede ser tutela o curatela (art. 38 en relación con el art. 130.1.b. para la tutela y art. 148.b. para la curatela). Pero si el incapacitado es persona soltera que vive con sus padres o en compañía

de uno de ellos, a falta de previsión sobre autotutela, *se rehabilita* por ministerio de la ley la autoridad familiar “que será ejercida *por quien correspondiere* si el hijo fuera menor de edad” (art. 42).

La referencia a los padres hace pensar que solo se admite la rehabilitación de la autoridad familiar ejercida por los padres; no, en cambio, la autoridad familiar ejercida por personas diferentes ni tampoco la rehabilitación de la tutela a que, en su caso, hubiera estado sometido durante su minoría de edad quien ahora es incapacitado. Nada impide, sin embargo, que los titulares de la autoridad familiar o el tutor sean nombrados tutores tras la incapacitación (cfr. art. 116).

Tanto el art. 41 (prórroga) como el 42 (rehabilitación) utilizan la expresión “por ministerio de la ley”, lo que hace pensar que se trata de una prórroga o un renacimiento de la institución de guarda que deriva directamente de la concurrencia de los presupuestos establecidos en la ley. Esta impresión debe ser matizada, puesto que queda en manos de la autoridad judicial que se produzca la prórroga o la rehabilitación. En este sentido, el art. 43 CDFA establece, como excepción a la prórroga o rehabilitación, que el Juez acuerde la constitución de la tutela o la curatela, atendiendo al “grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada”.

c) *Régimen*. De manera coherente con la posible graduación de la incapacitación prevista en la sentencia (art. 38), el art. 44 establece que “la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, conforme a las reglas de la autoridad familiar o la tutela”.

El contenido de la potestad prorrogada o rehabilitada depende de la capacidad de la persona según quede determinada en la sentencia. Para todo aquello para lo que la sentencia de incapacitación no diga otra cosa, el ejercicio de la autoridad familiar o la tutela prorrogada se regirá por las reglas de la autoridad familiar o la tutela. En consecuencia, serán aplicables las normas sobre privación o suspensión así como las de remoción de la tutela.

d) *Extinción*. El art. 45 se refiere a las causas por las que se extingue la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada: “Además de por las causas generales que resulten de aplicación, la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada se extingue: a) Por haberse dictado sentencia que deje sin efecto la incapacitación. b) Por haber contraído matrimonio el incapacitado. c) Por declaración judicial, basada en la dificultad grave

de los titulares para el adecuado cumplimiento de su función, atendidos su edad o situación personal y social y el grado de deficiencia del incapacitado”.

Así, se extinguirá, por aplicación de lo dispuesto en el art. 93 para la autoridad familiar, por la muerte del hijo o de los titulares, en los términos ya expuestos al hablar de la extinción de la autoridad familiar. Pero también, más específicamente, por cesar el presupuesto de la prórroga o rehabilitación, esto es, por la recuperación de la plena capacidad del sometido a la institución de guarda.

El matrimonio del incapacitado extingue la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada porque, parece razonable, debe prevalecer, cuando sea posible por su propia idoneidad, la tutela del cónyuge (art. 116.1.a.). En otro caso, deberá nombrarse tutor a alguna de las personas que enumera el art. 116, sin descartar a los padres.

La posibilidad de que el Juez extinga la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada atendiendo “a la dificultad grave de los titulares para el adecuado cumplimiento de su función” parece atender a la dificultad sobrevenida de asumir la función por razón de edad o de enfermedad, sin recurrir a la figura de la privación o de la remoción, que llevan implícita la idea de incumplimiento de la función.

El art. 45 debe ponerse en relación con el art. 130.1.c., en sede de tutela y con el art. 148.c., en sede de curatela: una vez extinguida la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada, en caso de que subsista la incapacitación, ha de constituirse la tutela o curatela, en atención al grado de discernimiento del incapacitado.

*F. Personas no incapacitadas.* La ley establece una presunción de capacidad de todas las personas mayores de catorce años que no estén incapacitadas (art. 34.1): la regla es coherente con la ausencia de representación legal a partir de esta edad y la posibilidad de realizar por sí (con la necesaria asistencia según los casos) toda clase de actos y contratos. Se presume también su aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario (art. 34.2). La regla es importante, porque la validez de los actos requiere que el sujeto goce de la aptitud mental suficiente para formar y exteriorizar su voluntad (“capacidad natural”). En consecuencia, será posible impugnar con éxito los actos realizados por personas no incapacitadas desvirtuando la presunción legal de capacidad mediante la prueba de la ausencia de entendimiento y voluntad en el momento de su otorgamiento. En tal caso, el acto realizado por la persona no incapacitada será inválido.

La Ley se ocupa del tipo de invalidez de los actos de quienes, no estando incapacitados, carecen de la suficiente aptitud para entender y querer y, por tanto, no pueden prestar válido consentimiento. Se cubre de este modo una laguna legal, pues hasta el momento no existía una norma que estableciera el tipo de invalidez de los actos realizados por el incapaz no incapacitado, y la doctrina debatía acerca de si el acto era nulo de pleno derecho (con el argumento de que falta el consentimiento requerido por el art. 1261 Cc.) o anulable, con aplicación entonces de los arts. 1302 y 1304 Cc. Entendiendo que esta última tesis es la preferible para proteger los intereses del incapaz, y siempre que no se vulneren otras leyes, el art. 37 CDFA establece un régimen de anulabilidad, precisando aspectos de la legitimación para impugnar y el plazo de prescripción: “El acto será anulable, mientras no sea confirmado por quienes puedan anularlo: a) A petición del representante legal si llegara a haberlo, hasta que el interesado pueda anularlo por sí mismo. b) A petición del propio interesado, en su caso con la debida asistencia. La acción prescribirá a los cuatro años desde que hubiera recobrado sus facultades o podido celebrar el acto sin asistencia o, en su defecto, desde su fallecimiento” (art. 37.2). En este último caso habrá que entender que están legitimados sus herederos. Pero si el acto vulnera leyes que exigen una capacidad específica, y salvo que en ellas se establezca un efecto distinto, será nulo (art. 37.3).

De acuerdo con las leyes generales, el consentimiento del interesado puede legitimar la intromisión en los derechos de la personalidad de terceros. La capacidad natural, como dato de hecho, es presupuesto imprescindible para que el consentimiento sea válido y legitime la intromisión de un tercero en los derechos de la personalidad (cfr. art. 155.II Código penal, art. 3 de la L. O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen). Cuando del acto no vaya a beneficiarse el sujeto, suele exigirse el goce de plenas facultades mentales (así, para la obtención de órganos de donantes vivos para el trasplante, art. 4 de la Ley de 27 de octubre de 1979) y parece razonable deducir que nadie podrá consentir por el incapaz (cfr. art. 156 Código penal). Las leyes no son muy claras en el tratamiento de este problema, y en algunos ámbitos se hacen referencias a la posibilidad de sustitución del consentimiento por el representante del incapacitado (receptor de órganos, art. 6.c. de la Ley de trasplantes de 1979, modificado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad; consentimiento informado, art. 14.1.b. de la Ley aragonesa de salud de 15 de abril de 2002).

Pero, ¿qué pasa cuando no existe ese representante porque la persona no está incapacitada? Para solucionar estos problemas, el art. 35 CDFA establece un sistema flexible conforme al cual: “Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del mayor de edad no incapacitado que no esté en condiciones de decidirla por sí mismo *requiere el consentimiento del cónyuge no separado judicialmente o de hecho o, en su defecto, del pariente más próximo o allegado que se ocupe de él*. A falta de tales personas resolverá el Juez lo que estime más conveniente para este”.

La Ley se cuida de aclarar que siempre se necesita autorización judicial para internar a una persona contra su voluntad en un establecimiento o para obligarle a continuar internada en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o en un centro residencial que comporte privación de libertad (art. 36 CDFA: cfr. art. 763 Lec.). El Tribunal Constitucional, en sus SS. 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre, ha declarado que la decisión de internamiento no voluntario constituye una privación de la libertad personal garantizada por el art. 17 Const. y, en cuanto tal, solo puede regularse mediante Ley Orgánica, si bien avala, en cuanto al fondo, que la solución de que sea autorizada judicialmente.

En mi opinión cuando de la intromisión del tercero no resulte un beneficio para el incapaz, y salvo en el caso de decisión judicial, el tercero no queda protegido frente a eventuales acciones de responsabilidad aunque concurra el consentimiento de las personas a que se refiere el art. 35 CDFA. Además siguen siendo indiscutibles las funciones de defensa de incapaces que, conforme a su Estatuto Orgánico, incumben al Ministerio Fiscal y es defendible la aplicación analógica a los incapaces de la intervención judicial prevista en el art. 10 CDFA para los menores.

## 9. Ausencia.

*A. Antecedentes y regulación actual.* El Derecho histórico tenía una regulación de la ausencia que, sobre todo, se ocupaba de la administración de los bienes del ausente (F. *Ut fratres*, Pedro II, Zaragoza, 1349; Obs. 27 *De iure docium*; F. único *De privilegio absentium causa reipublicae*).

Las normas sobre administración se siguieron aplicando tras la entrada en vigor del Código civil. El Apéndice de 1925 (arts. 4 y 5), y luego la Compilación de 1967 (arts. 7 y 8), las recogió como excepciones al régimen del Código civil (que fue modificado de manera importante en este punto en 1939). En 1985 se reforman los arts. 7 y 8 Comp. El art. 7 fue

derogado en el año 2003 por la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad: se ocupaba de los efectos de la declaración de ausencia sobre el derecho de viudedad, y esta materia está regulada en la actualidad en el Título V del Libro II del CDFa (Derecho de familia. De la viudedad: arts. 280.1.e. y 283.2). Aun cuando el otro miembro de la pareja de hecho carece de los derechos y las expectativas que sobre el patrimonio que administra corresponden al cónyuge, atendiendo a la cercanía personal y afectiva, el art. 11 de la Ley 6/1999, de parejas estables no casadas, le atribuyó la preferencia que el art. 8 Comp. preveía para el cónyuge en el cargo de representante del ausente.

El Código del Derecho Foral se ocupa de la ausencia en el Capítulo III del Título I (arts. 46 a 55) porque, al tener lugar una desconexión entre el ausente y su patrimonio, es preciso atender a los problemas que se plantean. Pero la regulación no es completa, y presupone la vigencia del Código civil en muchas cuestiones. Así, la norma aragonesa se ocupa de la defensa del desaparecido, y de algunos aspectos importantes de la declaración de ausencia y de la declaración de fallecimiento. El Código del Derecho Foral no establece en qué casos procede una u otra, por lo que debe acudirse a lo dispuesto en los arts. 183, 193 y 194 Cc. No son aplicables en Aragón, por tener regulación propia sobre los problemas de que se ocupan, los arts. 181, 182, 184, 185, 186, 187.I, 189, 191, y 192 Cc.

*B. Defensor del desaparecido.* El art. 46 establece que: “Desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias, el nombramiento por el Juez de defensor, para que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave, deberá recaer, por este orden, y salvo motivo grave apreciado por el propio Juez, en: a) El cónyuge presente no separado legalmente o de hecho o el otro miembro de la pareja estable no casada. b) El heredero contractual del desaparecido. c) El presunto heredero legal mayor de edad, pariente hasta el cuarto grado, que discrecionalmente designe el Juez, atendidas la cuantía de su porción hereditaria y la proximidad con el desaparecido. d) La persona mayor de edad, solvente y de buenos antecedentes que, oído el Ministerio Fiscal, discrecionalmente designe el Juez, atendiendo a las relaciones de la misma con el desaparecido”.

Carecía la Compilación de 1967 de una norma semejante. Su redacción está inspirada en los arts. 181 Cc. y 8 Comp.

Tiene preferencia para ser nombrado defensor del desaparecido el cónyuge presente no separado legalmente o de hecho o el otro miembro

de la pareja estable no casada (cuando cumplan los requisitos y formalidades establecidas en los arts. 303 y ss. CDFA). Tras el cónyuge o la pareja del ausente se atiende al criterio de la herencia, llamando a los que serían herederos si el ausente hubiera fallecido: su heredero contractual y, en su defecto, el presunto heredero legal, dentro de los parientes hasta el cuarto grado. En última instancia, si no existen las personas anteriores o no son idóneas, el Juez puede designar discrecionalmente a cualquier persona mayor de edad, solvente y de buenos antecedentes, atendiendo a las relaciones de la misma con el desaparecido.

El art. 47 se ocupa, en particular, de la desaparición de persona casada: “En caso de desaparición de uno de los cónyuges, son de aplicación a la gestión de los bienes del consorcio conyugal los artículos 234 y 240”.

El art. 234 CDFA prevé la posibilidad de que resuelva el Juez en la hipótesis de que un cónyuge esté “impedido” para prestar consentimiento o se niegue injustificadamente a ello. El art. 240 CDFA permite al Juez atribuir a uno solo de los cónyuges la gestión cuando el otro “se encuentre imposibilitado para la gestión”. Ni el art. 234 ni el art. 240 mencionan el caso de desaparición de un cónyuge, pero mediante una interpretación adecuada podía llegarse a la misma solución. Al aclararlo el Código se elimina toda posible duda. Ello significa, en primer lugar, que cuando el cónyuge del desaparecido pretenda realizar o haya realizado actos de administración o de disposición a título oneroso que requiera el consentimiento del desaparecido, resolverá el Juez. También, y en segundo lugar, que el Juez podrá atribuir, si se le solicita, al cónyuge del desaparecido, la gestión del patrimonio común.

*C. Ausencia declarada. a) Legitimación.* Conforme al art. 48.1: “Tienen la obligación de promover e instar la declaración de ausencia legal, sin orden de preferencia: a) El cónyuge del desaparecido no separado legalmente o de hecho. b) El heredero contractual del desaparecido. c) Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado. d) El Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia. 2. Podrá, también, pedir dicha declaración cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte”.

A las personas que el art. 182 Cc. reconoce legitimación, la norma aragonesa añade al heredero contractual del desaparecido. La declaración de ausencia procederá cuando concurren los requisitos del art. 183 Cc.

*b) Representante del declarado ausente.* Según el art. 49: “Salvo motivo grave apreciado por el Juez, nombrará este como persona encargada de la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y

administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones a las mismas personas enumeradas en el artículo 46 y por el mismo orden”.

Por la remisión al art. 46, que se inspira en el art. 8 Comp. derogado, el art. 49 mantiene en este punto el mismo criterio recogido en la Compilación, que difiere del previsto en el art. 184 Cc.

c) *Contenido del cargo. Obligaciones, facultades y derechos del representante.* El contenido de la función del representante está recogido en el art. 49: “la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones”.

Sus obligaciones están reguladas en el art. 50, y sus facultades y derechos en el art. 51. No existían normas semejantes en la Compilación. Sustituyen, en Aragón, a lo dispuesto en los arts. 185 y 186 Cc., cuyo contenido simplifica y modifica en parte.

Conforme al art. 50 el representante del declarado ausente quedará sujeto a las obligaciones siguientes: a) Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado. b) Prestar la garantía que el Juez, atendidas las circunstancias, pueda fijar. Queda exceptuado en todo caso el cónyuge. A diferencia de lo que sucede en el régimen del Código donde, además se exceptúan a los ascendientes y a los descendientes del ausente. c) Conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles. d) Ajustarse a las normas establecidas en las leyes en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente. Serán aplicables a los representantes del ausente, en cuanto se adapten a su especial representación, los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela y las causas de inhabilidad, remoción y excusa de los tutores.

Los representantes del declarado ausente, dice el art. 51.1, disfrutarán de la posesión temporal del patrimonio del ausente y harán suyos los productos líquidos cuando el Juez lo decida y en la cuantía que señale, habida consideración al importe de los frutos, rentas y aprovechamientos, número de hijos del ausente y obligaciones alimenticias para con los mismos, cuidados y actuaciones que la representación requiera, afecciones que graven al patrimonio y demás circunstancias de la propia índole. A diferencia de lo que hace el Código civil (art. 186), la norma aragonesa no establece límites a la cuantía de la retribución del representante en función de la clase a la que pertenezcan. En todo caso será fijada por el Juez con arreglo a los criterios que establece el art. 51.1.

Añade el art. 51.2 que los representantes del declarado ausente necesitarán autorización de la Junta de Parientes o del Juez en los mismos

supuestos en los que la precisa el tutor (art. 139 y arts. 14 a 17). Se aparta de esta manera la norma de lo que era Derecho vigente hasta entonces, por aplicación supletoria del art. 186 Cc.

Si durante el disfrute de la posesión temporal o del ejercicio de la representación alguno probase su derecho preferente a dicha posesión, será excluido el poseedor actual, pero aquel no tendrá derecho a los productos sino a partir del día de la presentación de la demanda (art. 52, cfr. art. 187 Cc.). Esto puede suceder porque el ausente celebró un contrato antes de su declaración de ausencia pero también, me parece, porque el tercero acredite por documento fehaciente haber adquirido, por compra u otro título, bienes del ausente (art. 188.II Cc.).

*d) Ausencia y economía del matrimonio.* Para la gestión del patrimonio consorcial del declarado ausente, el art. 53.1 se remite al art. 242, conforme al cual, la gestión del patrimonio común corresponderá al cónyuge del incapacitado o declarado ausente. Necesitará, no obstante, autorización del Juez o de la Junta de Parientes de su cónyuge para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.

Añade el art. 53.2 que el derecho expectante de viudedad del declarado ausente y el de su cónyuge se rigen por lo dispuesto en la regulación del derecho de viudedad durante el matrimonio. En particular, hay que estar a lo dispuesto en el art. 280.1, conforme al cual, se extingue el expectante del ausente sobre los bienes que su cónyuge presente venda válidamente, ya sean bienes comunes (cuya gestión le corresponde, art. 242; arts. 280.1.e. y 280.1.b.) o privativos del que los vende (art. 280.1.e., que no distingue la clase de bienes). Ello significa que subsiste el expectante del ausente sobre todos los bienes que no se enajenen y también el expectante del presente sobre todos los bienes del ausente.

*e) Ausencia y usufructo de viudedad.* Al fallecimiento del cónyuge presente, sus sucesores pueden tomar posesión de los bienes heredados, pero debe adoptarse alguna cautela para preservar los derechos del ausente, por si reaparece, ya que al haber conservado el expectante sobre los bienes que no hubieran sido enajenados, tendrá derecho al usufructo viudal tras la muerte de su cónyuge. Establece el art. 54.1 que los sucesores deberán hacer inventario de aquellos bienes sobre los que se debiera extender el derecho de usufructo viudal del ausente (cfr. art. 285 sobre los casos en que es exigible al viudo la formalización de inventario).

Si aparece el ausente debe restituirsele su patrimonio (art. 187.II Cc.) y, además, tendrá derecho desde ese momento al usufructo viudal, en la medida y con el alcance que, en su caso, le correspondiera (art. 54.2). Dicho derecho no se extenderá a los bienes enajenados por su cónyuge

vigente la declaración de ausencia, ni a los que hubieran enajenado a título oneroso sus herederos antes de la aparición. La regla es coherente con lo dispuesto en sede de viudedad: en el primer caso, porque quedó extinguido el expectante (art. 280.1.e.); en el segundo, porque según establece el art. 283.2, quedan excluidos del derecho de usufructo del cónyuge ausente los bienes enajenados válidamente por los herederos del premuerto antes de la aparición de aquél.

Si se prueba la muerte del ausente (art. 188.I Cc.) o se declara su fallecimiento (art. 196 Cc.), la apertura de la sucesión en beneficio de los que en el momento del fallecimiento fuesen sus sucesores voluntarios o legales dejará a salvo el derecho de usufructo vidual a favor del cónyuge de dicho ausente (art. 54.3). De esta forma, se equipara la declaración de fallecimiento a la muerte de un cónyuge (art. 283), a efectos de activar la fase de usufructo vidual a favor del cónyuge del declarado fallecido.

*f) Llamamiento sucesorio a favor del ausente.* Para poder heredar, es preciso haber sobrevivido al causante (art. 325): si no se prueba que el ausente vivía en el momento en que era precisa su existencia para suceder tendrá lugar, según los casos, la sustitución legal en favor de los descendientes (arts. 334 y ss.), el derecho de acrecer (art. 481), o el acrecimiento por ineficacia del llamamiento legal (art. 520).

Por si el ausente regresase, el art. 55.1 dispone que “abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, quienes resulten herederos por no haberse probado la supervivencia de este deberán hacer, con intervención del Ministerio Fiscal, inventario de los bienes, los cuales reservarán hasta la declaración de fallecimiento”. Como dice el art. 55.2 y 3, lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el transcurso del tiempo fijado para la prescripción. En la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles que reciban los que han resultado herederos, se expresará la circunstancia de quedar sujetos a lo que dispone este artículo.

El art. 55 no pretende apartarse, en lo sustancial, del derecho hasta ahora vigente (arts. 190 a 192 Cc.), si bien lo armoniza con los criterios de la Ley de sucesiones, en particular en atención al juego de la sustitución legal (el art. 191 Cc. solo habla del “acrecimiento”). Esto significa que el ausente que reaparece tiene derecho a recibir los bienes que hubiera recibido por herencia si se hubiese probado su supervivencia, incluso aunque hayan pasado a manos de terceros, con el único límite de la prescripción.

**BIBLIOGRAFÍA:** Sobre la edad, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Comentario a los artículos 4º, 5º y 6º", en J. L. Lacruz Berdejo, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. I, Diputación General de Aragón, 1988, págs. 301-378; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "Estudio preliminar y comentario a los artículos 9º a 14º", en J. L. Lacruz Berdejo, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. I, Diputación General de Aragón, 1988, págs. 405-491; MATA RIVAS, Francisco, "Comentario a los artículos 4º, 5º y 6º", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XXXIII, vol. 1, Madrid, 2000, págs. 66-154; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, "Comentario a los artículos 9º y 10º", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XXXIII, vol. 1, Madrid, 2000, págs. 173-213; LATORRE Y MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "Comentario a los artículos 11 a 14º", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XXXIII, vol. 1, Madrid, 2000, págs. 213-259; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (coordina), *Manual de Derecho aragonés de la persona*, ed. propia de los autores, Zaragoza, 2009; PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, «La familia en el Derecho civil de Aragón», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VII. Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, págs. 759-989.

Sobre ausencia, BATALLA CARILLA, José Luis, "Comentario a los arts. 7º y 8º", en José Luis Lacruz Berdejo (dir.), *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. 1, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, págs. 384-404; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, "Artículos 20 a 22", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XXXIII, vol. 1, Madrid, 2000, págs. 152-173; LATORRE Y MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, «La ausencia», en *Manual de Derecho aragonés de la persona*, ed. propia de los autores, Zaragoza, 2009, págs. 147-168.



## §4. RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES\*

*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán*

*Aurora López Azcona*

### **1. Relaciones entre ascendientes y descendientes.**

*A. Consideración general.* El título II del Libro I (Derecho de la persona) del CDFA se ocupa «De las relaciones entre ascendientes y descendientes» (arts. 56 a 99 CDFA). Explica el Preámbulo del CDFA que el núcleo central de esta regulación, que da sentido a toda ella, es el deber de crianza y educación de los hijos, obviamente presidido por el principio de primacía del interés de estos. La autoridad familiar -que no es, conceptualmente, el equivalente de la institución de la patria potestad- es una función atribuida a los padres como instrumento necesario para cumplir de forma adecuada su deber de crianza y educación. Habitualmente lleva consigo la gestión de los bienes del hijo, pero no como contenido de un poder paterno, sino como función aneja a la autoridad familiar (art. 9 CDFA) que no esencial a la misma, puesto que también puede corresponder a otras personas, incluido un tutor real, al tiempo que los padres ejercen la autoridad familiar. Esta distinción y relativa disociación entre autoridad familiar y gestión de los bienes facilita también la atribución del ejercicio de la autoridad familiar a personas distintas de los padres (padrastro o madrastra, abuelos, hermanos mayores), sin darles acceso por ello a la gestión de los bienes.

Estas ideas básicas explican la estructura externa del título II del Libro I del CDFA. Tras un primer capítulo sobre efectos de la filiación (puesto que se dan incluso cuando los padres están excluidos de la autoridad familiar), el capítulo II se ocupa del deber de crianza y educación de los hijos y el capítulo III, de la gestión de los bienes de los hijos.

\* Los apartados 1 a 4 y 6 a 8 son obra de M<sup>a</sup> Ángeles Parra, y el apartado 5 es obra de Aurora López.

Al elaborar el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas se ha optado por incluir, dentro del capítulo II (deber de crianza y autoridad familiar) el contenido de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, de modo que, tras la exposición de los principios generales y el ejercicio de la autoridad familiar por los padres, los arts. 75 a 84 CDFA se ocupan de los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo.

*B. Antecedentes históricos.* La colección de Fueros no contiene referencia directa a la patria potestad, y la Observancia 2ª *Ne pater vel mater pro filio teneatur* se cuida de aclarar que “por costumbre del Reino no tenemos patria potestad”.

Tras los Decretos de Nueva Planta y, luego, en el S. XIX, se va aceptando la doctrina de la patria potestad, en especial tras la promulgación de leyes generales que unificaban para toda España la materia que regulaban (las leyes de matrimonio civil, de Registro civil y las procesales disciplinaron aspectos de la patria potestad, venta de bienes de menores, nombramiento de tutores y curadores, etc.). Después de la promulgación del Código civil, y en la forma establecida entonces por su art. 13, sus preceptos se consideraban aplicables de forma simultánea y en cuanto no se opusieran a las disposiciones forales vigentes, lo que explica que posteriormente, la regulación de la Compilación no fuera completa.

El Título II del Libro I de la Compilación de 1967 regulaba “Las relaciones entre ascendientes y descendientes”. En este punto, la Compilación siguió el planteamiento del Apéndice de 1925 al englobar, dentro de este epígrafe, en tres capítulos distintos, “las relaciones personales” (arts. 9º y 10), “los bienes de los menores” (arts. 11 a 13) y “la representación legal de los menores de catorce años” (art. 14). Algunos de estos preceptos fueron modificados por la reforma de la Compilación de 1985. Para los aspectos no regulados en ese Título debía acudir al Derecho civil del Estado (Código civil y leyes generales), que se aplicaba como supletorio sólo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan.

La regulación de las relaciones entre ascendientes y descendientes que introdujo la Ley de Derecho de la persona en el año 2006, ahora incorporada al Código del Derecho Foral, enlaza con el Derecho anterior, pero al regular la materia de una manera más amplia y coherente con el sistema de edad propio del Derecho aragonés, expresa el sistema y evita las dificultades que se suscitaban con anterioridad a la hora de interpretar si las normas del Derecho civil estatal eran o no compatibles (y por tanto aplicables como Derecho supletorio) con los principios aragoneses.

## 2. Efectos de la filiación.

A. *En general.* El Código del Derecho Foral contiene, dentro del Título dedicado a las relaciones entre ascendientes y descendientes, un capítulo dedicado a “efectos de la filiación”. Para la determinación de la filiación, título y prueba son aplicables las disposiciones del Código civil, Ley de Enjuiciamiento civil y Ley del Registro Civil.

De la filiación resultan efectos no sólo en el ámbito del Derecho privado (alimentos, autoridad familiar, tutela, nacionalidad, sucesiones), sino también en el ámbito del Derecho público (penal, fiscal, administrativo). El Código del Derecho Foral contiene tan sólo una referencia a algunos efectos, presidida por la equiparación en cuanto a los efectos de todas clases de filiación en el art. 56. Así, el art. 56 establece, de conformidad con los principios constitucionales y las concepciones sociales sobre las relaciones entre padres e hijos que *la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de la ley.*

B. *Apellidos.* Según el art. 57.1, *la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley* (arts. 53 y ss. LRc. 1957, art. 49.2 LRc. 2011). Entendiendo que es una incumbencia personal, para la que el mayor de catorce años, que carece de representante legal, tiene suficiente, juicio, el art. 57.2 establece que *el hijo, desde que cumpla los catorce años, podrá solicitar, sin necesidad de asistencia, que se altere el orden de los apellidos* (cfr. art. 109. 2 Cc.).

C. *Deber de asistencia recíproca.* A él se refiere el art. 58 como contenido de la relación paternofilial: *1. Padres e hijos se deben mutuamente, durante toda su vida, respeto, ayuda y asistencia. 2. El deber de asistencia comprende la obligación de prestar alimentos y la de contribuir equitativamente, durante la vida en común, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares.*

El respeto es contenido de la filiación. Se configura como un deber recíproco y no se extingue por la emancipación (las consecuencias de su incumplimiento se producen sobre todo en el ámbito sucesorio: indignidad, desheredación, exclusión).

Lo mismo sucede con el deber de asistencia: el deber de alimentos es, en principio, recíproco (art. 143 Cc.); aun cuando, si está integrado en la autoridad familiar es unilateral (art. 65.1.b), el deber de asistencia recíproca excede a la obligación de alimentos, y se concreta en la colaboración personal del hijo en las tareas del hogar y los negocios familiares mientras conviva con la familia (art. 66), así como en la posibilidad de que los

padres que ejerzan la autoridad familiar destinen una parte de los ingresos del hijo a necesidades familiares distintas de su propia crianza y educación (art. 67).

El art. 69 establece una regla sobre “gastos de los hijos mayores o emancipados”. Además, para los casos en que el hijo es mayor de edad, pero convive con los padres, lo que en la actualidad no es raro, el art. 70 apunta, de manera flexible, unos criterios basados en la idea de equidad.

Por lo que se refiere a lo dispuesto en el art. 69, en mi opinión, hay una coherencia con la jurisprudencia que en materia de alimentos de los hijos mayores ha venido sosteniendo la jurisprudencia, de tal manera que, con la mayoría de edad no se extingue la obligación de alimentos, en particular cuando los hijos no hayan podido terminar su formación, pero sin que con ello se llegue a permitir legalmente un parasitismo social: Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. La STSJA 2 septiembre 2009 aclara que la norma no establece una prolongación temporal del deber de los padres de sufragar los gastos de sus hijos mayores en cualquier caso de falta de independencia económica, sino solo cuando se dan las circunstancias en él previstas (el hijo no ha completado su formación profesional y no tiene recursos propios).

Este deber “se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años”, añade el art. 69.2: la regla de la extinción a los veintiséis años no es absoluta, puesto que convencional o judicialmente se puede fijar una edad distinta, y siempre queda abierta la posibilidad de que el hijo haga valer, conforme a las reglas generales, su derecho a reclamar alimentos.

Según el art. 70, la dirección de la vida y economía familiar corresponde a los padres en los casos de convivencia con hijos mayores de edad. Continúa el artículo diciendo que los hijos deben cumplir las reglas de convivencia que los padres dispongan razonablemente. En ausencia de un cumplimiento voluntario parece que sólo será posible poner fin a la convivencia, incluso de manera forzosa, dada la dificultad de lograr coactivamente el cumplimiento de las reglas fijadas por los padres (horarios, amigos en casa). Los hijos deben también “contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares. Los padres podrán exigir del hijo el cumplimiento de esa obligación”. Aquí sí cabe, en su caso, un embargo de los bienes de los hijos, si los hijos no deciden antes irse de casa.

Para los hijos menores, en sede de filiación, el art. 59 dice que *los padres, aunque no ostenten la autoridad familiar o no vivan con el hijo menor, tienen el derecho y la obligación de: a) Velar por él. b) Visitarlo y relacionarse con él. c) Informarse recíprocamente, aun cuando vivan separados, acerca de la situación personal del hijo.* Existe una clara relación entre el deber de velar por el hijo (que se configura conjuntamente como un derecho y un deber) y los de relacionarse con él e informarse, de manera recíproca y leal, sobre la situación personal del menor. Su formulación tiene especial relevancia, precisamente, cuando los padres no tienen la autoridad familiar ni conviven con el menor. Algo semejante ocurre con otra institución, la de las relaciones personales del hijo, a que se refiere el art. 60: 1. *El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja.* 2. *Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija.* 3. *El Juez, a petición del menor, padres, abuelos, parientes o allegados, y atendidas las circunstancias, podrá suspender, modificar o denegar la relación con el menor si su interés lo requiere. También puede adoptar las medidas necesarias con vistas a la efectividad de esta relación personal, especialmente cuando los padres vivan separados.* El criterio inspirador de toda esta materia es siempre el interés del menor.

*D. Gastos de maternidad.* El art. 62 establece a cargo del padre la obligación de contribuir a los gastos de embarazo y parto así como una obligación preferente de alimentar a la madre durante el período del embarazo y el primer año de vida del hijo si la madre se ocupa de él. Si el varón no cumple voluntariamente, parece que la reclamación deberá ir unida al ejercicio de una acción de reclamación de paternidad, lo que la doctrina admite por aplicación de la protección del *nasciturus* con apoyo en los arts. 29 Cc. y 6.2 y 765.1 Lec. La regla, en mi opinión, y puesto que el art. 62 invoca la equidad, deberá atemperarse atendiendo a las circunstancias de cada caso y a los criterios jurisprudenciales en materia de alimentos (es discutible que deban pagarse los gastos de asistencia en una clínica privada si están cubiertos por la Seguridad Social; o, puesto que se trata de alimentos a la madre, exigibles si se ocupa del hijo, además de los que puedan corresponder a éste, sólo procederán cuando la madre se encuentre en situación de necesidad, y podría ser discutida su procedencia cuando la madre deje de trabajar para cuidar al hijo).

La disp. transitoria 4ª CDFA establece que lo dispuesto en el art. 62 sobre gastos de maternidad no se aplica cuando el nacimiento ha tenido

lugar antes del 23 de abril de 2007, fecha de la entrada en vigor de la Ley de Derecho de la persona, que fue la que introdujo la norma sobre gastos de maternidad que ahora está incorporada al Código del Derecho foral.

*E. Eficacia limitada de la filiación.* Conforme al art. 61, *quedará excluido de la autoridad familiar y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el padre: a) Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme. b) Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En ambos supuestos, el hijo no ostentará el apellido del padre en cuestión más que si lo solicita él mismo, desde que cumpla catorce años, o, con anterioridad, su representante legal. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o, desde que cumpla los catorce años, por voluntad del propio hijo con la debida asistencia. El padre excluido sigue sujeto a las obligaciones establecidas en los artículos 58 y 59.*

Se trata de una sanción a los padres por su comportamiento, ya en las propias relaciones de que nació el hijo (art. 193 Cpen.) ya en el proceso de determinación de la filiación. En los supuestos a que se refiere el art. 61, el padre queda excluido de la autoridad familiar, aunque según el mismo precepto, el padre sigue sujeto a los deberes de respeto, ayuda, asistencia, así como al de velar por el hijo. Se excluye al padre en cuestión de los derechos que por ministerio de la ley pudieran corresponderle respecto del hijo o sus descendientes (alimentos, sucesión legal).

El hijo no ostentará el apellido del padre, salvo si lo solicita, antes de que cumpla catorce años su representante legal y, con posterioridad, él mismo.

Terminan estas restricciones de los efectos de la filiación por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente (en procedimiento de jurisdicción voluntaria), o, desde que cumpla los catorce años, por voluntad del propio hijo con la debida asistencia (que, para su inscripción en el Registro civil podrá formularse en documento auténtico o ante el encargado del Registro, art. 23 LRc. 1957, art. 27 LRc. 2011).

### **3. Deber de crianza y autoridad familiar. Principios generales.**

*A. Deber de crianza y autoridad familiar.* Conforme al art. 63.1: *El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres.*

El deber de crianza es una función previa a la autoridad familiar, que sirve a ésta como fundamento y medida. La autoridad familiar se configura como el poder adecuado, como un medio para el cumplimiento del deber de crianza y educación del menor. La autoridad familiar no es un derecho subjetivo sino *una función inexcusable que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo* (art. 64).

El deber de crianza y educación así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo se refiere a “los hijos menores no emancipados” (art. 63): matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos (art. 56), hasta que se produzca su emancipación o mayoría de edad (art. 93.1.b.). En caso de adopción del hijo se extingue la autoridad de los padres anteriores, salvo si subsisten los vínculos jurídicos con alguno de ellos (art. 93.2).

Cuando la incapacitación del hijo se produce durante su menor edad (art. 38.4), al llegar a la mayor edad se produce sin solución de continuidad (por ministerio de la ley) la prórroga de la autoridad familiar a que estuviera sometido (art. 41), si bien su contenido legal típico queda modificado por lo dispuesto en la sentencia de incapacitación (art. 44). Cuando la incapacitación se produce después de la mayoría de edad, si el hijo está soltero o vive con sus padres, a falta de previsiones de autotutela, la autoridad familiar se rehabilita (art. 42).

*B. Titularidad.* Según el art. 63, el deber de crianza y educación de los hijos menores, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, *corresponde a ambos padres. Pero también, puede corresponder a uno solo de ellos o a otras personas en los casos legalmente previstos.*

La titularidad de la autoridad familiar corresponde a ambos padres si la filiación está determinada respecto de los dos y ninguno ha sido excluido legalmente (art. 61) ni privado de ella (art. 90). En algunos casos, el Código prevé la autoridad familiar de otras personas (arts. 85 a 89: padrastro o madrastra, abuelos o hermanos mayores).

*C. Contenido.* A diferencia de lo que sucedía en la Compilación, el Código del Derecho Foral sí explicita el contenido de los deberes y derechos que comprende la crianza y educación de los hijos para quienes ejercen la autoridad familiar (art. 65.1): *a) Tenerlos en su compañía. El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas. b) Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades. c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años. d) Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos.*

No aparece en esta sección otro contenido diferente de la autoridad familiar que el relativo al ámbito personal del menor. No se menciona como contenido de la autoridad familiar ninguna facultad en el ámbito de la gestión de los bienes (cfr. art. 154 Cc. que, como contenido de la patria potestad enumera, además del deber de velar por el menor, el de representarlo y administrar sus bienes). Ahora bien, habitualmente, es decir, cuando la autoridad familiar la ejercen los padres, lleva aparejada, como función aneja, pero no como contenido esencial, la gestión de los bienes del hijo (arts. 9.1 y 94). Cuando la autoridad familiar la ejercen personas distintas de los padres no forma parte de su contenido la gestión de los bienes, y es preciso nombrar en su caso un tutor real que los administre (arts. 88.3 y 130.1.a.).

Forman parte del contenido esencial de la autoridad familiar, conforme al art. 65.1 los siguientes deberes y derechos:

a) *Tenerlos en su compañía.* La *compañía*, como manifestación de la autoridad familiar, presupone una relación interpersonal pero no impide que, por motivos lícitos (estudios, sanitarios, laborales), deba distinguirse de la unidad de domicilio. La *compañía* es exigible a los hijos, que no pueden abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado.

La *compañía* es presupuesto de la contribución del hijo. Así, conforme al art. 66 *mientras el hijo viva con la familia tiene el deber de colaborar en las tareas del hogar y en los negocios familiares, en la medida propia de su edad y de su condición vital, sin que por ello tenga derecho a reclamar pago o recompensa.*

b) *Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades.* Se trata de un contenido propio de la autoridad familiar, por lo que no resultan de aplicación las limitaciones del régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes (por ejemplo, es inaplicable, entre otros, el art. 152.5<sup>a</sup> Cc.).

c) *Educarlos y procurarles una formación integral.* *Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años.* El deber de los padres de educar tiene un ámbito exhaustivo (“formación integral”), e incluye el derecho a elegir centro educativo, pero debe armonizarse con el derecho a la libertad de ideología, de conciencia y de religión que el art. 6 de la L. O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor le reconoce. La graduación de estos derechos fundamentales de que es titular el menor debe hacerse en función de la madurez del niño y de los diferentes estadios en que la legislación gradúa su capacidad de

obrar (STC 29 mayo 2000). De forma coherente con la capacidad que el Código reconoce a los menores mayores de catorce años, es a ellos y no a sus padres a quienes corresponde decidir sobre su educación religiosa.

*d) La facultad de corrección se reconoce de un modo proporcionado, razonable y moderada, con pleno respeto a la dignidad del menor y sin que incluya la posibilidad de imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos. Esta facultad es correlativa del deber de formar a los hijos y, por tanto, debe adecuarse a la función educativa. Tiene su contrapartida en el deber del menor de obedecer a sus guardadores (art. 5).*

*D. Contribución económica.* Son los padres los que deben proveer al sustento de sus hijos, así como a los gastos que resulten de su educación y crianza. No se exonera del deber de alimentos el padre que no sea titular de la autoridad familiar (cfr. art. 58) y que, por tanto, no lo tiene en su compañía. Como recuerda la STSJA 12 mayo 2008, el deber de alimentos incumbe a los padres aun cuando no vivan con el hijo, e incluso aunque estén privados de la autoridad familiar. Además de otras medidas para hacerlo cumplir, destaca, entre los supuestos para los que está prevista la intervención judicial en el art. 10, la posibilidad de que, en cualquier procedimiento, el Juez, de oficio o a instancia del propio menor, de cualquier pariente o persona interesada, o del Ministerio Fiscal, *dicte las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del menor, en caso de incumplimiento de este deber por sus guardadores.*

De manera coherente con la obligación de los padres, el Código del Derecho Foral establece el deber de los cónyuges de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares con la atención directa al hogar y a los hijos (art. 187) y considera carga del patrimonio común los atenciones legítimas de la familia, incluso la crianza y educación de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio (art. 218.1.a.). Para las parejas estables no casadas, el art. 307.3 considera gastos comunes los necesarios para el mantenimiento de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho de alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda. Para cuando se produzca la ruptura de la convivencia de los padres, el pacto de relaciones familiares debe fijar la contribución de cada progenitor a los gastos (art. 77) y, en su defecto, los gastos de asistencia a los hijos los fijará el Juez (art. 82).

Ahora bien, la obligación paterna no excluye la contribución económica del hijo cuando sea posible. A este fin, el art. 67 establece que *los*

*padres que ejerzan la autoridad familiar sobre el hijo pueden destinar los productos del trabajo e industria de este y los frutos líquidos de sus bienes para atender los gastos de su crianza y educación; atendidos esos gastos, los padres que convivan con el hijo podrán destinar la parte sobrante a satisfacer, equitativamente, otras necesidades familiares. Si no disponen de otros medios, pueden destinar a este fin los bienes del hijo en la parte que, según la situación económica de la familia, resulte equitativa. En uso de su facultad, los padres pueden pedir la entrega de los frutos o la enajenación de los bienes de los hijos que ellos no administren. La utilización para esos fines de frutos de bienes o bienes que correspondan al hijo por donación o sucesión no puede ser excluida por el donante o causante.*

*E. Efectividad del cumplimiento y control.* Los derechos que establece el art. 65 presentan al mismo tiempo el carácter de auténticos deberes, y son reconocidos como medio instrumental para cumplir el deber paterno de crianza y educación. A las facultades de los padres se corresponde por otra parte el deber de obediencia que, en cuanto sea lícito y moral, el menor no emancipado debe a sus guardadores (art. 5.5).

El incumplimiento o cumplimiento inadecuado de estos deberes por parte del padre, además de poder tipificar delitos o faltas, puede provocar la intervención judicial para adoptar las medidas convenientes para asegurar su cumplimiento o las necesarias para evitar al menor un perjuicio (art. 10), la situación legal de *desamparo*, que conlleva la suspensión de la autoridad familiar (arts. 91 y 119) o, finalmente, la privación de la autoridad familiar (art. 90).

Para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos, los titulares de la autoridad familiar pueden solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos (art. 65.2). En principio, la entidad pública competente en materia de protección de menores (arts. 5.6, 119), pero también el Juez o el Ministerio Fiscal (art. 10).

#### **4. Ejercicio de la autoridad familiar por los padres.**

*A. Ejercicio de la autoridad familiar por ambos padres.* El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a los padres que “actuarán según lo que lícitamente hayan pactado en documento público. En defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares” (art. 71).

Los padres han podido pactar distintas fórmulas sobre la distribución de competencias sobre la guarda y educación del hijo. Se admite su revocabilidad unilateral, pues no son renunciaciones de derechos sino modalidades de una función que incumbe a los padres, y así lo puede exigir el interés del

menor. El Código establece un límite a estos pactos: su licitud, cuya infracción puede dar lugar a que se entiendan incumplidos los deberes inherentes a la autoridad familiar (art. 90). Para el caso de que se produzca la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo los acuerdos de los padres se fijan en el pacto de relaciones familiares (art. 77 CDFA).

En algunos casos el Código exige una actuación conjunta de los padres (por ejemplo, en relación con menores de catorce años: art. 20, intromisión en los derechos de la personalidad; art. 346.3, repudiación de una herencia en nombre del hijo; art. 366, partición de herencia). El Código del Derecho Foral, en otros lugares, admite expresamente el ejercicio separado (arts. 23, asistencia al mayor de catorce años; art. 346.3, aceptación de la herencia en nombre del hijo). En defecto de ley o de pacto lícito, el art. 71 permite un ejercicio separado, indistinto o “solidario” de la autoridad familiar, siempre que no se infrinjan los usos sociales o familiares. Y así, resulta usual que uno sólo de los progenitores acuda a matricular al hijo a un centro de enseñanza, o lo apunte a unas colonias o le procure la necesaria asistencia sanitaria. La misma regla parece aplicable cuando los padres viven separados, por ser entonces usual su ejercicio por aquel con el que convive el hijo.

Habitualmente son los terceros quienes, si tienen dudas, exigen el consentimiento del otro progenitor, pero en esta ámbito es difícil dar soluciones seguras y deben ofrecerse dependiendo en cada caso de las circunstancias concretas (ausencia o imposibilidad del otro progenitor, si viven separados, urgencia del acto). Para facilitar la toma de decisiones, el art. 71.2 establece que, “respecto de tercero de buena fe se presumirá que cada padre actúa en correcto ejercicio de sus facultades”.

*B. Ejercicio exclusivo por uno de los padres.* El art. 72 establece que el ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente.

En algunos de estos casos que menciona la norma, propiamente, no sólo hay ejercicio individual, sino también titularidad individual: así, sucede, por ejemplo, si hay exclusión (art. 61), privación (art. 90), o extinción de la autoridad familiar por muerte de uno de los padres (art. 93.1.a.).

Para las hipótesis de declaración de fallecimiento o ausencia de uno de los titulares, de incapacitación, o de imposibilidad de ejercer la autoridad familiar declarada en resolución judicial, el art. 91 declara el efecto suspensivo de la autoridad familiar. En tal caso, por aplicación del art. 72, el ejercicio de la autoridad familiar corresponde al otro padre.

La posibilidad prevista en el art. 72 i.f. de que por resolución judicial se puede atribuir el ejercicio de la autoridad a uno solo de los padres refuerza la idea de que será preciso acudir al Juez en los casos de ausencia de hecho, imposibilidad o incapacidad no declarada cuando la ley exija la actuación conjunta. La misma solución se impone en el art. 74.2 cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de conjunto de la autoridad familiar (así, por ejemplo, estar uno de los padres en prisión, STSJA 19 marzo 2009).

C. *Otros intervinientes*. Además de los titulares de la autoridad familiar, la ley prevé la intervención de otros sujetos, para supuestos muy variados.

a) En primer lugar, la del propio menor, actuando por sí, en función de su edad y de su madurez personal, o expresando su opinión cuando tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años, antes de que los titulares de la autoridad familiar, o el Juez o la autoridad administrativa, adopten cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes -art. 6-. El propio menor puede solicitar la adopción por el Juez de las medidas de protección del art. 10, o la adopción de medidas cuando la gestión de los padres ponga en peligro sus bienes (art. 98).

b) Cuando el padre sea menor no emancipado (o incapacitado al que la sentencia no ha suspendido el ejercicio de su autoridad familiar), si tiene suficiente juicio, ejercerá la autoridad familiar sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la de la Junta de Parientes o la de un defensor judicial (art. 73).

c) Los parientes del menor pueden intervenir en algunas ocasiones cuando el menor está sometido a la autoridad familiar: además de las actuaciones previstas a través de la Junta de Parientes (arts. 13 a 17, 23, 28, 73, 74, 89, 99) y, entonces, conforme a la regulación recogida en el Título IV del Libro I del CDFa (Junta de Parientes), cualquier pariente del menor puede solicitar las medidas de protección del art. 10 (para evitar cualquier perjuicio al menor) o, más específicamente, las del art. 98, cuando la gestión de los padres ponga en peligro los bienes de los hijos.

d) Está prevista la posibilidad de un nombramiento de defensor judicial (art. 153), que represente o asista al menor, en los asuntos judiciales o extrajudiciales, en que exista oposición de intereses entre el menor y quienes le representen o asistan. El Juez, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o incapacitado o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para

el cargo (art. 154). El defensor judicial tiene las atribuciones que le haya concedido el Juez, al que deberá dar cuenta de su gestión una vez concluida (art. 155).

e) Los poderes públicos pueden ser requeridos por los titulares de la autoridad familiar para asistirles en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de su función (art. 65.2). La expresión es tan amplia que incluirá, en el ámbito de sus competencias, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, al Ministerio Fiscal, al Poder Judicial y a las Administraciones Públicas. En particular, la entidad pública con competencia en materia de protección de menores tiene encomendadas importantes funciones y, en particular, debe adoptar las medidas oportunas en las situaciones de riesgo y de desamparo (arts. 5.6, 118 y ss. y 160 y ss.).

f) Aunque el Código se inspira en un principio de desjudicialización de la familia, y llama en ocasiones de manera alternativa a la Junta de Parientes o al Juez (oposición de intereses o divergencias entre los padres, autorizaciones o aprobaciones de actuaciones realizadas por los representantes del menor), reserva a la autoridad judicial algunas decisiones que afectan a los menores en situaciones de especial desprotección o peligro. Así, por ejemplo, para adoptar las medidas del art. 10, autorizar intromisiones en los derechos de la personalidad de los menores (arts. 20 y 24), conceder la emancipación al menor en las situaciones de ejercicio conflictivo de la autoridad familiar (art. 30), suspensión o denegación de la relación personal del menor con sus padres, abuelos u otros parientes o allegados (art. 60), privación de la autoridad familiar (art. 73), o adopción de medidas de aseguramiento de los bienes del menor (art. 99).

g) El Ministerio Fiscal, por su parte, puede instar las medidas precautorias del art. 10, solicitar la adopción de medidas cuando la gestión de los padres ponga en peligro los bienes de los hijos (art. 98). El Juez debe darle audiencia antes de conceder o denegar la autorización requerida para la realización de ciertos actos por los representantes del menor (art. 18).

*D. Divergencias entre los padres.* Los padres pueden estar en desacuerdo acerca de decisiones concretas que afectan al hijo o, genéricamente, acerca de cómo deben adoptar decisiones futuras. Uno de los padres puede cuestionar decisiones adoptadas de forma separada por el otro o pueden existir discrepancias sobre asuntos para los que debe adoptarse una decisión conjunta.

Según el art. 74.1: "En caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo mas favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin".

Los padres pueden haber acordado, para un asunto concreto o, de manera general, para todas las discrepancias que puedan suscitarse, que decida la Junta de Parientes. Si no existe acuerdo de los padres para que la divergencia sea resuelta por la Junta y uno de ellos acude al Juez, éste decide “de plano”, es decir, directamente, sobre el asunto sobre el que existe divergencia de criterio (cfr. art. 156 Cc.). La decisión del Juez se tramitará en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (por analogía, disp. trans. 10 de la Ley de 13 de mayo de 1981).

Cuando la divergencia sea reiterada o concorra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar, el Juez podrá atribuirlo total o parcialmente a uno solo de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije (art. 74.2: cfr. art. 156 Cc., que establece un plazo máximo de dos meses).

El Código del Derecho Foral no contiene en esta sede norma expresa para el caso de que exista conflicto de intereses lo que, más frecuentemente, puede suceder en el ámbito de las relaciones patrimoniales. Cuando exista oposición de intereses entre los padres y el menor de catorce años debe acudirse a los criterios del art. 13 (que se refiere, en general, al caso de que exista oposición de intereses entre el menor y quien le represente). Cuando exista oposición de intereses entre los padres que deban prestar la asistencia y el menor mayor de catorce años debe acudirse al art. 28.

## **5. Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo.**

*A. La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.* El 26 de mayo de 2010 las Cortes de Aragón aprobaron la Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en desarrollo de los principios rectores contenidos en el art. 24 del Estatuto de Autonomía de Aragón de protección de la familia y la infancia y de igualdad entre hombre y mujer. Según su Preámbulo, con dicha Ley se pretendía favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores, a través de la novedosa instauración de la custodia compartida como medida preferente frente a la custodia individual en los supuestos de ruptura de la convivencia de los progenitores que tengan hijos a su cargo. Así las cosas, el núcleo esencial de la Ley radicó en el diseño del régimen de guarda y custodia de los hijos comunes tras la ruptura de la convivencia de sus

progenitores –sin duda, el aspecto más delicado, como afirma su propio Preámbulo-, pero junto a ello el legislador procedió a regular todos los demás efectos, tanto personales como patrimoniales, que se derivan de aquélla, abordando temas tan conflictivos como la fijación de pensiones a favor de los hijos o entre los exconvivientes o la atribución del uso de la vivienda familiar.

Con posterioridad, la Ley 2/2010 ha sido refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el Código del Derecho Foral Aragonés aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la sección 3ª del capítulo II del Título II del Libro 1º del Código del Derecho Foral de Aragón (arts. 75 a 84).

*B. Estructura, finalidad y ámbito de aplicación de la sección 3ª del capítulo II del título II del libro 1º del Código del Derecho Foral de Aragón.* La sección 3ª del capítulo II del título II del libro 1º CDFa se compone de diez artículos (arts. 75 a 84), distribuidos en cinco subsecciones. La subsección 1ª (arts. 75 y 76), bajo la rúbrica *Disposiciones generales*, delimita el objeto y finalidad de la sección, así como los derechos y principios a observar en la ruptura de la convivencia. La subsección 2ª (art. 77) otorga prioridad en la regulación de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia al pacto de relaciones familiares. En la subsección 3ª (art. 78) se contempla la posibilidad de que los progenitores acudan a la mediación familiar para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura. En la sección 4ª (arts. 79 a 83) se contienen las medidas judiciales a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares, entre las que destaca la custodia compartida. La sección 5ª y última (art. 84) regula las posibles medidas a adoptar judicialmente con carácter provisional.

Según se indica en el art. 75.1, la sección 3ª tiene por objeto regular las relaciones familiares en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Partiendo de esta premisa, dicha regulación destaca, ante todo, por contemplar la custodia compartida como opción preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia de los padres y en defecto de pacto de relaciones familiares, a fin de favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores. No obstante, el objeto de esta sección va más allá del régimen de guarda y custodia de los hijos, toda vez que regula los diversos efectos, personales y patrimoniales, que se derivan de la ruptura de una pareja, casada o no casada, tanto respecto de los hijos como en relación con sus exmiembros.

En todo caso, su aplicación exige la concurrencia de dos presupuestos: de una parte, la previa situación de convivencia, ya sea matrimonial o

extramatrimonial -ésta última no necesariamente institucionalizada a través de la constitución de una pareja estable no casada-; y de otra, la existencia de hijos comunes a cargo, incluidos tanto los menores como los mayores de edad carentes de recursos propios e, igualmente, los incapacitados.

*C. Derechos y principios a observar en la ruptura de la convivencia.* La subsección 1ª (arts. 75 y 76), bajo la rúbrica *Disposiciones generales*, delimita el objeto y finalidad de la sección 3ª, así como los principios y derechos a observar en la ruptura de la convivencia.

Lógicamente, el principio básico inspirador del régimen jurídico de esta materia es el del interés superior del menor, de tal manera que, según dispone el art. 76.2, toda decisión o medida que afecte a los hijos menores deberá adoptarse en su beneficio. Por añadidura, el art. 76.1 establece el principio según el cual el contenido de la autoridad familiar de los progenitores no debe resultar afectado por la ruptura de la convivencia, si bien -entiéndase- debidamente adaptado a la nueva situación. Son, asimismo, principios inspiradores de esta materia el de libertad de pacto, el de información recíproca y el de lealtad en beneficio del menor (art. 76.5).

Junto a los principios señalados, dos son los derechos esenciales sobre los que se fundamenta la sección 3ª, tal y como se indica en el propio Preámbulo del CDFa: de una parte, el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con los padres (art. 76.3.a.); y de otra, el derecho de los padres a la igualdad en sus relaciones con los hijos (art. 76.3.b.), derecho éste que se articula fundamentalmente a través de la preferencia que el CDFa atribuye a la custodia compartida (art. 80.2). Ello sin olvidar el derecho de audiencia del menor antes de adoptar cualquier decisión que le afecte, que se rige por lo dispuesto en el art. 6, al que se remite el art. 76.4.

*D. El pacto de relaciones familiares.*

La regulación de los efectos de la ruptura de la convivencia corresponde, en primer lugar, a los padres, de común acuerdo, mediante el otorgamiento del denominado pacto de relaciones familiares a que se refiere el art. 77, inspirado en el *principio standum est chartae* (como destacan las SSTSJ de Aragón de 13 julio 2011 y de 30 septiembre 2011).

El contenido de este pacto -que recuerda al convenio regulador del art. 90 Cc- puede ser muy amplio, con reglas atinentes no sólo a las relaciones de los padres con los hijos y ni siquiera a las relaciones familiares, sino también de índole patrimonial. Así resulta del art. 77.1 que fija como contenido mínimo indispensable del pacto el siguiente: el régimen de

guarda y custodia, individual o compartida, y el régimen de visitas en relación con los hijos menores o incapacitados; el régimen de relación de los hijos menores o incapacitados con sus hermanos, abuelos, y otros parientes y allegados; el destino de la vivienda y del ajuar familiar; la contribución a los gastos ordinarios y extraordinarios de los hijos, incluidos los mayores de edad y los menores emancipados que no tengan recursos económicos propios; la liquidación del régimen económico matrimonial; y la asignación compensatoria.

Para la eficacia del pacto se requiere aprobación judicial, que podrá ser denegada en caso de ser contrario a norma imperativa o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. La denegación obligará a las partes a someter a la aprobación judicial un nuevo proyecto de pacto en el que se subsanen los vicios detectados (art. 77.4 y 5).

Por último, interesa advertir que el art. 77.3 contempla la posibilidad de modificación del pacto, así como su extinción en los siguientes casos: a) por acuerdo de los progenitores; b) por las causas, en su caso, previstas en el pacto; c) a solicitud de uno de los padres por alteración sobrevenida y relevante de las circunstancias; d) a solicitud del Ministerio fiscal, en su función de protección de los menores e incapacitados; e) por privación, suspensión o extinción sobrevenida de la autoridad familiar de uno de los padres; y f) por incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones derivadas del pacto. Tanto la modificación como la extinción requerirán aprobación judicial (art. 77.4).

*E. La mediación familiar.* El art. 78 admite la posibilidad de que los progenitores de común acuerdo o por decisión del Juez acudan a la mediación familiar en cualquier momento, incluso una vez iniciado el correspondiente procedimiento judicial con la consiguiente suspensión del mismo, a fin de resolver las discrepancias existentes entre ambos como consecuencia de la ruptura de la convivencia, salvo las concernientes a la guarda y custodia de los hijos.

La finalidad de este precepto es, sin duda, la de fomentar la utilización de la mediación familiar, ya que, según puede leerse en el Preámbulo del CDFA, se configura como “un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo de los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura”. Así se destaca por la STSJ de Aragón de 13 julio 2011.

En cualquier caso, los acuerdos obtenidos en virtud de la mediación familiar habrán de ser aprobados judicialmente, salvo que sean contrarios a norma imperativa o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos.

*F. Medidas judiciales a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares. En especial, la custodia compartida.* En caso de no haber pacto de relaciones familiares -bien por no haber llegado a un acuerdo los progenitores, bien por no ser aprobado por el Juez- y fracasado, en su caso, el proceso de mediación familiar, corresponde al Juez determinar los efectos derivados de la ruptura de la convivencia, mediante la adopción de las medidas contempladas en la subsección 4ª (arts. 79 a 83). Dichas medidas, que se dirigirán ante todo a preservar el interés de los hijos menores, podrán ser adoptadas por el Juez bien de oficio, bien a instancia de los propios hijos, de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal (art. 79.2). Igualmente, el Juez podrá adoptar las medidas cautelares que estime oportuno a fin de garantizar el cumplimiento de las medidas adoptadas (art. 79.3). En cualquier caso, las medidas a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares podrán ser modificadas de ser incumplidas de modo grave o reiterado, así como cuando concurren causas o circunstancias relevantes (art. 79.4 y 5).

*a) La custodia compartida como opción legislativa preferente.* En defecto de pacto de relaciones familiares, el art. 80.1.1 dispone que cada uno de los padres por separado o ambos de mutuo acuerdo podrán solicitar al Juez la atribución de la guarda y custodia, individual o compartida, de los hijos menores o incapacitados. Se contemplan así dos posibles regímenes de custodia a aplicar por el Juez a solicitud de los progenitores, de modo coincidente con el art. 92 Cc: la custodia compartida y la custodia individual.

De acuerdo con el art. 80.1.2, la custodia compartida exige la fijación de un régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos adaptado a la situación familiar que garantice la igualdad entre los progenitores. Según matiza el Preámbulo del CDFA, ello no implica necesariamente una alternancia por periodos iguales de convivencia, “pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida”. Por lo demás, no cabe descartar al amparo de este precepto la posible fijación de un régimen de visitas a favor de cada progenitor durante el periodo de convivencia que no le corresponda (como, de hecho, así hace la STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011).

Por su parte, la custodia individual exige, según el art. 80.1.3, la fijación de un régimen de comunicación, estancias o visitas de los hijos con el progenitor no custodio que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar

Acto seguido, el mismo art. 80 en su aptdo. 2º se refiere a la custodia compartida como el régimen de custodia que deberá adoptar el Juez de

forma preferente en interés de los hijos menores o incapacitados. Estamos, por tanto, -en palabras de Martínez de Aguirre- ante una clara opción legislativa a favor de la custodia compartida -y es aquí donde el CDFa se desvincula del Cc-, que se manifiesta, asimismo, en el art. 79.5 que permite la revisión del régimen de custodia, “a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida”, cuando inicialmente el Juez acuerde la custodia individual en atención a la edad de los hijos. E igualmente, en el art. 80.5 que dispone que “la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores a la custodia individual no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés superior del menor”, previsión ésta con la que se pretende impedir que la negativa de uno de los progenitores permita excluir este régimen de custodia, aunque no pueden obviarse las dificultades para articular una custodia compartida contra la voluntad de uno los progenitores -o de ambos- con los consiguientes perjuicios para los hijos. En cualquier caso, esta opción del legislador aragonés no es arbitraria, sino que obedece a la convicción de que la custodia compartida constituye el modelo más adecuado de custodia, en cuanto que, según puede leerse en el Preámbulo del CDFa, permite un “reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los progenitores, fomentando las relaciones afectivas y de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación” y, por ende, una mejor satisfacción del interés del menor (STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011).

Ahora bien, como destaca la propia jurisprudencia (SSTSJ de Aragón de 13 julio 2011, de 30 septiembre 2011 y de 15 diciembre 2011) el sistema preferente de la custodia compartida no es rígido, desde el momento en que el CDFa prevé alguna excepción al mismo. La primera de ellas, regulada en el art. 80.2, es la relativa a la posibilidad de que el Juez considere la custodia individual más conveniente para el interés de los hijos (como así sucede en las SSTSJ de 13 julio 2011 y de 30 septiembre 2011). A tal fin, el mismo precepto establece una serie de factores a tener en cuenta por el Juez a la hora de acordar la custodia compartida o individual. En primer lugar, el plan de relaciones familiares a presentar necesariamente por cada progenitor, acompañando bien a la demanda o a la reconvencción -según precisan las Disposiciones Adicionales 2ª y 3ª-, como propuesta del modo de establecer las relaciones familiares tras la ruptura, cuyo contenido, no obstante, no es vinculante para el Juez (STSJ de Aragón de 13 julio 2011). Junto a dicho plan, el Juez deberá tomar en consideración circunstancias tales como la edad de los hijos (SSTSJ de Aragón de 13 julio 2011

y de 30 septiembre 2011: la escasa edad de los hijos hace preferible la custodia individual); su arraigo social y familiar; su opinión cuando tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; la aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos (STSJ de Aragón de 30 septiembre 2011); las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres (STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011: la ausencia de una distribución igualitaria del tiempo de dedicación a los hijos durante la convivencia no permite presumir incapacidad para el futuro); y cualquier otra circunstancia especialmente relevante para el régimen de convivencia. El Juez contará, asimismo, en su decisión con los informes de especialistas que, en su caso, haya recabado de oficio o a instancia de parte sobre el régimen de custodia más idóneo (art. 80.3). Por lo demás, no adoptará un régimen de custodia que implique la separación de los hermanos, salvo circunstancias justificadas (art. 80.4).

En segundo lugar, el art. 80.6 -inspirado en el art. 92.4 Cc, pero notablemente mejorado en su redacción- dispone que la atribución de la custodia, ya sea individual o compartida, a uno de los progenitores no procede cuando esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos y se haya dictado resolución judicial motivada en los que se constaten indicios fundados y razonables de criminalidad, ni tampoco cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. De este modo, si uno solo de los progenitores se encuentra en alguna de las situaciones descritas -lo que será lo más habitual-, no procederá la custodia compartida, de tal manera que el Juez atribuirá la custodia individual al otro. En cambio, si ambos progenitores están afectados por alguna de estas circunstancias, el Juez no podrá atribuir la custodia, ni individual ni compartida, a ninguno. Si finalmente se dicta sentencia firme absoluta, la medida de la custodia podrá ser revisada (Disposición adicional 4ª).

Por último, interesa advertir que cualquiera que sea el régimen de custodia adoptado, el Juez habrá de fijar adicionalmente un régimen de visitas de los hijos menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, en atención a lo dispuesto en el art. 79.2.a.

*b) La atribución del uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico.* El art. 81, aptdos. 1º a 4º, establece las reglas que deben regir la atribución del uso de la vivienda familiar, diferentes en función del régimen de custodia compartida o individual de los hijos.

En la custodia compartida, el criterio preferente de atribución del uso de la vivienda familiar es el de mayor dificultad de uno de los progenitores para el acceso a una vivienda. De no resultar éste aplicable, el Juez podrá decidir el destino de la vivienda -ya sea la atribución del uso a favor de uno o ambos progenitores o, incluso, su venta-, en función del “mejor interés para las relaciones familiares”, criterio éste que, además de ser un concepto jurídico indeterminado, resulta novedoso en nuestro Ordenamiento Jurídico. En la jurisprudencia la STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011 aplica este segundo criterio para atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre.

En la custodia individual se mantiene como regla general el criterio de atribución del uso de la vivienda al progenitor custodio que formula el art. 96 Cc, se bien se introduce la excepción relativa a que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor, concepto éste que, ya se ha indicado, adolece de cierta indeterminación con los riesgos inherentes a ello.

En ambos casos, la atribución del uso de la vivienda a uno de los progenitores tendrá una limitación temporal, cuya duración podrá determinarse mediante pacto entre los progenitores o, en su defecto, por el Juez en atención a las circunstancias concretas de cada familia. Junto a ello, el art. 81.4 faculta al Juez para acordar la venta de la vivienda familiar propiedad de los progenitores, siempre que sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos.

Asimismo, el art. 81 en su aptdo. 5º regula el destino del ajuar doméstico, estableciendo su permanencia en la vivienda familiar en el caso de haber sido atribuido el uso de la misma ya sea a uno o a ambos progenitores, excepción hecha de aquellos bienes propios cuya retirada solicite su titular en el plan de relaciones familiares que ha de acompañar a la demanda o reconvencción. De no ser así, habrá que proceder a su reparto entre ambos progenitores, con arreglo a las reglas que sean aplicables a sus relaciones patrimoniales, diferentes en función de que su convivencia se encontrase institucionalizada o no y, en el primer supuesto, estuviesen casados o constituyesen pareja estable no casada.

*c) Los gastos de asistencia a los hijos.* En orden a los gastos de asistencia de los hijos, el art. 82.1 establece el deber de los padres de contribuir a los mismos en proporción a sus recursos económicos. A partir de esta obligación genérica, el mismo precepto establece en sus siguientes apartados unos criterios de atribución de tales gastos, distinguiendo a tal efecto entre los gastos ordinarios y los extraordinarios.

En cuanto a los gastos ordinarios, se faculta al Juez para asignar la realización compartida o separada de tales gastos en función del régimen de custodia de los hijos, pudiendo establecer el pago de una pensión entre los progenitores si lo estima necesario, para lo que deberá atender a los recursos de éstos, así como a las necesidades y recursos de los hijos (art. 82.2 y 3). Sobre este particular interesa traer a colación la STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011 que, en un supuesto de atribución de custodia compartida, impone a cada progenitor el pago de los gastos ordinarios durante el periodo de convivencia que le corresponda.

Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios (entendiendo por tales los no habituales e imprevisibles: STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011), el art. 82.4 diferencia entre los necesarios y no necesarios, sin incluir criterio de distinción alguno, lo que, sin duda, hubiera sido deseable. Los gastos extraordinarios necesarios habrán de ser sufragados por ambos progenitores en proporción de sus recursos económicos. En cambio, los gastos extraordinarios no necesarios se abonarán en función de lo acordado por los progenitores y, en su defecto, por el progenitor que haya decidido el gasto. En ambos casos, deberá recabarse el previo consentimiento del otro progenitor para efectuarlos y, en su defecto, autorización judicial, a excepción de los gastos urgentes e inaplazables (STSJ de Aragón de 15 diciembre 2011).

*d) La asignación compensatoria.* De acuerdo con lo dispuesto en el art. 83, la asignación compensatoria se concibe -de modo coincidente con la compensación por desequilibrio en caso de separación o divorcio de los arts. 97 y ss. Cc: STSJ de Aragón de 30 diciembre 2011- como un derecho de carácter indemnizatorio correspondiente al progenitor a quien la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación constante la convivencia. En cualquier caso, según resulta de la lectura del art. 83.2.b. la asignación sólo se concede a solicitud del progenitor perjudicado por la ruptura.

En cuanto a la configuración de la asignación, el art. 83.2 y 3 contempla varias opciones, a saber: como pensión temporal (por el tiempo que determine el Juez), como pensión indefinida (lo que no es sinónimo de vitalicia: SSTSJ de Aragón de 30 diciembre 2011 y de 11 enero 2012) o como prestación única. Por lo que se refiere a su forma de pago, el art. 83.3 prevé con gran amplitud que “podrá tener cualquier contenido patrimonial”, siempre que permita el cumplimiento de su finalidad. La elección de la modalidad de asignación y de su forma de pago corresponde-

rá al Juez en la resolución en la que apruebe las medidas a adoptar en defecto de pacto de relaciones familiares, para lo que deberá atender a las específicas circunstancias del caso (STSJ de Aragón de 11 enero 2012). El CDFFA prevé también la posibilidad de que el Juez adopte las medidas necesarias para garantizar la efectividad de la asignación (art. 79.3).

En cualquier caso, para la determinación de su cuantía el Juez habrá de ponderar equitativamente las circunstancias previstas en el art. 83.2, que son los siguientes: a) los recursos económicos de los padres; b) la edad del solicitante, sus perspectivas económicas y posibilidades de acceso al mercado de trabajo; c) la edad de los hijos; c) la atribución del uso de la vivienda familiar; d) las funciones familiares desempeñadas por los padres; y e) la duración de la convivencia.

Por lo demás, el CDFFA permite la posible revisión de la asignación en caso de variación sustancial de la situación económica del progenitor percceptor o pagador (art. 83.3).

Asimismo, en su art. 83.4 contempla su extinción por las siguientes causas: a) nueva convivencia marital del percceptor -entiéndase, sin necesidad de que constituya pareja estable no casada-; b) alteración sustancial de los criterios en base a los cuales se estableció; c) muerte del percceptor, no así del pagador; d) cumplimiento del plazo de duración, en caso de ser temporal; y e) incumplimiento de su finalidad, lo que se producirá cuando desaparezca el desequilibrio económico entre el percceptor y el pagador. Sin duda, la enumeración de este precepto se trata de una lista abierta o meramente ejemplificativa, a la que habrá que añadir otras posibles causas de extinción tales como el nuevo matrimonio del percceptor o la renuncia.

*G. Medidas provisionales.* El art. 84 regula las medidas provisionales que puede adoptar el Juez para regular las relaciones familiares antes de dictar la resolución definitiva que apruebe el pacto de relaciones familiares o las medidas judiciales a aplicar en su defecto.

Tales medidas provisionales han de ser solicitadas por los padres, los hijos a cargo mayores de catorce años o el Ministerio Fiscal en su función de protección de los menores e incapacitados.

En cuanto a los criterios a tener en cuenta por el Juez para adoptarlas, se opta por la remisión a los criterios establecidos en la sección, a fin de que desde un primer momento se apliquen unas medidas lo más ajustadas posibles a las que serán definitivas, según puede leerse en el Preámbulo.

## 6. Ejercicio de la autoridad familiar por otras personas.

A. *Consideración general.* El ejercicio de la autoridad familiar por personas distintas de los padres que ahora regulan los arts. 85 a 89 CDFA estaba ya recogido en la Compilación (modificada en este punto en 1985) y enlaza con una tradición histórica en la que, desconocida la patria potestad en Aragón, era posible reconocer relaciones jurídicas familiares flexibles entre nietos y abuelos, así como entre los hijos de una persona y el cónyuge de esta. La Ley 3/1985 amplió los supuestos de «autoridad familiar de otras personas» a los hermanos mayores del menor y, además, amplió las funciones de esta autoridad familiar, al extenderla a la gestión de bienes, como si se tratara de una especie de cuasi tutela pero sin obligación de prestar fianza ni rendir cuentas, si bien es cierto que exigió una designación de la Junta de Parientes o del Juez, que bien podían decidir que el interés del menor no aconsejaba encomendar la autoridad familiar sino la constitución de una tutela. La Ley de Derecho de la persona de 2006, y ahora el Código del Derecho foral, regulan la autoridad familiar de personas distintas de los padres con un contenido personal igual que la autoridad familiar de los padres pero, en cambio, para la administración de los bienes se exige el nombramiento de un tutor.

B. *Contenido.* El ejercicio familiar por otras personas en la actualidad configura una función de guarda como medio para la crianza y la educación del menor por las personas y en los casos que establece la ley. Esta autoridad familiar, establece el art. 88.3, en la medida necesaria al cumplimiento del oficio de criar y educar al menor, comprende, en el ámbito personal, los mismos derechos y obligaciones que la de los padres, y no se extiende a la gestión de los bienes del menor. Para la gestión de los bienes, si es necesario, y conforme al art. 130.1.a., se nombrará tutor de los bienes que carezcan de administrador. El cargo de tutor de los bienes puede recaer en quien ejerza la autoridad familiar, pero sujeto a las garantías y cautelas propias de las instituciones tutelares. De este modo, como advierte el Preámbulo, queda claro que la gestión de los bienes es función aneja a la autoridad familiar sólo cuando esta se ejerce por los padres (art. 9), y entonces se rige por las normas contenidas en los arts. 94 a 99.

La reforma de 1985 de la Compilación atribuyó a los titulares de la autoridad familiar distintos de los padres “los mismos derechos y obligaciones” que correspondían a ellos (art. 10.1 Comp.) pero, desde la Ley de Derecho de la persona del año 2006, como sucedía en la redacción inicial de la Compilación de 1967, se limita al ámbito personal. El contenido de la autoridad familiar de otras personas debía ajustarse, aunque se hubie-

ra constituido antes de la entrada en vigor de esa Ley, a lo dispuesto en el art. 88.3, según ordenaba su disp. transitoria quinta (incorporada al CDFA).

El Código del Derecho Foral no configura entre el menor y las otras personas que ejerzan la autoridad familiar una relación igual a las relaciones entre padres e hijos (art. 57, apellidos, por ejemplo), ni afecta a las relaciones de parentesco (decisivas, por ejemplo, a efectos de impedimentos, sucesorios, en la tutela). El poder de dirección de la vida del menor es un medio para criar y educarlo y, por tanto, con “los mismos derechos y obligaciones” que la autoridad familiar de los padres (art. 88.3), por lo que habrá que entender que con la misma carga económica, con preferencia a los derechos de alimentos que puedan corresponder al menor frente a otros abuelos o hermanos que no ejerzan la autoridad familiar. Pueden atender a esos gastos con los productos del trabajo o industria del menor y los frutos líquidos de sus bienes. Para ello podrán pedir su entrega a la persona que administre los bienes del hijo. Esta facultad no puede ser excluida por quien transmita bienes a favor del hijo (art. 68).

*C. Personas que pueden ejercer la autoridad familiar.* En particular, pueden ejercer la autoridad familiar sobre un menor, el padrastro o la madrastra (art. 85), los abuelos (art. 86) o los hermanos mayores (art. 87). Pero los supuestos de hecho no son idénticos.

Así, conforme al art. 85.1, “el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad”. Esta función, que no se atribuye a la pareja, sino tan sólo al cónyuge, trata de facilitar la convivencia en el caso de nuevas nupcias del titular de la autoridad familiar. A diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior, se evitan algunos problemas porque requiere que el titular de la autoridad familiar sea “único” (el otro padre estará muerto, o privado de la autoridad familiar, o sin determinar su paternidad) y que el menor conviva con ambos. A diferencia de lo que sucedía en el régimen anterior, se trata de una función que atribuye la norma y no está prevista la posibilidad de que el menor solicite que se le exonere de la autoridad del cónyuge de su padre (cfr. art. 9.3 de la Compilación).

Fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar (art. 85.2): no se le impone ninguna obligación, sino que podrá continuar criando a los hijos de su cónyuge premuerto que convivieran con ellos.

Los abuelos, por su parte, conforme al art. 86.1, pueden tener consigo a sus nietos menores para criarlos y educarlos, asumiendo a tal fin la correspondiente autoridad familiar, en los casos de fallecimiento de los padres o cuando de hecho no los atiendan. No es imprescindible que exista privación de la autoridad familiar o de su ejercicio (art. 90), sino que basta que de hecho los padres no atiendan a sus hijos menores. La asunción de hecho de la autoridad familiar no conlleva la suspensión de la autoridad familiar de los padres (art. 91) quienes, por tanto, no quedan privados temporalmente siquiera de su función.

La autoridad familiar de los abuelos es subsidiaria de la de cónyuge del único titular de la autoridad familiar prevista en el art. 85.

Si faltan los abuelos o no se hacen cargo del menor, y en los mismos supuestos (fallecimiento o incumplimiento de los deberes de los padres), la autoridad familiar puede ser ejercida por uno de los hermanos mayores del menor (art. 87.1).

*D. Asunción automática de la autoridad familiar. a) Asunción automática.* A diferencia de lo previsto en la regulación anterior, el Código del Derecho Foral no exige una designación, ni por parte de la Junta de Parientes ni del Juez, sino que, por el contrario, facilita la asunción automática de la autoridad familiar por el hecho de hacerse cargo voluntariamente las personas señaladas de la crianza y educación de los menores (art. 88.1).

Por el hecho de que se asuma el cuidado y la guarda de un menor puede estarse ante una guarda de hecho (art. 156) y evitarse el resultado de que los menores queden privados de la necesaria asistencia material o moral que dé lugar a la declaración de desamparo (art. 118) -sobre estas cuestiones v. los apartados 10 y 11 del Tema 5 de este Manual-. Pero si las personas que asumen voluntariamente la función de criar y educar al menor son las previstas en el Código (padrastro o madrastra, abuelos, hermanos mayores), el automatismo que establece la ley tiene como consecuencia el quedar atribuido, sin necesidad de designación, el contenido personal de la autoridad familiar, lo que legitima las decisiones que en este ámbito se adopten. Naturalmente que si se produce un inadecuado cumplimiento de los deberes de guarda procederá la oportuna intervención judicial (art. 10) o administrativa (art. 5.6), pero al igual que sucede cuando son los padres lo que atienden al menor.

Establece el art. 88.2 que “se estará al orden y al contenido señalados por la ley, salvo que, fallecidos los padres, alguno de ellos en el ejercicio de su autoridad familiar hubiera establecido otra cosa en instrumento público”.

b) *Divergencias sobre la titularidad.* A pesar de que el Código establece un orden, y de que la autoridad familiar se asume de forma automática, no hay que desconocer la posibilidad de que se suscite divergencia sobre la titularidad de esta autoridad familiar. Para este caso está prevista la posibilidad de que cualquiera de los interesados en ella puede solicitar al Juez que resuelva la cuestión, si no prefieren todos acudir a la Junta de Parientes del menor con el mismo fin (art. 89.1). La Junta o el Juez, para decidir sobre la titularidad y la forma de ejercicio, oirán a los interesados y al menor que tenga suficiente juicio o, en todo caso, si tiene más de doce años y, teniendo en cuenta la previsión expresada al respecto, si la hubiera, decidirán siempre en interés del menor. Si el interés del menor lo requiere, promoverá otro régimen de guarda o protección (art. 89.2).

Si el interés del menor lo exige, procederá promover la tutela ordinaria o, según las circunstancias, la declaración de desamparo del menor. La Junta, o el Juez, pueden decidir que procede la autoridad familiar, pero si lo exige el interés del menor podrán apartarse de los criterios de preferencia recogidos en los arts. 86.1 (la autoridad familiar de los abuelos sólo se da si no tiene lugar la del padrastro o madrastra), 86.2 (“Tendrán preferencia los abuelos de la rama con los que mejor relación tenga el nieto. Cuando los abuelos de la misma rama vivan separados, la preferencia corresponderá al que de ellos más se ocupe del nieto y, en última instancia, al de menor edad”) y 87 (a falta de abuelos, “tendrá preferencia el hermano que mejor relación tenga con el menor y, en última instancia, el de mayor edad”).

La intervención del Juez o de la Junta de Parientes en el art. 89 sólo está prevista en el caso de “divergencias sobre la titularidad”. Su actuación no es de oficio, sino a solicitud de cualquiera de los interesados, si se trata del Juez, o previo acuerdo de todos los interesados, si se trata de la Junta. Esto significa, me parece, que si alguna de las personas señalada en la ley (padrastro, madrastra, abuelos, hermanos mayores) se hace cargo voluntariamente de la autoridad familiar, y no existe divergencia sobre la titularidad, ni el Juez ni la Junta de Parientes deben decidir quién sería, en interés del menor, el más idóneo, ni tampoco si en la práctica se han respetado los criterios de preferencia señalados en la ley.

Por otra parte, y pese a la ausencia de una especial designación de la Junta o del Juez, si el menor no está privado de la necesaria asistencia moral o material no procederá la intervención de la entidad pública con competencia en materia de protección de menores (art. 118). Si no viven los padres, sólo por motivos de mal trato o incumplimiento de dicha fun-

ción podrá ser separado el menor del titular o titulares de esta autoridad (art. 88.4). En tal caso, procederá la privación de la autoridad familiar (art. 90.3) y la sentencia determinará el régimen de guarda y protección a que deba quedar sometido el menor (art. 91.3).

*c) Previsiones de los titulares de la autoridad familiar.* El art. 88.2 dice que, para la autoridad familiar de otras personas, se estará al orden y al contenido señalados por la ley, “salvo que, fallecidos los padres, alguno de ellos en el ejercicio de su autoridad familiar hubiera establecido otra cosa en instrumento público”.

Esto significa que, en caso de fallecimiento (no cuando la autoridad familiar se ejerce porque los padres no la ejercen, o porque han sido privados de ella), las previsiones hechas previamente en instrumento público por los padres (no de otras personas que hayan ejercido la autoridad familiar) pueden alterar el orden y del contenido de la autoridad familiar ejercida por otras personas. Conforme al art. 89.2, en caso de divergencia sobre la titularidad de la autoridad familiar, la Junta de Parientes o el Juez “teniendo en cuenta la previsión expresada al respecto si la hubiera, decidirá siempre en interés del menor”. Siendo este último el criterio decisivo, puede justificar que en su decisión, el Juez o la Junta se aparten de las previsiones paternas si razonadamente entienden que el interés del menor así lo exige.

Los padres pueden excluir la autoridad familiar de otras personas (por ejemplo designando un tutor), o designar de entre las mencionadas en el Código (arts. 85 a 87) las que deban ejercer la autoridad familiar en caso de fallecimiento de los padres, así como la forma en que deba prestarse. Puesto que la ley sólo atribuye un contenido personal a la autoridad ejercida por personas distintas de los padres, no parece que éstos puedan extender el contenido de la autoridad familiar a la gestión de los bienes más allá de lo que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 110 podrían hacer para designar tutor. El art. 88.2, por ello, debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 110, que permite a los titulares de la autoridad familiar designar en instrumento público notarial a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes, establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal. Estas disposiciones vinculan al Juez que va a nombrar tutor, salvo que mediante decisión motivada, considere que, por alteración sustancial de las circunstancias, el interés del menor o incapacitado exige otra cosa (art. 114).

Los titulares de la autoridad familiar distinta de los padres no podrán, en cambio, establecer previsiones sobre la autoridad familiar de otras personas para el caso de cesar en ella (no están mencionados en el art. 88.2). Ahora bien, sí que podrán configurar con gran flexibilidad un régimen tutelar, respecto de la persona o bienes de los menores que sigan bajo su autoridad cuando llegue el día en el que ya no puedan ocuparse de ellos (art. 110). La delación testamentaria será eficaz al fallecimiento del testador salvo que entonces se hallara privado por su culpa del ejercicio de la autoridad familiar; la hecha en escritura pública, lo será además en caso de que el disponente sea incapacitado o por otra causa no culpable no pueda desempeñar él mismo el cargo tutelar (art. 110.2).

*d) Designación en caso de privación de la autoridad familiar.* Aunque la regla general es que la autoridad familiar prevista en los arts. 85 a 87 se asume de forma automática, sin necesidad de designación, al hacerse cargo voluntariamente de la crianza y educación del menor (art. 88.1), debe tenerse en cuenta que, en el caso de que los padres sean privados de la autoridad familiar (art. 90), o cuando proceda su suspensión en virtud de resolución judicial (art. 91), la misma resolución debe determinar el régimen de guarda o protección, y nombrar a la persona o personas que hayan de cumplir estas funciones (art. 92.3). Puede ser, según los casos, autoridad familiar de otras personas o tutela, según lo aconsejen las circunstancias y el interés del menor.

Si la resolución estableciera la autoridad familiar de otras personas, proveerá también sobre la administración y disposición de los bienes del menor (art. 92.3 i.f.; cfr. arts. 88.3 y 130.1.a.).

*E. Carácter voluntario de la autoridad familiar.* A diferencia de lo que sucede con la tutela (art. 101), la aceptación y el ejercicio de la autoridad familiar por personas diferentes de los padres no es un deber, ni se establece un sistema de excusas (cfr. art. 126, para la tutela).

Por el contrario, de lo dispuesto en los arts. 85.2, 86 y 87 resulta que el ejercicio de la autoridad familiar por personas distintas de los padres no es obligatoria (“podrá”). Habrá que entender, a mi juicio, que tampoco cuando exista una resolución judicial en la que se establezca la autoridad familiar de determinadas personas (lo que será raro que se haga sin haberles oído y haber expresado previamente su conformidad). En tal caso, procedería el juego de las reglas de la tutela.

Es posible el nombramiento como tutora de alguna de las personas que, según el Código, podrían asumir la autoridad familiar y, entonces, con aplicación de su propio régimen jurídico, incluida, en especial, la

norma relativa a los alimentos: en sede de tutela, es preferente la obligación de los parientes obligados a prestar alimentos a la del propio tutor (art. 137) mientras que, para quienes ejercen la autoridad familiar, su deber de alimentos es preferente al que fuera exigible a otros parientes (cfr. art. 88.3: con “los mismos derechos y obligaciones” que los padres).

*F. Divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar.* La autoridad de las personas distintas de los padres es unipersonal (art. 85: el cónyuge del titular; art. 87: uno de los hermanos), salvo que se trate de los abuelos de una misma rama que vivan juntos (argumento: art. 862). Sólo en este último caso pueden suscitarse divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar, para lo que deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 74 para las divergencias entre los padres (art. 89.3).

*G. Inscripción en el Registro Civil.* Establece el art. 88.5 que la autoridad familiar de otras personas se podrá hacer constar en el Registro Civil. Conforme al art. 46 LRc. 1957, por ser un hecho para el que no se establece que la inscripción se haga en ninguna otra sección, se inscribirá al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento. El art. 71.3 LRc. 2011 expresamente se refiere a la inscripción de las «figuras similares o asimilables a la patria potestad, que sean Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas».

Será título de la inscripción la resolución judicial que nombre a las personas que ejercen la autoridad familiar (sentencia que prive de la autoridad familiar, arts. 90 y 92.3, o la resolución dictada en caso de divergencias sobre la titularidad, art. 89, para lo que quizás pueda admitirse la tramitación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria atípico, aplicando por analogía lo dispuesto en disp. transitoria 10 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo), o el acta que recoja el acuerdo de la Junta de Parientes (art. 89 en relación con los arts. 170 y ss.).

Más difícil resulta precisar cómo puede constar en el Registro civil el mero hecho de quien voluntariamente se hace cargo de la crianza y educación del menor. La cuestión no es intrascendente, pues en ocasiones las relaciones con terceros pueden exigir una acreditación de la autoridad familiar (relaciones con la administración educativa o con el colegio, para decisiones en el ámbito sanitario), lo que puede resultar favorecido por la existencia de una inscripción en el Registro Civil. En ausencia de un procedimiento previsto, la exigencia de un título para la inscripción (art. 23 LRc., art. 27 LRc. 2011) quizás haga aconsejable en estos casos acudir a la Junta de Parientes o al Juez (cfr. art. 89 CDFA).

*H. Privación.* Al igual que los padres, las demás personas que ejercen la autoridad familiar pueden ser privadas de ella por sentencia firme (art. 90.2).

Si no viven los padres, sólo por motivos de mal trato o incumplimiento de dicha función podrá ser separado el menor del titular o titulares de esta autoridad (art. 88.4).

### **7. Privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar.**

*A. Privación.* Supone la extinción, respecto de uno o de los dos titulares de la autoridad familiar en virtud de una resolución judicial. Dice el art. 90.1 que: “En interés del hijo, cualquiera de los padres podrá ser privado total o parcialmente de la autoridad familiar por sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”.

Puesto que la autoridad familiar puede corresponder a los padres o a personas diferentes, la privación puede referirse a cualesquiera de los titulares de la autoridad familiar. Así, dice el art. 90.3 que “este precepto será aplicable a la autoridad familiar de otras personas”.

*B. Suspensión.* Equivale a la pérdida temporal de la autoridad familiar por el tiempo que duren las situaciones a que se refiere el art. 91. Dice este artículo que: “La autoridad familiar quedará en suspenso, en su caso solo para el titular afectado, mientras dure: a) La tutela automática de la entidad pública. b) La declaración de fallecimiento o ausencia del titular o titulares, o de alguno de ellos, así como la declaración de fallecimiento del hijo. c) La incapacitación del titular o titulares, o de alguno de ellos, a no ser que la sentencia haya dispuesto de otro modo. d) La imposibilidad de ejercerla declarada en resolución judicial”.

En el caso de tutela automática de la entidad pública la suspensión afecta, en su caso, a los dos titulares de la autoridad familiar, porque comporta la asunción por la entidad pública de las funciones tutelares (art. 119).

La suspensión en el caso de declaración de fallecimiento del hijo cesará si éste reaparece siendo menor de edad.

En los demás casos, la pérdida temporal para el titular afectado requiere resolución judicial (declaración de ausencia o fallecimiento, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, sentencia de incapacitación, resolución judicial que declara la imposibilidad de ejercicio), lo que excluye las situaciones de mero hecho.

El art. 91.2 añade que: “La asunción de hecho de la autoridad familiar por otras personas no conlleva la suspensión de la de los padres”. Esto significa que, si no hay suspensión, por alguna de las causas previstas en la ley, ni privación, a los padres sigue incumpliendo los deberes y dere-

chos propios de la autoridad familiar aunque ésta haya sido asumida por el cónyuge (que la comparte con el único titular, art. 85.1), por los abuelos o por el hermano mayor (cuando de hecho los padres no atienden al hijo). Por lo tanto, de una parte, les siguen siendo exigibles y, de otra, están legitimados para realizar las funciones que por ley se encomiendan en cuanto titulares de la autoridad familiar.

*C. Consecuencias de la privación o suspensión.* Ni la privación ni la suspensión de la autoridad familiar suprimen las obligaciones de los padres establecidas en los artículos 58 y 59 (art. 92.1): se trata de deberes que derivan de la filiación, no de la titularidad ni del ejercicio de la autoridad familiar.

Si la privación o suspensión afecta a uno sólo de los titulares, la autoridad familiar, como institución, no se extingue necesariamente, sino que puede subsistir respecto del hijo, que quedará sometido a la autoridad familiar del otro titular, si lo hubiera. Así, dice el art. 92.2 que “si es privado de la autoridad familiar o suspendido en ella uno solo de los titulares, continúa ejerciéndola el otro conforme al artículo 72”.

La privación y la suspensión de la autoridad familiar pueden afectar a los dos titulares o al titular único. En el primer caso, es preciso que la resolución judicial que las declare determine el régimen de guarda o protección, y que nombre además a la persona o personas que hayan de cumplir estas funciones (art. 92.3). Si la resolución estableciera la autoridad familiar de otras personas, proveerá también sobre la administración y disposición de los bienes del menor (art. 92.3 i.f.).

La privación no es, necesariamente, una pérdida definitiva, puesto que, conforme al art. 90.2., los Tribunales podrán, en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación. La recuperación de la autoridad familiar comportará, en su caso, la extinción de la medida de guarda adoptada (cfr. art. 144.d).

La suspensión, en cuanto pérdida temporal, cesará también cuando cesen los efectos de cada una de las situaciones previstas en el Código: reaparición del titular declarado ausente o fallecido (para su constatación oficial, ya para que produzca efectos respecto de terceros será necesario un nuevo procedimiento judicial que, además, deje sin efecto el sistema de guarda adoptado en su caso), reaparición del hijo, sentencia que modifique la incapacitación o nueva resolución judicial que revoque la anterior declaración de imposibilidad de ejercicio de la autoridad familiar.

Cuando la suspensión de la autoridad familiar proceda de la asunción de funciones tutelares por la entidad pública ésta, conforme al art. 122,

cuando no sea contrario al interés del menor o incapacitado, procurará su reintegración a quien tenga la autoridad familiar o tutela sobre él. En otro caso, si existen personas que, por sus relaciones con el menor o incapacitado o por otras circunstancias, pueden asumir la autoridad familiar o las funciones tutelares con beneficio para este, la entidad pública promoverá que la asuman o que se les nombre cargo tutelar conforme a las reglas ordinarias. A tal efecto podrá ejercitar la acción de privación de la autoridad familiar o de remoción del cargo tutelar.

*D. Extinción.* Supone la cesación de todos los efectos de la autoridad familiar. Según el art. 93, la autoridad familiar se acaba: a) Por la muerte de los titulares o del hijo. b) Por la emancipación o mayoría de edad del hijo.

La extinción de la autoridad familiar por muerte de los titulares ha de ser de ambos o del único en su caso: el fallecimiento de uno solo de ellos supondrá que la autoridad familiar se concentra en el otro titular. Aun en el caso de fallecimiento de los dos titulares es posible que no se constituya la tutela del menor sino, como hemos visto, que se asuma la autoridad familiar de otras personas.

Dice el art. 93.2 que, en caso de adopción del hijo se extingue la autoridad de los padres anteriores, salvo si subsisten los vínculos jurídicos con alguno de ellos. Serán los nuevos padres los titulares de la autoridad familiar. En los casos en los que, conforme al art. 178 Cc., subsistan los vínculos entre el adoptado y su progenitor, éste compartirá la autoridad familiar con el adoptante.

## **8. Gestión por los padres de los bienes de los hijos.**

*A. Gestión de los bienes por los padres.* Se emplea aquí la palabra gestión en un sentido amplio, comprensiva, según los casos, tanto de la administración como de la disposición de los bienes.

Ya hemos visto cómo, de acuerdo con las reglas previstas en otros preceptos del Código del Derecho foral, a los padres, como función aneja a la autoridad familiar, les corresponde la administración de los bienes de los hijos menores no emancipados, cualquiera que sea su edad, así como la disposición hasta que cumplan los catorce años (art. 9); a partir de los catorce años la disposición de sus bienes le incumbe al propio menor, con asistencia de uno cualquiera de sus padres (arts. 23 y 26); a partir de esa edad, el hijo, con la debida asistencia, puede realizar también actos de administración (art. 26.1), o sin asistencia, cuando se trate de alguno de los bienes a que se refiere el art. 23.2. También que las personas distintas

de los padres que ejerzan la autoridad familiar sólo tienen atribuidas funciones en el ámbito personal, pero no para la gestión de los bienes (art. 88.3), por lo que si fuera preciso debería nombrarse al menor un tutor de los bienes que carezcan de administrador (art. 130.1.a).

En sede de “gestión de los bienes de los hijos”, la primera parte del art. 94.1 establece que, cuando corresponda a los padres la gestión de los bienes del hijo, incluida la disposición hasta que este tenga catorce años, ejercerán esta función conforme a lo dispuesto para la autoridad familiar.

La norma se limita a remitir el ejercicio de la gestión a lo dispuesto para la autoridad familiar (arts. 71 a 74), pero debe tenerse en cuenta también que, cuando los padres actúan en representación del menor de catorce años, son aplicables las reglas de los arts. 12 a 15 y 17 a 19 (oposición de intereses, necesidad de autorización o aprobación de la Junta de Parientes o del Juez). Cuando los padres prestan asistencia al hijo menor mayor de catorce años para la gestión de sus bienes son aplicables los arts. 23 a 29 (asistencia, forma de prestarla, oposición de intereses).

La segunda parte del art. 94.1 añade que los padres “en su caso cumplirán lo ordenado válidamente por la persona de quien procedan los bienes por donación o sucesión”, con lo que recuerda que, quien ha dispuesto de bienes a favor de un menor a título gratuito, ha podido establecer reglas de gestión que deberán ser respetadas por los padres en el caso de que no se les haya excluido totalmente de la administración. Así resulta de lo dispuesto en el art. 107 (*administración voluntaria*), conforme al cual, el que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor, puede establecer reglas de gestión, así como nombrar o excluir al administrador. Las funciones no conferidas al administrador, incluida la prestación de la debida asistencia, corresponden a los padres o al tutor. El donante o causante pueden excluir la necesidad de autorización de la Junta de Parientes o del Juez para los actos relativos a estos bienes. Cuando por cualquier causa cese o no pueda actuar el administrador, a falta de sustituto voluntario, administrarán los padres o el tutor salvo si resultare con claridad que fue otra la voluntad del disponente.

*B. Bienes exceptuados.* Conforme al art. 94.2, se exceptúan de la gestión paterna: a) Los bienes que el hijo adquiriera por sucesión en la que uno de los padres o los dos hayan sido desheredados con causa legal (art. 510) o declarados indignos de suceder (art. 328). b) Los bienes dejados en título sucesorio o donados al hijo con exclusión de la administración de los padres.

En estos casos los bienes serán gestionados, si nada ha ordenado el causante o donante, por el otro padre, o, si los dos están afectados, por un

tutor real nombrado por el Juez. Así resulta de lo dispuesto en el art. 94.3, en relación con el art. 107, a los que ya nos hemos referido.

La regla es coherente con lo dispuesto, en sede de capacidad, en el propio Código del Derecho Foral en el art. 9.2 que, tras atribuir a los padres, como función aneja a la autoridad familiar, la administración y disposición de los bienes, en su caso, de los menores, añade que: “Se exceptúan los bienes cuya administración y disposición correspondan al tutor real, administrador judicial o persona designada por aquel de quien el menor hubo los bienes por donación o sucesión. En los dos últimos casos se estará a lo ordenado por el Juez o el disponente y, en su defecto, serán aplicables las mismas limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor” (sobre ello v. lo explicado en el apartado 4 del Tema 3 de este Manual).

*C. Régimen general: diligencia, responsabilidad, aseguramiento y rendición de cuentas. a) Diligencia y responsabilidad.* Conforme al art. 95, y bajo la rúbrica de “obligaciones”, “ 1. Los padres gestionarán los bienes del hijo con la misma diligencia que los suyos propios, cumplirán las obligaciones generales de todo administrador e inscribirán sus bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad. 2. Los padres vienen obligados a rendir cuentas de su gestión al cesar en ella. Solo tendrán que formalizar inventario o prestar fianza cuando existan fundados motivos para ello”.

El nivel de diligencia requerido es el mismo que el mantenido para la gestión de los propios bienes. La Ley introduce una obligación de inscribir los inmuebles en el Registro de la Propiedad ampliando lo que, de conformidad con la legislación hipotecaria, es exigible a los padres sólo en los casos en que pueda exigirse la constitución de “hipoteca legal” por haber contraído el padre administrador segundo matrimonio (cfr. arts. 168 y 190 Lh.).

La causación de daños en el patrimonio del hijo por dolo o culpa grave (cfr. art. 106, que no exige gravedad) en el ejercicio de la gestión hace nacer la responsabilidad de los padres o del que de ellos tenga atribuida en exclusiva la administración (art. 96.1).

La responsabilidad, cuando tengan atribuida la gestión ambos padres, será solidaria, si bien se admite que pueda liberarse el que acredite no haber podido evitar el daño (art. 96.2): parece lógico que así sea porque, entonces, no habrá mediado dolo o culpa grave.

Frente al hijo no queda excluida la responsabilidad del padre que, teniendo atribuida la gestión, no ha intervenido en ella. El Código reconoce al padre que no haya intervenido en la gestión causante del daño

que pueda repetir del otro la totalidad de lo pagado (art. 96.3). Se entiende que la aplicación de esta regla es innecesaria cuando haya quedado exonerado de responsabilidad por aplicación del art. 96.2. Pero si no es así será porque también cabe apreciar, por omisión, culpa en quien no ha intervenido en la gestión, y entonces no parece muy justificada la repetición.

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad es de tres años contados desde que finalice su administración (art. 96.4). Este plazo coincide con el plazo de tres años previsto para la acción de rendición de cuentas al finalizar la administración (art. 99.2), pero la responsabilidad a que se refiere el art. 96 podrá exigirse aun cuando no haya concluido la administración. No dice la norma quién estaría legitimado para exigir tal responsabilidad cuando la administración no se extinga, por lo que en cada caso habrá que atender a la situación concreta del menor (el padre que no ha intervenido en la gestión, el propio menor con asistencia o, incluso, cabe pensar que la autoridad judicial pueda actuar dentro de la flexibilidad con que los arts. 10 y 98 así lo permitan, es decir, a petición del propio menor, del Fiscal o de algún pariente del menor).

Las obligaciones de gestión de los padres no tienen como contrapartida ningún derecho a una retribución (cfr. art. 105, para la tutela), si bien será a cargo del patrimonio administrado el reembolso de los gastos soportados, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos sin su culpa que no pueda obtenerse de otro modo (art. 97).

*b) Aseguramiento.* El incumplimiento de la obligación de gestionar los bienes de los hijos diligentemente puede provocar la exigencia de unas medidas de aseguramiento. Como regla general, los padres no tienen que formalizar inventario o prestar fianza, salvo cuando existan fundados motivos para ello (art. 95.2 i.f.). Será el Juez quien exija su constitución.

Así, conforme al art. 98 (*puesta en peligro del patrimonio del hijo*), cuando la gestión de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio menor, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la gestión, o incluso nombrar un tutor real. El nombramiento de un tutor real, esto es, de un administrador nombrado judicialmente, supone la privación parcial al padre de las funciones de gestión, sin extinción de la autoridad familiar (cfr. art. 90, que admite la privación parcial de la autoridad familiar). No hay que descartar que, según la gravedad del peligro, el Juez prive totalmente de la autoridad familiar.

*c) Obligaciones al finalizar la administración.* Conforme al art. 99, "Los padres, o cualquiera de ellos, al cesar en la administración deben restituir

el patrimonio administrado al hijo mayor de edad o emancipado o, en otro caso, a quien corresponda la administración. Los gastos de restitución son a cargo del hijo. En caso de muerte del hijo, si hubiere peligro en la tardanza, los padres deben continuar atendiendo los negocios de este para evitar perjuicios a los herederos”.

La obligación de restituir procede cuando los padres cesan en la administración, aunque no se extinga la autoridad familiar. La persona a quien se deben restituir los bienes, en cada caso, dependerá de la causa por la que cesa la administración, de tal manera que si el hijo es mayor de edad o emancipado, él mismo recibirá los bienes, mientras que si el hijo sigue siendo menor no emancipado, los bienes deben entregarse al nuevo administrador (tutor real, por ejemplo) y, si ha fallecido, a sus herederos.

Al cesar la administración de los padres o de alguno de ellos, podrán exigirles la rendición de cuentas de su administración: a) El hijo mayor de edad o emancipado. b) El hijo menor mayor de catorce años con la debida asistencia, o aquel a quien corresponda la administración de sus bienes. c) El representante legal del hijo menor de catorce años (art. 99.2). Aunque el precepto no los menciona no se ve la razón por la que no puedan exigir la rendición de cuentas, en su caso, los herederos del menor fallecido.

Termina diciendo el art. 99.4 que el que no haya cumplido dieciocho años necesita, para aprobar las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de las responsabilidades derivadas de la misma, la asistencia de la Junta de Parientes o autorización judicial. La regla recoge lo que disponía en el art. 6 Comp., y tiene aplicación tanto en el caso de mayoría de edad por matrimonio como en el de emancipación.

La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años (art. 99.2, segunda parte). Solicitada la rendición de cuentas, deberá realizarse en el plazo de seis meses, contados desde la fecha de la reclamación. Este plazo podrá ser prorrogado por la autoridad judicial, con justa causa, por otro período de tres meses como máximo (art. 99.3: cfr. art. 145, sobre la cuenta general de la gestión para la tutela).

**BIBLIOGRAFÍA.** Además de la recogida en el §3, sobre los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres: BALDA MEDARDE, M<sup>a</sup>.J., “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en *Actas de los Vigesimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 217-230; CASTILLA BAREA, M., “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa *Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptu-*

*ra de la convivencia de los padres*", *Aranzadi Civil*, 2010-7, págs. 105-150; FORCADA MIRANDA, F. J., "La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: Custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores", en *Actas de los Vígésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 177-215; GONZÁLEZ CAMPO, F. de A., "Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 16, 2010, págs. 227-250; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., "Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley*, núm. 7529, 2010, D-380, y "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley*, núm. 7537, 2010, D-408; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en *Actas de los Vígésimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 133-176; y TENA PIAZUELO, I., "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2011, págs. 79-102.

## § 5. LAS RELACIONES TUTELARES\*

*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán*

*Aurora López Azcona*

### **1. Antecedentes**

Recuerda el Preámbulo del CDEFA que el Derecho histórico aragonés contenía un sistema propio de instituciones tutelares, completado, como en otros países, con los principios del Derecho común europeo. Explica Lacruz que la tutela de los menores podía coexistir con la autoridad de los padres, aun viviendo ambos, pues el Juez designaba como tutor al pariente por la parte de donde procedían los bienes que habían de ser administrados (F. 4.º *De tutoribus*, Monzón, 1533). Se admitía la pluralidad de tutores simultáneamente: la Observancia 1.ª *De tutoribus* contemplaba que, fallecidos ambos progenitores, se darían dos tutores, uno por parte de padre para la administración de los bienes paternos y otro por parte de madre para los maternos. La Observancia 9.ª *De tutoribus* establecía que nadie fuera admitido como tutor si no estaba designado por el Juez o el testador, de modo que la tutela sólo era dativa o testamentaria. La Ley de enjuiciamiento civil de 1855, y posteriormente la de 1881, regularon la tutela y la curatela, no sólo en sus aspectos procesales, sino también en los sustantivos, modificando en ocasiones las reglas vigentes hasta entonces. Al ser las leyes procesales de aplicación general en toda España, la jurisprudencia entendió sin dificultad que también la normativa contenida en ellas relativa a la tutela y curaduría era aplicable, de tal forma que en ocasiones se consideran derogadas las disposiciones del Derecho foral en todo lo regulado en las leyes procesales. Tras la publicación del Código civil, se planteó la duda de si subsistía íntegro y sin modificación alguna el estado de Derecho que tenían algunos territorios en materia de

\* Los apartados 1, 4, 5, 9 y 10 son obra de M<sup>a</sup> Ángeles Parra y los apartados 2, 3, 6, 7, 8 y 11 de Aurora López.

instituciones de guarda o si, por el contrario, les era también aplicable el nuevo cuerpo legal. La cuestión en ese momento tenía gran trascendencia porque, a diferencia de lo que ocurrió con la regulación de la tutela y la curatela en las leyes procesales, el Código civil de 1889 modificó profundamente el régimen del Derecho anterior.

Aunque el criterio era discutible, la Comisión de Codificación entendió que la tutela debía regirse en Aragón por el Código civil y el Apéndice de 1925 no recogió, salvo alguna especialidad, el Derecho histórico. La Compilación de 1967, prescindiendo del sistema diseñado por el Seminario de la Comisión Compiladora, se limitó a regular en los arts. 15 a 19 algunas especialidades al régimen de la tutela del Código civil. Especialidades de interés en el momento de redacción de la Compilación pero que en buena medida quedaron privadas de sentido cuando en 1983 se modificó el régimen de la tutela del Código civil. De esta forma, las normas de la tutela de la Compilación presentaban un carácter fragmentario y difícil de coordinar con el régimen de la tutela del Código civil.

La Ley 13/2006 de Derecho de la persona introdujo una regulación completa de las instituciones tutelares en su Título III (arts. 87 a 155), ahora recogidos en el Código del Derecho foral de Aragón. Como explica el Preámbulo, en general, el sistema no se aparta en los rasgos esenciales del hasta ahora conocido, de modo que puede calificarse de «tutela de autoridad», puesto que todas las funciones tutelares están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y se ejercerán bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, pero se potencia la autonomía de los particulares tanto en la delación como en la determinación de las reglas por las que cada tutela haya de regirse y se acentúan los rasgos familiares.

La Ley de Derecho de la persona ha sido refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el Código del Derecho Foral Aragonés aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar su Libro I, junto a la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

## **2. Estructura del título III del libro I del Código del Derecho Foral de Aragón**

El régimen de las relaciones tutelares se contiene en el título III (*Relaciones tutelares*) del libro I (*Derecho de la persona*) del CDFFA, dividido en siete capítulos. Los tres primeros capítulos son de aplicación general a todos los cargos tutelares. En particular, el capítulo I contiene unas *disposi-*

*ciones generales*; el capítulo II regula la *delación* de los cargos tutelares, distinguiendo a tal efecto entre *delación voluntaria* (sección 1), *delación dativa* (sección 2) y *delación legal* (sección 3); y el capítulo III contiene el régimen de la *capacidad, excusa y remoción*. Los demás capítulos integrantes del título se ocupan específicamente de cada una de las instituciones tutelares: el capítulo IV, de la *tutela*; el capítulo V, de la *curatela*; el capítulo VI, del *defensor judicial*; el capítulo VII, de la *guarda de hecho*; y el capítulo VIII y último, de la *guarda administrativa y acogimiento*. De estos capítulos el más extenso es el capítulo IV que, dedicado a la tutela, se encuentra dividido en tres secciones: la primera, de disposiciones generales; la segunda, sobre contenido y ejercicio de la tutela; y la tercera, relativa a la extinción de la tutela y rendición final de cuentas.

### 3. Disposiciones generales

El capítulo I, bajo la rúbrica “Disposiciones generales”, se inicia con el art. 100, precepto que contiene una enumeración de las instituciones tutelares y especifica la finalidad común a todas ellas. De conformidad con su aptdo. 1º, son instituciones tutelares la tutela, la curatela y el defensor judicial. Su finalidad no es otra que la guarda y protección de la persona y bienes o sólo de la persona o de los bienes del menor o incapacitado. Según precisa su aptdo. 2º, a la guarda y protección de los menores e incapacitados pueden contribuir, asimismo, la guarda de hecho y la guarda administrativa sin tutela, aunque no sean propiamente instituciones tutelares.

El art. 101 enuncia los caracteres de las instituciones tutelares. Así, en su aptdo. 1º, declara que las funciones tutelares constituyen un deber, lo que significa que, en principio, es obligatorio desempeñar el cargo tutelar y que sólo se admite la excusa de su ejercicio en los casos legalmente previstos. El aptdo. 2º, de una parte, atribuye carácter personal a los cargos tutelares, excluyendo, por tanto, la posibilidad de delegación; y, de otra, se refiere al interés del tutelado como principio que ha de inspirar el ejercicio de las funciones tutelares. Otros caracteres de las funciones tutelares son su sujeción al control judicial y la gratuidad si no se ha establecido expresamente su remuneración (aptdo. 3º).

El art. 102 enumera los modos de delación de las funciones tutelares. Atribuye prioridad a la delación voluntaria que puede realizar el propio interesado (autotutela) o los titulares de la autoridad familiar. A falta de delación voluntaria o para completarla, las funciones tutelares se defieren por resolución judicial, dando lugar a la delación dativa que es, por tan-

to, supletoria de aquélla. Para los menores o incapacitados en situación de desamparo es la propia ley la que atribuye su tutela a la entidad pública competente (delación legal). Este precepto encuentra su desarrollo en el capítulo II, dedicado específicamente a la delación.

El art. 103 resulta coherente con el sistema de tutela de autoridad que ha optado por mantener el legislador aragonés. Así, en su aptdo. 1º atribuye al Juez el nombramiento de todo cargo tutelar, cualquiera que sea el modo de delación. Tal nombramiento habrá de verificarse en el auto que ponga fin al procedimiento de constitución del cargo tutelar de que se trate. El mismo precepto y aptdo. impone al Juez la obligación de dar posesión del cargo al nombrado, lo que tiene su explicación lógica: el mero nombramiento no legitima al nombrado para ejercitar las funciones tutelares, sino que se necesita la toma de posesión del cargo.

De acuerdo con el art. 103.2 el Juez tiene, asimismo, la función de vigilancia y control de las instituciones tutelares. Las medidas de vigilancia y control puede establecerlas en la propia resolución por la que constituye la institución tutelar o en un momento posterior mediante la oportuna resolución.

La misma función de vigilancia se atribuye al Ministerio Fiscal en el art. 103.4, con lo que se confunden, con las correspondientes zonas de conflicto, las competencias de ambos.

Por su parte, el art. 103.3 impone a los cargos tutelares la obligación de informar al Juez y al Ministerio Fiscal del ejercicio de sus funciones, tanto en lo relativo a la situación de la persona protegida como sobre la gestión patrimonial realizada. Esta información se puede exigir periódicamente o en cualquier momento.

Por último, el art. 103.5 declara la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Civil de las resoluciones judiciales referentes a los cargos tutelares, de tal manera que no son oponibles frente a terceros sino una vez practicada la oportuna inscripción.

El art. 104 establece en su aptdo. 1º que los gastos derivados del ejercicio de las funciones tutelares son a cargo de la persona protegida, por lo que el titular de tales funciones tiene un derecho de reembolso. En su aptdo. 2º reconoce a los cargos tutelares un derecho de indemnización con cargo a los bienes de la persona protegida por los daños y perjuicios que padezcan como consecuencia del ejercicio de la correspondiente función tutelar sin culpa por su parte. Por consiguiente, son presupuestos de este derecho de indemnización: 1. Que se trate de daños y perjuicios sufridos en ejercicio de la función tutelar. 2. Que en la causación de estos daños no

haya intervenido culpa del cargo tutelar que los haya sufrido. 3. Que el cargo tutelar no pueda obtener el resarcimiento por otro medio. Se establece, de este modo, una responsabilidad subsidiaria de los bienes de la persona protegida. En cualquier caso, este derecho de indemnización es compatible con la existencia de retribución.

El art. 105 contempla la posibilidad de retribución de todos los cargos tutelares, excepto aquéllos que sean desempeñados por personas jurídicas públicas. Este precepto debe ponerse en relación con el art. 101.3, según el cual los cargos tutelares son gratuitos, salvo que se haya señalado expresamente una retribución. De este modo, la retribución se configura como una contraprestación que, en su caso, se reconoce al cargo tutelar por el desempeño de su función. Por consiguiente, no debe confundirse con el derecho de reembolso de los gastos derivados del ejercicio de las funciones tutelares (art. 104.1) ni con el derecho a indemnización de los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de la función tutelar (art. 101.2).

La fijación de la retribución del cargo tutelar corresponde al propio interesado o a los titulares de la autoridad familiar y, sólo en su defecto, al Juez o a la Junta de Parientes. En concreto, el interesado o los titulares de la autoridad familiar habrán de fijarla en el momento de la delación voluntaria (art. 105.1, 1ª parte), mientras que la Junta de Parientes o el Juez podrán establecerla en cualquier momento (art. 105.1, 2ª parte). El mismo art. 105.1 señala, asimismo, unos criterios de determinación de la cuantía de la remuneración. Así, la retribución sólo podrá fijarse en la delación voluntaria siempre que el patrimonio de la persona protegida lo permita y con sujeción a un límite máximo (el 20% de los rendimientos líquidos del patrimonio de la persona protegida). En cambio, cuando se fije por el Juez o la Junta de Parientes, según resulta de una lectura literal de la 2ª parte del precitado precepto, sólo habrá de atenderse a la dedicación que exija el ejercicio de la función tutelar. No obstante, la prudencia del Juez y de la Junta de Parientes determinará, en su caso, la toma en consideración de los criterios previstos para la delación voluntaria y, en particular, del relativo al nivel patrimonial de la persona protegida.

En cualquier caso, dicha retribución será susceptible de modificación por la Junta de Parientes o, en su defecto, por el Juez en caso de alteración de las circunstancias de la institución tutelar (art. 105.2).

El art. 106 establece la responsabilidad de los cargos tutelares por los daños ocasionados a la persona protegida durante el ejercicio de su función por su actuación negligente, lo que resulta a todas luces lógico, habida cuenta de su deber de guarda del menor. La acción para exigir esta

responsabilidad está sujeta a un plazo de prescripción de tres años a contar desde el cese en el cargo o desde la rendición de cuentas, de existir el deber de practicarla.

El capítulo I se cierra con el art. 107 que permite a toda persona que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado establecer el régimen de administración de tales bienes, sustrayéndola incluso de la fiscalización judicial o de la Junta de Parientes. Ello incluye la posibilidad de designar a un administrador especial, en cuyo caso tales bienes quedarán excluidos de la administración de los padres (art. 94.2.b) o del tutor (art. 135.c). Dicho administrador tendrá todas las facultades propias para llevar a cabo una adecuada administración, salvo aquellas excluidas de su competencia por el disponente, las cuales se asignan a los padres o al tutor. Dentro de estas facultades se comprende expresamente la prestación de la asistencia debida que, por tanto, si no es encomendada al administrador, corresponderá a los padres o tutor.

Por añadidura, el nombramiento de administrador especial es eficaz, sin necesidad de intervención judicial, desde la adquisición de la donación, herencia o legado por el menor o incapacitado.

Finalmente, importa precisar que, cuando por cualquier causa cese o no pueda actuar el administrador, en defecto de sustituto voluntario, sustituyen a aquél los padres o el tutor, salvo que resulte claramente que fue otra la voluntad del disponente, en cuyo caso se nombrará un tutor real.

#### **4. Delación de las funciones tutelares**

*A. Modos de delación.* En sede de disposiciones generales sobre las relaciones tutelares (capítulo I del Título III del Libro I), el art. 102 establece que: «1. Las funciones tutelares se defieren por: a) Disposición voluntaria en instrumento público. b) Resolución judicial. c) Disposición de la ley en caso de desamparo de menores o incapacitados. 2. La delación dativa es subsidiaria y complementaria de la voluntaria». El capítulo II regula la «delación», distinguiendo entre una «delación voluntaria» (sección primera, arts. 108 a 114), una «delación dativa» (sección segunda, arts. 115 a 117) y una «delación legal» (sección tercera, arts. 118 a 122).

Salvo en el caso del art. 102.1.c. (disposición de la ley en caso de desamparo, donde es necesaria una resolución administrativa que aprecie la situación), es la autoridad judicial quien efectivamente nombra y da posesión del cargo tutelar a la persona designada (art. 103.1). De tal manera que, lo que la ley llama delación, debe entenderse como vocación o

designación para el nombramiento, pero el llamado en instrumento público (art. 102.1.a.) no accede al cargo tutelar por su sola aceptación.

El Código del Derecho Foral recoge las tres formas tradicionales de delación: voluntaria, dativa o judicial y legal. Sólo incluye como delación legal la disposición que atribuye a la entidad pública la asunción de las funciones tutelares sobre los menores o incapacitados (art. 102.1.c. y art. 119). Pero, al igual que sucede en la regulación del Código civil, el CDFa, al atribuir a la autoridad judicial la designación de tutor en defecto de delación voluntaria (art. 115), designa una serie de personas que deben ser preferidas por el Juez para designar al titular de las funciones tutelares (art. 102.1.c) y, al mismo tiempo, atribuye al Juez el poder de alterar el orden legal establecido (art. 116).

Aunque el art. 102 establece con gran amplitud que los modos de delación se refieren, genéricamente, a las funciones tutelares, en algunos casos es preciso tener en cuenta la regulación específica de cada una de las instituciones (así, para el defensor judicial, el art. 153 permite al Juez nombrar a quien considere más idóneo; por otra parte, la delación voluntaria no es aplicable a la curatela de los emancipados).

B.. *Delación voluntaria*. La delación voluntaria prevalece sobre la dativa (art. 102.2 y art. 115). Se admite tanto la llamada «autotutela», es decir, la delación hecha por uno mismo (art. 108), como la designación por los titulares de la autoridad familiar (art. 110).

a) *Delación hecha por uno mismo*. El art. 108 regula la llamada «autotutela», al establecer que: «Conforme al principio *standum est chartae*, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes, incluido el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal».

Con la expresión de “autotutela” se hace referencia a la facultad que se reconoce a una persona para que, en previsión de su futura incapacitación, designe al tutor que ha de guardar su persona y bienes o, de una manera más amplia, la facultad de configurar un régimen tutelar como considere oportuno para el caso de ser incapacitado. En los debates parlamentarios de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma en materia

de tutela se debatió, y se rechazó, su admisión en el Cc. Diez años más tarde, el legislador estatal expresamente atribuye al presunto incapaz legitimación para instar la propia incapacitación judicial (art. 757.1 Lec., redactado por el art. 14 de la Ley 41/2003) e introduce la autotutela (arts. 223 y 234.1.1º Cc., redactados por el art. 9 de la Ley 41/2003).

En esta línea, el CDEFA establece expresamente la posibilidad de «delaciones hechas por uno mismo», en previsión de una declaración de incapacidad. La designación debe hacerse necesariamente en escritura pública. Su fundamento es el máximo respeto a la voluntad de la persona, y es una manifestación del principio *standum est chartae*. Es preciso ser mayor de edad y tener capacidad suficiente para hacer el llamamiento.

La eficacia de la designación tutelar requiere la incapacitación de la persona. En todo caso será el Juez el que constituya el organismo tutelar. En principio, el Juez, al constituir la institución tutelar, queda vinculado por la voluntad del interesado, salvo que de forma motivada se aparte de ella, atendiendo a las circunstancias del caso (art. 114). El objeto del proceso de incapacitación es indisponible, conforme al art. 751 Lec. La limitación de la capacidad será, necesariamente, la que determine el Juez en la sentencia, que en este punto no queda vinculado por la previsión del interesado. Lo que sí parece que deberá hacer es tratar de ajustar, en la medida de lo posible, las designaciones de las personas a la situación de incapacidad declarada.

El interesado puede «designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes». En definitiva, puede configurar un sistema de protección en el que el tutor no esté sometido a los controles previstos en la ley, que serán subsidiarios (cfr. art. 107.3, para la administración voluntaria, o art. 5.3 de la Ley estatal 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), pero siempre que el Juez no considere preciso apartarse de la voluntad del interesado (art. 114). El interesado puede «establecer órganos de fiscalización, así como las personas que hayan de integrarlos». Lo que no puede hacer eficazmente es excluir la función de vigilancia y supervisión atribuidas al Juez y al Ministerio Fiscal (art. 108.1 *i.f.*).

Puede, además, fijar una remuneración al tutor y al administrador patrimonial «siempre que el patrimonio de la persona tutelada lo permita» (art. 105.1). Pero, al mismo tiempo, y con acierto, se establece que la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez «podrán modificar en cualquier

momento la remuneración prevista si han cambiado las circunstancias de la institución tutelar» (art. 105.2).

El art. 108.2 CDFA excluye que pueda ser objeto de designación o exclusión voluntaria la entidad pública competente en materia de protección de menores o incapacitados. La entidad pública competente en materia de protección de menores e incapacitados puede jugar un doble papel en materia de tutela. En primer lugar, el art. 116.1.g. la enumera, en último puesto, entre las personas que el Juez debe preferir para designar al titular de las funciones tutelares en defecto de delación voluntaria. La designación por el Juez de la entidad pública sólo tendrá lugar cuando no exista ninguna de las personas que menciona la ley con anterioridad (en general, parientes o allegados). Puesto que la tutela ordinaria de la entidad pública se configura como la posibilidad última de constituir una tutela ordinaria, resulta razonable que no se permita establecer eficazmente derogaciones por los particulares de una competencia que la entidad tiene atribuida por ley. En segundo lugar, el propio Código atribuye a la Administración la asunción de las funciones tutelares cuando se produce la situación de desamparo, que tiene lugar cuando el menor o incapacitado están privados de la necesaria asistencia moral o material (arts. 118 y 130.2). Parece sensato que, producida esa situación, no tenga eficacia la exclusión voluntaria de la llamada tutela automática de la Administración. También que no quede vinculada la autoridad judicial a una designación voluntaria de la entidad cuando sea aconsejable constituir una tutela ordinaria, porque ello no beneficiaría al menor o incapacitado.

b) *Mandato que no se extingue por la incapacidad o incapacitación.* El art. 109 establece que, igualmente, «cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación». Este mandato no está condicionado ni limitado a los casos en que el sujeto designe a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y, de hecho, tiene sentido en la práctica precisamente como instrumento alternativo a la tutela. Se incorpora de esta forma la figura del llamado «poder preventivo» o «mandato de autoprotección», que el Código civil introdujo, con otros matices, en la reforma del art. 1732 en 2003.

El art. 109 se refiere al mandato que no se extingue por la incapacidad o incapacitación de quien lo ha otorgado:

a') *Incapacidad:* El CDFA admite expresamente un mandato preventivo, otorgado *ad cautelam*, en previsión de que el poderdante se encuentre

en el futuro en una situación de incapacidad (por ejemplo una persona de edad avanzada), y que permita a una persona de su confianza seguir gestionando los asuntos de la forma que le hubiera encomendado. De este modo, lo que importa es que quien otorga el mandato tenga plena capacidad en el momento de otorgarlo, lo que se trata de garantizar con la exigencia de que se haga en escritura pública.

b') *Incapacitación*. Significa esto que, frente a la regla general (art. 1732 Cc.: el mandato se extingue por la incapacitación), el mandato no se extingue, pese a la incapacitación del mandante, si así lo estableció en el momento de su otorgamiento.

La regulación aragonesa introducida en el CDFA garantiza la publicidad y conocimiento por el Juez del otorgamiento del mandato. En efecto, al otorgamiento de este mandato le es aplicable el sistema de publicidad previsto en el CDFA (art. 111), lo que permitirá al Juez, en resolución motivada, declarar extinguido el mandato a que se refiere el art. 109, tanto al constituir la institución tutelar, como posteriormente a instancia del tutor o curador» (art. 114.2).

En la práctica, no es que el otorgamiento de poderes preventivos excluya la incapacitación, pero sí es cierto que puede, indirectamente, permitir la configuración de un sistema de protección no judicializado de personas que no están en condiciones de decidir por sí pero que, en una situación previa de plena capacidad, deciden voluntariamente organizar quién y cómo debe gestionar sus asuntos cuando él no pueda hacerlo.

c) *Delación hecha por los titulares de la autoridad familiar*. El art. 110.1 establece que «las mismas disposiciones, excepto el otorgamiento de mandato, podrán adoptar en instrumento público notarial, sea o no testamento, los titulares del ejercicio de la autoridad familiar, incluso prorrogada o rehabilitada, respecto de la persona o bienes de los menores o incapacitados que sigan bajo su autoridad cuando llegue el día en el que ya no puedan ocuparse de ellos». Se trata, sin duda, de una manifestación del principio de «tutela de familia» que merece una valoración positiva, pues nadie mejor que los titulares de la autoridad familiar para decidir lo procedente para cuando ellos falten.

La designación se vincula a ser «titular del ejercicio de la autoridad familiar», incluso prorrogada o rehabilitada, y es preciso que los menores o incapacitados sigan bajo su autoridad cuando deba tenerse en cuenta el nombramiento del cargo tutelar. No es suficiente con ser titular de la autoridad familiar en el momento de hacer la designación. No serán eficaces, por tanto, las designaciones hechas por quien fue excluido o priva-

do de la autoridad familiar después del otorgamiento de las designaciones pero tampoco las hechas por quien fue titular de la autoridad familiar, que se extinguió, sin que hubiera rehabilitación (hijo mayor incapacitado después de la mayoría de edad sin que concurren las circunstancias previstas en el art. 42 para la rehabilitación). Por la misma razón, queda también excluida la posibilidad de designar curador para el caso de que se produzca la emancipación del menor, ya que ésta extingue la autoridad familiar (art. 93.1.b.).

El que disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado puede establecer reglas de gestión, así como nombrar o excluir al administrador (art. 107), pero no designar a quien debe ejercer el cargo tutelar.

La designación debe hacerse «en instrumento público notarial, sea o no testamento» (art. 110.1). No será eficaz la designación hecha en documento privado lo que, en particular, excluye la posibilidad de designaciones en testamento ológrafo.

La disposición del titular de la autoridad familiar realizada en testamento es una declaración de voluntad *inter vivos* destinada a producir efectos *mortis causa* tras la muerte del declarante. En este sentido, dice la primera parte del art. 110.2 que «la delación testamentaria será eficaz al fallecimiento del testador salvo que entonces se hallara privado por su culpa del ejercicio de la autoridad familiar». La hecha en escritura pública, añade a continuación el art. 110.2, de manera coherente con lo dispuesto en el art. 110.1, «lo será además en caso de que el disponente sea incapacitado o por otra causa no culpable no pueda desempeñar él mismo el cargo tutelar».

Al igual que en el caso de la autotutela, los titulares de la autoridad familiar pueden «designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal». Solo queda excluido, lógicamente, dado el carácter personal del mandato, el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación. Los titulares de la autoridad familiar tienen libertad no sólo para designar tutor sino, incluso, para configurar un sistema tutelar que se aparte del legalmente previsto, estableciendo el funcionamiento y el contenido, en general, de la tutela, especialmente en lo que se refiere al

cuidado de la persona, así como mediante la previsión de formas específicas de fiscalización y administración. Pero no puede llegar a excluirse el control judicial ni la alta inspección o supervisión general de la tutela que al Juez corresponde. Los titulares de la autoridad familiar pueden, también, fijar una remuneración al tutor y al administrador patrimonial «siempre que el patrimonio de la persona tutelada lo permita» (art. 105).

d) *Publicidad*. Conforme al art. 111 CDFA, «los documentos públicos a los que se refieren los artículos anteriores se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, *para su indicación* en la inscripción de nacimiento del interesado» (cfr. art. 77 LRC. 2011, que admite la *inscripción* de la autotutela y de los apoderamientos preventivos).

La publicidad se refiere tanto a la delación voluntaria como al mandato que no se extingue por la incapacidad o la incapacitación. La publicidad permite que el Juez, antes de la constitución de la tutela, recabe certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad, a efectos de comprobar la existencia de disposiciones sobre delación voluntaria de la tutela (art. 133.2). También para que pueda extinguir el mandato al constituir la institución tutelar (art. 114.2). Para el mandato, además, cabe pensar que la falta de acceso al Registro Civil de su revocación hará que los terceros que contrataron con el apoderado queden protegidos.

Puesto que la delación por los titulares de la autoridad familiar puede hacerse en un testamento notarial cerrado, tiene sentido que el Juez deba recabar, en su caso, certificación del Registro de Actos de Última Voluntad, donde, en cumplimiento de la obligación impuesta a los notarios por los arts. 4 y 11 del Anexo II del Reglamento Notarial, debe comunicarse el hecho del otorgamiento.

e) *Pluralidad de designados y delaciones incompatibles*. El CDFA admite la pluralidad de designaciones en la delación voluntaria, siempre que sean compatibles entre sí. Conforme al art. 112, «en la delación voluntaria se puede designar titular del cargo tutelar o sustituto del mismo a una o dos personas para que actúen conjunta o solidariamente. Además, se puede encomendar la administración de los bienes a otras personas».

Para el caso de pluralidad sucesiva de disposiciones de una misma persona, prevalece la posterior en cuanto fueren incompatibles (art. 113.1).

Conforme al art. 113.2, «cuando existieren disposiciones de varios titulares de la autoridad familiar, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueren compatibles. De no serlo, la Junta de Parientes o, en su defec-

to, el Juez adoptarán las que consideren más convenientes para el menor o incapacitado». Reforzando el carácter familiar de la tutela, el CDFA otorga preferencia a la elección de la Junta de Parientes y hace un llamamiento a la decisión judicial sólo de una manera subsidiaria («en su defecto», es decir, cuando la Junta no pueda constituirse o no llegue a un acuerdo).

Cuando la incompatibilidad de las designaciones hechas por los titulares de la autoridad familiar se refiera a la designación de distintas personas para el ejercicio de los cargos tutelares, la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez elegirán al designado o designados por uno de ellos pero añade finalmente el art. 113.3 que «a los no elegidos como tutores de la persona por la Junta o el Juez, corresponde la administración y disposición de los bienes que quien les designó haya atribuido por donación, herencia o legado al menor o incapacitado».

Se trata de una especie de tutela *ad bona*, de administración y gestión de los bienes por quien no es nombrado tutor y que coexistirá con la tutela. Es preciso, entonces, que el titular de la autoridad familiar, de una parte, designe para un cargo tutelar a una persona y, de otra, atribuya al menor o incapacitado unos bienes a título gratuito. Si la persona designada no es nombrada tutora, al menos, tendrá encomendada la administración y disposición de los bienes procedentes de quien le designó. Cabe entender que, ya que no prevalece la voluntad del titular en la autoridad familiar en su integridad, al menos sí respecto de los bienes de que haya dispuesto a favor del menor o incapacitado, cuya gestión corresponderá a quién él designó para la institución tutelar y no fue elegido.

f) *Vinculación de la delación voluntaria*. Las designaciones, exclusiones y demás disposiciones propias de la delación voluntaria, incluida en su caso la elección efectuada por la Junta de Parientes, vincularán al Juez al constituir la institución tutelar (art. 114.1). Está facultado, sin embargo, apartarse de ellas «siempre mediante decisión motivada», si considera que, por alteración sustancial de las circunstancias, el interés del menor o incapacitado exige otra cosa.

La ley admite con restricciones la posibilidad de que el Juez se aparte de las previsiones de la delación voluntaria porque, salvo que medie una causa de inhabilidad (art. 125), sólo podrá nombrar para el cargo tutelar a persona distinta de la designada voluntariamente cuando motivadamente razone que se ha producido una «alteración sustancial de las circunstancias» que existían cuando se produjo la designación voluntaria. No será bastante motivación la que se limite a considerar más idónea a persona distinta.

El Juez puede apartarse de la delación voluntaria, en los términos explicados, de oficio, a instancia de las personas que la Ley menciona en el art. 116 a efectos de la delación dativa o a instancia del Ministerio Fiscal (art. 114.1).

C. *Delación dativa*. El art. 115 establece la «supletoriedad» de la delación dativa: «En defecto, total o parcial, de delación voluntaria válida y eficaz, corresponde a la autoridad judicial determinar o completar la institución tutelar y, en su caso, designar a su titular».

A continuación, el art. 116.1 establece un orden de preferencia que debe tener en cuenta el Juez para designar al titular de las funciones tutelares. Si bien, es cierto, el aptdo. 2º de este último precepto establece que: «Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del apartado anterior si el interés del menor o incapacitado así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor o curador». Con lo que, en definitiva, el llamamiento legal queda supeditado al criterio judicial, que puede alterar «excepcionalmente», y «en resolución motivada», el orden de preferencia marcado en la ley si le parece más conveniente.

Conforme al art. 116.1, para designar al titular de las funciones tutelares, el Juez preferirá: «a) Al cónyuge del incapacitado que conviva con este o al otro miembro de la pareja estable no casada. b) A los descendientes mayores de edad del incapacitado. c) A los padres. d) A los padrastros, abuelos o hermanos mayores de edad, en el orden señalado por esta ley para el ejercicio de la autoridad familiar. e) Al designado administrador por quien dispuso a título lucrativo de bienes en favor del menor o incapacitado. f) A la persona que, por sus relaciones con el menor o incapacitado o por otras circunstancias, considere más idónea. g) A la persona jurídica que considere más idónea, incluida en última instancia la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores o incapacitados».

Este elenco viene a sustituir en Aragón al recogido en los aptdos. 2º a 5º del art. 234 Cc. La norma se refiere, sin distinción, a la designación de las funciones tutelares, sin distinguir si se trata de menores o incapacitados, pero algunas de las personas mencionadas en el art. 116 sólo podrán ser tutoras (o curadoras) de incapacitados (cónyuge, descendientes, padres).

a) *Cónyuge o el otro miembro de la pareja estable no casada*. El art. 116 atribuye el primer lugar en el orden de preferencia para la delación dativa al cónyuge y al otro miembro de la pareja estable no casada. De este modo,

el CDFA, a efectos de la delación dativa, equipara las parejas de hecho a los matrimonios, siempre que tengan la condición de parejas estables no casadas a efectos legales (arts. 303 y 305 CDFA).

*b) Descendientes.* Atendiendo a la realidad social de las personas de edad avanzada que sean incapacitadas, el art. 116 coloca en primer lugar a sus descendientes, por delante de los padres. Si se trata de un mayor de edad incapacitado, será posible la constitución de institución tutelar cuando no proceda la prórroga ni la rehabilitación de la autoridad familiar por no darse los requisitos que para ello establecen los arts. 41 y 42.

*c) Padres.* El art. 116.1.c. se refiere «a los padres», y cabe discutir si, además de la posibilidad de que sean nombrados tutores de sus hijos incapacitados, tiene sentido referir la tutela de los padres respecto de sus hijos menores. En principio, tal posibilidad queda descartada porque si procede la tutela y viven los padres, será porque habrán sido privados de la autoridad familiar, y entonces no pueden ser nombrados tutores, por concurrir causa de inhabilidad (art. 125.1.a.).

Es posible, sin embargo, que los padres, titulares de la autoridad familiar, puedan asumir funciones de administración de los bienes que el menor haya recibido a título gratuito, conforme a lo previsto en el art. 107, aptdo. 1 *i.f.* y aptdo. 4. El CDFA permite a quien dispone de los bienes, causante o donante, establecer reglas de gestión, e incluso excluir la necesidad de autorizaciones para los actos relativos a estos bienes (art. 9.2 y art. 107. 1 y 3), lo que también es aplicable cuando la administración corresponde a los padres. Aunque, propiamente, los padres no serán tutores, la administración y disposición de los bienes no estará sometida a las reglas que con carácter general establece el CDFA para la gestión por los padres de los bienes de sus hijos. Cuando el disponente de los bienes a título gratuito a favor de un menor no establece reglas de gestión y ésta corresponde a los padres (art. 107), no serán en cambio aplicables las «limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor» (art. 9.2 *i.f.*) sino que se aplica el régimen previsto para la gestión paterna (art. 94)

*d) Padrastros, abuelos o hermanos mayores.* En la letra d., el art. 116.1 menciona a las personas distintas de los padres a quienes pueda corresponder el ejercicio de la autoridad familiar. El CDFA admite la prórroga de la autoridad familiar en el art. 41: también la de la autoridad ejercida por personas distintas de los padres. Sólo contempla en cambio la rehabilitación de la autoridad familiar de los padres (art. 42). Pero ahora el art. 116.1.d. se refiere a otra cosa: estas personas pueden ser designadas tutoras tanto de un menor como de un incapacitado.

De un menor porque, como quedó explicado al exponer el sistema de autoridad familiar de personas distintas de los padres, esta función no se configura como un deber, se asume voluntariamente y es posible que, en atención a las circunstancias concretas, se considere preferible constituir una institución tutelar. Es posible, además, que a las personas distintas de la autoridad familiar se les encomiende la gestión de los bienes que carezcan de administrador, con arreglo a las normas propias de la tutela.

Cabe también, finalmente, la designación para una función tutelar del padrastro, abuelo o hermanos en los casos de incapacitación, aun cuando no hubieran ejercido la autoridad familiar con anterioridad. Con más razón cuando la ejercieron durante la menor edad de quien ahora es incapacitado.

e) *Administrador designado*. En la letra e., el art. 116.1 menciona «al designado administrador por quien dispuso a título lucrativo de bienes en favor del menor o incapacitado». El CDFa no permite que, quien disponga de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, pueda designar a quien debe ejercer el cargo tutelar (el art. 110 sólo menciona a los titulares de la autoridad familiar). La persona designada administradora, sin embargo, será preferida, en el orden señalado por el art. 116, para ser nombrada titular de las funciones tutelares.

f) *Otra persona idónea*. El Juez designará, en defecto de las anteriores, «a la persona que, por sus relaciones con el menor o incapacitado o por otras circunstancias, considere más idónea» (art. 116.1.f.).

g) *Personas jurídicas*. Finalmente, el art. 116.1.g. menciona a la persona jurídica que el Juez considere más idónea, «incluida en última instancia la entidad pública a la que esté encomendada la protección de menores o incapacitados». Esto significa que, siendo posible la designación de una persona jurídica (art. 124), el Juez sólo deberá designarla en la delación dativa, cuando no sean idóneas o no existan las personas mencionadas en los aptdos. anteriores.

La referencia expresa a la entidad pública aclara, para el régimen de las instituciones tutelares en Aragón, una duda que se había suscitado en la aplicación del art. 242 Cc. y que la Consulta 2/1998 de 3 de abril, del Fiscal General del Estado, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas, respondió afirmativamente. Puede resultar útil, si la Administración está dispuesta a aportar medios, para las personas para las que, por sus circunstancias personales y familiares, no es fácil designar un tutor con arreglo a los aptdos. anteriores del art. 116.1. La designación de la entidad pública como titular de las funciones tutelares, prevista en

sede de delación dativa o judicial, no debe confundirse con la delación legal o asunción de las funciones tutelares que por ley puede corresponderle respecto a los menores o incapacitados en situación de desamparo (arts. 102.1.c. y 119).

En Aragón, el Decreto 168/1998, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, modificado por el Decreto 13/2004, daba por supuesta la tutela ordinaria de la entidad pública, tanto respecto de los incapacitados como respecto de los menores. Así, en su art. 2, al definir las funciones de la Comisión le atribuía el ejercicio de la tutela, curatela, y el cargo de defensor judicial de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente «cuando dichas funciones sean encomendadas a la Administración de la Comunidad Autónoma por la correspondiente resolución judicial en los términos señalados en la misma y con sujeción a lo establecido en el Código Civil». El art. 13, por su parte, establece que: «1. Cuando un menor incapacitado, cuya tutela haya sido constituida mediante la correspondiente resolución judicial en favor de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, cumpla la mayoría de edad, se dará conocimiento de dicha circunstancia, mediante el traslado del expediente, a la Comisión la cual comenzará a ejercer la tutela en nombre de la Administración desde el mismo día de la mayoría de edad del menor. 2. Cuando un menor de edad sujeto a tutela de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en base al art. 172 del Código Civil se halle incurso en causa de incapacitación que se presuma subsistirá llegada la mayoría de edad, la Administración promoverá la incapacitación del mismo y la constitución de tutela por la autoridad judicial a su favor».

Finalmente, conforme al art. 117 CDFa: «Si hubiere que designar tutor, curador o defensor judicial para varios hermanos de doble vínculo, el Juez procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona».

D. *Delación legal. Remisión.* a) *Delación legal.* Está prevista en caso de desamparo de menores o incapacitados. Conforme al art. 102.1.c., las funciones tutelares se defieren por «disposición de la ley en caso de desamparo de menores o incapacitados». La delación legal se regula en la sección tercera del capítulo II del Título III CDFa (arts. 118 a 122) de manera coherente con el régimen vigente, regulado en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

De manera semejante a lo dispuesto en el art. 59 de la Ley 12/2001, el art. 118 CDFa considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejer-

cicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o incapacitados cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». La situación de desamparo debe ser apreciada por la entidad pública a la que en Aragón esté encomendada la protección de menores e incapacitados mediante resolución motivada, que supondrá la asunción por la entidad pública de las funciones tutelares y la suspensión de la autoridad familiar o tutela ordinaria (art. 119 CDFA y art. 61.1 y 2 de la Ley 12/2001; sobre la suspensión de la autoridad familiar, art. 91.1.a. CDFA).

Si la situación de desamparo se debe a fuerza mayor de carácter transitorio, la entidad pública ejerce sólo la guarda mientras se mantenga la situación (art. 119 *i.f.*): significa esto que, en caso de circunstancias puntuales (por ejemplo, una enfermedad de los padres) la entidad no asume la tutela automática, sino tan sólo una guarda temporal que, habrá que entender, no suspende la autoridad familiar (art. 160.2 CDFA y art. 64 Ley 12/2001).

La tutela de la entidad pública se contempla con vocación de interinidad. Por ello la ley contempla, cuando sea posible, la reintegración del menor a su familia o, en otro caso, la promoción de un régimen ordinario de protección, bien sea la autoridad familiar -incluso la de las personas distintas de los padres que pueden ejercerla, y con independencia de que con anterioridad la hubieran desempeñado- o la tutela ordinaria. En este último caso, si los titulares de las funciones de guarda que han puesto al menor en situación de desamparo no han sido privados de la autoridad familiar o removidos de su cargo tutelar, será preciso, previamente, adoptar tales medidas (art. 122 CDFA).

Con más detalle se explica la tutela automática de la Administración, la guarda administrativa y el acogimiento en el epígrafe 11.

b) *Tutela automática de los incapacitados*. El CDFA extiende los instrumentos públicos de protección de menores a los incapacitados. Así resulta del tenor literal del art. 102.1.c., pero también de lo dispuesto en los arts. 118 y 119, así como de la regulación contenida en el capítulo VIII del título III del Libro I del CDFA, que regula la guarda y el acogimiento tanto de los menores como de los incapacitados.

Hasta la Ley de Derecho de la persona de 2006 (incorporada ahora al CDFA podía sostenerse la vigencia en Aragón, de manera supletoria, de lo dispuesto en el párrafo que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, introdujo en el art. 239 Cc.: «La entidad pública a

la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Son muchas las dudas de interpretación suscitadas por la previsión contenida en el art. 239 Cc. La referencia a la tutela de los «incapaces» no sólo se enfrenta a la presunción general de capacidad de quien no está incapacitado sino, además, a la natural resistencia de las Comunidades Autónomas para asumir, de manera automática, la tutela de todos los posibles incapaces en situación de desamparo.

El CDFA limita, con mejor criterio, la delación legal a los casos de desamparo de los «incapacitados». Si media incapacitación, hay una constatación oficial de la incapacidad, y cesa la presunción general de capacidad (art. 34). Además de la posible designación de la entidad pública para la función tutelar (art. 116.1.g.), en caso de desamparo del incapacitado, la entidad pública deberá apreciar la situación mediante resolución motivada (art. 119). La incapacitación da lugar a todo un mecanismo de protección y será difícil que, en el ejercicio de las funciones de vigilancia y control que el art. 103 CDFA les encomienda, Ministerio Fiscal y Juez, no adopten las medidas precisas para, en su caso, evitar la situación de desamparo. Si así fuera, se pondría en marcha el sistema de delación legal previsto en el CDFA.

## **5. Promoción y constitución de las instituciones tutelares**

*A. Consideración general.* El 103.1 CDFA establece que la autoridad judicial nombrará y dará posesión del cargo tutelar a la persona designada. La regla, recogida en sede de «Disposiciones generales» de las relaciones tutelares, es aplicable a la tutela ordinaria, a la curatela y al defensor judicial.

Más específicamente, en sede de tutela (capítulo IV del título III del libro I CDFA), los arts. 131 a 133 se ocupan respectivamente de la promoción de la tutela ordinaria, de la tutela provisional y de la constitución de la tutela ordinaria.

Estas normas son aplicables a la curatela de los incapacitados, en virtud de la remisión que a ellas hace el art. 150.4. No existe tal remisión

para la curatela de los emancipados, que no está prevista como órgano necesario (pues sólo será precisa si el menor emancipado quiere realizar alguno de los actos para los que, según el art. 33, precisa asistencia) y que sólo se constituye a instancia del propio emancipado (art. 149). El curador del emancipado será entonces nombrado por el Juez (art. 103.1) y, puesto que no es posible la delación hecha por titulares de la autoridad familiar (art. 110), deberá designar, por aplicación del art. 116.1, según las circunstancias, a los llamados por la ley para el ejercicio de la autoridad familiar (no los padres, pues si existen son ellos los que deben prestar la asistencia, sin necesidad de ser nombrados curadores, art. 33), al designado administrador por quien dispuso a título lucrativo de bienes o, en su defecto, a la persona que considere más idónea.

Para el defensor judicial debe tenerse en cuenta que el art. 154 establece reglas específicas para su nombramiento (el Juez nombra a quien considere más idóneo para el cargo).

B. *Promoción*. El CDFa trata de que la constitución de la tutela sea inmediata al hecho o situación que la determina, y para ello establece la obligación de promover la constitución de la tutela o curatela de una serie de personas, así como la posibilidad de actuación del Ministerio Fiscal o del Juez, bien de oficio, bien en virtud de denuncia.

En este sentido, el art. 131.1 impone la obligación de promover la constitución de la tutela o curatela a quien solicite la incapacitación de una persona (legitimados conforme al art. 757.1 Lec: el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz). Por ello, la sentencia, a la vista de la extensión y los límites de la incapacitación, no sólo determinará si procede la prórroga o rehabilitación de la guarda o el régimen de tutela o curatela a que quede sometido el incapacitado (arts. 41 a 45, 130.1.b. y 150 CDFa, sino que también deberá contener la designación de la persona que debe asumir ese régimen de guarda (arts. 759.2º y 760 Lec. en relación con el art. 131 CDFa).

Asimismo, el art. 131.1 establece dicha obligación, «desde el momento en que conocieren el hecho que motiva la tutela», a cargo de las personas que, por delación voluntaria o dativa, estén llamados a ser tutores o hayan asumido la guarda («los llamados a ella por delación voluntaria y los mencionados en los cinco primeros números del aptdo. 1º del art. 116, así como la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado»). El incumplimiento de la obligación legal dará lugar a su responsabilidad solidaria por los daños causados.

Añade el art. 131.2 que «si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela». Lo normal será que esa actuación se produzca en virtud de denuncia de alguna persona que, sin estar obligada ni legitimada para promover la constitución de la tutela, tenga conocimiento del hecho que la determina (parientes, vecinos, allegados). Conforme al art. 131.3, cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela.

No establece el CDFa obligación de denuncia a cargo de ninguna persona. Cabe pensar, sin embargo, que así puede llegar a deducirse en algunos casos. Por ejemplo, para las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, el art. 757.3 Lec. impone el deber de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes de una incapacitación. Para los menores o incapacitados en situación de desamparo, el art. 122 CDFa establece a cargo de la entidad pública el deber, si existen personas que, por sus relaciones con el menor o incapacitado o por otras circunstancias, pueden asumir la autoridad familiar o las funciones tutelares con beneficio para éste, de promover que la asuman o que se les nombre cargo tutelar conforme a las reglas ordinarias.

Mientras no recae la resolución judicial constitutiva de la tutela, la representación y defensa corresponde al Ministerio Fiscal, de acuerdo con las funciones de defensa de menores e incapaces que le atribuye su Estatuto Orgánico. Así lo establece la primera parte del art. 132 CDFa, que habla de «tutela provisional». No se trata propiamente de una tutela, sometida a las reglas de la institución, sino de una atribución, provisional, de las funciones de representación y defensa de la persona en tanto recae la resolución judicial. El CDFa establece que, si «además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida». Las facultades de este administrador vendrán determinadas en su nombramiento.

C. *Constitución*. Conforme al art. 133.1, «el Juez constituirá la tutela». Se proclama así el carácter judicial del acto constitutivo de la tutela, sea cual sea la forma de delación. La ley exige audiencia previa de las personas obligadas a promoverla, así como «de las demás que considere oportuno». Si la constitución de la tutela tiene lugar en el mismo procedi-

miento que la incapacitación, debe tenerse en cuenta, además de la necesidad de que el Juez examine por sí mismo al presunto incapaz, la exigencia de oír a los parientes más próximos (art. 759 Lec.), para lo que el TS en S. 20 marzo 1991 dijo que bien podía hacerse mediante la audiencia a la Junta de Parientes. Si se trata de la tutela de un menor, el art. 6 CDFa impone oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años. Cuando la constitución de la tutela no se haga en un procedimiento de incapacitación (arts. 759.2º y 760 Lec. en relación con el art. 131 CDFa, el procedimiento es de jurisdicción voluntaria (disp. adic. 3ª de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). Concluye diciendo el art. 133.2 que, «antes de la constitución, y especialmente en los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad, a efectos de comprobar la existencia de disposiciones sobre delación voluntaria de la tutela». La norma es coherente con la exigencia de publicidad impuesta en el art. 111 CDFa para las designaciones voluntarias de tutela.

## 6. Capacidad, excusa y remoción

Con carácter previo a la regulación individualizada de las diferentes instituciones tutelares, el CDFa dedica un capítulo separado al tratamiento de la capacidad e idoneidad para ser titular de funciones tutelares (arts. 123 a 125), para excusarse del desempeño del cargo (art. 126) o para ser removido del mismo (art. 127).

A. *Capacidad e idoneidad.* Todo cargo tutelar exige que la persona que ha de ejercerlo reúna unas determinadas condiciones de capacidad y de idoneidad.

a) *Capacidad.* El régimen en materia de capacidad se encuentra recogido en los arts. 123 y 124 que distinguen a tal efecto entre las personas físicas y jurídicas. Así, por lo que se refiere a las personas físicas, el art. 123 exige que sean mayores de edad y que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, expresión esta última que la doctrina ha interpretado como sinónimo de plena capacidad de obrar, lo que parece lógico, habida cuenta la función de representación o complemento de capacidad que está llamado a ejercer el cargo tutelar. Tratándose de personas jurídicas, el art. 124 requiere que no tengan finalidad lucrativa y que entre sus fines se encuentre la protección de menores o incapacitados.

b) *Causas de inhabilidad.* A la idoneidad se refiere los mismos preceptos al exigir, acto seguido, que la persona designada como titular de fun-

ciones tutelares no esté incurso en alguna de las causas de inhabilidad que se enuncian con carácter taxativo en el art. 124. Por añadidura, con arreglo a los arts. 108.1 y 110.1, se requiere que no haya sido excluida del cargo tutelar en la delación voluntaria.

Las causas de inhabilidad se aplican a personas, en principio, plenamente capaces, pero que, por concurrir en ellas determinadas circunstancias, no se les considera idóneas para el desempeño de un cargo tutelar.

Pueden responder a motivos muy variados: falta de preparación o de condiciones para el cargo, falta de confianza, falta de recursos económicos, conducta inapropiada, intereses incompatibles, etc. En cualquier caso, todas ellas persiguen el mismo fin: se trata de apartar a los que estén incurso en ellas del cuidado de la persona y de los bienes del menor o incapacitado; esto es, se pretende dar prioridad en todo caso al interés de la persona protegida.

Se encuentran recogidas esencialmente en el art. 124, precepto con arreglo al cual no pueden ser titulares de funciones tutelares:

*a') Las personas que estén excluidas, privadas o suspendidas en el ejercicio de la autoridad familiar o total o parcialmente en los derechos de guarda y educación por resolución judicial o administrativa (art. 124.1.a.).* De ello resulta que cualquier limitación absoluta o relativa, temporal o definitiva, del contenido normal de la autoridad familiar inhabilita para ser titular de funciones tutelares. En particular, la exclusión de la autoridad familiar se regula en el art. 61; la privación en el art. 90; y la suspensión en el art. 91.

*b') Las personas que hubiesen sido removidas de un cargo tutelar anterior (art. 124.1.b.).* Las causas de remoción son aquellas circunstancias que surgen sobrevenidamente durante el ejercicio del cargo tutelar por las cuales una persona en principio apta para el cargo tutelar y que ha comenzado su ejercicio debe ser cesado del mismo, resultando inhábil para desempeñar un cargo tutelar *ad futurum*.

*c') Las personas condenadas a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena (art. 124.1.c.).* Se trata de una causa de inhabilidad temporal que se fundamenta en la falta de libertad personal. Por consiguiente, la inhabilidad desaparece cuando la pena se ha extinguido por cumplimiento o por indulto, pero no así de ser objeto de suspensión.

*d') Las personas condenadas por cualquier delito que haga suponer fundamentalmente que no desempeñarán bien la tutela (art. 124.1.d.).* Esta causa de inhabilidad debe ponerse en relación con la anterior, de tal manera que, una vez cumplida la condena, el condenado no podrá ser tutor ni, en

general, desempeñar un cargo tutelar si ha sido condenado por un delito que haga suponer que no desempeñará bien dicho cargo. Dicha causa es, sin embargo, susceptible de dispensa en la delación voluntaria.

*e')* Las personas en quien concurra imposibilidad absoluta de hecho para el desempeño del cargo tutelar (art. 124.1.e.). Esta causa se refiere a una imposibilidad fáctica para desempeñar un cargo tutelar, ya sea física o psíquica, lo que puede suceder en los casos de avanzada edad, enfermedad o domicilios alejados. Por añadidura, esta imposibilidad fáctica debe ser absoluta y previsiblemente duradera, ya que si es meramente temporal podrá nombrarse un defensor judicial (art. 153.b.).

*f')* Las personas que tengan enemistad manifiesta con la persona protegida (art. 124.1.f.). Se trata de una causa de inhabilidad relativa, ya que únicamente existe en relación a un determinado menor o incapacitado y, por tanto, sólo referible un concreto cargo tutelar. Por lo demás, el texto legal exige que la enemistad sea manifiesta, de tal manera que se condiciona la efectividad de esta causa de inidoneidad a la publicidad o notoriedad de aquélla.

*g')* Las personas que por su conducta puedan perjudicar a la formación de la persona protegida o que no dispongan de medios de vida conocidos (art. 124.1.g.). En este apartado se expresan dos hechos distintos que pueden darse conjuntamente, o no, en la misma persona y cuya apreciación es competencia del Juez: por un lado, el mantener una conducta que puede resultar perjudicial para la formación de la persona protegida; y por otro, el carecer de medios de vida conocidos. En cualquier caso, esta causa es susceptible de dispensa en la delación voluntaria.

*h')* Las personas que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida (art. 124.1.h.). Es una causa de inhabilidad relativa, ya que sólo existe en relación con un concreto menor o incapacitado. También es susceptible de dispensa en la delación voluntaria.

El precepto da una fórmula general y, acto seguido, contempla dos supuestos concretos. El primero se refiere a la existencia de pleito o actuaciones con la persona protegida sobre el estado civil (piénsese por ejemplo. en el caso del titular del cargo tutelar que impugna, como heredero del padre, la filiación de la persona protegida) o sobre la titularidad de los bienes. Y el segundo, a tener pendiente con la persona protegida una deuda de cuantía considerable, hecho que habrá de ser ponderado en relación con el patrimonio de la persona protegida.

*i')* Las personas que hayan sido inhabilitadas como consecuencia de un proceso concursal, mientras dure la inhabilitación (art. 134.1.i.). La razón de esta

causa de inhabilidad es clara: Dado que los concursados se encuentran inhabilitados para administrar sus propios bienes, se les prohíbe administrar bienes ajenos, sin que tampoco sea razonable que ejerzan funciones tutelares circunscritas a aspectos meramente personales. Ahora bien, es una causa de inhabilidad temporal, ya que sólo rige mientras dure la inhabilitación. Por lo demás, es susceptible de dispensa en la delación voluntaria.

A las causas de inhabilidad contempladas en el art. 134 hay que añadir la prevista en los arts. 108.1 y 110.1. De estos preceptos resulta que no pueden desempeñar funciones tutelares *aquellas personas que hayan sido excluidas de las mismas en la delación voluntaria bien por el propio interesado, bien por los titulares de la autoridad familiar.*

B. *Excusa.* Como ya se ha indicado anteriormente, de acuerdo con el art. 101.1, los cargos tutelares son obligatorios. No obstante, el CDFA admite ciertas excepciones a la obligatoriedad de dichos cargos mediante las excusas que pueden definirse como aquellas causas legítimas que eximen del deber de ejercer las funciones tutelares a una persona capaz e idónea para desempeñarlas. A diferencia de las causas de inhabilidad -en las que sólo atiende al beneficio de la persona protegida-, las causas de excusa atienden principalmente al interés del llamado a ejercer las funciones tutelares.

Las excusas se encuentran enumeradas en el art. 126.1 que distingue a tal efecto según el cargo tutelar sea desempeñado por una persona física o jurídica. Así, las personas físicas pueden excusarse del ejercicio del cargo tutelar cuando resulte excesivamente gravoso por razón de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, falta de vínculos de cualquier clase -de parentesco o meramente afectivos- con la persona protegida o por cualquier otra causa. Con esta última expresión se consagra un sistema de *numerus apertus* en lo que se refiere a las causas de excusa de las personas físicas, de tal manera que cualquier excusa es susceptible de ser alegada, siendo el Juez el que habrá de apreciar su carácter excesivamente gravoso para el ejercicio del cargo tutelar.

Por su parte, las personas jurídicas privadas pueden excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño del cargo tutelar. Esta excusa se refiere, por tanto, a la carencia de medios económicos, personales o materiales que impidan a la persona jurídica desempeñar la concreta función tutelar de que se trate o genéricamente atender a sus fines de protección de menores o incapacitados. Por lo demás, en los términos en que se expresa el precepto, se trata de una excu-

sa no aplicable a las personas jurídicas públicas. De este modo, la Ley aragonesa se aparta del Código civil (art. 251) que se refiere a las personas jurídicas en general, planteando los correspondientes problemas interpretativos en orden a la aplicabilidad de esta excusa a los entes públicos.

Por otro lado, interesa señalar que las excusas pueden alegarse antes de comenzar el ejercicio del cargo tutelar, en cuyo caso el plazo de alegación es de quince días a contar desde el conocimiento del nombramiento. Pero también, una vez iniciado el referido ejercicio, en cualquier momento, si bien en este supuesto se exige que exista persona adecuada para sustituir al titular del cargo tutelar (art. 126.3). En el primer caso cabe hablar de excusas originarias y en el segundo, de excusas sobrevenidas. Ambas son aplicables tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, cosa que no sucede en el Código civil, en cuanto que el art. 254 impide las excusas por causas sobrevenidas a las personas jurídicas.

Finalmente, en orden a los efectos de la excusa, el art. 129 dispone en su aptdo. 1º que, durante la tramitación del procedimiento de excusa sobrevenida, el titular del cargo tutelar continuará desempeñándolo, salvo que el Juez de instancia o, en su caso, el Tribunal de apelación le suspenda en sus funciones, en cuyo caso se procederá al nombramiento de un defensor judicial para el ejercicio de la función tutelar durante la tramitación del procedimiento.

El art. 129.2 establece que la misma resolución judicial que admita la excusa deberá contener la designación del nuevo titular del cargo tutelar, que no podrá ocuparlo sino una vez firme aquélla.

Por último, el art. 129.3 contempla los efectos de la excusa cuando el titular del cargo tutelar haya recibido alguna atribución patrimonial en consideración al nombramiento. En concreto, permite al Juez acordar, atendidas la voluntad del disponente y las circunstancias del caso, que la aceptación de la excusa conlleve la pérdida total o parcial de la referida atribución patrimonial.

*C. Remoción.* Como ya se ha indicado, las causas de remoción son aquellas circunstancias que surgen sobrevenidamente durante el desempeño del cargo tutelar por las cuales una persona, en principio, idónea para el cargo tutelar y que ha comenzado su ejercicio debe ser privada del mismo.

Se encuentran enumeradas en el art. 127, precepto según el cual será removido del cargo tutelar el que después de la toma de posesión:

*a) Incurra en causa de inhabilidad.* De ello resulta que para que una causa de inhabilidad lo sea de remoción tiene que ser sobrevenida.

b) *Se conduzca mal en el desempeño de la función tutelar.* Causa de remoción que puede obedecer a uno de los siguientes motivos: *el incumplimiento de los deberes propios del cargo tutelar; y el ejercicio del cargo tutelar con notoria ineptitud*, esto es, que la persona no es apta por sus propias cualidades personales para el cargo tutelar y que,

por tanto, su nombramiento fue un error. En este segundo caso es suficiente la mera constatación de la ineptitud del titular del cargo tutelar que puede provenir tanto de una incapacidad sobrevenida como de circunstancias independientes de la propia voluntad del sujeto. Por añadidura, la ineptitud se califica de notoria, lo que supone que ha de ser pública y conocida por todos.

c) *Cuando surjan problemas de convivencia graves y reiterados.* Causa de remoción aplicable exclusivamente a aquellos cargos tutelares que convivan con la persona protegida. Por lo demás, para que los problemas de convivencia operen como causa de remoción han de ser graves y reiterados, circunstancias cuya apreciación corresponde al Juez.

Adicionalmente, *las personas jurídicas podrán ser removidas cuando dejen de reunir los requisitos del art. 124*; es decir, cuando se conviertan en entidades con finalidad lucrativa o dejen de tener como fines la protección de menores o incapacitados.

El procedimiento para la remoción de cargo tutelar debe sustanciarse por los trámites de los incidentes (arts. 1873 y 1879 Lec de 1881). De acuerdo con el art. 128, este procedimiento puede iniciarse de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, del propio menor o incapacitado o de cualquier persona interesada. Iniciado el procedimiento, el Juez debe citar al cargo tutelar en todo caso y darle audiencia si comparece. Sólo si una vez citado no comparece, puede prescindir de oírlo.

El CDFA atribuye a la remoción los mismos efectos que a la excusa, distinguiendo a tal objeto entre efectos durante la tramitación del procedimiento y efectos de la remoción una vez acordada. Así, mientras se sustancia el procedimiento de remoción, la Ley faculta al Juez de instancia o, en su caso, al Tribunal de apelación para suspender al titular del cargo tutelar de sus funciones y nombrar a la persona protegida un defensor judicial que ejercerá las funciones tutelares provisionalmente (art. 129.1). En caso de que la resolución judicial acuerde la remoción, deberá contener la designación del nuevo titular del cargo tutelar, que no podrá ocuparlo sino una vez firme aquella (art. 129.2). Finalmente, la Ley contempla los efectos de la remoción cuando el titular del cargo tutelar haya recibido alguna atribución patrimonial en consideración a su nombramiento. En concreto,

permite al Juez acordar, atendidas la voluntad del disponente y las circunstancias del caso, que la aceptación de la remoción conlleve la pérdida total o parcial de la referida atribución patrimonial (art. 129.3).

## 7. La tutela

A. *Introducción.* La tutela es la institución tutelar de la que se ofrece una regulación más detallada en el CDFA. Así se le dedica íntegramente el capítulo IV (arts. 130 a 147), sin perjuicio de las disposiciones de aplicación general a las diferentes instituciones tutelares contenidas en los capítulos I, II y III.

El propio Preámbulo se ocupa de precisar el contenido del mencionado capítulo IV. En concreto, además de referirse a que dicho capítulo comienza señalando las personas sujetas a tutela, así como las personas obligadas a promoverla, destaca el carácter potencialmente plural de la tutela aragonesa. Ello es así, porque, además de la posibilidad reconocida en el Código civil de separar los aspectos personales y patrimoniales de la tutela, se admite que en la delación voluntaria sean designados dos tutores -y no más- para actuar simultáneamente, pudiendo existir, asimismo, pluralidad de tutores en otros supuestos, tal y como se verá más adelante al estudiar la estructura de la tutela.

Siguiendo de nuevo las explicaciones del Preámbulo, cabe mencionar algunos aspectos integrantes del contenido de la tutela. De este modo, merece reseñarse que el tutor es, en principio, el administrador legal de los bienes del tutelado, sin perjuicio de que la administración pueda corresponder a otras personas en determinados casos. En lo que se refiere a los aspectos personales de la tutela, se produce una acentuación de los rasgos familiares. En particular, se aproxima la figura del tutor de los menores a la de los progenitores, toda vez que esta tutela tiene, como regla general, el mismo contenido que la autoridad familiar. Un segundo dato importante en el régimen de la tutela del menor tiene que ver con la incidencia que presenta la edad de éste, en cuanto determina el alcance de los deberes del tutor.

En orden a la tutela de los incapacitados ha de estarse inicialmente a los pronunciamientos de la sentencia de incapacitación correspondiente, si bien habrá que aplicar de modo supletorio el régimen de la autoridad familiar de los hijos menores de catorce años.

Finalmente, y en línea con el reforzamiento de los aspectos familiares de la tutela, se impone al tutor la obligación subsidiaria de alimentos respecto del tutelado.

B. *Personas sujetas a tutela*. Las personas sometidas a tutela vienen concretadas en el art. 130, precepto que distribuye los supuestos de tutela en dos apartados, el primero referido a la tutela ordinaria y el segundo, a la tutela automática de la Administración.

*Están sujetos a tutela ordinaria:*

a) *Los menores no emancipados que no estén bajo la autoridad familiar. En caso de autoridad familiar de otras personas se nombrará tutor de los bienes que carezcan de administrador (art. 130.1.a.).*

En este precepto se establecen dos supuestos diferentes de tutela ordinaria de menores. El primero se refiere a los menores no sometidos a la autoridad familiar de sus padres ni de otras personas (padrastro o madrastra, abuelos o hermanos, de acuerdo con los arts. 85 a 87). Por tanto, basta que haya una persona con autoridad familiar para evitar el nombramiento de tutor.

Adicionalmente, debe tratarse de menores no emancipados. Como es sabido, la emancipación extingue la autoridad familiar (art. 93.1.b.), si bien los padres -uno cualquiera de ellos, según el art. 23.1- están llamados a prestar asistencia al menor en los actos a que se refiere el art. 33.1 por su especial trascendencia económica. Si los padres fallecen o quedan impedidos para prestar la asistencia requerida, no procederá el nombramiento de un tutor, sino de un curador (art. 148.a.).

En cualquier caso, los menores pueden tener una edad superior o inferior a los catorce años. En efecto, dado que la tutela de los menores suple la falta de autoridad familiar, resulta lógico que, del mismo modo que el menor mayor de catorce se encuentra sometido a la autoridad familiar hasta la mayoría de edad, siga sujeto a tutela ordinaria en defecto de personas que ejerzan la autoridad familiar, sin perjuicio de que su contenido -al igual que el de la autoridad familiar- sea más reducido en este caso.

Por último, interesa señalar que la falta de autoridad familiar puede provenir de una causa inicial (p.e. filiación desconocida respecto de ambos progenitores, carencia de hermanos mayores o falta de abuelos) o sobrevenida (como puede ser la muerte, la ausencia o la privación de la autoridad familiar).

En segundo término, el CDFA somete a tutela ordinaria y, en concreto, a tutela real a los menores sujetos la autoridad familiar de personas diferentes de los padres. Estas personas, como es sabido, están excluidas de la administración de los bienes de los menores (art. 88.3), razón por la que se hace necesario nombrarles un tutor real, siempre que se trate de bienes

que carezcan de administrador, por ejemplo designado por quien dispuso en favor del menor bienes a título gratuito (posibilidad contemplada en el art. 107).

b) *Los incapacitados cuando la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique la hayan establecido* (art. 130.1.b.).

Este supuesto está referido a los incapacitados no sujetos a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada ni a tutela prorrogada (arts. 41 y 42), ya que a éstos se les dedica específicamente la letra c.

En cualquier caso, según precisa el art. 130.1.b., para que los incapacitados estén sujetos a tutela ordinaria es necesario que la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique así lo establezca, en función del grado de discernimiento del incapacitado.

De igual modo, habrá que entender que la tutela tendrá la extensión que estas resoluciones determinen en atención al grado de discernimiento del pupilo. Y es que la incapacitación puede ser de muy diferente grado, por lo que la sentencia de incapacitación o la ulterior resolución modificativa de ésta pueden no sólo constituir la tutela ordinaria sino adaptar su régimen al grado de incapacidad del tutelado.

c) *Los que al cesar la prórroga o rehabilitación de la potestad de guarda continúen incapacitados, salvo que proceda la curatela* (art. 130.1.c.).

De acuerdo con este precepto, si al extinguirse la prórroga de la autoridad familiar o de la tutela ordinaria o la rehabilitación de la autoridad familiar, subsiste el estado de incapacitación habrá que constituir la tutela -y, en su caso, nombrar un nuevo tutor-, salvo que, en atención al grado de discernimiento de la persona protegida, resulte más adecuado el nombramiento de curador. Ello sabido, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 45.b., cabrá la constitución de la tutela si el incapacitado contrae matrimonio, en cuyo caso, cuando sea posible, se preferirá la tutela del cónyuge o de no ser una persona capaz, la de las demás personas mencionadas en el art. 116.1, incluidos los padres o las personas a las que correspondería la autoridad familiar. Procederá, asimismo, la tutela cuando se extinga la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada por “declaración judicial, basada en la dificultad grave de los titulares para el adecuado cumplimiento de su función, atendidos su edad o situación personal y social y el grado de deficiencia del incapacitado” (art. 45.c.).

*Están sujetos a la tutela automática de la Administración los menores e incapacitados declarados en situación de desamparo, salvo que la entidad pública sólo asuma la guarda* (art. 130.2)

La determinación de quienes son menores e incapacitados declarados en situación de desamparo debe realizarse acudiendo al concepto legal de desamparo que establece el art. 118. La tutela de estas personas se atribuye *ex lege* a la entidad pública a la que en Aragón está encomendada la protección de menores e incapacitado (art. 119, 1ª parte).

Ahora bien, junto al desamparo que origina la tutela automática cabe defender, en atención a lo dispuesto en el art. 119, 2ª parte y en el art. 160, que existe una segunda modalidad de desamparo que no requiere declaración administrativa y que conlleva exclusivamente la asunción provisional de la mera guarda del menor o incapacitado por la Administración, mientras se mantengan las circunstancias que han dado lugar a la misma.

De este modo, en ambas situaciones existe un presupuesto común consistente en la falta de asistencia del menor o incapacitado que determina la acción protectora de la Administración; pero también importantes diferencias que se proyectan sobre la naturaleza y alcance de la correspondiente intervención administrativa. De estas divergencias conviene dar cuenta a continuación.

Un primer dato decisivo para justificar la tutela automática es la presencia de una situación de desamparo que se percibe como permanente. Por el contrario, la guarda debe proyectarse sobre las situaciones de desamparo provisionales o transitorias, según resulta del art. 119, 2ª parte.

En segundo lugar, tampoco son totalmente coincidentes las causas determinantes del desamparo del menor en uno y otro supuesto. Así, el desamparo que da lugar a la tutela automática puede obedecer a una falta de ejercicio o ejercicio inadecuado, voluntario o involuntario, de los deberes de protección (art. 118.1); en cambio, de las expresiones “desamparo [debido] a fuerza mayor” y “por circunstancias graves y ajenas a su voluntad no puedan cuidar” que emplean respectivamente los arts. 119, 2ª parte, y 160.2 para justificar la asunción de la guarda administrativa se deriva que el desamparo generador de la misma ha de ser inimputable en todo caso.

Por último, resulta de gran importancia notar que la declaración de desamparo en sentido estricto -esto es, la que conlleva la atribución *ex lege* de la tutela- se emite por la Administración sin que exista una petición previa de los titulares de la autoridad familiar, mientras que la guarda requiere una solicitud por parte de los mismos dirigida a la entidad pública competente.

C. *Estructura de la tutela*. En el CDFA –como en el Código civil- la tutela, en principio, es unipersonal, aunque también se admite excepcionalmente la cotutela. Asimismo, cabe que la tutela sea asumida no sólo por personas físicas, sino también por personas jurídicas.

a) *El tutor único*. Al igual que sucede en el régimen del Código civil (art. 236), el art. 134 formula el principio general de la tutela unipersonal, según el cual a cada menor o incapacitado sujeto a tutela se le debe nombrar un solo tutor.

A este principio general responde, asimismo, el art. 117 que establece que cuando haya que designar tutor para varios hermanos de doble vínculo, el Juez deberá procurar que el nombramiento recaiga en una misma persona, a fin de facilitar la convivencia.

b) *La cotutela*. El mismo art. 134 que formula el principio de unidad de tutela contiene, no obstante, una serie de importantes excepciones, en la que se admite la pluralidad de tutores respecto de un mismo tutelado. Estas excepciones son las siguientes:

a') *Cuando se haya separado la tutela de la persona y de los bienes* (art. 134.a.). Este supuesto, se encuentra desarrollado en el art. 135.b. y c. De acuerdo con este precepto, tanto en la delación voluntaria como en la dativa cabe la designación de una pluralidad de tutores, encomendando a uno o a varios el cuidado de la persona del pupilo y a otro u otros, la gestión de sus bienes. A diferencia del Código civil, esta separación de funciones no se condiciona a la existencia de “circunstancias especiales”.

Adicionalmente, se faculta al Juez, tras la constitución de la tutela -de cualquier tipo que sea-, a nombrar un tutor real, siempre que concurren circunstancias especiales en la persona o patrimonio del tutelado.

b') *Cuando en la delación voluntaria se hayan designado a dos tutores para actuar simultáneamente* (art. 134.b.). Este supuesto se encuentra regulado con mayor detalle en el art. 112 CDFA, en sede delación voluntaria. De este precepto resulta que tanto el interesado como los titulares de la autoridad familiar pueden designar una pluralidad de tutores, posibilidad que también contempla el art. 236.4 Cc. en relación con los padres del tutelado. Ahora bien, una diferencia esencial separa ambos cuerpos legales, a saber: en el régimen del Código civil el Juez puede no aceptar esa tutela conjunta y, en su lugar, nombrar un único tutor, lo que no sucede en el CDFA en base a la prevalencia de la delación voluntaria frente a la delación dativa (art. 115). Otras diferencias a tener en cuenta radican en que el texto aragonés limita a dos los tutores y prevé tanto la posibilidad de actuación conjunta como solidaria.

c') *Cuando la tutela corresponda a ambos padres o abuelos paternos o maternos* (art. 134.c.). Esta excepción establece la tutela dual de los padres y de los abuelos de modo análogo a la autoridad familiar. También se encuentra prevista en el art. 236.2 Cc., si bien referida exclusivamente a los padres.

Con todo, el ámbito de aplicación de esta previsión es bastante limitado. En efecto, cuando la persona a proteger sea un menor, en principio, no es posible la tutela de los padres ni de los abuelos, ya que si hay que constituir la tutela es porque los padres o los abuelos han sido privados de la autoridad familiar o, al menos, suspendidos en su ejercicio, en cuyo caso son inhábiles para la tutela con arreglo en lo dispuesto en el art. 125.1.a. No obstante, esta regla ofrece alguna excepción. Piénsese en el caso de abuelos titulares de la autoridad familiar que sean designados tutores reales en la delación voluntaria o dativa, habida cuenta que están excluidos de la gestión de los bienes del menor en el art. 88.3. A los padres titulares de la autoridad familiar, por otra parte, pueden corresponderles funciones de administración de los bienes como si fueran tutores reales, conforme al art. 107 y, quizá, sometidos a las mismas reglas que los tutores (art. 9.2). Los abuelos, finalmente, como se vio al explicar la autoridad familiar, pueden ser nombrados tutores, sometidos a las reglas propias de la tutela, aun cuando pudieran ejercer las funciones de la autoridad familiar, si así lo aconsejan las circunstancias del caso y el interés del menor. Tratándose de incapacitados, los padres y abuelos serán tutores cuando no tengan la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada y así hayan sido designados por el propio interesado o por el Juez, alterando, en su caso, el orden de llamamientos del art. 116.

d') *Cuando la tutela corresponde a una persona casada si el Juez considera conveniente que su cónyuge, mientras lo sea, ejerza la tutela* (art. 134.c.). La norma atribuye al Juez, siempre que lo estime conveniente, la facultad de incorporar al ejercicio de la tutela -voluntaria o dativa- al cónyuge del tutor. Este supuesto se encuentra inspirado en el art. 236.3 Cc., si bien, mientras el Código civil lo refiere exclusivamente al cónyuge del tío tutor, el legislador aragonés ha optado por extenderlo al cónyuge casado en general, no así, en cambio, a la pareja estable no casada.

En cualquier caso, la referida facultad judicial encuentra una importante limitación en la voluntad de los particulares. En efecto, en los términos en que se expresan los arts. 108 y 110, referidos a la delación voluntaria, resulta claro que tanto el propio interesado como los titulares de la autoridad familiar podrán excluir este nombramiento.

Por lo demás, esta excepción en los términos en que está redactada plantea un importante problema interpretativo que radica en determinar si el cónyuge del tutor tiene también la condición de tutor o simplemente de co-ejercitante de la tutela. Ciertamente la expresión legal interpretada en sus términos literales (“si el Juez considera conveniente que su cónyuge también la ejerza”) parece dar a entender que el cónyuge simplemente se incorpora al ejercicio de la tutela. Sin embargo, si se atiende a la rúbrica del art. 134 y, sobre todo, a los términos en que se expresa el Preámbulo parece defendible que el cónyuge es un verdadero tutor.

Por último, interesa destacar que, en los términos en que se expresa la norma (“mientras lo sea”), la condición de tutor del cónyuge va unida a la conservación de esa cualidad. Por consiguiente, habrá que entender que en caso de disolución del matrimonio se perderá aquélla. Es más, parece poco probable que cuando los cónyuges estén separados el Juez estime conveniente adoptar esta modalidad de tutela.

El régimen de la cotutela se completa con lo dispuesto en el art. 142 que establece unas reglas para su ejercicio. Así, de acuerdo con su aptdo. 1º, los tutores actuarán según los criterios de actuación establecidos bien por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria, bien por el Juez en la delación dativa. En su defecto, serán de aplicación las reglas de funcionamiento de la autoridad familiar.

Por su parte, el art. 134.2 prevé que, en el caso de separación de la tutela de la persona y la de los bienes, cada tutor actuará con plena independencia en el ámbito de su competencia. Lo mismo sucederá en el supuesto de coexistencia de tutor y administrador.

Finalmente, el art. 134.3 resuelve la cuestión relativa al cese de uno de los tutores en el caso de cotutela. En concreto, dispone que, en caso de coexistir dos tutores personales y cesar uno de ellos, el otro continuará en el ejercicio de la tutela, siempre que no se haya dispuesto otra cosa en la delación de modo expreso. La misma solución se prevé para el supuesto de dualidad de tutores reales sobre los mismos bienes. Por lo demás, parece razonable vía interpretativa extender esta regla al supuesto de dualidad de tutores sin separación de funciones, silenciado por el legislador. En cambio, entiendo que no resulta aplicable en el caso de separación de la tutela personal y real, donde parece preferible que sea nombrado un nuevo tutor en sustitución del que ha cesado.

c) *La tutela asumida por persona jurídica.* El art. 124, condiciona esta modalidad de tutela al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a') *Que no tenga finalidad lucrativa*: De ello resulta que las personas jurídicas que pueden ser tutoras son las enumeradas en el art. 35.1 Cc., esto es, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. A éstas se añaden por algunos autores las cooperativas, las personas jurídicas eclesiásticas y los entes públicos.

b') *Que entre sus fines específicos figure la protección de menores o incapacitados*: adviértase respecto de este requisito que el legislador aragonés ha optado por una fórmula disyuntiva ("menores o incapacitados") para que quede claro la idoneidad de una persona jurídica para ser tutora únicamente de menores o sólo de incapacitados si entre sus fines sólo figura la protección de unos u otros.

c') *Que no incurra en causa de inhabilidad*: al igual que las personas físicas, las personas jurídicas necesitan ser idóneas y no haber sido excluidas del cargo tutelar en la delación voluntaria.

Ahora bien, de las causas de inhabilidad previstas en el art. 125 no todas son aplicables a las personas jurídicas. En concreto, sólo son inhábiles para ejercer la tutela las personas jurídicas que hayan sido removidas de un cargo tutelar anterior (art. 125.b.), aquéllas en que concurra una imposibilidad absoluta de hecho (art. 125.c.), aquéllas que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida (art. 125.h.) y aquéllas que hayan sido inhabilitadas como consecuencia de un proceso concursal mientras dure la inhabilitación (art. 125.i.). Por lo demás, recuérdese que las causas de inhabilidad enunciadas en las letras h) e i) pueden ser dispensadas en la delación voluntaria.

D. *Funciones del tutor*. Las funciones tutelares son de dos clases, sobre la persona y sobre los bienes del tutelado.

a) *Funciones sobre la persona del tutelado menor de edad*. En cuanto al contenido personal de la tutela, tratándose de tutela de menores el CDFa aproxima la figura del tutor a los padres, en cuanto que en su art. 136.1 le atribuye el contenido de la autoridad familiar. No obstante, según precisa este mismo precepto, son de aplicación preferente las normas sobre relaciones tutelares y, en especial, las relativas a gastos (art. 104.1), indemnización de daños (art. 104.2), remuneración (art. 105), responsabilidad (art. 106) y alimentos (art. 137).

De esta remisión al contenido de la autoridad familiar resulta, en primer término, que los tutores y los pupilos se deben mutuo respeto (art. 58.1). En cambio, los deberes de ayuda y asistencia -también contemplados por el art. 58 en relación con los padres e hijos- en la tutela no pue-

den ser mutuos y hay que entenderlos corregidos por las normas sobre alimentos, gastos, remuneración e indemnización propias de la tutela.

El tutor tiene, asimismo, el derecho y obligación de velar por su pupilo, visitarlo y relacionarse con él. En caso de cotutela, los tutores deben informarse recíprocamente acerca de la situación del tutelado (art. 59.c.).

Del mismo modo, es deber y derecho del tutor el de tener en su compañía al tutelado (art. 65.1.a.).

Corresponde, igualmente, al tutor el deber y derecho de proveer al sustento, habitación, vestido y asistencia médica del tutelado (art. 65.1.b.). Ahora bien, ello habrá de hacerlo conforme a lo dispuesto en el art. 137 sobre alimentos. De este precepto resulta que, en principio, el tutor sólo tiene obligación de “procurar” alimentos al pupilo, para lo que acudirá, en primer lugar, a los bienes del tutelado. En su defecto o cuando no sean suficientes, los deberá reclamar a los parientes obligados a ello. Si esto no es posible, habrá de procurarlos por otras vías, incluso acudir a las instituciones públicas que procedan para obtener subsidios o ayudas para el tutelado. En último término -y esto constituye una importante novedad respecto del régimen del Código civil-, deberá sufragarlos él mismo, sin perjuicio de que pueda excusarse del cargo si tal obligación le resulta excesivamente gravosa, al amparo del art. 125.1.

El tutor también tiene el deber y derecho de educar y procurar una formación integral al tutelado. En particular, corresponde al tutor el decidir sobre la educación religiosa de los pupilos menores de catorce años (art. 65.1.c.).

Por último, el tutor tiene el deber y derecho de corregir de forma proporcionada, razonable y moderada al tutelado, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerle sanciones humillantes ni que atenten contra sus derechos (art. 65.1.d.).

Por lo demás, según matiza el art. 136.1, las funciones del tutor dependen de la edad del menor. Por consiguiente, hasta los catorce años el tutor será el representante legal del pupilo y a partir de los catorce años le prestará asistencia en todos aquellos actos en los que el menor requiera un complemento de capacidad.

b) *Funciones sobre la persona del tutelado incapacitado.* Cuando la tutela recaiga sobre incapacitados, su contenido personal será el previsto en la sentencia de incapacitación. En su defecto, legalmente se le atribuye el contenido de la autoridad familiar sobre los hijos menores de catorce años (arts. 39 y 136.2). No obstante, al igual que sucede en la tutela de me-

nores, la remisión al contenido de la autoridad familiar debe entenderse sin perjuicio de la aplicación preferente de las modificaciones introducidas en el Título III del Libro I, especialmente de las ya señaladas en relación con la tutela de menores. En cualquier caso, según matiza el art. 138, el tutor no tiene la obligación de convivir con su pupilo, si bien debe procurarle la prestación de la asistencia especializada que requiera, así como promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su inserción en la sociedad.

c) *Funciones sobre los bienes del tutelado.* Ya se trate de tutela de menores o de incapacitados, el art. 135 atribuye, en principio, al tutor la administración legal de los bienes del tutelado. No obstante, frente a esta regla general, el propio CDFA contempla una serie de supuestos de exclusión de la administración del tutor.

Así, en primer lugar, están excluidos de la administración del tutor aquellos bienes que el tutelado haya recibido a título gratuito cuando el disponente haya nombrado un administrador para tales bienes (art.135.a.).

Un supuesto similar es el previsto en el art. 113.3, al que se remite el art. 135.a. Este precepto, que tiene su precedente en el art. 16 Comp., regula el caso de una pluralidad de delaciones realizadas por los titulares de la autoridad familiar que sean incompatibles entre sí. En tal hipótesis se encomienda a la Junta de Parientes y, en su defecto, al Juez la elección de tutor. Aquéllos que hayan sido excluidos de la elección, de haber sido designados tutores por quien dispuso a título lucrativo de bienes a favor del pupilo, les corresponde la administración y disposición de tales bienes.

Otro supuesto de exclusión o, más propiamente, de separación de funciones tutelares es el que resulta de la designación de un tutor de bienes como figura independiente del tutor de la persona. Tal designación puede efectuarse bien por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria, bien por el Juez en la delación dativa o, con posterioridad, tras la constitución de la tutela cualquiera que haya sido la modalidad de delación, siempre en este último caso que concurren circunstancias especiales en la persona o patrimonio del tutelado (art. 135.b. y c.).

También deben excluirse de la administración del tutor, con base en el art. 153.a., aquellos concretos actos respecto a los bienes del tutelado en que haya conflicto de intereses entre tutor y tutelado, procediéndose en tal caso al nombramiento de un defensor judicial.

Por último, la administración del tutor ha de excluirse respecto de aquellos bienes o actos patrimoniales que la ley o la sentencia de incapacitación permita al pupilo realizar por sí mismo. A este respecto interesa señalar que, tratándose de tutela de menores, y según resulta del art. 26, a partir de los catorce años el tutelado puede administrar sus bienes con la mera asistencia del tutor e, incluso, sin asistencia, cuando se trate de bienes adquiridos con su trabajo o industria, que se le hayan confiado a tal fin o que haya adquirido a título lucrativo cuando el disponente así lo hay ordenado. Si la tutela es de incapacitados, el ámbito de actuación del tutelado en materia de administración de sus bienes será el fijado por la sentencia de incapacitación y, en su defecto, por las reglas sobre capacidad del menor de catorce años (art. 39).

El régimen en materia de gestión de los bienes del pupilo se complementa con lo dispuesto en el art. 139.1, precepto que se remite a lo previsto en el propio CDFA para la gestión de los bienes de un hijo de su edad y capacidad (en particular, arts. 9, 94 y concordantes), con las modificaciones previstas en el Título III del Libro I. A continuación, el art. 139.2, para aclarar las dudas que se suscitaron tras la reforma del art. 2015 Lec. de 1881 por la Ley 15/1989, de 29 de mayo, establece que, en ningún caso, será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos del tutelado.

E) *Obligaciones del tutor antes de entrar en el ejercicio del cargo.* a) *Prestación de fianza.* El art. 140 impone al tutor el deber de prestar fianza si así lo exige la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez. Ahora bien, parece que el tutor podrá ser dispensado de dicho deber por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria; dispensa que vinculará a la Junta de Parientes y al Juez, sin perjuicio de que este último pueda exigir ulteriormente la prestación de fianza en caso de circunstancias sobrevenidas.

Corresponde, asimismo, a la Junta de Parientes o, en su caso, al Juez en caso de que se decidan a exigirla determinar la modalidad de fianza, así como su cuantía.

El término “fianza” que utiliza este precepto no parece que deba entenderse en el sentido técnico del art. 1822 Cc., sino en el sentido más amplio de garantía o caución real o personal que asegure el cumplimiento de las obligaciones del tutor, tanto las de índole personal como las de carácter patrimonial.

La fianza puede exigirse, en principio, a cualquier persona que sea nombrada tutor. No obstante, como excepción a esta regla se excluye del

deber de prestar fianza a las personas jurídicas públicas que asuman la tutela por ministerio de la ley (tutela automática del art. 119) o por resolución judicial (tutela ordinaria por delación dativa del art. 116.1.g.).

En cuanto al momento en que ha de prestarse la fianza, interesa observar que, aunque lo normal es que se exija antes de que el tutor comience el ejercicio de sus funciones, excepcionalmente podrá reclamarse judicialmente en un momento ulterior en atención a la alteración de las circunstancias que llevaron a la Junta de Parientes o al Juez a no exigirla antes de la toma de posesión. Asimismo, se faculta al Juez a modificar en cualquier momento total o parcialmente la fianza ya constituida -entiéndase cualitativa o cuantitativamente- e, incluso, a dejarla sin efecto, siempre que medie la correspondiente motivación.

b) *Formalización de inventario de los bienes del tutelado.* Como obligación adicional, el art. 141 impone al tutor el deber de hacer inventario de los bienes del tutelado. A diferencia de la prestación de fianza, tal deber es preceptivo en todo caso, salvo -claro está- que se trate de tutor de la persona o cuando el tutelado carezca absolutamente de patrimonio. Por consiguiente, no es susceptible de dispensa por el interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria ni por el Juez en la delación dativa.

En cualquier caso, dicho inventario deberá formalizarse en un plazo de sesenta días a contar desde la toma de posesión, prorrogable por el Juez en resolución motivada. En orden al modo de formalización, el art. 141 admite tanto la forma judicial como la notarial. En la formalización judicial han de intervenir el Ministerio Fiscal y todas aquellas personas que el Juez estime conveniente citar. En la formalización notarial se requiere la intervención de la Junta de Parientes.

Una vez formalizado el inventario, se hará constar en el Registro civil su existencia (art. 290 RRc.) mediante anotación, que están obligados a promover el propio tutor, el Juez o el Ministerio Fiscal (art. 291 RRc.). Por añadidura, si ha sido formalizado notarialmente, el tutor deberá depositar una copia ante el Juzgado que haya constituido la tutela.

En lo que atañe al contenido del inventario, interesa señalar que si el tutor no incluye en el mismo los derechos de crédito que tenga contra el tutelado, el art. 127 sanciona esta omisión con una renuncia a dichos derechos.

Aunque el CDFA no lo establezca, habrá que entender que el tutor puede desempeñar sus funciones desde que toma posesión de su cargo, aunque no haya formalizado el inventario. Parece que esto conviene más

a los intereses del pupilo y sin perjuicio de que el Juez, dentro de las amplias facultades que el CDFA le atribuye, pueda adoptar las medidas que considere oportunas para asegurar los intereses del menor o incapacitado.

F) *Extinción de la tutela*. De acuerdo con el art. 144, la tutela se extingue:

a) *por la emancipación del tutelado*: Causa de extinción de la tutela que debe ponerse en relación con el art. 30.2.d. que contempla la emancipación del menor tutelado mayor de catorce años por concesión judicial (beneficio de mayor en el art. 321 Cc.). En este caso el antiguo tutor pasa a desempeñar la función de asistir al menor emancipado en aquellos actos que no puede realizar por sí solo. Únicamente en el caso de que aquél haya fallecido o se encuentre impedido para ello, se constituye la curatela (art. 148.a.).

b) *por la mayoría de edad del tutelado*: Excepcionalmente hay un caso en que la mayoría de edad no extingue la tutela: El del menor sujeto a tutela que durante su minoría de edad es incapacitado judicialmente (art. 38.4). En este supuesto, de acuerdo con el art. 39, al alcanzar el tutelado la mayoría de edad, la tutela no se extingue, sino que se prorroga *ope legis*.

c) *por resolución judicial que ponga fin a la incapacitación del tutelado o que la modifique, sustituyendo la tutela por la curatela*: Esta causa de extinción debe ponerse en relación con el art. 138, según el cual el tutor tiene la obligación de promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado, por lo que, de haber sobrevenido nuevas circunstancias, podrá instar un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida (art. 761 Lec.). Si la sentencia deja sin efecto la incapacitación, el tutelado recobrará la plena capacidad. En caso de que modifique los límites y extensión de la incapacitación y sustituya la tutela por la curatela, el cargo de curador será desempeñado por el mismo tutor, a no ser que el Juez disponga motivadamente otra cosa (art. 150.3).

d) *por la adopción del tutelado*: Cuando el tutelado sea un adoptado menor de edad, la tutela se sustituye por la autoridad familiar del adoptante o adoptantes. En cambio, en los casos en que excepcionalmente se permite la adopción de un mayor de edad la tutela, no se extingue, si bien no cabe descartar que el Juez nombre tutores a los adoptantes en sustitución del antiguo tutor, en aplicación del orden de preferencia del art. 116.1.

e) *por la determinación de la filiación que conlleve la atribución de la autoridad familiar*: Esta causa de extinción, aplicable exclusivamente a la tutela de los menores por las mismas razones expuestas en relación con la cau-

sa anterior, opera en el caso de que la tutela se haya constituido por no estar la filiación legalmente determinada respecto de ninguno de los progenitores, en el momento que ésta se determine respecto de uno (en el caso de la filiación no matrimonial) o ambos progenitores (ya sea filiación matrimonial o no matrimonial). Excepcionalmente, no se extinguirá la tutela si el padre ha sido excluido de la autoridad familiar por haber sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación o por haber sido determinada judicialmente la filiación contra su oposición (art. 61.1) y siempre que no esté determinada la filiación materna.

f) *por el fallecimiento del tutelado*: Desde el momento en que la personalidad civil se extingue con la muerte de la persona (art. 32 Cc.) es lógico que la muerte constituya una causa de extinción de la tutela, sea del menor o del incapacitado. Es obvio que en esta causa de extinción debe incluirse también el supuesto de que el tutelado haya sido declarado fallecido, si bien habrá que entender que la tutela sólo se extingue en el momento en que el auto de declaración de fallecimiento devenga firme y sin perjuicio de la ulterior reaparición del declarado fallecido. En cambio, según entiende buena parte de la doctrina, la declaración de ausencia sólo produce la suspensión de la tutela, sin perjuicio de que se nombre al tutor representante del declarado ausente.

g) *por la recuperación de la autoridad familiar por quien hubiera sido privado, excluido o suspendido de ella*: Por último, la tutela se extingue cuando, habiéndose constituido por exclusión, privación o suspensión de la autoridad familiar, quede sin efecto su exclusión por voluntad del representante legal del hijo o del propio hijo si es mayor de catorce años (art. 61.3), se acuerde judicialmente su recuperación por cesar la causa de su privación (art. 90.2) o deje de estar en suspenso (art. 91).

Distinta de la extinción de la tutela es el cese del tutor en el ejercicio de sus funciones lo que puede obedecer a las siguientes causas: muerte, declaración de incapacitación, remoción del cargo tutelar o concurrencia de una causa de excusa sobrevenida. En todos estos casos no se extingue la tutela, sino que se sustituye la persona del tutor, subsistiendo la misma institución de guarda.

G) *Obligaciones del tutor al cese de las funciones tutelares*. a) *Rendición de la cuenta general*. El tutor -o, en su caso, sus herederos- tiene la obligación de rendir cuentas de su gestión al cesar en sus funciones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 145. Está sujeto a esta obligación todo tutor, tanto el que cesa durante la tutela como el que cesa al extinguirse la misma, con la única salvedad de la tutela automática de la Administración.

En los términos en que se expresa el precepto, esta obligación no es susceptible de dispensa por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria ni por el Juez en la delación dativa.

Se trata de una cuenta general -esto es, referida a toda la gestión del tutor tanto la relativa a la persona como a los bienes del tutelado- y justificada -entiéndase, mediante cualquier medio probatorio, no necesariamente documental-.

El plazo para hacer la rendición de cuentas es de tres meses prorrogables por periodos de la misma duración si media justa causa. La concesión, o no, de la prórroga y la apreciación de la existencia de justa causa es una cuestión que se deja al arbitrio judicial. Como inicio del cómputo se señala el día del cese de las funciones tutelares, salvo que corresponda efectuar la rendición a los herederos del tutor, en cuyo caso el plazo se computará desde la aceptación de la herencia.

Transcurrido este plazo sin que el tutor haya realizado la rendición de cuentas, el C DFA establece una acción para exigírsela judicialmente. Están legitimados activamente para su ejercicio el tutelado o, en su caso, su representante legal o sus herederos. El plazo de ejercicio de esta acción es de tres años, a contar desde el transcurso del plazo establecido para la rendición de cuentas -tres meses o, en su caso, el de la prórroga concedida-.

La rendición de cuentas se hará ante el Juez que es quien debe decidir su aprobación o no. El procedimiento para esta aprobación debe tramitarse por las normas sobre jurisdicción voluntaria (Disp. Adic. Ley 11 / 1983), en el cual el Juez debe dar audiencia, según el art. 146.1, al tutelado o sus herederos y al nuevo tutor o, en su caso, al curador o al defensor judicial. Si alguna de las personas a las que se debe conceder audiencia se opone a la aprobación de cuentas, el procedimiento se hará contencioso (art. 1817 Lec. 1881). Si no existe oposición, y después de haber examinado las cuentas, el Juez procederá a su aprobación o denegación.

Las cuentas rendidas por el tutor ante el Juez presentarán un saldo a favor o en contra del tutor. El importe del saldo debe abonarse en metálico a quien resulte ser acreedor del mismo, ya sea el tutor o el tutelado. Para el caso de retraso en el abono, el art. 147 dispone que el saldo devengará intereses legales. Si el saldo es a favor del tutor, desde que el tutelado o, en su caso, su representante legal o su heredero sea requerido para el pago previa entrega de sus bienes; y si es a favor del tutelado, desde la aprobación de la cuenta.

Asimismo, importa destacar que, en caso de ser aprobada la cuenta general, de acuerdo con el art. 146.2, dicha aprobación no impedirá el ejercicio de las acciones que puedan corresponder entre sí al tutor y al tutelado o a sus causahabientes respectivos por razón de la tutela. En particular, el tutelado podrá ejercitar la acción de indemnización por los daños sufridos por la actuación negligente del tutor (art. 106). Por su parte, el tutor podrá ejercitar la acción de reembolso de los gastos derivados del ejercicio de la tutela (art. 104.1), la de indemnización por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de la función tutelar (art. 104.2) y la del abono de su retribución (art. 105).

En todo caso, los gastos necesarios de la rendición de cuentas son a cargo del tutelado, según dispone el art. 145.3.

b) *Restitución de los bienes del tutelado.* Junto a la rendición de la cuenta general, el tutor tiene el deber de restituir los bienes del tutelado, que se rige por lo dispuesto en el art. 99.1, al que se remite el art. 145.4. De este precepto resulta, en primer lugar, que los gastos de la restitución son de cuenta del tutelado y, en segundo lugar, que, en caso de extinción de la tutela por muerte del tutelado y si hubiese peligro de demora en la restitución, el tutor deberá seguir atendiendo los negocios de éste para evitar perjuicios a los herederos.

## 8. La curatela

A. *Introducción.* El CDFA regula una curatela con rasgos peculiares, toda vez que junto a la función de complementar la capacidad del sometido a ella que prevé el Código civil en sus arts. 288 y 289, admite que la sentencia de incapacitación atribuya al curador la representación legal del incapacitado (art. 150.2, 1ª parte). Asimismo, resulta llamativo que el contenido de la curatela de los incapacitados pueda ser de carácter exclusivamente personal, sí así lo decide la sentencia de incapacitación (art. 150.2, 2ª parte).

Otras novedades importantes a destacar respecto del régimen del Código civil son la exclusión de la curatela de los pródigos y la configuración de la curatela de los emancipados como un órgano ocasional que sólo se constituye a su instancia.

B. *Personas sujetas a curatela.* De acuerdo con el art. 148, están sujetos a curatela:

a) *Los emancipados, cuando las personas llamadas a prestarles la asistencia prevenida en la ley falezcan o queden impedidas para hacerlo* (art. 148.a.). En atención a lo dispuesto en el art. 33, el menor emancipado queda prácti-

camente equiparado al mayor de edad, si bien necesita un complemento de capacidad para poder realizar ciertos actos de contenido patrimonial, en particular, los enumerados en el art. 33.1.

Tal complemento de capacidad se traduce, en el caso de menores previamente sujetos a autoridad familiar, en la asistencia de uno cualquiera de sus padres que estuviesen en ejercicio de la autoridad familiar en el momento de la emancipación (art. 23 por remisión del art. 33.1). Sólo si ambos progenitores fallecen o se encuentran imposibilitados definitivamente para prestar la asistencia (p.e. por ausencia legal o declarada o por pérdida de capacidad) habrá de nombrarse un curador a fin de que cumpla dicha función (art. 148.a.). De igual modo, procederá el nombramiento de curador cuando la autoridad familiar corresponda a personas distintas de los progenitores, ya que en tal caso, una vez emancipado el menor, los antiguos titulares de la autoridad familiar difícilmente podrán prestarle una asistencia a la que no estaban llamados antes de la emancipación.

Tratándose de menores sujetos a tutela antes de la emancipación, la asistencia del menor emancipado la prestará inicialmente su antiguo tutor (art. 23 por remisión del art. 33.1), de tal modo que sólo si muere o está impedido para ello se nombrará curador (art. 148.a.). Adviértase que esta solución legal difiere del régimen del Código civil, donde la extinción de la tutela conlleva, en todo caso, la constitución de la curatela.

Por añadidura, una novedad importante respecto del régimen del Código civil radica en que la existencia de esta curatela no es siempre necesaria, toda vez que el art. 149 prevé su constitución a instancia del menor emancipado y su objeto se limita a la intervención del curador en el acto concreto que aquél no pueda realizar por sí solo.

b) *Los incapacitados, cuando la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique lo hayan establecido en atención a su grado de discernimiento* (art. 148.b.). Este supuesto de curatela puede tener su origen bien en la sentencia que ponga fin al procedimiento inicial de incapacitación, bien en la resolución judicial que modifique la incapacitación ya declarada. En todo caso, su constitución se hace depender del grado de discernimiento del incapacitado.

c) *Los que al cesar la prórroga o rehabilitación de la potestad de guarda continúen incapacitados, salvo que proceda la tutela* (art. 148.c.). Esta previsión debe ponerse en relación con el art. 130.1.c.), en sede de tutela y ya examinado. De la lectura conjunta de ambos preceptos resulta que, una vez extinguida la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada o la tutela pro-

rrogada, en caso de que subsista la incapacitación ha de constituirse la tutela o curatela, en atención al grado de discernimiento del incapacitado.

En definitiva, en la Ley aragonesa se prevén tres supuestos de curatela, más o menos coincidentes con los previstos en los arts. 222.3, 286.1 y 2, y 287 Cc.: la curatela del emancipado, la del incapacitado parcial cuando la sentencia declarativa de incapacitación o la resolución judicial que la modifique opte por esta institución tutelar y la del incapacitado parcial al cesar la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada. Adviértase, no obstante, como novedad respecto del Código civil, que se prescinde de la curatela de los declarados pródigos, en coherencia con la supresión de la prodigalidad como declaración distinta de la de incapacitación (vid. art. 38.3 CDFa).

C. *Promoción y constitución*. El art. 150.1 contiene para la curatela de los incapacitados una remisión a las reglas de la tutela sobre promoción y constitución. Parece lógico que así sea, porque no tiene sentido la aplicación de tales disposiciones a la curatela de los menores emancipados, que -como ya se ha indicado- es ocasional, pues sólo se constituye a instancia del propio emancipado, y cuya actuación se limita a la intervención del curador en los actos que no pueda realizar por sí solo (art. 149).

D. *Contenido*. En orden al contenido de la curatela, importa señalar que el CDFa difiere del Código civil por atribuir distinto contenido a la curatela, en función de que la persona sujeta a dicha institución tutelar sea un menor emancipado o un incapacitado parcial.

a) *Contenido de la curatela del menor emancipado*. Tratándose de la curatela del menor emancipado, igual que sucede en el Código civil (art. 288), el curador no tiene otra función que la de prestarle asistencia en aquellos actos que no puede realizar válidamente por sí mismo. Estos actos, de contenido patrimonial, son principalmente los enumerados en el art. 33.1 CDFa, sin perjuicio de otros supuestos previstos en el mismo cuerpo legal (p.e. arts. 346.1 y 367).

De cualquier modo, el contenido de esta curatela es invariable y su determinación corresponde, en todo caso, al legislador, ya que las limitaciones que el CDFa a la capacidad del menor emancipado no pueden ser excluidas por quien concede la emancipación -ya sean los titulares de la autoridad familiar o el Juez-, mediante la fijación de un ámbito de actuación del curador distinto del previsto legalmente.

b) *Contenido de la curatela del incapacitado parcial*. El contenido de la curatela del incapacitado parcial será, en principio, el que determine la sentencia que declare la incapacitación y lo someta a esta institución de guar-

da. A este respecto, el art. 150.1, 1ª parte impone al Juez el deber de fijar los actos para los que el incapacitado necesita la asistencia del curador. Adicionalmente, el art. 150.2 permite al Juez atribuir al curador la representación legal del incapacitado para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. Asimismo, se faculta a la autoridad judicial para limitar las funciones del curador al ámbito personal. Esta “curatela de la persona” se regirá por lo dispuesto en la sentencia de incapacitación y, supletoriamente, por las normas relativas al contenido personal de la tutela de los incapacitados a las que se remite el art. 150.4.

De no establecerse en la sentencia los límites de la incapacitación habrá que acudir régimen legal supletorio previsto en el art. 150.1, 2ª parte a efectos de determinar la esfera de actuación del curador. De este precepto resulta que la asistencia del curador será necesaria, por una parte, en los casos previstos legalmente y, por otra, para los mismos actos y contratos en que la requiere el mayor de catorce años.

En todo caso, el régimen jurídico de la asistencia del curador no es otro que el previsto en el CDFA para la asistencia del mayor de catorce años (arts. 24 a 29), al que se remite el art. 151. Ello no obsta para que se fijen unas reglas especiales en orden a la acción de anulabilidad y, en particular, con respecto al *dies a quo* de su plazo de ejercicio que, por lo demás, es el de cuatro años previsto en el art. 29. Así, cuando la acción se dirija a invalidar actos realizados por el menor emancipado sin la asistencia de su curador, el plazo ha de computarse desde que éste alcance la mayoría de edad o desde su fallecimiento si acaece con anterioridad. Si la acción se refiere a actos realizados por un incapacitado parcial sin asistencia de su curador, el plazo corre desde que recobre su capacidad o, al menos, pueda celebrar el acto de que se trate sin la debida asistencia (para lo que, a mi juicio, será necesaria una sentencia que modifique la incapacitación o reintegre la plena capacidad) o, en su caso, desde su fallecimiento.

E) *Extinción*. El CDFA no contiene ningún precepto específico referido a la extinción de la curatela, sino que en su art. 150.4 se remite para la curatela de los incapacitados al régimen de la tutela en esta materia con las debidas adaptaciones.

De este reenvío al art. 144, en sede de tutela, resulta que la curatela de los incapacitados se extingue bien por resolución judicial que ponga fin a la incapacitación, bien por resolución judicial modificativa de la sentencia de incapacitación que sustituya la curatela por la tutela. También conlleva su extinción la muerte -o declaración de fallecimiento- del sometido a curatela. Debe excluirse, sin embargo, la aplicación a esta curatela de las

restantes causas de extinción de la tutela. En particular, en el caso excepcional de adopción del incapacitado parcial, a mi juicio, no puede hablarse de extinción de la curatela y sustitución por la autoridad familiar prorrogada de los adoptantes, toda vez que esta institución requiere el ejercicio previo de la autoridad familiar, presupuesto que no se cumple en relación con los hijos adoptivos.

Por lo que se refiere a la extinción de la curatela de los menores emancipados, silenciada esta cuestión por el CDFa, parece razonable acudir a la aplicación por analogía de lo dispuesto en el art. 150.4. Así, cabe afirmar que esta curatela se extingue por las siguientes causas: a) por alcanzar la mayoría de edad el sometido a ella; b) por la adopción del sujeto a curatela, ya que en este caso serán el adoptante o adoptantes los que, en su caso, habrán de prestarle la debida asistencia; c) en el caso de que se determine la filiación del sujeto a curatela, en cuanto que la función de complementar su capacidad pasará a ser desempeñada por los progenitores o el progenitor respecto del cual se determine la filiación; y d) por la muerte o declaración de fallecimiento del sujeto a curatela.

En ambos casos, una vez extinguida la curatela, el curador ha de presentar al Juez un informe general justificado de las actividades que ha desempeñado durante el ejercicio de su cargo, cuyo contenido dependerá, en todo caso, del tipo de curatela (art. 152). Así, en la curatela de los menores emancipados la información será exclusivamente patrimonial, mientras que en la curatela de los incapacitados parciales se ofrecerá información tanto sobre la esfera patrimonial como personal del sometido a curatela, salvo lógicamente en la curatela de incapacitado parcial de contenido estrictamente personal por decisión judicial. Por añadidura, parece razonable que el informe incluya una rendición final de cuentas si la autoridad judicial ha concedido al curador la representación del incapacitado para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado, con arreglo a lo dispuesto en el art. 150.2.

## 9. El defensor judicial

A. *Supuestos*. El defensor judicial es una de las instituciones a las que, conforme al art. 100.1.c., puede atribuírsele la guarda y protección del menor o incapacitado. Al defensor judicial dedica el CDFa el capítulo VI del Título III del Libro I (arts. 153 a 155), pero también lo menciona en otros preceptos.

Conforme al art. 153, se nombrará un defensor judicial que represente o asista a quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

a) *Cuando en algún asunto exista oposición de intereses entre el menor o incapacitado y quienes le representen o asistan y, conforme a lo previsto en la ley, corresponda intervenir a un defensor judicial.*

Hay aplicaciones concretas de este supuesto en sede de edad. Así, el art. 13 atribuye al defensor judicial la representación del menor de catorce años en caso de oposición de intereses entre éste y su representante legal. De igual modo, el art. 28 le encomienda la función de asistencia del menor mayor de catorce años cuando exista oposición de intereses entre éste y quien haya de prestarle asistencia. Estas reglas se aplican a la representación o asistencia de los padres, titulares de la autoridad familiar distintos de los padres, tutor o curador.

La figura del defensor judicial, dado el estrecho vínculo que le une a la autoridad judicial (art. 154, nombramiento), puede calificarse como propia de una tutela de autoridad. En el CDFA su intervención en caso de oposición de intereses entre quien debe representar o asistir al menor o incapacitado es una alternativa a la intervención de la Junta de Parientes (art. 13.1.b. y c., art. 28.1.b.), lo que refuerza el carácter familiar de la protección de los menores e incapacitados en Aragón.

b) *Cuando por cualquier causa los titulares de la autoridad familiar, tutela o curatela no desempeñen sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe por resolución firme otra persona para desempeñarlas.*

A un caso concreto se refiere el CDFA en su art. 129.1, al prever el nombramiento de un defensor judicial para asumir las funciones tutelares cuando el titular de la tutela sea suspendido por el Juez durante la tramitación del procedimiento de excusa sobrevenida o de remoción. Si se admite la excusa u ordena la remoción, la resolución judicial designará a un nuevo titular. No obstante, la amplitud de la redacción del art. 153.b. permite incluir otros supuestos de falta de desempeño de las funciones propias de la autoridad familiar o de la tutela o curatela: así, si los titulares no desempeñan sus funciones por razones de imposibilidad (enfermedad, por ejemplo) y la autoridad familiar no es asumida por personas distintas, ni se asume la tutela automática por la entidad pública, es posible que, en atención a las circunstancias del menor o incapacitado se nombre, temporalmente, un defensor judicial (p. e. art. 91.1.d., que prevé la suspensión de la autoridad familiar por imposibilidad de ejercerla declarada en resolución judicial).

c) *En todos los demás casos previstos en la ley, a los que lo regulado en este Título solo será de aplicación supletoria.*

Así, por ejemplo, conforme al art. 73, en casos de desacuerdo o imposibilidad de los padres o el tutor para asistir al menor no emancipado en el ejercicio de la autoridad familiar sobre sus hijos, la ejercerá con la asistencia de la Junta de Parientes o la de un defensor judicial.

Fuera de la norma aragonesa, el art. 8 Lec. prevé, como un caso de integración de la capacidad procesal para las personas que no estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles, y si no hubiere persona que legalmente les represente o asista para comparecer en juicio, el nombramiento por el Tribunal, mediante providencia, de un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona.

B. *Nombramiento*. El nombramiento lo hace el Juez, y debe recaer en quien «estime más idóneo para el cargo» (art. 154).

La atribución al Juez de un amplio arbitrio para designar defensor judicial excluye la vinculación a la delación hecha voluntariamente (cfr. art. 114). Dado el carácter eventual y transitorio de la función que está llamado a desempeñar el defensor judicial parece razonable que así sea, en particular, cuando su nombramiento venga determinado por la existencia de una oposición de intereses entre quien ejerce la guarda y, en su caso, hubiera podido hacer la designación del cargo, o cuando la intervención del defensor es requerida por la imposibilidad del desempeño de la función. La no vinculación no impedirá que el Juez considere más idóneo a quien hubiera sido propuesto en la delación voluntaria, sobre todo cuando se trate de la delación hecha por uno mismo o cuando la falta de ejercicio de las funciones de guarda no sea imputable a su titular. Por la misma razón, aunque el Juez no está vinculado por la preferencia que el art. 116.1 establece para la delación dativa, ni deberá motivar su decisión de designar a persona que no esté mencionada en el elenco de las letras a) a e) de ese precepto, nada impide que en un caso, en atención a las circunstancias, considere idónea precisamente a una de esas personas.

La iniciativa para solicitar el nombramiento se reconoce al Ministerio Fiscal, al tutor o a cualquier persona capaz de comparecer en juicio, pero el Juez puede incluso proceder de oficio cuando aprecie la existencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 153.

Por lo que se refiere al procedimiento, además del cauce a que se refiere para el caso concreto que contempla el art. 8 Lec., existe una regulación de un procedimiento de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de defensor judicial.

C. *Régimen*. Son aplicables al defensor general las disposiciones generales que, para las relaciones tutelares, establecen los arts. 103 a 106 (vigilancia y control, gastos, daños y perjuicios, remuneración, responsabilidad).

Establece el art. 155.1 que «el defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, al que deberá dar cuenta de su gestión una vez concluida». Lógicamente, las funciones asignadas al defensor judicial varían según cuál sea el hecho determinante de su nombramiento. Cuando el nombramiento se produce para un caso concreto o determinado en el que existe conflicto de intereses, en ese ámbito deben moverse las atribuciones que le conceda el Juez. En ocasiones se tratará de representación, en otros casos de mera asistencia. Expresamente establece el art. 155 que cuando el asunto para el que fue designado el defensor sea de los que requiere autorización judicial «esta se entenderá implícita en el nombramiento si el Juez no dispone otra cosa». Así lo deducía con anterioridad la doctrina en relación con el art. 302 Cc. y expresamente lo establece también el art. 224-3 CC Cataluña (cfr., en cambio, con el art. 14, para la división de un patrimonio).

La cuestión se plantea en otros términos cuando el nombramiento de defensor esté relacionado con la falta de ejercicio de las funciones de la autoridad familiar, tutela o curatela. La actuación del defensor puede producirse ahora no sólo para un acto o actos concretos, sino para todos los que surjan hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñarlas.

## 10. La guarda de hecho

A. *Concepto y ámbito*. El art. 100.2 menciona la guarda de hecho como figura que «puede contribuir» a la guarda y protección de menores e incapacitados. Está regulada capítulo VII del Título III del Libro I del CDFA (arts. 156 a 159).

La regulación de esta figura comienza con una definición del guardador de hecho, contenida en el art. 156, conforme al cual: «Guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada».

Lo que caracteriza al guardador de hecho es el ejercicio de esas funciones de guarda sin que por ley le sean exigibles. Se ocupa del menor o incapaz (incapacitado o no) «por iniciativa propia». No hay guarda de hecho, sino autoridad familiar, con el contenido propio de esta figura, en atención a lo dispuesto en los arts. 85 a 89, cuando las personas previstas

legalmente (padrastra o madrastra, abuelos, hermanos mayores) se hacen cargo voluntariamente de la crianza y educación del menor, pues el CDFA les atribuye automáticamente la autoridad familiar (art. 88.1). Será guarda de hecho, en cambio, la que asuman personas distintas de las mencionadas en el CDFA para el ejercicio de la autoridad familiar.

Hay guarda de hecho cuando, por iniciativa propia, una persona física o jurídica se ocupa de menores o incapacitados que están en situación de desamparo. No es guarda de hecho la que asumen transitoriamente, a petición de los titulares de las funciones de guarda, las personas que colaboren con ellos, pues ni es por propia iniciativa ni existe desamparo. Ni la colaboración de otras personas ni el cuidado por terceros (cfr. arts. 64, 136 y 138) están excluidos del ejercicio normal de la autoridad familiar o de la tutela, y no darán lugar a una guarda de hecho en el sentido de la Ley.

La necesidad de que exista situación de desamparo exige que, de hecho, a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o incapacitados, éstos se hallaran privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 118). Pero para hablar de guarda de hecho es preciso que esa situación no haya sido detectada por la entidad pública, porque en tal caso lo que procede es que ésta, en virtud de resolución administrativa que la constate, asuma la tutela automática (art. 119). Al mismo tiempo, si la guarda se asume adecuadamente, el menor o incapacitado ya no se encontrará, de hecho, en situación de desamparo, por lo que ya no procederá la intervención de la Administración.

Quedan incluidos, por tanto, en la guarda de hecho todos los supuestos en que, de hecho, sin corresponderle legalmente, una persona se hace cargo de las funciones de guarda y protección de un menor o incapacitado cuando, por cualquier razón, falta el ejercicio adecuado de cualquiera de las funciones propias de la autoridad familiar o de las funciones tutelares en sentido amplio (por no estar determinada la filiación, por incumplimiento de los deberes de la autoridad familiar, por no estar constituida la tutela, por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, por imposibilidad de su cumplimiento...).

También hay guarda de hecho cuando, con los mismos requisitos, el guardador se ocupa «de una persona que podría ser incapacitada» (art. 156 *i.f.*): es decir, de quien, adoleciendo de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impiden gobernarse por sí mismo (art. 38.2) no está, sin embargo, incapacitado.

De otra parte, el art. 156 dice que el guardador se ocupa «transitoriamente» del menor o incapaz. Con ello, probablemente, se quiere poner de relieve el carácter provisional de esta situación: no tanto la intencionalidad del guardador como la consideración por el legislador de la guarda de hecho como una situación que debe cesar.

En este sentido, el art. 157 establece la obligación del guardador de poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal. De este modo, el CDFa introduce expresamente una obligación que, para el régimen del Código civil, la doctrina deducía de la interpretación conjunta de los arts. 202, 203, 204 y 229. La norma es coherente con la obligación que el art. 131 impone al guardador de hecho de promover la tutela, así como la indemnización de los daños que se ocasionen por el incumplimiento de tal obligación. Si se trata de un incapaz no incapacitado hay que tener en cuenta, además, la coordinación de esta norma con las que legitiman (pero no obligan) para promover la incapacitación y, en última instancia, con el deber que la ley impone al Ministerio Fiscal de promover la incapacitación (art. 757 Lec.), con el consiguiente nombramiento de tutor o curador.

B. *Información, control y vigilancia.* Establece el art. 158.1 que «cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, le requerirá para que informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes, así como de la actuación del guardador en relación con ambos extremos».

El CDFa impone al Juez la obligación de recabar información al guardador de hecho («le requerirá»). En la práctica, será preciso que el Juez tenga conocimiento de la situación, lo que será difícil si no se pone en su conocimiento por las personas que están obligadas a ello (art. 157) o, más genéricamente, a instancia del propio menor o incapacitado, de cualquier pariente o persona interesada o del Ministerio Fiscal (arg. art. 10, para la intervención judicial, que podría aplicarse, por analogía, para los incapacitados; también es aplicable lo dispuesto en el art. 103.4, conforme al cual, «las funciones tutelares se ejercerán bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado»).

Exigido el informe por el Juez, el guardador de hecho tiene un deber similar al que el art. 103.3 impone al titular de los cargos tutelares («El Juez y el Ministerio Fiscal podrán exigir en cualquier momento del titular del cargo que les informe sobre la situación de la persona protegida o del estado de la administración patrimonial, según proceda. También podrán exigirle una información periódica»). El contenido del informe deberá extenderse, en cada caso, al ámbito en el que se haya desarrollado la guarda de hecho.

Añade a continuación el art. 158.2 que «la autoridad judicial podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas». La posibilidad de que el Juez adopte medidas de vigilancia y control señalada en sede de guarda de hecho es un recordatorio de lo que, con carácter general establece el CDFA en el art. 10 para los menores de edad y en el art. 103.2 en el ámbito de las relaciones tutelares. Pueden adoptarse estas medidas en cualquier momento, con independencia de que se haya presentado o no un informe por el guardador, y su contenido deberá adecuarse a lo que en cada caso exija el interés del menor o incapaz. Lo razonable será que se ponga fin a la situación de hecho y se establezca una institución tutelar en sentido estricto. Además de medidas transitorias o provisionales, la intervención judicial puede dar lugar a la privación o suspensión de la autoridad familiar, con la consiguiente determinación del régimen de guarda, constitución de tutela o curatela, así como la incapacitación en su caso. Es posible también que el Juez acuerde la guarda administrativa (art. 160.2.b.).

C. *Régimen jurídico*. La guarda de hecho no es propiamente una institución tutelar, sino una situación de hecho a la que atiende el CDFA tratando de solucionar los problemas que se plantean en la realidad cuando de forma voluntaria, sin designación judicial ni obligación legal, algunas personas se ocupan del cuidado de un menor o incapaz. Parece razonable por ello la aplicación, con las adaptaciones necesarias, de las normas que, en sede de disposiciones generales para las relaciones tutelares, establece el CDFA en orden a los gastos y la responsabilidad exigibles a los titulares de las funciones tutelares.

Expresamente, el CDFA se ocupa en el art. 159 del ámbito de actuación del guardador de hecho en función tutelar. Conforme a esta disposición: «La actuación del guardador de hecho en función tutelar debe limitarse a cuidar de la persona protegida y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios. La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal».

Significa esto que la actuación de quien no tiene encomendada por la ley (titulares de la autoridad familiar o entidad pública competente en caso de desamparo) ni por resolución judicial las funciones de representación o asistencia respecto de los menores o incapacitados no podrá exceder del ámbito fijado legalmente. En particular, no podrá el guardador intervenir eficazmente actuando en representación del menor o incapacitado ni prestando la asistencia requerida en cada caso por el CDFA en todo lo que exceda del cuidado de la persona o de la realización de actos

necesarios de administración (p. e. arts. 20 y 24 sobre intromisión de terceros en los derechos de la personalidad de los menores; para los incapaces no incapacitados, el art. 35 permite, en cambio, a la persona «que se ocupe de él» -guardador de hecho- otorgar consentimiento para la intromisión en sus derechos de la personalidad, lo que deberá limitarse a que sea en su interés).

En cualquier caso, si la actuación del guardador de hecho se refiere al cuidado de la persona protegida o a los actos necesarios de administración de sus bienes (p. e. cobrar unas rentas o pagar el alquiler), el CDFA atribuye al guardador la necesaria representación legal. Serán los terceros los que, en cada caso, puedan negarse a relacionarse con el guardador o a admitir su intervención si dudan de su representación.

Para facilitar la actuación del guardador de hecho en sus relaciones con terceros, el art. 159.2 permite justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho mediante declaración de la Junta de Parientes del menor o incapaz: «Para justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida».

Se trata de una regulación novedosa que permitirá atender, en particular, a la realidad social de las personas incapaces que no están incapacitadas. La intervención de la Junta de Parientes garantiza la imparcialidad de la decisión de quien está actuando de hecho, sin tener atribuida una función tutelar. También ofrece garantía suficiente a los terceros, que podrán confiar en la validez del acto que celebran con el guardador.

En este sentido, conforme al art. 159.3: «El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida».

Se admite la posibilidad de impugnar los actos realizados por el guardador cuando no ha mediado la declaración de la Junta de Parientes, pero habrá que acreditar que ni eran necesarios ni han sido útiles para el menor o incapaz. El precepto, me parece, debe ponerse en relación con la doctrina general de la anulabilidad de los actos, como tipo de invalidez que dirigida a la protección de determinado sujeto (el menor, incapacitado o incapaz, en este caso). En consecuencia, no podrá ser alegada por la parte que contrató con el guardador y, asimismo, será posible convalidar el acto anulable mediante su confirmación.

Naturalmente que, además, siempre será posible la impugnación de la celebración de los actos, así como la exigencia de las oportunas responsabilidades (del guardador, de los miembros de la Junta, de los terceros

que no estuvieran de buena fe) cuando no concurren los presupuestos legales para la legítima actuación del guardador (p. e. no había desamparo, el «guardador» no se ocupaba del menor o incapaz o la persona en cuya representación se actuó no es incapaz).

### **11. La tutela automática de la Administración, la guarda administrativa y el acogimiento.**

*A. Introducción.* Pese a que la intervención administrativa en materia de protección de menores se encuentra regulada en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón y su Reglamento de desarrollo (Decreto 190/2008, de 7 de octubre, del Gobierno de Aragón), el legislador estimó oportuno incorporar los aspectos civiles de esta materia en la LDper. y, por ende, en el Derecho civil aragonés. También de modo novedoso en la legislación aragonesa amplió el ámbito de aplicación de los instrumentos públicos de protección de menores, haciéndolo extensivo a los incapacitados, lo que guarda coherencia con las previsiones del art. 239.3 Cc.

En particular, la introducción del régimen civil de la protección administrativa de menores e incapacitados en la LDper. se tradujo en las siguientes previsiones:

a) La inclusión de la guarda administrativa en el elenco de las instituciones que pueden contribuir a la guarda y protección de los menores e incapacitados del art. 87.2 LDper. (actual 10.2 CDFA).

b) La distinción entre la tutela ordinaria y la tutela automática de la Administración sobre menores e incapacitados en situación de desamparo (art. 116 LDper., actual art. 130 CDFA). Adviértase a este respecto que la Administración también puede ser designada tutora ordinaria en la delación dativa (art. 102.1.g. LDper., art. 116.1.g. CDFA).

c) La incorporación de una sección dedicada a la delación legal (la sección 3ª del cap. II del Tít. III LDper.), que es la que da origen a la tutela automática de la entidad pública. Esta sección, con idéntica numeración, hoy forma parte del Libro I del CDFA y lo integran los arts. 118 a 122.

d) La introducción de un capítulo específico (el cap. VIII del título III LDper.) para recoger la regulación civil de la guarda administrativa y del acogimiento. Este capítulo, con idéntica numeración, hoy forma parte del Libro I del CDFA y lo integran los arts. 160 a 169.

*B. La tutela automática de la entidad pública.* El CDFA, igual que el Código civil (arts. 172.1 y 239), atribuye a la entidad pública competente en materia de protección de menores e incapacitados la tutela de los meno-

res e incapacitados en situación de desamparo. En efecto, según el art. 119 cuando la entidad pública a la que en Aragón esté encomendada la protección de menores e incapacitados constate que un menor o incapacitado se encuentra en situación de desamparo, asume automáticamente *-ope legis* y, por tanto, sin intervención judicial- la tutela del mismo.

Esta modalidad de tutela constituye la intervención más enérgica de la Administración en el ámbito de la protección de menores e incapacitados, de tal manera que sólo debe adoptarse cuando no sea posible la integración del menor o incapacitado en su propia familia o resulte insuficiente la asunción temporal de la guarda.

Para que se constituya esta tutela automática es necesaria una resolución motivada de la administración por la que declare el desamparo del menor o incapacitado y asuma dicha tutela, previo estudio de la situación del menor (art. 119). De acuerdo con el art. 120, 1ª parte, la resolución de desamparo debe comunicarse al Ministerio Fiscal y notificarse a los padres tutores o guardadores en un plazo de cuarenta y ocho horas. No obstante, parece razonable entender que, en su caso, la notificación habrá de hacerse extensiva a los titulares de la autoridad familiar distintos de los padres. Igualmente, siempre que sea posible, en el momento de la notificación deberá informarse a aquéllos de las causas que han motivado la intervención administrativa y de sus posibles consecuencias (art. 120, 2ª parte). En cualquier caso, contra dicha resolución cabe formular oposición ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa (art. 121, en coherencia con el art. 780.1 Lec.).

El art. 118.1, de modo coincidente con el art. 59.1 Ley 12/2001, precisa en qué consiste la situación de desamparo: Es la situación de hecho en que se encuentra un menor o un incapacitado que está privado de la necesaria asistencia material o moral y que obedece al incumplimiento o al imposible -aún futuro: SSTSJ de Aragón de 4 enero 2010 y de 5 abril 2011- o inadecuado ejercicio de los deberes establecidos por las leyes para la guarda de los menores o incapacitados. Esta noción, de indudable amplitud, se complementa con lo dispuesto en el art. 59.2 de la Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón que ofrece una lista ejemplificativa de posibles supuestos constitutivos de desamparo, a saber: riesgo para la integridad física o psíquica, abandono, malos tratos, explotación, falta de atención adecuada y no solicitar los titulares de la guarda su recuperación una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de ésta por la Administración. Con todo, según precisa el art. 118.2, en coherencia con la doctrina y jurisprudencia, el concepto de desamparo ha de

interpretarse restrictivamente, dada la importancia de los intereses en juego, esto es, el interés del menor -en todo caso, de carácter preferente- y el de su familia de origen, de tal modo que sólo puede apreciarse su existencia cuando no se lleguen a cumplir unos mínimos de atención exigidos por la conciencia social más común.

Distinta de la situación de desamparo es la situación de riesgo, que se caracteriza por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. En este caso, la actuación de la Administración se limita, en principio, a intentar eliminar dentro del grupo familiar los factores de riesgo, a través de un plan de apoyo personalizado que podrá incluir medidas de índole técnica y/o económica (art. 57 Ley 12/2001). Sólo la negativa a la colaboración por parte de los titulares de la autoridad familiar, tutor o guardador podrá dar lugar a la declaración de desamparo si así lo requiere la evolución de la situación de riesgo y la protección del menor (art. 58 Ley 12/2001).

La tutela automática de la Administración conlleva la suspensión -que no privación: STSJ de Aragón de 5 abril 2011- de la autoridad familiar y funciones anejas o, en su caso, de la tutela ordinaria (art. 119, 1ª parte). Esta suspensión afecta tanto al contenido personal como, en principio, al contenido patrimonial de las referidas instituciones, a diferencia de la guarda administrativa que sólo conlleva la asunción temporal por la Administración de la guarda del menor. Así, de acuerdo con el art. 160.1, 1ª parte corresponde a la entidad pública tutora la guarda de los menores e incapacitados declarados en situación de desamparo. Por su parte, el art. 163 atribuye a la entidad pública tutora la administración legal de los bienes de sus pupilos, con la consiguiente obligación de inventariarlos al inicio de la tutela (art. 163.1) y de rendir cuentas al cese de la misma (art. 163.3). No obstante, según matiza el art. 163.2, serán válidos los actos patrimoniales que realicen los titulares suspendidos de la autoridad familiar o tutor ordinario en representación del menor o incapacitado, siempre que sean beneficiosos para éste.

Con todo, la tutela automática de la Administración se configura como una medida de protección provisional que, en principio, dará paso a otras situaciones más estables como son: a) la reintegración del menor o incapacitado al titular o titulares de la autoridad familiar o, en su caso, al tutor ordinario, opción ésta preferencial del legislador (art. 122.1 CDF.A.; b) la promoción de la tutela ordinaria, siempre que existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asu-

mir la tutela y así lo aconseje el interés del menor (art. 122.2 CDFA.; y c) la adopción, para el caso que el retorno familiar se revele impracticable o inconveniente para el interés del menor y no haya una persona que pueda asumir su tutela ordinaria (art. 62.1.b. Ley 12/2001). No obstante, cuando ninguna de estas opciones resulte posible o sea conveniente para el interés del menor, la tutela administrativa se convertirá en definitiva, tratándose de menores hasta su mayoría de edad o, en caso, emancipación y, en el caso de los incapacitados, hasta que recobren la capacidad. Mientras tanto, la Administración podrá delegar el ejercicio de la guarda -esto es, el contenido personal de la tutela- bien a una persona o familia acogedora (acogimiento familiar), bien al director del centro donde sea acogido el menor o incapacitado (acogimiento residencial).

C. *La guarda administrativa*. Junto a la tutela por ministerio de la ley (tutela automática *ex art.* 119) o por resolución judicial (tutela ordinaria *ex art.* 116.1.g.), la Administración puede asumir provisionalmente la guarda de los menores o incapacitados en dos casos: a solicitud de los titulares de la guarda o en virtud de resolución judicial.

El primero de los supuestos está contemplado en el art. 160.2.a. que establece que pueden solicitarla a la Administración los titulares de la autoridad familiar o el tutor, cuando “por circunstancias graves y ajenas a su voluntad no puedan cuidar de los menores o incapacitados a su cargo”. También parece referirse al mismo supuesto, el art. 119, 2ª parte, conforme al cual “si la situación de desamparo se debe a fuerza mayor de carácter transitorio, la entidad pública ejerce sólo la guarda mientras se mantenga la situación”. Si la solicitud es atendida por la Administración, se formalizará por escrito un acuerdo de entrega de la guarda, en el que se hará constar las condiciones en que se va a desarrollar la misma (art. 161.1 CDFA y art. 65.2 Ley 12/2001).

La guarda administrativa acordada judicialmente se regula en el art. 160.2.b. Esta atribución judicial de la guarda sólo es posible “en los casos en que legalmente proceda”. De ello resulta que el Juez puede acordar la asunción por la Administración de la guarda, entre otros, en los siguientes casos: a) cuando la entidad pública se haya negado a asumir la guarda que solicitan los titulares de la autoridad familiar o el tutor; b) en caso de interposición de demanda de nulidad, separación o divorcio, cuando el Juez adopte como medida provisional de carácter excepcional la atribución de los hijos a una institución idónea mientras dure la tramitación del procedimiento (art. 103.1ª.2 Cc.); y c) en caso de impugnación de la filiación, cuando el Juez adopte como medida de protección mientras dure

el procedimiento la separación del menor de aquél que aparece como progenitor y la asunción de la guarda por la Administración (art. 768.1 Lec.). De cualquier modo, esta guarda administrativa conlleva la asunción temporal por la Administración del contenido personal propio de la autoridad familiar o, en su caso, de la tutela ordinaria. Ahora bien, las actuaciones concretas a desarrollar por la Administración en ejercicio de la guarda corren a cargo de personas físicas. De este modo, con arreglo en lo dispuesto en el art. 162.2, 1ª parte, su ejercicio ha de delegarse bien en la persona o personas que determine la Administración -acogimiento familiar-, bien en el director del centro donde esté internado el menor o incapacitado -acogimiento residencial. Por lo demás, cualquier variación en la forma de ejercicio de la guarda debe acordarse en resolución motivada y ha de comunicarse a los titulares de la autoridad familiar o tutor y al Ministerio Fiscal (art. 161.2 CDFA y art. 53.1 Ley 12/2001).

D. *El acogimiento.* a) *Concepto y clases.* El acogimiento puede definirse como el modo de ejercitar la guarda de los menores asumida por la Administración a petición de los titulares de la misma o por resolución judicial, o en concepto de tutora *ex lege* de los menores o incapacitados declarados en desamparo (art. 148.2).

En el CDFA, de igual modo que en el Código civil, se distinguen dos modalidades de acogimiento, el residencial y el familiar. Los criterios a tener en cuenta por la Administración a la hora de determinar cuál es la modalidad pertinente en cada caso concreto son la prioridad del interés del menor o incapacitado y el principio de integración familiar. En el primer criterio parecen inspirarse los aptdos. 1º (1ª parte), 3º y 4º del art. 162 que se refieren respectivamente a la adecuación de las medidas de protección a la situación personal del menor o incapacitado, a la posibilidad de solicitar la modificación del acogimiento de surgir graves conflictos de convivencia entre el acogido y los acogedores, y al carácter reservado de las actuaciones en materia de protección de menores e incapacitados. Son manifestaciones del principio de integración familiar el procurar la reincorporación del menor o incapacitado en su familia de origen (art. 122.1), el carácter preferente del acogimiento familiar (art. 162.2) o el procurar mantener unidos a los hermanos (art. 162.1, 2ª parte).

a') *El acogimiento residencial* consiste en ingresar al menor o incapacitado en un centro de protección adecuado a sus características para que reciba la atención y educación necesarias. Por su propio carácter, es un instrumento de protección a adoptar subsidiariamente cuando el acogimiento familiar en cualquiera de sus modalidades resulten imposible o

inadecuado y hasta que se arbitre otra medida protectora (art. 66 Ley 12/2001). En esta categoría de acogimiento el ejercicio delegado de la guarda corresponde al director del centro donde sea acogido el menor o incapacitado (art. 162.2 *i.f.*). Se regula detalladamente en los arts. 66 a 69 Ley 12/2001.

b') El *acogimiento familiar*, en atención a lo dispuesto en el art. 70 Ley 12/2001, constituye un instrumento de protección que proporciona al menor o incapacitado un núcleo de convivencia familiar, en sustitución o como complemento del propio, bien sea de forma temporal, para su reinserción en su familia de origen o para su adaptación a la familia que lo vaya a adoptar, bien sea de forma permanente, cuando la edad u otras circunstancia del menor y su familia así lo requieran.

Su ejercicio corresponde a la persona o personas designadas por la Administración para sustituir al núcleo familiar del menor o incapacitado o al responsable del hogar funcional (165.2 C DFA). En la selección de las personas acogedoras habrá de darse preferencia a los parientes o allegados del menor o incapacitado, siempre que resulten idóneos (art. 162.2, 2ª parte C DFA).

Produce como principal efecto el desarrollo del ejercicio de la guarda del menor o incapacitado por la persona o familia acogedora con las obligaciones que ello conlleva, en particular, la de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educar y procurar una formación integral al menor, y promover la adquisición o recuperación de la capacidad del incapacitado y su reinserción en la sociedad, bajo la supervisión de la Administración titular de aquella (art. 165.1 C DFA).

En atención a su finalidad, el acogimiento familiar puede adoptar tres formas distintas (art. 168 C DFA):

*Acogimiento familiar simple* (art. 168.a.): Tiene carácter transitorio. Procede cuando sea previsible la reinserción del menor o incapacitado en su propia familia o mientras se adopta una medida de protección más estable.

*Acogimiento familiar permanente* (art. 168.b.): Se constituye con una duración indefinida en aquellos casos en que las circunstancias del menor o incapacitado y de su familia aconsejen proporcionarle una mayor estabilidad y no sea factible un acogimiento preadoptivo. Conlleva una mayor autonomía de la persona o familia acogedora respecto de las funciones derivadas del cuidado del acogido, mediante la atribución por el Juez de aquellas facultades patrimoniales y personales de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. Normalmente, se va a prolongar hasta la mayoría de edad del acogido.

*Acogimiento familiar preadoptivo* (art. 168.c.): Constituye un paso previo a la adopción, que persigue el fin de facilitar el conocimiento y la adaptación mutua entre el menor y su futura familia adoptiva. En concreto, la Administración puede acordarlo cuando eleve a la autoridad judicial la propuesta de adopción del menor y mientras no se dicte resolución judicial o, con anterioridad a la presentación de dicha propuesta, cuando considere necesario establecer un periodo de adaptación. En ningún caso podrá exceder del plazo de un año.

b) *Constitución*. El CDFA contempla dos posibles vías de constitución del acogimiento, una principal que se formaliza a nivel administrativo y otra judicial, de carácter subsidiario.

a') *El acogimiento administrativo o constituido por la entidad pública*, de acuerdo con el art. 166.1, procede en los siguientes casos: 1) cuando los titulares de la autoridad familiar que no estén privados de ella o el tutor hayan dado su consentimiento; 2) cuando los titulares de la autoridad familiar sean desconocidos; y 3) cuando los titulares de la autoridad familiar hayan sido privados de ella.

El mismo precepto y apartado exige su formalización por escrito con el consentimiento de la propia entidad pública, los acogedores, el acogido mayor de doce años o el incapacitado con suficiente juicio, y los titulares de la autoridad familiar no privados de ella o el tutor. El documento de formalización del acogimiento ha de recoger los extremos enumerados en el art. 166.2. El expediente administrativo previo a su formalización se rige por los arts. 76 y 77 Ley 12/2001, preceptos que se complementan en relación con el acogimiento familiar preadoptivo con lo dispuesto en los arts. 28 a 34 del Decreto 1888/2005.

La falta de consentimiento del acogido mayor de doce años o de los acogedores excluye la constitución del acogimiento administrativo e impide también el acogimiento judicial. Sin embargo, la no comparecencia u oposición al acogimiento de los titulares de la autoridad familiar que no estén privados de ella o, en su caso, del tutor excluye el acogimiento administrativo -salvo el acogimiento provisional que prevé el art. 167.2-, pero deja abierta la posibilidad de promover un acogimiento judicial.

b') *El acogimiento judicial o constituido por resolución judicial* es subsidiario del acogimiento administrativo, en el sentido que sólo procede cuando los titulares de la autoridad familiar o el tutor no hayan comparecido a la constitución de aquél o se hayan opuesto al mismo (art. 167.1).

La constitución del acogimiento por resolución judicial ha de ser promovido por la propia Administración o por el Ministerio Fiscal mediante

la correspondiente demanda (art. 1828.1 Lec. de 1881). En el supuesto de que la propuesta proceda de la Administración, habrá de contener los mismos extremos a que se refiere art. 166.2. Requiere, al igual que el acogimiento administrativo, el consentimiento de los acogedores y del acogido mayor de doce años y de la Administración, siempre que no haya sido la promotora del expediente, no así de los padres o tutor ordinario, quienes, no obstante, tienen derecho de audiencia (art. 1828.2 Lec. de 1881). El procedimiento judicial se sustancia por los trámites de la jurisdicción voluntaria que finalizará con un auto, acordando o denegando la constitución del acogimiento, contra el que cabe recurso de apelación (arts. 1826.3 y 1828.6 Lec. de 1881). En todo caso, mientras se tramita el expediente judicial, la entidad pública puede, en virtud de lo dispuesto en el art. 167.2, acordar un acogimiento familiar provisional en interés del menor o incapacitado.

c) *Cese*. En atención a lo dispuesto en el art. 169, el acogimiento puede cesar judicial o extrajudicialmente.

a') El *cese judicial o en virtud de resolución judicial* constituye la única forma de extinción del acogimiento judicial, de acuerdo con el art. 169.2, aunque también puede afectar al acogimiento administrativo en caso de que la Administración haya denegado su cese.

Se tramita en expediente de jurisdicción voluntaria que, conforme al art. 1828.4 Lec de 1881, puede iniciarse de oficio o a instancia de parte del menor o incapacitado, de su representante legal, de la Administración, del Ministerio Fiscal o de las personas acogedoras-. El auto que pone fin al expediente de cesación es susceptible de apelación (arts. 1826.3 y 1828.6 Lec de 1881).

b') El *cese extrajudicial o en virtud de resolución administrativa* sólo afecta al acogimiento administrativo. En particular, tiene lugar en los supuestos que se enuncian a continuación:

- cuando las personas que tienen acogido al menor o incapacitado así lo decidan y comuniquen a la entidad pública.

- a petición del tutor o de los titulares de la autoridad familiar que reclamen la compañía del menor o incapacitado, siempre que haya cesado la situación constitutiva de desamparo.

- cuando la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor o incapacitado lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste, lo que sucederá en aquellos casos en que los acogedores devengan sobrevenidamente inidóneos para cumplir las funciones inherentes al acogimiento.

E). *Vigilancia del Ministerio Fiscal*. La tutela automática, la guarda administrativa y el acogimiento están sometidos al control último del Ministerio Fiscal, según prevé el art. 164.1. De este modo, el legislador atribuye en exclusiva al Ministerio público la función de vigilancia de esta modalidad de tutela, prescindiéndose, sin embargo, de la presencia garante de la autoridad judicial, a diferencia de lo que sucede con la tutela ordinaria.

Esta función de vigilancia del Ministerio Fiscal se extiende a toda actuación de la Administración en materia de protección de menores e incapacitados. A tal efecto, el art. 164.2 impone a aquélla las obligaciones de darle noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores e incapacitados, de remitirle copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, modificación o cese de las tutelas, guardas y acogimientos, y de comunicarle cualquier novedad de interés en la circunstancias del menor o incapacitado. Por su parte, el Ministerio Fiscal tiene las obligaciones de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor o incapacitado y de promover ante el Juez las medidas de protección que estime convenientes (art. 164.3). En cualquier caso, según precisa el art. 164.4, la vigilancia del Ministerio Fiscal no exonera a la Administración de su responsabilidad por los daños que ocasione al menor o incapacitado en ejercicio de su función de guarda.

**BIBLIOGRAFÍA:** BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., "Apuntes sobre la Ley de 10 de noviembre de 2.003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Su aplicación en Aragón", *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo*, págs. 579-596; GARCÍA CANTERO, Gabriel, "Comentario a los artículos 15 a 18", en José Luis Lacruz Berdejo (dir.), *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. 1, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, págs. 495-562; "Ponencia", en *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, págs. 7-46; "El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas", en *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004; LACRUZ BERDEJO, J. L., "Informe sobre la Tutela", *Informes del Seminario (1954-1958)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, vol. 1, págs. 249-350; LÓPEZ AZCONA, A., "La autorización judicial de entrada en domicilio en ejecución de la declaración de desamparo", en *Aranzadi Civil*, 2001, págs. 1913-1943, y "Los menores extranjeros no acompañados", *Actas de los Decimoséptimos Encuentros del Foro*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 185-218; LA MATA RIVAS, F. "Artículos 15 a 18", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XXXIII, vol. 1, Madrid, 2000, págs. 260-311; MARTÍN OSANTE, L.C., "Menores e incapacitados en situación de desamparo", *Actas de los Decimoséptimos Encuentros del Foro*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 107-184; PARRA LUCÁN, M. A., "Tutela e ins-

tituciones tutelares en el Derecho catalán”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 20 y 21, 1994, págs. 77-178 y 73-181, PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles, «La familia en el Derecho civil de Aragón», en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VII. Aranzadi, Thomson Reuters, 2011, págs. 759-989; PARRA LUCÁN, M. A., GARCÍA CANO, T., OLIVÁN DEL CACHO, J., “Voluntades anticipadas (Autonomía personal: Voluntades anticipadas. Autotutela y Poderes preventivos)”, *Actas de los Decimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007; SANCHO CASAJÚS, C., “Intervención con menores en conflicto social: Reforma y protección”, *Actas de los Decimoséptimos Encuentros del Foro*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 219-270; LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada, «La autotutela y los mandatos de protección en el Derecho aragonés», en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2010, págs. 27-72; y VV.AA., *Memento experto: Derecho foral de Aragón*, Eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 109-161.

## §6. JUNTA DE PARIENTES

*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán*

### **1. Consideración general.**

El Título IV del Libro I del CDFa (arts. 170 a 182) se ocupa de la Junta de Parientes, estableciendo reglas generales de composición y funcionamiento de un órgano familiar, de origen consuetudinario, que tuvo su primera regulación sistemática en la Compilación de 1967 (arts. 20 a 22). La disp. transitoria primera del CDFa, en su segundo apartado, dispone que las normas contenidas en el Título IV del Libro I se aplicarán íntegramente, a partir del 23 de abril de 2007 (fecha de la entrada en vigor de La Ley de Derecho de la persona de 2006), cualquiera que sea la fecha del llamamiento a la Junta de Parientes.

Explica el Preámbulo del CDFa que la aceptación social de la Junta de Parientes, como alternativa a la intervención judicial cuando así lo permite la ley, ha motivado que el legislador aragonés haya ido añadiendo nuevos casos susceptibles de encauzarse a través de la Junta de Parientes. La regulación aragonesa de este órgano familiar, que puede participar en decisiones familiares importantes como alternativa a la intervención judicial, ha inspirado sin duda la regulación contenida en los arts. 236-30 y 424-6 CC Cataluña.

En el ámbito del Derecho de sucesiones (arts. 346.2, 366, 367 CDFa. y en el del Derecho de familia (arts. 184, 199, 230.d., 242, 259 CDFa. se prevé la intervención de la Junta en diversos supuestos. En el Derecho de la persona, hemos ido viendo en las páginas anteriores, cómo, entre otras intervenciones, la Junta está llamada a otorgar la autorización para que los representantes legales de los menores puedan disponer válidamente

de bienes de menores de catorce años, a prestar asistencia a los menores que han cumplido dicha edad, a dirimir divergencias entre los padres en el ejercicio de la autoridad familiar o sobre la titularidad de la autoridad familiar de personas distintas de los padres, si prefieren acudir a ella en lugar de al Juez, además del papel importante que puede desempeñar en la organización y funcionamiento de la tutela y en la guarda de hecho.

## 2. LLamamiento.

La Junta puede ser llamada a intervenir, además de por la Ley, por la costumbre (para un ejemplo de integración por la costumbre, en cuanto a su composición, del llamamiento a la Junta prevista en un acto jurídico v. la STSJA 13 junio 1995) o en virtud de un acto jurídico (un testamento, unas capitulaciones, un pacto sucesorio, una escritura pública acordando la intervención de la Junta). En este sentido, dispone el art. 170.1 CDFA que: “Si a virtud de disposiciones legales, de la costumbre o de acto jurídico, fueren llamados ciertos parientes para intervenir en determinados asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas, actuarán aquellos reunidos en Junta”.

Se añade, a continuación, que “cuando el llamamiento sea consecuencia de acuerdo de los interesados, este deberá constar en documento público” (art. 170.2). Parece razonable la exigencia de forma cuando las partes pactan la intervención de la Junta por dos razones: en primer lugar, porque en muchos casos es una alternativa a la intervención judicial y, en segundo lugar, por la eficacia que el art. 178.2 atribuye a la decisión de la Junta, que es la de impedir someter el mismo asunto a otro órgano.

La expresión *documento público* del art. 170 incluye, además del acuerdo recogido en escritura pública notarial, el posible acuerdo recogido en un convenio regulador aprobado judicialmente, pero también el acuerdo de conciliación homologado judicialmente (art. 415 Lec.). No es necesario, en cambio, el documento público cuando el llamamiento no sea “consecuencia de acuerdo de los interesados” (por ejemplo, testamento en documento privado).

El ámbito de actuación de la Junta vendrá determinado en cada caso por la norma (ley o costumbre) o por el acto jurídico en el que se prevea su intervención, con el límite de que no podrán ser asuntos sujetos a normas imperativas (art. 170.1). Esto significa que siempre que la Ley no regule una materia de forma imperativa, los particulares podrán someter la decisión de los conflictos que se susciten entre ellos en el ámbito familiar a la Junta de Parientes.

### 3. Reglas aplicables.

*A. Aplicación supletoria.* Las normas contenidas en el Título IV del Libro I del CDFa, acerca de la composición y funcionamiento de la Junta, son de aplicación supletoria respecto de lo que hayan previsto los particulares al hacer el llamamiento a la Junta. En este sentido, establece el art. 171.1 que: “La Junta de Parientes se regirá por las disposiciones del llamamiento y, en su defecto o para completarlas, por las reglas contenidas en el presente Título”.

*B. Llamamiento a no parientes.* Es posible que al amparo del *standum est chartae*, por acto jurídico sean llamadas personas determinadas o determinables, aunque no sean parientes, para intervenir en asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas. A esta hipótesis se refiere el art. 182 (*Llamamiento de no parientes*) estableciendo que, en tal caso, serán aplicables en lo pertinente las normas del Título de la Junta de Parientes.

*C. Fiducia colectiva.* En la actualidad, la fiducia colectiva, como recuerda el Preámbulo del CDFa, no es considerada propiamente como un supuesto de Junta de Parientes, y está regulada de manera específica dentro del Libro III (Derecho de sucesiones por causa de muerte) en el art. 460 CDFa. Con todo, el legislador ha considerado oportuno señalar que estas normas del Título IV relativas a la Junta de Parientes se aplican supletoriamente, en defecto o para completar su normativa específica, a su vez subsidiaria de las instrucciones del comitente (art. 171.2).

*D. Normas sobre cargos tutelares.* Es novedad destacable introducida por Ley de Derecho de la persona la previsión contenida hoy en el art. 171.3 CDFa conforme al cual, serán de aplicación supletoria a los miembros de la Junta de Parientes, en la medida que su naturaleza lo permita, las normas relativas a los cargos tutelares, especialmente en materia de causas de inhabilidad (art. 125), excusa (art. 126), remoción (art. 127) y responsabilidad (art. 106). La aplicación supletoria de lo previsto para el tutor supone el reforzamiento del carácter de oficio privado del cargo de miembro de la Junta de Parientes. El Código viene a configurar, de esta forma, el carácter de miembro de la Junta como un deber, en beneficio de la persona interesada (menor, incapaz) o, más genéricamente, de la familia (divergencias para fijar el domicilio). Este principio tiene un reflejo en otras disposiciones concretas del Título IV del Libro I, como lo dispuesto en el art. 176, en cuya virtud, la asistencia a la Junta es obligatoria.

La Junta de Parientes, sin embargo, carece del carácter institucional con vocación de permanencia en el tiempo propio del cargo de tutor.

Aunque está prevista la posibilidad de una Junta que actúe como órgano permanente (por ejemplo, como órgano de control del tutor, art. 175), la práctica habitual muestra intervenciones puntuales de la Junta de Parientes, que actúa cuando es requerida para ello (para otorgar una autorización, para resolver una controversia). En consecuencia, y con la finalidad de permitir la constitución y funcionamiento de la Junta de Parientes con la mayor agilidad, la ley regula de forma específica, con independencia de lo previsto para la tutela, la composición, así como la constitución y funcionamiento de la Junta de Parientes.

#### **4. Composición.**

La composición de la Junta puede estar determinada en el acto jurídico que reclama su intervención. En su defecto, dice el art. 172.1, que la Junta la formarán “los dos más próximos parientes capaces, mayores de edad y no incurso en causa de inidoneidad, uno por cada línea o grupo familiar”.

La nueva regulación se inspira en los criterios de la Compilación de 1967, pero establece una única norma sobre composición, que es aplicable tanto a la Junta que se constituye y actúa bajo fe notarial (art. 174) como a la Junta constituida judicialmente (art. 175), a diferencia de lo que sucedía en la Compilación (art. 20 apartados 3 y 5).

El Código aclara que, en igualdad de grado, será preferido el de más edad, salvo entre ascendientes, en cuyo caso se preferirá al de menos. Cuando la Junta esté llamada a intervenir en asuntos de dos personas (cónyuges, por ejemplo) se formará con un pariente de cada una de ellas (art. 172.2).

El art. 173 se ocupa de las causas que hacen inidóneos a quienes incurran en ellas para ser miembros de la Junta de Parientes: a) Los parientes que hayan sido expresamente excluidos de ella en documento público o testamento. b) Los que tengan un interés personal directo en la decisión a tomar por ella. c) Los que tengan enemistad manifiesta con la persona interesada. d) Los que estén excluidos, privados o suspendidos de la autoridad familiar, así como los excluidos o removidos del cargo tutelar, sobre el menor o incapacitado de cuya Junta se trate.

No parece que se hayan planteado problemas en la práctica, pero de manera razonable, se establecen unas causas de idoneidad que tienen en cuenta la voluntad de quienes han llamado a intervenir a la Junta (letra a.) o, en general, causas que permiten dudar de la imparcialidad (letras b. y c.) o de la aptitud del llamado (letra d.) para actuar decidiendo lo mejor para el interesado, menor, incapacitado o cónyuge.

Alguna de estas causas coinciden con las causas de inhabilidad previstas en el art. 125 para la tutela (por ejemplo, enemistad manifiesta con el interesado). Puesto que el art. 171.3 reclama la aplicación supletoria del art. 125 a los miembros de la Junta de Parientes, será preciso tener en cuenta las demás causas de inhabilidad para el desempeño de las funciones tutelares así como la posibilidad, en su caso, de dispensa.

## 5. Constitución.

La Ley regula una constitución y funcionamiento bajo fe notarial y una constitución judicial de la Junta de Parientes (arts. 174 y 175). La primera es la regla general. La segunda procede sólo en los casos previstos en la ley.

*A. Constitución y funcionamiento bajo fe notarial.* Recogiendo la práctica habitual bajo la vigencia de la Compilación, el art. 175 CDFa establece que “sin necesidad de ninguna formalidad previa, podrá reunirse y acordar válidamente la Junta de Parientes cada vez que, hallándose juntos sus miembros, decidan por unanimidad bajo fe notarial para asunto o asuntos determinados”.

Lo acordado por unanimidad de los miembros de la Junta bajo fe notarial será válido sin necesidad de ninguna formalidad previa de convocatoria o designación. A estas decisiones será aplicable lo dispuesto en el art. 178 CDFa sobre eficacia de las decisiones: “Las decisiones de la Junta de Parientes se presumen válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez”.

La exigencia de unanimidad es evidente cuando sólo son dos los miembros de la Junta. Si la Junta, por haberlo previsto así las disposiciones del llamamiento, es más numerosa, igualmente se requiere la unanimidad (cfr. art. 21 Comp., que exigía mayoría absoluta).

Los miembros de la Junta serán los designados en el acto jurídico que prevea su intervención o, en su defecto, los señalados en el art. 172 CDFa.

Los criterios de composición del art. 172 deben ser comprobados por el notario fácilmente de manera documental (pertenencia a cada una de las líneas de la familia, proximidad de grado). El notario puede apreciar también la excusa de un pariente más próximo (por razones de edad, o enfermedad, por ejemplo, cfr. art. 126) y permitir así la constitución de la Junta con otro pariente menos próximo. Si el notario entiende que la Junta no está bien constituida con las personas que comparecen, será preciso acudir a la constitución judicial (art. 175).

Al notario puede resultarle difícil de controlar la idoneidad de los miembros de la Junta que comparecen en su oficina: en el caso de que interviniera un pariente inidóneo, el acuerdo de la Junta podrá impugnarse conforme a lo dispuesto en el art. 179.2 de la Ley.

*B. Constitución judicial y funcionamiento de esta Junta.* La Ley contempla la posibilidad de que la Junta de Parientes sea constituida por el Juez cuando “en documento público se haya configurado como órgano permanente, así como cuando no se quiera o pueda constituir bajo fe notarial” (art. 175.1).

La constitución judicial sólo tendrá lugar en los casos previstos en la Ley:

*a)* Junta prevista en documento público como órgano permanente (por ejemplo, como órgano fiscalizador de la tutela, al amparo de los art. 108).

*b)* Cuando no se quiera o no se pueda constituir la Junta bajo fe notarial: por ejemplo, porque no hay voluntad de los llamados para reunirse, o porque los llamados desatienden los requerimientos realizados convocando una reunión, o porque el notario entiende que los comparecientes no son los que deben formar la Junta.

Tanto en un caso como en otro, una vez constituida, funcionará la Junta en la forma que los vocales decidan, tomando sus acuerdos por unanimidad de quienes la integran. De los acuerdos se levantará acta, que firmarán todos (art. 175.3: cfr. art. 21.1 Comp.). Esto significa que, después de su constitución judicial, la Junta actúa con autonomía, y no necesita actuar bajo control judicial ni, tampoco, necesariamente, bajo fe notarial. Podrá actuar compareciendo ante notario o, si lo prefieren, en reunión de sus miembros recogiendo los acuerdos en documento privado.

La constitución de la Junta por el Juez, en los casos que procede, tiene lugar a instancia de parte interesada (el menor, el cónyuge, las personas llamadas a integrar la Junta) y es competente el Juez del domicilio de la persona o familia de cuya Junta se trate. Su constitución tiene lugar en expediente de jurisdicción voluntaria, según establece el art. 175.1 i.f., recogiendo la práctica anterior. Puesto que no está previsto en la regulación de la jurisdicción voluntaria el procedimiento para la constitución judicial de la Junta de Parientes podrán aplicarse por analogía las reglas previstas para la designación de tutor.

Conforme al art. 175.2, si la composición de la Junta no estuviese determinada, el Juez la formará teniendo en cuenta los criterios del artículo 172, pero podrá, motivadamente, apartarse de ellos. El Juez debe tener en

cuenta las causas de inidoneidad, pero también la posibilidad de que alguno de los llamados por la disposición voluntaria o por la ley se excuse (art. 126).

Continúa diciendo el art. 175.2 que, de la misma forma, el Juez podrá cubrir las vacantes que se produzcan por fallecimiento, renuncia, pérdida de idoneidad o incumplimiento de los deberes propios, previa remoción del cargo en los dos últimos supuestos.

## **6. Procedimiento.**

En la Junta constituida bajo fe notarial, la constitución y el funcionamiento para un acto concreto coinciden en el mismo acto. Para la Junta constituida bajo fe notarial, el art. 174 no impone ninguna formalidad previa, si bien en la práctica no será raro que el interesado, o su representante, requieran a los llamados por las disposiciones voluntarias o por la ley (art. 172) a una reunión de la Junta para adoptar la decisión de que se trate.

Para la Junta constituida judicialmente, el art. 175.3 permite el funcionamiento que los vocales nombrados decidan. Esta libertad de funcionamiento tiene, sin embargo, algunos límites que resultan de lo dispuesto en la propia ley.

En todo caso, los acuerdos de la Junta deben ser adoptados por unanimidad (para la Junta bajo fe notarial, art. 174; para la constituida judicialmente, art. 175.3). Conforme al art. 177, “las decisiones de la Junta serán tomadas mediante deliberación conjunta, conforme al leal saber y entender de los vocales, y con libertad de procedimiento”.

Parece razonable que la ley no fije un procedimiento, pero que en cambio sí ordene que exista una deliberación de los miembros de la Junta: no tanto por el respeto a las minorías, como señalaba la doctrina para el Derecho anterior, donde los acuerdos se adoptaban por mayoría absoluta, sino por la atención que requieren los delicados asuntos que se someten a la consideración de la Junta. La libertad de procedimiento se refiere, entonces, a los trámites a seguir, pero no significa una supresión de las formas.

También merece un juicio favorable la referencia que hace la ley a que la decisión es conforme al leal saber y entender de los miembros de la Junta, lo que excluye las decisiones arbitrarias y por puro capricho de los vocales, que deberán decidir en cada caso atendiendo, en equidad, a lo que resulte más adecuado a las circunstancias e intereses de los afectados por la decisión que se someta a la intervención de la Junta.

Por la trascendencia de los asuntos familiares que pueden someterse a la Junta de Parientes, el Código ha atribuido a ésta una cualidad de oficio familiar de cuyo cumplimiento sólo es posible liberarse invocando la oportuna excusa (arts. 171.3 y 126). Esto explica que la asistencia a la Junta sea obligatoria y que, en atención a su carácter de confianza a tal deber se le atribuya la condición de personalísimo, y deba asistirse personalmente (art. 176.1). La consecuencia del incumplimiento de esta obligación es la indemnización de los daños ocasionados: “Quien falte a la reunión sin causa justificada responderá de los daños y perjuicios” (art. 176.1 i.f.: por ejemplo, pérdida de la ocasión de una enajenación provechosa, para la que se requería autorización). Esta indemnización de daños, si no se cumple voluntariamente, sólo podrá ser fijada por el Juez.

Conforme al art. 176.2, los gastos legítimos ocasionados por la reunión de la Junta serán de cuenta de aquellos que la motivan.

## 7. Validez y eficacia de las decisiones de la Junta.

*A. Validez y eficacia. a) Eficacia.* Se trata de una cuestión de gran trascendencia sobre la que la doctrina, en ausencia de una norma clara, no había alcanzado un acuerdo unánime como consecuencia, tanto de la pluralidad de supuestos en que está llamada a actuar la Junta como de la distinta naturaleza de sus intervenciones.

El Código del Derecho Foral se ocupa ahora de esta materia, zanjando antiguas polémicas, en el art. 178, conforme al cual: “1. Las decisiones de la Junta de Parientes se presumen válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez. 2. La decisión de la Junta, aunque sea negativa, impedirá someter el mismo asunto a otro órgano de decisión, incluso si este hubiera podido intervenir en él de forma alternativa o subsidiaria. 3. La decisión de la Junta de Parientes que resuelva una controversia sometida a su juicio por acuerdo de las partes tendrá, si no han pactado otra cosa, la fuerza de obligar de un contrato. 4. Lo decidido podrá ser sometido nuevamente a la Junta o al Juez cuando con posterioridad ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión”.

En primer lugar, es evidente que las decisiones de la Junta, adoptadas conforme a las normas que regulan su constitución y funcionamiento, son válidas. En un paso más, el art. 178.1 establece una presunción de validez, lo que significa que deben tenerse por válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez. Se trata de una presunción *iuris tantum* que impone la carga de impugnar judicialmente la decisión de la Junta a quien quiera negar su validez.

Merece también un juicio acertado lo dispuesto en el art. 178.2, que impide someter el mismo asunto a otro órgano de decisión (el defensor judicial, el Juez, según los casos), incluso si este hubiera podido intervenir en él de forma alternativa o subsidiaria. No contradice la regla lo dispuesto en el art. 178.4, porque si lo decidido puede ser sometido nuevamente a la Junta o al Juez es porque, con posterioridad, ha ocurrido o se conoce algún hecho de relevancia para la decisión. No se trata, por tanto, exactamente de una revisión de lo decidido por la Junta, sino del sometimiento de un asunto al Juez o a la Junta cuando hay, o se descubren, nuevas circunstancias. Pero esto no significa que se excluya el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 Const.).

Aunque la ley no lo diga expresamente, porque no hace falta, nada impide que en un proceso ordinario puedan las partes interesadas o el Juez, según las circunstancias, analizar el tema de que se trate en cuanto al fondo. Cuando la intervención de la Junta es requisito de validez de un acto jurídico (prestar previa autorización, asistencia) puede considerarse como equivalente a la intervención del Juez en los procedimientos de jurisdicción voluntaria que, como es sabido, carece de la eficacia de la cosa juzgada. Cuando la Junta actúa en representación del menor (cfr. art. 13), su actuación debe ser tratada como la de cualquier otro representante. Finalmente, cuando la decisión de la Junta de Parientes resuelve una controversia sometida a su juicio por acuerdo de las partes tendrá, si no han pactado otra cosa, la fuerza de obligar de un contrato (art. 178.3).

Este último era el caso que podría haber sido más discutido, pero el Código del Derecho Foral lo resuelve de modo coherente con el Derecho procesal: la ley aragonesa no puede crear tribunales, ni siquiera tribunales familiares, para lo que se requeriría una Ley Orgánica (art. 122 Const.), por lo que las decisiones de la Junta no pueden tener el valor de una sentencia ni siquiera cuando resuelve una controversia.

Si el sometimiento de la controversia a la decisión de la Junta no cumple todas las exigencias impuestas por la Ley de arbitraje de 23 de diciembre de 2003 (incluida la ausencia de relación personal de los árbitros con las partes, art. 17) la decisión de la Junta tampoco puede tener la eficacia del laudo arbitral, que el ordenamiento español considera como un equivalente jurisdiccional (admitiendo la declinatoria para excluir el conocimiento de los tribunales, art. 11, atribuyendo al laudo eficacia de cosa juzgada, art. 43 y fuerza ejecutiva, art. 44).

Desde este punto de vista, la eficacia que el art. 178.3 CDFA atribuye a la decisión de la Junta deriva de la fuerza del *standum est chartae*, y por

tanto carece de fuerza ejecutiva y no produce cosa juzgada. Si las partes no lo cumplen voluntariamente será preciso acudir al Juez y el Juez respetará la decisión de la Junta igual que si lo decidido por ella se hubiera pactado por las partes en un contrato.

*b) Falta de acuerdo de la Junta.* Establece el art. 181 (cfr. arts. 21.3 y 4 Comp.) que en los casos de competencia preferente o alternativa de la Junta de Parientes si, solicitada su intervención transcurre un mes sin haber obtenido acuerdo, se podrá optar por acudir a la decisión judicial o, en su caso, al nombramiento de un defensor judicial (de manera coherente con los casos en que la competencia de la Junta es alternativa con la de un defensor judicial: cfr. art. 13).

La norma atiende a los casos en los que bien por inactividad, bien por falta de acuerdo entre los miembros, la Junta no alcanza un acuerdo. Para poner fin a la situación de parálisis la ley permite que, pasado un mes desde que se solicitara la intervención de la Junta, puede optarse por acudir al Juez o al nombramiento de un defensor judicial. No se dice que la Junta no pueda decidir válidamente pasado el mes, sino que los interesados podrán optar por la otra alternativa que la ley pone a su disposición.

*B. Invalidez.* Inspirándose en el anteproyecto de Compilación de 1963, y en lo dispuesto en la Comp. navarra para la impugnación de los acuerdos de los "Parientes Mayores", el art. 179 CDEA prevé que la invalidez de las decisiones de la Junta puede tener su origen en vicios materiales o en defectos formales.

Conforme al art. 179.1: "A los vicios materiales en las decisiones de la Junta se aplicará la regulación de los contratos en el Código civil". Añade el art. 179.2 que los defectos formales en la constitución o funcionamiento de la Junta de Parientes, que no sean de mero trámite, acarrearán la nulidad absoluta de sus acuerdos.

Puede resultar difícil definir con precisión qué debe entenderse por vicios materiales y por defectos formales. Cabe pensar que estarán incluidos entre los primeros los consistentes en error, dolo o intimidación padecidos por los vocales de la Junta en la adopción de su decisión. La consecuencia que resulta de la remisión a la regulación de los contratos en el Código civil es la aplicación del régimen de anulabilidad (arts. 1300 y ss.). Parece que podría considerarse también vicio material la adopción de una decisión sobre asunto sujeto a norma imperativa (en cuyo caso procedería la nulidad absoluta) o sobre asunto no sometido a la Junta por los interesados, aunque en cada caso deberá analizarse el tipo de invalidez que procede.

Los defectos formales en la constitución o en el funcionamiento de la Junta que acarrearán la nulidad absoluta de los acuerdos vendrán determinados por la constitución de la Junta por personas que, según la designación voluntaria o la ley, no deban componerla.

El art. 180 establece un cauce procesal para hacer valer la invalidez de los acuerdos de la Junta: “Los procesos para la declaración de invalidez de acuerdos de la Junta se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado a los demandados y, cuando proceda, al Ministerio Fiscal, para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo previsto en el artículo 405 de la Ley de enjuiciamiento civil” (cfr. con lo dispuesto, para otro caso, en el art. 753 Lec.).

**BIBLIOGRAFÍA:** BONET NAVARRO, Á., PASTOR OLIVER, A. L., LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “La Junta de Parientes. Supuestos actuales. Su posible extensión a otros”, en *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, págs. 107-156; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Artículos 20 a 22”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XXXIII, vol. 1, Madrid, 2000, págs. 327-362; SAPENA TOMÁS, Joaquín, “Comentario a los artículos 20 a 22”, en José Luis Lacruz Berdejo (dir.), *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. 1, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, págs. 563-604; BERNAD MAINAR, R., *La Junta de Parientes en el Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999; AGUSTÍN BONAGA, F., ARGUDO PÉREZ, J. L., ARBUÉS AÍSA, D., «La junta de parientes en la nueva regulación de la Ley de Derecho de la persona: Composición y funcionamiento», en *Actas de los Decimoséptimos Encuentros del Foro*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, ESCUDERO RANERA, P., «De la Junta de Parientes», en Merino Hernández, José Luis (coordina), *Manual de Derecho aragonés de la persona*, ed. propia de los autores, Zaragoza, 2009.



### **III.- DERECHO DE LA FAMILIA**



## § 7. DERECHO DE LA FAMILIA MATRIMONIAL. EFECTOS GENERALES DEL MATRIMONIO

*José Antonio Serrano García*

### **1. El Derecho de la familia matrimonial.**

*A. La familia matrimonial en el Libro Segundo.* El Libro Segundo del CDFA, *Derecho de la familia*, incluye, en primer lugar y en el mismo orden que tienen en la Ley de procedencia, los cinco Títulos de que consta la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad (modificada por la Ley de Derecho de la persona de 2006, de la que procede la redacción de los actuales arts. 199, 242 y 245), referidos todos ellos a la familia matrimonial, y añade como Título VI, rubricado *De las parejas estables no casadas*, el articulado procedente de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (modificada por las Leyes 2/2004, de 3 de mayo, y 2/2010, de 26 de mayo).

El contenido normativo del Derecho de la familia matrimonial está estructurado, por tanto, en los cinco primeros Títulos del Libro Segundo. El Primero regula los *Efectos generales del matrimonio* (arts. 183-194), personales y patrimoniales, con normas aplicables a todo matrimonio regido por el Derecho aragonés cualquiera que sea su régimen económico.

El Título II se dedica a *los capítulos matrimoniales*, arts. 195 a 202.

El Título III regula *el régimen económico matrimonial de separación de bienes*, arts. 203 a 209. Materia nueva introducida en el Derecho aragonés en la reforma de 2003.

El Título IV se ocupa *del consorcio conyugal* que es el nombre propio que desde 2003 tiene el régimen económico matrimonial legal aragonés,

de marcado carácter comunitario. La regulación se extiende desde el art. 210 al 270 y se halla dividida en cuatro capítulos (I: *Bienes comunes y privativos*; II: *Deudas comunes y privativas*; III: *Gestión del consorcio*, y IV: *Disolución, liquidación y división del consorcio*), algunos subdivididos en secciones.

Por último, el Título V, arts. 271 a 302, trata de *la viudedad*, con unas *disposiciones generales* (capítulo primero), seguidas de la regulación del *derecho de viudedad durante el matrimonio* (capítulo II) y *el usufructo viudal* (capítulos III).

Como dice el Preámbulo (núm. 15), la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, desarrolla y pone al día la regulación de las relaciones patrimoniales en la familia matrimonial, incluida la institución de la viudedad. La mayor parte de las normas de Derecho de familia de la Compilación, basadas en la experiencia histórica de siglos, quedan incorporadas a la nueva regulación que proporciona a las mismas un marco general que sirve de contexto sistemático y hace más fácil su interpretación, evitando las dudas sobre la pertinencia de acudir al Código civil para darles respuesta. El Código civil, como Derecho general del Estado, sigue siendo supletorio del Derecho civil de Aragón, pero la nueva regulación tiene buen cuidado de incluir normas propias en todos los casos en que el hipotético recurso al Código civil era más claramente perturbador, así como de construir un sistema cuyos principios sean siempre preferentes a los enunciados de aquél, de acuerdo con el artículo 1 del Código del Derecho Foral (*vid.*, entre otras, Ss. TSJA 8 marzo 2005, 27 febrero 2006, 15 marzo 2007).

Es, por tanto, una regulación moderna y extensa, completa y autosuficiente, sin remisiones ni lagunas, que ya no necesita del Derecho supletorio.

La DT 8ª parte del principio de aplicación inmediata de las normas de los Títulos Primero, II, III, IV y V del Libro Segundo, desde el 23 de abril de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2003, cualquiera que fuese la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo viudal, con las excepciones señaladas en las DDTT 9ª, 10ª y 11ª (sobre Derecho transitorio *vid.* entre otras, SsTSJA, 1 junio y 8 julio 2005, 27 febrero 2006, 28 septiembre 2007, 14 mayo 2010).

Conviene recordar aquí que los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo se hallan regulados en los arts. 75 a 84 del Código aragonés, aplicables también a las crisis matrimoniales con el consiguiente desplazamiento de los arts. 90 a 106 del Código civil.

*B. Otras legislaciones que inciden en la materia.* Para decidir sobre la aplicación de la normativa aragonesa relativa a la familia matrimonial hay que tener en cuenta las normas del Código civil sobre Derecho interregional privado, que remiten a las del Derecho internacional privado (arts. 16.3, 9º.2 y 9º.3 Cc.). *Vid.* SsTSJA 10 marzo 1999, 1 junio 2005.

Fuera del Código civil, habrá que tener en cuenta la legislación hipotecaria, en cuanto sea de aplicación general, sobre inscripción de bienes de los cónyuges y del consorcio conyugal (arts. 89 a 96 Rh.), así como sobre anotación de embargo en bienes de los cónyuges (art. 144 Rh.).

También la legislación procesal civil general es de aplicación, en especial el art. 541 Lec., sobre ejecución en bienes gananciales (el art. 225.1 remite a él), y el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811 Lec.).

## **2. Características de la economía del matrimonio en Aragón.**

*A. Contenido: Régimen económico matrimonial y viudedad.* La mayor parte del Derecho de la familia matrimonial es de contenido económico. *El matrimonio constituye una comunidad de vida entre los cónyuges* (art. 183.1) que origina, junto a los efectos personales, unas relaciones económicas entre ellos y con los terceros que necesitan de una regulación que atienda a la titularidad de los bienes, que señale los poderes de administración y disposición, las posibilidades de endeudarse y responsabilizar a los bienes del matrimonio, las causas de disolución del régimen, las reglas para su liquidación, división y adjudicación.

Este es el contenido propio de los regímenes económicos del matrimonio, que los cónyuges pueden ordenar por sí mismos en *capitulaciones matrimoniales*, pero que, en su defecto o para completar lo pactado en tanto lo permita su respectiva naturaleza, es la ley la que lo disciplina (art. 193); el régimen económico matrimonial legal aragonés se llama *consorcio conyugal* y es un régimen de comunidad parcial, de fuerte impronta comunitaria, regulado en el Título IV; también se regula *el régimen económico matrimonial de separación de bienes*, que es aplicable cuando así lo hayan acordado los cónyuges en capitulaciones matrimoniales y en todo caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otro régimen (art. 203).

Los capítulos matrimoniales, el régimen de separación de bienes y el consorcio conyugal son tres importantes elementos del sistema de economía del matrimonio en Aragón, a los que hay que añadir un cuarto, original y característico de esta tierra, que es la viudedad.

Como dice el Preámbulo (núm. 16), el artículo 192 señala que *la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca*, con independencia del régimen económico de su matrimonio y como efecto de la celebración de éste en todo caso. Este criterio, acorde con el Derecho tradicional y vivido así en nuestros días, armoniza con la declaración contenida en el artículo 271, según el cual el derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen matrimonial, y con la referencia que hace el artículo 205 a la conservación del derecho de viudedad también cuando resulta aplicable el régimen de separación, único caso en el que podría suscitarse alguna duda y en el que, naturalmente, cabe la renuncia a la viudedad si los cónyuges así lo desean.

*B. Características tradicionales.* Otras características que históricamente han definido y dotado de originalidad al sistema aragonés de economía matrimonial, algunas de ellas hoy ya asumidas por muchos otros sistemas, son:

a) *La libertad para capitular.* Es tradicional la libertad de pactar el régimen de bienes antes y durante el matrimonio (art. 197.1); la libertad de regulación de las relaciones familiares es un principio general plasmado en el art. 185. La libertad de pacto se refleja en campos como el de la contribución a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 187) o la gestión de los bienes comunes (art. 229).

b) *La libertad de los cónyuges para contratar entre sí.* Es también tradicional la libertad de los cónyuges de hacerse donaciones y celebrar toda clase de contratos entre sí, que ahora, mudado el contexto prohibitivo del Código civil, se reconoce como una parte más del principio de libertad de regulación de los cónyuges (art. 185), que pueden otorgar entre sí, fuera o dentro de capítulos (art. 199.2), los actos y contratos que crean convenientes.

c) *La libertad para acordar la condición jurídica de los bienes.* Igualmente es tradicional la libertad de pactar sobre la condición jurídica consorcial o privativa de los bienes de los cónyuges (la fórmula clásica era la de *muebles por sitios o sitios por muebles*). Esta libertad de pacto tiene ahora su formulación general en el art. 215 (*Ampliación o restricción de la comunidad*).

d) *Las instituciones familiares consuetudinarias.* Más en el pasado que ahora, es posible que en la economía del matrimonio incidan estipulaciones capitulares que hagan referencia a instituciones familiares consuetudinarias, tales como “hermandad llana”, “agermanamiento o casamiento al más viviente”, “casamiento en casa”, “acogimiento o casamiento a sobre bienes”, etc. (arts. 201 y 202).

C) *Otras características*. Como nuevas características derivadas de la regulación vigente pueden citarse:

a) La regulación de los *efectos generales del matrimonio* en un Título en el que se abordan cuestiones como los efectos personales, el domicilio familiar, la dirección de la vida familiar, la satisfacción de las necesidades familiares, el deber de información recíproca, la vivienda familiar, los mandatos entre cónyuges o los derechos de terceros.

b) La regulación del *régimen económico matrimonial de separación de bienes*.

c) La regulación, bastante completa, de *la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal* (arts. 250 a 257) y que existirá hasta la división y adjudicación de los bienes del patrimonio común, cualquiera que haya sido la causa de la disolución, aunque con las tradicionales normas específicas para el caso de disolución por muerte (art. 253); en cambio desde 2003 ya no existe la regulación de la especial “comunidad conyugal continuada” que había introducido, sin mucho éxito, la Compilación de 1967.

d) La adecuada combinación del principio de igualdad y el de libertad en la gestión de los bienes comunes. Ambos cónyuges son iguales (art. 183.1), pero ello no impide que pueden pactar sobre la gestión del patrimonio común sin otros límites que los genéricos del *standum est chartae* (arts. 195 y 229).

### **3. El Título Primero del Libro Segundo: *Los efectos generales del matrimonio*.**

El Título Primero, bajo la rúbrica de *efectos generales del matrimonio*, incluye doce artículos (del 183 al 194) de disposiciones generales sobre efectos personales y patrimoniales de la familia matrimonial, es decir, aplicables a todo matrimonio regido por el Derecho aragonés cualquiera que sea su régimen económico, por tanto, con independencia de si su economía se rige por un estatuto de comunidad, de separación o de cualquier otra clase. Las normas generales sobre la economía del matrimonio suelen conocerse también como “régimen económico matrimonial primario”.

Con estas disposiciones generales, como dice el Preámbulo, se proporciona al conjunto de la regulación de la economía del matrimonio un marco general que sirve de contexto sistemático y hace más fácil su interpretación, evitando las dudas sobre la pertinencia de acudir al Código civil para darles respuesta.

Una parte de estas disposiciones se encontraba, sustancialmente, en la Compilación, en las normas sobre el régimen legal (satisfacción de las necesidades familiares, dirección de la vida familiar, vivienda familiar), y, por tanto, con vocación de aplicarse en todos los casos; otras se hallaban en otros lugares de la Compilación (libertad de pacto, régimen paccionado y régimen legal, contratación entre cónyuges, derechos de terceros, derecho de viudedad); algunas otras proceden del Derecho supletorio (efectos personales del matrimonio, domicilio familiar, deber de información recíproca, mandatos entre cónyuges).

Son disposiciones generales pero bastante heterogéneas en su contenido. Reunir en un mismo Título todas estas normas contribuye a dibujar los rasgos que el legislador considera fundamentales en toda comunidad de vida matrimonial y permite señalar expresamente el carácter imperativo de buena parte de ellas, en contraste con el principio de libertad de regulación propio de la economía del matrimonio. En efecto, el art. 185.2 indica que las normas de los arts. 183 (*Comunidad de vida*), 184 (*Domicilio familiar*), 186 a 190 (*Dirección de la vida familiar, Satisfacción de las necesidades familiares, Deber de información recíproca, Responsabilidad frente a terceros y Vivienda familiar*) y 194 (*Derechos de terceros*) son imperativas; solo no lo son, por tanto, las de los arts. 191 (*Mandatos entre cónyuges*), 192 (*Derecho de viudedad*) y 193 (*Régimen económico matrimonial*).

#### **4. Los efectos personales del matrimonio.**

*A. Enlace con la regulación estatal sobre el vínculo matrimonial.* El matrimonio origina entre los cónyuges, sean del mismo o de diferente sexo (art. 44 cc.), una relación de carácter sumamente complejo que tiene su reflejo tanto en la esfera personal como en la patrimonial de los cónyuges.

La regulación legal de los efectos personales del matrimonio no es materia reservada en exclusiva al Estado. Por ello, el art. 183 arranca de la comunidad de vida entre los cónyuges que el matrimonio constituye en la que ambos son iguales en derechos y obligaciones, que enuncia en su ap. 2, enlazando así con las determinaciones legales sobre el vínculo matrimonial contenidas en el Código civil (arts. 42 a 65), dentro del ámbito de la competencia exclusiva que al Estado reserva el art. 149.1.8<sup>a</sup> Const. en materia de *relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio* (Preámbulo, núm. 16).

Las normas del art. 183 (*Comunidad de vida*) son imperativas por declaración expresa del art. 185.2 y, por tanto, son un límite a la libertad de los cónyuges para regular sus relaciones familiares, que no podrán pactar la

supresión o modificación de los efectos personales que la ley deriva del estado de casado.

Estas normas aragonesas sustituyen y desplazan en su ámbito de aplicación a las contenidas en los arts. 66 a 68 Cc. y, aunque su contenido es prácticamente idéntico y la forma de celebración del matrimonio es materia de competencia exclusiva del Estado, sería más coherente con la diversidad legislativa existente que fueran las normas aragonesas las que tuviera que leer el Juez, Alcalde o funcionario (art. 58 Cc.) cuando los efectos del matrimonio que se celebre ante él se rijan por la legislación aragonesa.

*B. El principio de igualdad.* La proclamación constitucional de la plena igualdad jurídica del hombre y la mujer en el matrimonio (art. 32.1 Const.) tiene su concreción en el art. 183.1 de nuestro Código que dice que *ambos (cónyuges) son iguales en derechos y obligaciones*. En consecuencia, los dos cónyuges, sean del mismo o de diferente sexo (art. 44 Cc.), son personas absolutamente en pie de igualdad, ambas tienen los mismos poderes y los mismos límites y, por otra parte, al no estar ninguna de ellas en posición de superioridad, entiende el legislador que tampoco lo está en situación de ser especialmente protegida (Preámbulo núm. 22).

El matrimonio no restringe la capacidad de obrar de los cónyuges y ninguno de ellos puede atribuirse la representación del otro sin que le haya sido conferida (art. 71 Cc.).

El principio de igualdad entre cónyuges es un límite imperativo tanto para el legislador ordinario como para la libertad de autorregulación de los cónyuges (art. 185.2). Así, el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges de forma imperativa (arts. 186 y 227.1), y también son imperativos los deberes de información recíproca (arts. 188 y 227.3), de contribución a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 187.1) y de actuación con la debida diligencia y teniendo en cuenta el interés de la familia (art. 227.2).

No obstante, junto al principio de igualdad está el de libertad de regulación. Los cónyuges pueden, por ejemplo, pactar sobre su respectiva contribución a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 187.2), o sobre la gestión del patrimonio común (art. 229), sin otros límites que los genéricos del principio *standum est chartae*.

*C. Los derechos y obligaciones de los cónyuges.* Los cónyuges (marido y mujer, normalmente) tienen los mismos derechos y obligaciones. La enumeración la hace el art. 183.2, coincidiendo sustancialmente con la conte-

nida en los arts. 67 y 68 Cc.: *Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente, vivir juntos, guardarse fidelidad y actuar en interés de la familia.*

Son derechos y obligaciones que corresponden indistintamente a un cónyuge respecto del otro (recíprocos), cuyo contenido, aunque de difícil coercibilidad, constituye un mínimo imperativo para los cónyuges quienes no pueden suprimirlos o alterarlos, aunque es posible el pacto para concretar la forma de su cumplimiento en el caso concreto.

a) *El deber de respeto mutuo.* Este deber va unido a los derechos de la personalidad de cada uno de los cónyuges, derechos individuales que no deben quedar sacrificados por la vida en matrimonio. Cada cónyuge debe respetar la esfera privada del otro y los derechos individuales de toda persona, así como tener para con el otro una conducta considerada y cortés.

b) *El deber de ayuda mutua.* Los cónyuges deben ayudarse mutuamente, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, en la medida de sus respectivas posibilidades y necesidades. Esta ayuda se materializará, normalmente, a través del cumplimiento del *deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares con la atención directa al hogar y a los hijos, la dedicación de sus bienes al uso familiar, la remuneración de su trabajo, los rendimientos de sus capitales y otros ingresos y, en último término, con su patrimonio* (art. 187.1). El art. 1.318.2 Cc. contempla la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares por incumplimiento del deber de contribución. En última instancia, la ayuda mutua entre cónyuges podrá exigirse por la vía de los alimentos entre parientes de los arts. 142 y ss. del Código civil. La STC Sala 2ª, 45/1989, de 20 febrero, dice que la libertad de capitulaciones no puede dispensar a los esposos del deber de socorro mutuo ni de contribuir a los gastos comunes.

c) *El deber de convivencia.* El derecho y la obligación de los cónyuges de vivir juntos es algo connatural a la *comunidad de vida* que el matrimonio constituye entre ellos, de modo que lo normal es que la vida en matrimonio conlleve unidad de techo, lecho y mantel. No obstante, no se incumple el deber de convivencia cuando, por diversas circunstancias, los cónyuges viven separados, siempre que conserven la intención de vivir juntos en cuanto les sea posible. Por el contrario, puede faltar la convivencia conyugal aunque los cónyuges vivan en el mismo domicilio (como decía el art. 87 Cc.). Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos (art. 69 Cc.). No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda (de nulidad, separación o

divorcio) o solicitud de medidas provisionales (art. 105 Cc.); esta solicitud le permite vivir separado otros treinta días hasta la presentación de la demanda (art. 104 Cc.). Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, los cónyuges pueden vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal (art. 102. 1º Cc.).

*d) El deber de fidelidad.* Los cónyuges deben guardarse fidelidad, lo que conlleva una recíproca disponibilidad sexual, pero también una exclusividad de las relaciones sexuales entre los cónyuges, con reprobación de las relaciones con terceros. La norma es imperativa y hace que no valgan los pactos de dispensa mutua o unilateral. No obstante, quien haya concedido la dispensa no podrá alegar infracción del deber de fidelidad.

*e) El deber de actuar en interés de la familia.* Por último, los cónyuges deben actuar en interés de la familia o, como dice con mayor precisión el art. 227.2, *teniendo en cuenta el interés de la familia*. En las actuaciones conjuntas o colegiadas de los cónyuges ambos deben actuar en interés de la familia, también cuando por separado intervienen en asuntos familiares; en cambio, en sus asuntos personales y en la gestión de sus bienes privativos no es necesario que decidan en función de lo que sea mejor para el interés familiar, sino que basta con que tengan en cuenta el interés de la familia y eviten dañarlo o perjudicarlo. En todo caso, este deber les obliga a gestionar, tanto el patrimonio común como los suyos privativos, con la debida diligencia (art. 227.2) y a informarse recíprocamente sobre la gestión, así como sobre los resultados económicos de la profesión o negocio que ejerzan (art. 227.3).

## 5. El domicilio familiar.

La comunidad de vida que el matrimonio constituye exige, para hacer posible, o al menos más fácil, el deber de convivencia entre cónyuges y el cumplimiento de los restantes deberes conyugales, disponer de una residencia o lugar de convivencia habitual de la familia.

El art. 184, cuyas normas son imperativas (art. 185.2), indica en su ap.1 que *los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar*; ninguno de ellos puede, por tanto, imponer su criterio al otro; pero el acuerdo puede ser expreso o tácito, y lo normal será que resulte de actos o conductas concluyentes. El cambio de domicilio familiar exige nuevo acuerdo de los cónyuges.

Añade el art. 184.2 que *se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de*

*la familia*; de manera que viene a coincidir con el lugar de residencia habitual de la familia (art. 40 Cc.). También puede decirse que el domicilio familiar está localizado en la vivienda habitual de la familia. El domicilio familiar puede no ser el domicilio individual de alguno de los cónyuges o hijos, siempre que la mayor parte de la familia resida en dicho lugar. Por lo demás, la residencia en el domicilio familiar no impide, a efectos profesionales, laborales, etc., tener un domicilio individual distinto.

Tanto los desacuerdos sobre la fijación inicial como los que se produzcan a la hora de decidir un cambio de domicilio familiar permiten a cualquiera de los cónyuges pedir al Juez (mediante el procedimiento de la disposición transitoria 10ª de la Ley de 13 de mayo de 1981) que determine el domicilio familiar, atendidas las circunstancias concretas de la familia y los discrepantes criterios de los cónyuges (*cfr.* art. 70 Cc.). Ahora bien, si los cónyuges están de acuerdo en que es mejor someter sus diferencias a la Junta de Parientes, pueden acudir a ella para que fije el domicilio familiar (art. 184.3 Lrem.); en tal caso la Junta estará integrada por un pariente de cada uno de ellos (art. 172.2) y su decisión tendrá la fuerza de obligar de un contrato (art. 178.3).

## 6. El principio de libertad de regulación.

A. *El doble ámbito del principio general.* El art. 185.1 incluye entre los efectos generales del matrimonio el *principio de libertad de regulación* que es una manifestación concreta del principio *standum est chartae* (art. 3) aplicado a las relaciones entre los cónyuges.

El principio de libertad de regulación de los cónyuges comprende, por un lado, la libertad para regular las relaciones familiares en capítulos matrimoniales y, por otro, la libertad de contratación entre ellos; ambas libertades tienen como únicos límites los del principio *standum est chartae*.

El art. 185.1 comienza diciendo que *los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer matrimonio*. Esta libertad de regulación se extiende, dentro de los límites del principio, tanto a los aspectos o cuestiones personales como a los patrimoniales. La finalidad de la regulación paccionada es evitar o modalizar la aplicación de la regulación legal supletoria.

Es tradicional en Aragón la libertad para regular la economía del matrimonio en capitulaciones matrimoniales, otorgadas antes del matrimonio o durante el mismo (*vid.* arts. 193.1 y 197.1). No se ha conocido en esta

tierra el principio de inmutabilidad del régimen económico del matrimonio. Libertad de regulación que se extiende igualmente al derecho de viudedad (*vid.* art. 272).

Añade el art. 185.1 que, asimismo, los cónyuges *pueden celebrar entre sí todo tipo de contratos*, incluidas, por tanto, las donaciones, con sujeción a las reglas del Derecho de obligaciones y contratos. A los mandatos entre cónyuges alude, entre otros, el art. 191.

La libertad de contratación entre cónyuges ha sido tradicional en el Derecho aragonés, en contraste con las prohibiciones propias del Código civil y de otros territorios españoles. La posibilidad de que la compraventa esconda una donación al cónyuge, o la facilidad para provocar el fraude a los derechos de terceros, no son razones que justifiquen la prohibición de los contratos entre cónyuges. Así lo ha entendido finalmente también el legislador del Código civil (*cf.* art. 1.323).

En la actualidad, la libertad de contratación entre personas casadas hay que relacionarla con el principio de igualdad entre los cónyuges, con el hecho de que el matrimonio ya no modifica la capacidad de obrar de la mujer casada ni permite que ninguno de los cónyuge pueda atribuirse la representación del otro sin que le haya sido conferida, como ya hemos indicado antes.

Al lado de contratos como el de trabajo, mandato, sociedad y cualesquiera otros, son también posibles entre cónyuges los negocios traslativos de bienes y derechos singulares, tanto a título oneroso como gratuito. Si el régimen económico es de comunidad parcial, el trasvase de bienes y derechos entre las masas privativas no exige ningún requisito especial distinto de los generales del Derecho de obligaciones; en cambio, los negocios traslativos entre uno o ambos patrimonios privativos y el común, al objeto de ampliar o restringir la comunidad, exigen en todo caso escritura pública; y, salvo disposición en contrario, estos pactos darán lugar al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común (art. 215).

*B. Los límites de la libertad de regulación.* Los únicos límites de la libertad de regulación de los cónyuges son los generales del principio *standum est chartae* (art. 3), por tanto:

1. Que la voluntad de los cónyuges no resulte de imposible cumplimiento.
2. Que no sea contraria a la Constitución, en particular que lo pactado respete el principio de igualdad entre cónyuges.

3. Que no sea contraria a las normas imperativas del Derecho aragonés. Lo que significa que las normas del Derecho civil estatal sobre materias -como el régimen económico matrimonial- de competencia exclusiva de Aragón, aunque sean imperativas en su ámbito de aplicación, no representan ningún límite a la libertad de los cónyuges aragoneses de capitular o contratar entre sí. Así sucede, por ejemplo, con la norma contenida en el art. 1.328 Cc.

Ya hemos visto que el art. 185.2 indica que son imperativas las normas de los arts. 183, 184, 186 a 190 y 194. Por tanto, los pactos entre cónyuges, para ser válidos han de respetar éstas y cualesquiera otras normas imperativas del Derecho aragonés. Lo cual no impide, por ejemplo, pactar sobre la gestión de los bienes comunes (art. 229).

### **7. La dirección de la vida familiar.**

Una manifestación del principio de igualdad entre cónyuges es la dirección colegiada de la vida familiar. El legislador ha establecido en el art. 186 que *corresponden a ambos cónyuges el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar*, y ha dispuesto que la norma es imperativa (art. 185.2). En sede de consorcio conyugal se repite que *las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges* (art. 227.1). Pero aunque el régimen económico del matrimonio sea de separación de bienes, el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges. El número de hijos, su educación en centro público o privado, el nivel de vida y de ahorro, la determinación y cambio del domicilio familiar, las vacaciones familiares, etc., son asuntos que parecen propios de una dirección colegiada.

Pero que la dirección de la vida familiar corresponda imperativamente a ambos cónyuges no impide que los cónyuges puedan pactar válidamente, por ejemplo, su contribución personal a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 187.2) o la gestión separada de todos o algunos bienes comunes (art. 229); son pactos que no eliminan ni alteran la dirección dual de la vida familiar, sino que se enmarcan dentro de las decisiones tomadas por ese gobierno colegiado y suponen la obligación del cónyuge legitimado para actuar por separado de respetar las decisiones de política familiar, así como las decisiones sobre la economía familiar.

Los desacuerdos graves o reiterados sobre el gobierno de la familia suelen conducir a la crisis del matrimonio; los que afectan a la gestión de la economía familiar permiten a cualquiera de los cónyuges solicitar del Juez la disolución y división del consorcio (art. 228.1).

### 8. El deber de información recíproca.

El art. 188 regula de forma imperativa (art. 185.2) el deber de los cónyuges de informarse recíprocamente: *Cada cónyuge está facultado para exigir al otro información suficiente y periódica de la gestión de su patrimonio, de sus ingresos y de sus actividades económicas, en orden a la toma de decisiones sobre la economía familiar y la atención de las necesidades familiares.* El art. 227.3 reitera para la gestión del consorcio conyugal que *los cónyuges deben informarse recíprocamente sobre la gestión del patrimonio común y de los suyos privativos, y sobre los resultados económicos de la profesión o negocio que ejerzan.*

Este deber se vincula, por tanto, a la toma de decisiones sobre la economía familiar (art. 186) y, entre ellas, las relativas a la atención de las necesidades familiares (art. 187); también cabe vincular el deber de información recíproca con la obligación de los cónyuges de actuar en interés de la familia (art. 183.2).

La información ha de ser suficiente y con cierta periodicidad a fin de que la toma de decisiones sobre la vida familiar pueda hacerse con conocimiento del estado de la economía de los cónyuges en ese momento. Parece que ha de ser suficiente con informar de los resultados obtenidos o que se esperan obtener en la gestión del patrimonio común realizada por separado, en la del patrimonio privativo o de la profesión, negocio o actividad económica que ejerzan. La STC 20 (febrero 1989), dice que los cónyuges son libres para acordar mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas, y que el límite de tal reserva viene dado por las normas que determinan el régimen económico-matrimonial, no por la ley fiscal.

El incumplimiento reiterado del deber de información recíproca permite al otro solicitar del Juez la disolución y división del consorcio conyugal (art. 228.2).

### 9. La satisfacción de las necesidades familiares y la responsabilidad frente a terceros.

*A. Las necesidades familiares o "cargas del matrimonio".* Entre los efectos generales del matrimonio se halla el deber de los cónyuges de contribuir a la *satisfacción de las necesidades familiares* (art. 187) y la *responsabilidad frente a terceros* por las obligaciones contraídas para atenderlas (art. 189); es una regulación inspirada en la prevista en la Compilación para las cargas del matrimonio y su responsabilidad en sede de régimen legal (art. 41.1º, en relación con el 43.1 Comp.).

El art. 187 atiende al aspecto interno, establece el deber de contribución de los cónyuges, así como el de los hijos, precisa los criterios generales de contribución y también los que, en defecto de pacto, han de tenerse en cuenta para la determinación de la contribución de cada cónyuge. Por su parte, el art. 189 se ocupa del aspecto externo, es decir de la responsabilidad frente a terceros, para decir que los cónyuges responden solidariamente.

Toda la disciplina está referida a *las necesidades familiares*, que no se definen, pero que puede pensarse que coinciden con las llamadas *cargas del matrimonio* de la letra a) del ap. 1 del art. 218: *atenciones de la familia* (nuclear, en principio) como grupo (incluidas las propias de la economía del hogar), *atenciones particulares de los cónyuges* y *atenciones propias de la crianza y educación de los hijos* comunes o de uno de ellos que convivan con el matrimonio, siempre que unas y otras sean *legítimas*, término que comprende no sólo las atenciones normales u ordinarias, sino todas las acordes a la fortuna, posición social, usos y costumbres de la familia, incluidos, obviamente, los gastos extraordinarios pero convenientes, urgentes o necesarios.

B. *El deber conyugal y paterno de contribución.* El art. 187.1 proclama expresamente que *ambos cónyuges tienen el deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares*; es un deber obvio de los cónyuges que deriva de la comunidad de vida que el matrimonio constituye, de la obligación de vivir juntos, ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia (art. 183); por otra parte, padres e hijos tienen *el deber de contribuir equitativamente, durante la vida en común, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares* (art. 58.2), como parte del deber mutuo de asistencia que comprende además la obligación de prestarse alimentos legales.

De acuerdo con los criterios generales precisados en el art. 187.1, la contribución de los cónyuges a la satisfacción de las necesidades familiares puede ser tanto personal como patrimonial: ambos contribuyen personalmente *con la atención directa al hogar y a los hijos*; y ambos contribuyen económicamente *con la dedicación de sus bienes al uso familiar* (aunque sean privativos o se trate de un régimen de separación de bienes), *la remuneración de su trabajo, los rendimientos de sus capitales y otros ingresos y, en último término, con su patrimonio.*

En los regímenes de comunidad, la remuneración del trabajo, los rendimientos de sus capitales y otros ingresos serán, salvo excepciones, bienes comunes, afectos todos ellos a la responsabilidad derivada de la satis-

facción de las necesidades familiares. En los regímenes de separación de bienes habrá que decidir en qué medida o cuantía contribuye cada uno de los cónyuges con sus ingresos. Sólo en último término, es decir si los anteriores criterios no son suficientes para allegar los medios precisos para satisfacer las necesidades familiares, habrá que recurrir al patrimonio personal de cada cónyuge.

Las normas del art. 187 son imperativas (art. 185.2), de manera que los cónyuges no pueden pactar la supresión de este deber o la alteración de los criterios legales; pero sí pueden pactar, teniendo en cuenta dicha regulación y valorando como crean más conveniente los medios personales y económicos de que disponen, su respectiva contribución a la satisfacción de las necesidades familiares.

*C. La determinación de la contribución conyugal.* Del art. 187.2 resulta que la determinación de la contribución de cada cónyuge a la satisfacción de las necesidades familiares puede ser objeto de pacto. Puede tratarse de un pacto expreso, incluso incluido en capitulaciones matrimoniales, pero también puede tratarse de un acuerdo tácito, que será lo más frecuente; el acuerdo tácito resultará de la dedicación, personal y económica, que de hecho cada uno de los cónyuges preste a la familia sin oposición del otro.

Entra dentro del principio de libertad de regulación la determinación de la concreta contribución de cada cónyuge a la satisfacción de las necesidades familiares, que puede realizarse dentro o fuera de capítulos y que no tiene más límites que los del principio *standum est chartae* (art. 185.1). En el reparto de papeles, dentro y fuera del hogar, y en la determinación de la contribución de cada cónyuge hay que partir del principio constitucional de igualdad, no pactar nada que sea de imposible cumplimiento ni contrario a las normas imperativas del Derecho aragonés. La contribución, por tanto, ha de ser de los dos, y en la determinación hay que valorar las necesidades familiares y las posibilidades de colaboración, personal y económica, también de los dos. Pero la valoración les corresponde hacerla a los propios cónyuges y también la determinación de su respectiva contribución.

El trabajo dedicado a la atención directa del hogar y los hijos cuenta siempre como contribución personal del cónyuge que lo ha prestado y, en principio, no da lugar a compensación alguna a la extinción del régimen económico, aunque se trate de un régimen de separación de bienes (contra, art. 1.438 Cc.). En caso de haberse producido un enriquecimiento injustificado podrá corregirse acudiendo a los remedios generales.

Los acuerdos de determinación de la contribución conyugal, válidamente adoptados, vinculan a los cónyuges a su cumplimiento; en princi-

pio, la modificación requiere un nuevo acuerdo, sin perjuicio de la incidencia que el cambio sustancial de las circunstancias pueda tener sobre lo pactado inicialmente.

*En defecto de pacto, para determinar la contribución de cada cónyuge se tendrán en cuenta los medios económicos de cada uno, así como sus aptitudes para el trabajo y para la atención al hogar y los hijos (art. 187.2).* Si los cónyuges no consiguen ponerse de acuerdo en la fijación de su respectiva contribución a la satisfacción de las necesidades familiares, o si el desacuerdo sobreviene por el cambio de las circunstancias y no son capaces de alcanzar un nuevo acuerdo, tendrán que acudir al Juez, si desean seguir manteniendo la comunidad de vida, para que sea éste quien determine la contribución que corresponde a cada uno. No se ha previsto en este terreno tan peligroso un llamamiento legal a la Junta de Parientes.

Fijada la contribución de cada cónyuge, por acuerdo o por decisión judicial, cuando uno de ellos incumpla su deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares, el Juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime convenientes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras, como dice el ap. 2 del art. 1.318 Cc.

*D. El deber de contribución de los hijos. Los hijos, cualquiera que sea su edad y mientras convivan con sus padres, deben contribuir equitativamente, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares.* Este deber de los hijos resulta de los arts. 58 y 187.3, es parte del deber de asistencia mutua entre padres e hijos, y tiene su desarrollo en los arts. 66, 67 y 68. La norma es imperativa (art. 185.2). El art. 66 se ocupa de la *contribución personal del hijo*, el 67 de la *contribución económica* y el 70 de la *convivencia con hijos mayores de edad*.

El deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares se impone a los hijos por el hecho de convivir con sus padres y formar parte de una comunidad de vida que satisface sus necesidades colectivamente; el deber se impone con independencia de la edad que tengan los hijos, que pueden ser tanto mayores como menores, y no depende de que los padres se hallen casados entre sí.

La contribución es a las necesidades familiares (incluida la colaboración en las tareas del hogar y en los negocios familiares), y no se limita, si tiene medios sobrantes, a las generadas por el hijo que contribuye (gastos de su crianza y educación). La contribución del hijo, lo mismo que la paterna, puede ser tanto personal como económica. En todo caso, la contribución del hijo ha de ser equitativa, teniendo en cuenta tanto las necesidades familiares como las posibilidades y recursos del hijo y su familia.

*Mientras el hijo viva con la familia tiene el deber de colaborar en las tareas del hogar y en los negocios familiares, en la medida propia de su edad y de su condición vital, sin que por ello tenga derecho a reclamar pago o recompensa (art. 66).*

Respecto de la contribución económica dice el art. 67:

*1. Los padres que ejerzan la autoridad familiar sobre el hijo pueden destinar los productos del trabajo e industria de este y los frutos líquidos de sus bienes para atender los gastos de su crianza y educación; atendidos esos gastos, los padres que convivan con el hijo podrán destinar la parte sobrante a satisfacer, equitativamente, otras necesidades familiares. Si no disponen de otros medios, pueden destinar a este fin los bienes del hijo en la parte que, según la situación económica de la familia, resulte equitativa.*

*2. En uso de su facultad, los padres pueden pedir la entrega de los frutos o la enajenación de los bienes de los hijos que ellos no administren.*

*3. La utilización para esos fines de frutos de bienes o bienes que correspondan al hijo por donación o sucesión no puede ser excluida por el donante o causante.*

En caso de convivencia con hijos mayores de edad, dice el art. 70 que *la dirección de la vida y economía familiar corresponde a los padres. Los hijos deben cumplir las reglas de convivencia que los padres dispongan razonablemente y contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares. Los padres podrán exigir del hijo el cumplimiento de esa obligación.*

Serán los padres quienes determinarán la contribución equitativa que quieren exigir a cada hijo, de acuerdo con sus posibilidades y la entidad de las necesidades familiares.

*E. La responsabilidad de los cónyuges frente a terceros.* El art. 189 se ocupa de la relación externa y dice que *los cónyuges responden solidariamente, frente a terceros de buena fe, de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares.*

Aunque la obligación haya sido contraída por uno solo de los cónyuges la responsabilidad que se establece es de ambos y solidaria. No obstante, parece que se trata de una solidaridad no paritaria, sino accesoria o dependiente, porque el cónyuge que contrajo la deuda es el deudor principal y el único obligado al cumplimiento específico, mientras que el otro cónyuge es un deudor solidario que responde si el deudor principal no cumple.

La responsabilidad solidaria se establece en beneficio de los acreedores, pero también para favorecer el mayor crédito de los cónyuges al endeudarse para satisfacer las necesidades de la familia. Para el nacimiento de la responsabilidad solidaria no es necesario que el acreedor pruebe

que el gasto es efectivamente carga familiar, sino que basta con que sea de buena fe, es decir, con que crea que, según las apariencias y circunstancias conocidas por él, el gasto se ha hecho para satisfacer necesidades de la familia del deudor, con independencia de que en la relación interna la deuda no tenga esta naturaleza.

La norma del art. 189 es imperativa (art. 185.2) y aplicable cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio; en sede de régimen económico matrimonial de separación de bienes, el art. 209 la tiene en cuenta al señalar la responsabilidad por deudas. También en el régimen legal del consorcio conyugal se puede decir que los cónyuges responden solidariamente de estas deudas, si bien la presencia del patrimonio común permite al cónyuge que no contrajo la obligación hacer que la responsabilidad recaiga preferentemente sobre los bienes comunes; junto a éstos responden los bienes privativos del cónyuge que contrajo la obligación (arts. 219.2 y 220.1); en defecto de bienes comunes, responde también el patrimonio privativo del otro (art. 220.2).

## **10. La vivienda familiar.**

*A. Concepto y protección.* Entre los efectos generales del matrimonio se incluyen también las normas imperativas (art. 185.2) que el art. 190 dedica a la protección de la vivienda familiar habitual y el mobiliario ordinario de la misma. Esta protección está en relación con la comunidad de vida que el matrimonio constituye y con la obligación de los cónyuges de vivir juntos y con sus hijos (art. 183). Determinar qué vivienda sea la habitual de la familia es lo mismo que determinar el domicilio familiar conforme a lo previsto a tal efecto en el art. 184. Por otra parte, el alojamiento de los cónyuges y los demás miembros de la familia es una de las necesidades familiares que ambos cónyuges tienen el deber de contribuir a satisfacer (art. 187.1).

En la Compilación, desde la reforma de 1985, la protección de la vivienda habitual de los cónyuges o del mobiliario ordinario de la misma se contenía, mejorando la redacción del art. 1.230 Cc., en la parte final del art. 51, dedicado a la gestión de los bienes privativos de los cónyuges casados en régimen de consorciales o legal aragonés. Allí se decía, con vocación de aplicarse cualquiera que fuera el régimen económico del matrimonio (art. 23.2 Comp.), que el cónyuge titular necesitará el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual o el mobiliario ordinario de la misma, o para sustraerlos al uso común.

En el art. 190 (*cf.* art. 1320 Cc.) se atiende a aspectos no regulados en el art. 51 de la Compilación, como la extinción del derecho de viudedad, proporcionando una regulación completa tan sencilla como permite la complejidad del importante supuesto que regula, sin olvidar la situación de los terceros adquirentes de buena fe (Preámbulo, núm. 16).

El art. 190.1 indica que *para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial. En ambos casos, con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad.*

La norma parte del texto de la Compilación pero especifica que la protección está referida a los actos de disposición “voluntaria”, no, por tanto, a los supuestos de ejecución o enajenación forzosa (STS 18 febrero 1995: bastando para realizar dicho embargo, cuando la vivienda habitual o una parte indivisa de la misma pertenezca a uno de los cónyuges, con que se notifique la demanda o el embargo practicado al otro cónyuge ex art. 144.5 Rh.). También se ha añadido que en ambos casos (si hay consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial), con la enajenación voluntaria se extingue el derecho expectante de viudedad. Este supuesto de extinción legal del derecho expectante viene a completar, en parte, la lista de casos de disposición de bienes inmuebles con extinción del expectante contenida en el art. 280.

Es una norma pensada, sobre todo, para los casos en que los derechos sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma corresponden, aunque sea parcialmente, a uno sólo de los cónyuges. Si los derechos sobre la vivienda habitual (propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.) son consorciales o pertenecen a ambos cónyuges en proindiviso, la realización de actos de administración extraordinaria o de disposición corresponde a ambos cónyuges conjuntamente o a uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 233). La falta de consentimiento en actos a título oneroso produce las consecuencias previstas en el art. 235 (el acto de disposición no transmite la titularidad); los actos *inter vivos* a título lucrativo realizados por uno de los cónyuges son nulos de pleno derecho (art. 237). Tampoco la sustracción del inmueble consorcial al uso como residencia habitual de la familia podría ser decidida unilateralmente por uno de los cónyuges (art. 184).

Si los derechos sobre el mobiliario de la vivienda son bienes muebles comunes, aunque las normas del consorcio conyugal permiten al cónyuge

a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren disponer de ellos a título oneroso (art. 232), parece que para realizar actos de disposición voluntaria y para sustraerlos al uso común será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial, por aplicación del art. 190, que es norma general e imperativa.

El consentimiento del otro se podrá otorgar antes, de forma coetánea o después de realizarse el acto dispositivo, y tanto de forma expresa como tácita. En otro caso, si el cónyuge no titular no quiere o no puede consentir, para la validez del acto se requiere autorización judicial.

*B. Sanción del incumplimiento.* Dice el art. 190.2 que *cada cónyuge o sus herederos estarán legitimados para instar judicialmente la nulidad de los actos de disposición realizados por el otro sin el debido consentimiento o autorización en el plazo de cuatro años desde que los conoció o pudo razonablemente conocer, y, en todo caso, desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal.*

Nada dice este apartado de las consecuencias de, sin haber dispuesto, haber sustraído al uso común la vivienda o el mobiliario ordinario de la misma sin el debido consentimiento o autorización. Este acto entrañará un desacuerdo sobre la fijación del domicilio familiar y un incumplimiento del deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares, que permitirá al otro cónyuge instar del Juez la adopción de las medidas cautelares oportunas (art. 1.318.2 Cc.), y a cualquiera de ellos plantear al Juez, o si lo prefieren a la Junta de Parientes, su desacuerdo para que lo resuelva de manera definitiva (art. 184.3).

Por otra parte, hay que entender que el art. 190.2 se refiere exclusivamente a los actos de disposición que impliquen que la vivienda o su mobiliario ya no puede seguir siendo usado habitualmente, como hasta entonces, por la familia. Por tanto, siempre que el acto de disposición, a título oneroso o lucrativo, no afecte para nada al derecho de uso que la familia tiene sobre la vivienda o los muebles de la misma (transmisión de la propiedad, por ejemplo, con reserva del usufructo o con la carga del adquirente de respetar el derecho de uso de la familia), valdrá el acto aunque falte el consentimiento o la autorización.

Los actos de disposición por causa de muerte, en cuanto no sean pactos sucesorios con transmisión actual de los bienes al instituido (arts. 389 a 391), al tener su eficacia condicionada a la muerte del disponente, producirán sus efectos cuando el matrimonio ya se ha disuelto y la vivienda ha dejado de ser conyugal; no parece, de entrada, que la protección que a la vivienda familiar dispensa el art. 190 esté pensada para los actos de disposición por causa de muerte; no obstante, en Aragón hay títulos de

disposición por causa de muerte, como el testamento mancomunado y los pactos sucesorios, que permiten la intervención de ambos cónyuges. Ciertamente, tras el fallecimiento del cónyuge titular, el resto de la familia parece tener derecho a seguir residiendo habitualmente en la misma vivienda; pero para conseguir este efecto no es necesario limitar las facultades de disposición por causa de muerte del cónyuge titular, puesto que por derecho de viudedad el cónyuge sobreviviente tendrá el usufructo de tales bienes.

Cuando la vivienda se tenga en arrendamiento habrá que tener en cuenta, junto a la regulación del art. 190, lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamiento urbanos.

La sanción del art. 190.2 no es la inoponibilidad del acto en cuanto afecta al derecho de uso del resto de la familia, sino la anulabilidad del acto mismo; se trata de una anulabilidad especial, la misma que regula el art. 1.301 en su ap. final, con el que coincide sustancialmente al señalar la forma de computar el plazo de los cuatro años (salvo en la referencia a la separación conyugal).

*C. Adquirentes protegidos. No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar (art. 190.3).*

La protección que a la vivienda familiar dispensa el art. 190, no implica que el cónyuge titular de una vivienda privativa que quiera venderla deba justificar que no es la habitual de su familia, ni le impone que al tiempo de la disposición deba negar que tiene tal carácter si falta el consentimiento del otro o la autorización judicial (R. DGRN 13 julio 1998). Establece únicamente que si la vivienda es la familiar, su disposición sin contar con el debido consentimiento o autorización es anulable por el otro cónyuge o sus herederos.

Ahora bien, cuando el disponente manifiesta que no constituye vivienda o mobiliario familiar, y, además, se trata de disposición a título oneroso a favor de adquirente que lo es de buena fe, es decir a favor de persona que desconoce y no ha podido conocer con una diligencia media el carácter de vivienda o mobiliario familiar, no procede la anulabilidad del acto de disposición. Ese adquirente queda protegido aunque se trate de disposición de vivienda o mobiliario familiar.

La buena fe del adquirente no tiene su base ni en el Registro de la Propiedad ni tampoco puede tenerla únicamente en función de las manifestaciones realizadas por el cónyuge titular.

Para la inscripción registral de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges será necesario, como dice el art. 91 Rh., que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia. Pero la inscripción no impedirá anular el acto de disposición si el adquirente era de mala fe.

### **11. Los mandatos entre cónyuges.**

Hemos visto que, tradicionalmente en Aragón y ahora de conformidad con el art. 185, los cónyuges pueden celebrar entre sí todo tipo de contratos, incluidas las donaciones, con sujeción a las reglas del Derecho de obligaciones y contratos. Uno de esos contratos posibles entre los cónyuges es el de mandato, regulado en los arts. 1.709 y ss. del Código civil.

El art. 191, inspirado en el art. 1.439 Cc., dice que *a los mandatos conferidos entre cónyuges les serán de aplicación las reglas del mandato, pero el mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo que se haya dispuesto otra cosa, y no podrá nombrar sustituto si no se ha otorgado facultad para ello.*

El art. 191 introduce en las reglas generales del contrato de mandato dos excepciones: que el cónyuge mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo que se haya dispuesto otra cosa (que excepciona lo previsto en el art. 1.720 Cc.), y que no podrá nombrar sustituto (excepción al art. 1.721 Cc.).

Las dos excepciones son lógicas tratándose de relaciones entre personas casadas. La primera, que no exime de la obligación de rendir cuentas de la gestión sino exclusivamente del destino de los frutos percibidos y consumidos, se explica porque los frutos de los bienes privativos se hacen comunes en el régimen legal del consorcio conyugal y, en cualquier caso, se hallan afectos a la satisfacción de las necesidades familiares, por lo que si han sido consumidos hay que presumir que lo han sido en beneficio común. La otra excepción se justifica porque muchas veces la encomienda de una gestión al cónyuge se hace no porque sea un profesional en la materia sino porque se tiene confianza en él y se quiere que sea él mismo quien la realice; la posibilidad de nombrar sustituto en este tipo de encomiendas no parece lo más adecuado.

En sede de régimen económico matrimonial de separación de bienes se distingue entre la gestión de bienes del otro con mandato expreso, con mandato tácito (sin la oposición del otro) y contra su voluntad (arts. 207 y 208). De manera similar, la distinción aparece también en sede de consorcio conyugal al regular la gestión de los bienes privativos (art. 243).

## 12. El derecho de viudedad.

Para poner de manifiesto desde el principio que el derecho de viudedad es parte del Derecho de la familia matrimonial y una pieza importante de la economía de los matrimonios regidos por el Derecho aragonés, se ha incluido entre los efectos generales del matrimonio un artículo referido al derecho de viudedad, el 192, que dice así: *La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, con las consecuencias y la regulación contenidas en el Título V de este Libro (arts. 271 a 302).*

El derecho de viudedad es un elemento de la economía del matrimonio original, tradicional y característico de esta tierra, que se adquiere con el matrimonio, cualquiera que sea el régimen económico de éste, y por tanto como un efecto patrimonial derivado de su celebración.

Este criterio, acorde con el Derecho tradicional y vivido así en nuestros días armoniza con la declaración contenida en el art. 271 según el cual el derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen matrimonial, y con la referencia que hace el art. 205 a la conservación del derecho de viudedad también cuando resulta aplicable el régimen de separación, único caso en el que podría suscitarse alguna duda y en el que, naturalmente, cabe la renuncia a la viudedad si los cónyuges así lo desean (Preámbulo, núm. 16).

Durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como derecho expectante (art. 271.2) a favor de cada uno de los cónyuges sobre los bienes del otro y los consorciales (art. 279). El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad (art. 283.1).

## 13. El régimen económico matrimonial y los derechos de terceros.

*A. El régimen paccionado.* Todo matrimonio tiene un régimen económico matrimonial, por ello entre los efectos generales del matrimonio se han incluido unas normas generales sobre la ordenación paccionada o legal y la publicidad del régimen económico del matrimonio (art. 193), así como sobre la salvaguarda de los derechos ya adquiridos por terceros cuando se modifica dicho régimen (art. 194).

El art. 193.1 establece que *el régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges*. Tal norma es una aplicación del art. 185 que, como parte del principio de libertad de regulación,

permite a los cónyuges regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes del matrimonio como durante el mismo, sin más límites que los del principio *standum est chartae*. La misma idea reitera el art. 197.1.

El efecto principal de las capitulaciones es desplazar, en todo o en parte, el régimen económico matrimonial legal o, en su caso, modificar o cambiar el régimen anteriormente pactado. Todo régimen paccionado debe respetar los límites del principio *standum est chartae* (art. 3): a) que lo pactado no resulte de imposible cumplimiento; b) que no sea contrario a la Constitución; y c) que no sea contrario a normas imperativas del Derecho aragonés como las de los arts. 183, 184, 186 190 y 194 (art. 185.2).

Si antes de contraer matrimonio no se hacen capitulaciones, el régimen aplicable será el del consorcio conyugal que es el régimen legal supletorio aragonés. Si se hacen capitulaciones, en ellas se puede establecer el régimen que los cónyuges quieran, ya regulándolo directamente, ya remitiéndose a uno ya regulado por cualquier ley, tanto si es aragonesa, española o extranjera. Con posterioridad a la celebración del matrimonio, los cónyuges podrán modificar el régimen por el que estuvieran rigiéndose, y adoptar cualquier otro.

El Código aragonés sólo regula como régimen electivo el de separación de bienes (arts. 203 y ss.).

*B. El régimen legal.* Dice el art. 193.2 que, *en defecto de pactos en capitulaciones sobre el régimen económico del matrimonio o para completarlas en tanto lo permita su respectiva naturaleza, regirán las normas del consorcio conyugal regulado en el Título IV de este Libro* (arts. 210 a 270).

La regulación de un régimen legal supletorio de primer grado es algo necesario porque todo matrimonio ha de tener un régimen económico, tanto para dar respuestas a su organización interna como para que los terceros sepan el tipo de responsabilidad y garantías que se generan cuando contratan o quedan relacionados jurídicamente con persona casada.

El régimen matrimonial aragonés de comunidad carecía de nombre propio con que designarlo y diferenciarlo. La nueva regulación del 2003 opta por el de “consorcio conyugal”, siguiendo una práctica bastante extendida, que denomina asimismo “consorciales” a los bienes comunes. De esta manera, se pone de relieve la especificidad de este régimen matrimonial, que tiene sus propias raíces en los fueros más antiguos y una configuración doctrinal, judicial y legislativa que le dota de un perfil propio entre los regímenes de comunidad limitada, como los de gananciales,

que surgieron y se mantienen, puestos al día, en tantos países europeos (Preámbulo, núm. 19).

Con la nueva regulación el régimen legal aragonés ha dejado de ser de “muebles” y adquisiciones o ganancias y ha pasado a ser simplemente de consorciales. Los muebles ya no son llamados, por el mero hecho de ser muebles, a ingresar en el patrimonio común, y sobra, por tanto, la ficción de presumir como sitios (inmuebles) a los muebles que enumeraba el art. 39 Comp., que eran prácticamente todos los identificables y de algún valor, incluido el dinero. Con ello, el sistema adquiere mayor claridad, sin que, por otra parte, las consecuencias sean muy distintas de las que la Compilación previó con su rodeo.

El régimen matrimonial legal puede ser aplicado en dos circunstancias diferentes:

a) A falta de capítulos o cuando sean ineficaces, entonces se aplica en su plenitud.

b) En presencia de capítulos, para completarlos en tanto lo permita su respectiva naturaleza. Se trata, en todo caso, de completar lo válidamente pactado: si el pacto carece de lagunas y no necesita complemento alguno, el régimen legal queda enteramente desplazado. En cambio, si los esposos o cónyuges no han sido tan previsores, las capitulaciones pueden ser completadas con las disposiciones del régimen legal que se acomoden a la naturaleza del régimen pactado. Esta supletoriedad del régimen legal respecto de los paccionados es una característica propia del Derecho aragonés que tiene una enorme trascendencia práctica.

El régimen económico matrimonial de separación de bienes (arts. 203 a 209) será aplicable *cuando así lo hayan acordado los cónyuges en capitulaciones matrimoniales* (régimen electivo), pero también *en todo caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otro régimen* (art. 203). Luego en estos últimos casos, el régimen de separación de bienes funciona como régimen legal supletorio de segundo grado.

*C. Publicidad del régimen económico matrimonial.* El art. 193.3 dice que *quienes, por razón de su cargo o profesión, intervoengan en todo expediente matrimonial procurarán que se consigne en el Registro Civil el régimen económico de los contrayentes y les informarán previamente sobre las posibilidades y consecuencias en orden al régimen económico matrimonial de acuerdo con la legislación aplicable.*

Es una novedad de la regulación de 2003 la colaboración requerida en el art. 193 a quienes, por su cargo o profesión, intervienen en un expe-

diente matrimonial. Como es sabido, el grave problema que para los derechos de los cónyuges y la seguridad jurídica de quienes con ellos se relacionan supone la indeterminación o ignorancia del régimen matrimonial aplicable a aquéllos en razón de su distinta vecindad civil o de otras vicisitudes, ha sido señalado reiteradamente desde hace decenios, sin que se vislumbre una solución legislativa próxima. El art. 193 supone una aportación modesta que, si encuentra eco en la práctica, podrá servir para mitigar unos inconvenientes a los que sólo el legislador estatal puede hacer frente de manera directa y en su integridad (Preámbulo, núm. 16).

Se reconoce, con ello, que la regulación tanto del expediente matrimonial como de la publicidad del régimen económico matrimonial es competencia reservada en exclusiva al Estado. Pero la norma se formula en unos términos que dejan claro que no pretenden imponer ninguna obligación a quienes intervengan en todo expediente matrimonial, de manera que no hay invasión de competencias del Estado. Se dice simplemente por si encuentra algún eco, tanto en la práctica diaria como en el legislador competente que permanece ocioso.

La publicidad todavía en vigor para el régimen económico del matrimonio es muy defectuosa, aunque menos si el cónyuge es comerciante. En principio, no se publica el régimen cuando éste es el legal; el art. 1.333 Cc. se limita a facilitar la mención, en la inscripción de matrimonio en el Registro Civil, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Añade que si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley hipotecaria.

La legislación hipotecaria aludida se halla en los arts. 26 Lh. y 75 Rh.; hay que tener en cuenta también en la legislación del Registro Civil los arts. 77 LRc. y 264 y 265 RRc.; para los cónyuges comerciantes la publicidad es más completa y la regulación se halla contenida en los arts. 22 del CCom. y 92 y 93 del RRm.

El art. 60 de la nueva LRc.-2011, que entrará en vigor el 22 julio 2014, regula de manera satisfactoria la inscripción del régimen económico del matrimonio:

*1. Junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o paccionado que rijan el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo.*

*Sin perjuicio de lo previsto en el art. 1333 del Código civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la inscripción del régimen económico matrimonial o de sus modificaciones.*

2. *Se inscribirán las actas por las que se declare la notoriedad del régimen económico matrimonial legal o pactado.*

D. *Derechos de terceros.* El art. 194 es el último del Título Primero y contiene la siguiente norma imperativa (art. 185.2): *La modificación del régimen económico del matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.*

La redacción del art. 194, que tiene como precedente un inciso del art. 26 Comp., coincide literalmente con la del art. 1.317 Cc., si bien dicha norma no se ha colocado entre las del Título II sobre los capítulos matrimoniales sino que se ha convertido en una disposición del Título Primero de alcance, por tanto, más general.

Basta probar la anterioridad de los derechos, reales o de crédito, del tercero de buena fe a la inscripción o conocimiento de la estipulación, modificación, cambio o disolución del régimen matrimonial para que el nuevo régimen o situación no les perjudique (art. 60 LRC.-2011; STSJA 7 julio 2003). Siendo esto así no es necesario acudir a la rescisión de las capitulaciones matrimoniales, dado el carácter de acción subsidiaria que tiene la acción revocatoria (*vid.* STS 24 noviembre 1988 y las en ella citadas). Por lo demás, la responsabilidad legal que sigue pesando sobre los bienes del régimen modificado, en nada obsta a la validez de las capitulaciones, ni tampoco a la validez de las adjudicaciones realizadas tras la liquidación del régimen anterior.

El no perjuicio al que alude el precepto debe entenderse en el sentido de que los terceros que contrataron con los cónyuges o con alguno de ellos bajo un determinado régimen económico, tras la modificación o disolución o división y sustitución por otro o por una nueva situación, deben seguir contando con las mismas garantías que existieron en el momento de nacer la obligación (*vid.* Ss. APZ 21 abril 1992, 15 junio 1999, 27 marzo 2002 y A. 17 julio 2000).

Disuelto el consorcio conyugal y hasta tanto no se divida la comunidad que continúa tras la disolución, el patrimonio común sigue respondiendo del pago de las deudas comunes contraídas con anterioridad (art. 252.1). Los derechos adquiridos por los acreedores privativos de los cónyuges tampoco se perjudican por la disolución del consorcio conyugal (art. 252.2).

*La división y adjudicación de los bienes del consorcio conyugal no modifica tampoco la responsabilidad por deudas que correspondía a los patrimonios privativos o al común. El cónyuge no deudor o sus herederos responderán solida-*

*riamente de las deudas comunes, pero exclusivamente con los bienes que les hayan sido adjudicados, aunque no se haya hecho inventario. Sin embargo, cuando dichos bienes no sean suficientes, responderán con su propio patrimonio del valor de lo adjudicado que hayan enajenado o consumido, así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes recibidos (art. 268.1 y 2).*

Como señala la STS 17 febrero 1986, para los arts. 1.317 Cc., 26 Comp. y ley 78 Fn. de Navarra, los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior ni por el establecimiento de nuevas pautas, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio, respecto de los cuales persistirá la situación originaria, con la responsabilidad consiguiente frente a las deudas que a los bienes gravaban; es incuestionable que la aplicación de este precepto veda todo posible éxito a la acción pauliana, siempre de condición subsidiaria por lo mismo que se asienta en el cardinal presupuesto de la imposibilidad de cobrar; sin echar en olvido el requisito de la anterioridad del crédito como hipótesis ordinaria, aunque no deban descartarse los nacidos con posterioridad a la enajenación impugnada si se demuestra que se llevó a cabo en consideración al crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia, como ya declaró esta Sala en S. 2 marzo 1981 (*vid.* APTSJA 24 diciembre 1992).

La mujer interpuso tercería de dominio solicitando el levantamiento de los embargos sobre bienes a ella adjudicados en la partición e inscritos a su nombre en el Registro. Invocó el dominio de los bienes embargados, dominio acreditado con la escritura pública de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal, pero no se trata - dice el A. APZ 18 julio 2000- de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente consorciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial (arts. 12 y 86 Lrem.; 190 y 268 CDFEA), que no puede perjudicar en ningún caso tales derechos, y teniendo el marido facultades para obligar dichos bienes en el ejercicio de su profesión, era manifiesta la improcedencia de la tercería para liberar tales bienes de las trabas a que están sujetos.

**BIBLIOGRAFÍA:** BAYOD LÓPEZ, Carmen: "Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés", *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza, 10, 17 y 24 noviembre 1998)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, págs. 39-121; CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGÓN: "El régimen económico matrimonial de la Comunidad

Autónoma de Aragón”, en VV. AA., *Regímenes Económico-matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial)*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, T. I, págs. 127-174. LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Comentario al art. 29 (muebles por sitios o viceversa) de la Compilación aragonesa”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*”, T. I, DGA., Zaragoza, 1988, págs. 724-743; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: “Comentario a los arts. 23 y 24 de la Compilación”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIII, vol. 1º: *Arts. 1 a 35 de la Compilación de Aragón y Ley de parejas estables no casadas* (Edersa, Madrid, 2000), págs. 363 y ss.; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*. Edición propia. Zaragoza, 2007, 414 págs.; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011; MOREU BALLONGA, José Luis, *Comentario al art. 23 (régimen paccionado y régimen legal) de la Compilación aragonesa*, en “Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón”, dirigidos por J. L. Lacruz, T. I, DGA., Zaragoza, 1988, págs. 605-613; RAMS ALBESA, Joaquín, *Comentario al art. 24 (contratación entre cónyuges) de la Compilación aragonesa*, en “Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón”, dirigidos por J. L. Lacruz, T. I, DGA., Zaragoza, 1988, págs. 614-637; SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo (ponente), GUTIÉRREZ CELMA, Gonzalo y CURIEL LORENTE, Francisco (colaboradores): “Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón”, en *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995; SAPENA TOMÁS, Joaquín: *La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio*. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 28 de septiembre de 2001 y contestación de José Ignacio Jiménez Hernández, Zaragoza, 2001, 94 págs.; SERRANO GARCÍA, José Antonio: “El régimen económico matrimonial aragonés”, en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3439-3488.



## § 8. CAPÍTULOS MATRIMONIALES E INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUECUDINARIAS

*Carmen Bayod López*

### 1. Los capítulos matrimoniales.

A. *Concepto.* El Preámbulo del Código del Derecho foral de Aragón afirma que *Los capítulos son el instrumento en que, tradicionalmente, los particulares vierten sus pactos y determinaciones en orden a regular el régimen económico del matrimonio, hacer aportaciones en atención la mismo e incluso atender con efectos jurídicos a las más variadas incumbencias relativas a los derechos de los cónyuges y sus parientes en vida o para después de la muerte de alguno de ellos que pacta sobre la sucesión.*

Por su parte, el art.195 CDFa dispone que *Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones requieren, para su validez, el otorgamiento en escritura pública.*

En consecuencia, se denomina con el nombre de capítulos matrimoniales a la escritura pública notarial (*instrumentum*) en la que se establecen, modifican o sustituyen las normas que van a regular la economía del matrimonio (*estipulación capitular*) y cualesquiera otros pactos relativos a los bienes o la sucesión de los futuros o actuales cónyuges.

B. *Contenido.* El régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges (art. 193-1 CDFa). En Aragón los capítulos matrimoniales no sólo tienen como contenido típico la determinación del régimen económico matrimonial.

El art. 185 CDFa, con carácter general, dispone que *Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales.* Relaciones familiares que se concretan en el art. 195 al disponer que *Los capítulos*

*podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurren a su otorgamiento sin más límites que el principio Standum es Chartae.*

La ordenación paccionada de la sucesión aparece también como contenido típico de los capítulos matrimoniales (arts. 195.1, 201 y 202 CDFa, y su adopción en los mismos ha venido posibilitando la estipulación de un *régimen familiar* creado en torno de la Casa aragonesa. Tradicionalmente, el titular de la Casa y su cónyuge instituían heredero de ambos al hijo/a que se iba a casar (o ya se había casado). Entre todos ellos, instituyentes e instituido y el cónyuge forastero (el que se casa con el heredero/a), establecían las reglas que gobernarán dicho patrimonio casual (cómo disponer de los bienes casales, de qué deudas respondían éstos, a quién pertenecían las adquisiciones que se hagan en el futuro por alguno de los capitulantes), las causas de disolución del régimen o asociación familiar y las reglas de liquidación del consorcio familiar.

El negocio capitular no es sólo bilateral (la determinación del régimen matrimonial) sino que además puede ser plurilateral, como señalara la STS 5 junio 1901 *al lado de la sociedad conyugal se creó otra de distinta índole, ya se llame común, ya se llame consorcio familiar* (en este sentido SS.ATZ 1 de junio de 1927, 3 de julio de 1961 y STSJA 29 septiembre 1992).

Todavía, y desde el punto de vista del *instrumentum*, las capitulaciones matrimoniales pueden adoptar un variado contenido: cualesquiera negocios susceptibles de ser otorgados en escritura pública (LACRUZ).

Por ejemplo, la estipulación de relaciones personales entre los cónyuges y otros otorgantes (vgr. Convivencia y asistencia en la Casa, exclusión o limitación de la viudedad —art. 272 CDFa.—); el establecimiento de negocios familiares patrimoniales (vgr. la dote —art. 201 CDFa.—, *donaciones propter nuptias*, pactos de ampliación o restricción de la comunidad —art. 215 CDFa.—, acuerdos sobre la gestión del consorcio conyugal —art. 229 CDFa.—). E incluso, tal y como afirma la S JPII n° 2 de Jaca 22 diciembre 1998: *pueden contener estipulaciones que sean ajenas al matrimonio: creación de derechos de crédito, y reconocimiento de deudas entre cónyuges, pactos sucesorios, e incluso estipulaciones que carezcan de contenido económico directo (el reconocimiento de un hijo, por ejemplo)*

C. *Los límites a la libertad de estipulación.* Las capitulaciones matrimoniales, en cuanto que son un pacto entre cónyuges (MOLINO), suponen una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, y por lo tanto están sometidas al límite general del *Standum est chartae* (art. 3 CDFa, como afirma con carácter general el art. 195 CDFa).

D. *El idioma de los capítulos.* El art. 196 permite que los capítulos se redacten en cualesquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas aragonesas.

El fundamento de esta posibilidad se encuentra en el art. 7º EAA, desarrollado, en parte, por la Ley 2/2009, de 22 de diciembre, de uso, protección y promoción de las lenguas propias de Aragón, que establece, en su art. 32, *Instrumentos notariales*, que: *Los instrumentos notariales podrán redactarse en cualquiera de las lenguas propias o modalidades lingüísticas de Aragón en los supuestos y con las condiciones previstas en la legislación civil aplicable.*

## 2. Antecedentes y regulación actual.

LALINDE ABADÍA sitúa el término capítulos matrimoniales allá por el siglo XIV; si bien, el origen de los mismos (cartas nupciales, pactos, etc.) es tan antiguo como la propia historia del Derecho civil de Aragón. En 1247, VIDAL DE CANELLAS hace referencia a los pactos matrimoniales, aunque no reciban tal denominación, en el F. *De Iure dotium* (VI, 3-3 y 6) que regula la economía matrimonial (lo que hoy llamaríamos régimen económico matrimonial) y afirma que dicha regulación es supletoria de la voluntad de los particulares: *«empero, en cada caso de los anteditos, si en tiempo de bodas sobre aquellas cosas otro paramiento fizieron, aqueil paramiento debe ser tenido»*.

La regulación de los capítulos en Aragón ha respondido siempre a la tradición aragonesa y al principio *Standum est Chartae*.

El Apéndice de 1925, en los arts. 58 a 60, reguló de forma escasa e incompleta los capítulos matrimoniales. La regulación del Apéndice sólo tuvo en cuenta los capítulos otorgados en el ámbito de la familia extensa o patrivirolocal, de ahí que expresamente se refiriera a las capitulaciones que *se hayan otorgado por los padres u otros ascendientes de los cónyuges* (art. 58). La Compilación, de forma más extensa, pero también incompleta, reguló las capitulaciones matrimoniales en los arts. 25 a 34. Esta regulación, tributaria del Código civil, necesitó en más de una ocasión de la aplicación supletoria del mismo, fundamentalmente en materia de capacidad de los otorgantes.

El CDFA, refunde lo previsto en ley aragonesa 2/2003 de 12 de febrero, y sin excluir la aplicación supletoria del Código civil (que no puede evitar) tiene *buen cuidado de incluir normas propias en todos los casos en que el hipotético recurso al Código era más claramente perturbador* (ap. 15 del Preámbulo) con lo que se consigue evitar la aplicación supletoria del mismo,

puesto la regulación de las capitulaciones matrimoniales se presenta como una regulación autosuficiente.

Así lo afirma el punto 17 del Preámbulo al referirse a las principales novedades que se introducen en esta materia y que tienen que ver con la regulación de la capacidad y la modificación de los capítulos. En todo lo demás, *su contenido coincide en gran medida con el de las normas derogadas, en ocasiones aprovechando su mismo texto, pero ha sido pensado de nuevo ... contrastándolo con los principios constitucionales, ... las enseñanzas de su aplicación por los jueces, la experiencia de los profesionales del Derecho y las sugerencias de la doctrina especializada* (Preámbulo punto 17 *in fine*).

### 3. Características y especialidades de los capítulos.

Las capitulaciones matrimoniales presentan varias especialidades: su relación con el matrimonio, la pluralidad de sujetos pueden intervenir en el otorgamiento y la pluralidad de negocios que puede albergar el *instrumentum*.

*A. Capítulos y matrimonio.* Característica principal de los capítulos es precisamente su relación con el matrimonio. No es que el matrimonio sea la causa de los capítulos, sino que es el presupuesto y base para la aplicación del negocio capitular: faltando el matrimonio las normas del régimen económico familiar o matrimonial no tienen sobre qué aplicarse. Es más, si el matrimonio no se celebra o celebrado se anula o se disuelve, no es que los capítulos sean inválidos, sino que su contenido habrá quedado ineficaz (LACRUZ). En razón de ello, los capítulos son un negocio de Derecho de familia, y respecto de los esposos o cónyuges no es posible la representación.

*B. Pluralidad de sujetos y pluralidad de contenido.* En los capítulos matrimoniales junto a los esposos o cónyuges pueden intervenir otros sujetos: los padres, tutores, fiduciarios, parientes o extraños que intervienen para dar o prometer algo a los contrayentes o cónyuges, complementar su capacidad (art. 199 CDFR. o, tratándose de terceros, aprovechar el escritura pública de capítulos para contratar con ellos (vgr., el vendedor del piso que enajena la vivienda familiar a los cónyuges).

Esta pluralidad de sujetos y de negocios que pueden albergar los capítulos matrimoniales, no los convierten ni en un negocio complejo o mixto ni en un contrato plurilateral.

Desde el punto de vista del instrumento, los capítulos son plurinegociales y plurisubjetivos: la intervención de los terceros está en relación con el negocio jurídico que otorguen en la escritura capitular, así se deduce aho-

ra del art. 200 CDFA que distingue entre la *modificación de las estipulaciones que determinen el régimen económico matrimonial* y la *revocación de actos y negocios patrimoniales* celebrados entre los esposos o cónyuges con terceros, si acaso dicho negocio, pero sólo entonces, lo hizo depender el tercero del régimen matrimonial que con posterioridad se modifica por los cónyuges.

De ello se deriva que, en principio, los diversos negocios jurídicos que se documenten en los capítulos matrimoniales no son correspectivos ni están vinculados necesariamente con el régimen económico matrimonial adoptado por los cónyuges. Para ello sería necesario que de forma expresa establecieran las partes dicha vinculación, o que el régimen económico fuera familiar, pues entonces las dotes y donaciones están, por regla general, vinculadas al mismo.

Desde el punto de vista del negocio, la estipulación capitular no es exclusivamente bilateral (régimen económico matrimonial) sino que puede ser plurilateral (régimen económico familiar).

*C. Caracteres del negocio capitular.* Los capítulos matrimoniales son un contrato normativo de tipo asociativo (BAYOD) y de de ello se derivan los siguientes caracteres:

1. El negocio capitular no es un acto de disposición, sino un acto normativo de calificación jurídica: a través de él se calificarán los bienes que individualmente adquieran los cónyuges en comunes o privativos; se establecerá sobre ellos, por obra de la ley, una determinada responsabilidad y llegado el momento se distribuirán entre los cónyuges.

2. Debido a su naturaleza, no es posible calificar el negocio capitular en términos de gratuidad, onerosidad o liberalidad (art. 1274 Cc.) y por ello el negocio capitular escapa a la disciplina propia contratos gratuitos, onerosos o liberales. Si bien, el negocio capitular sí se puede calificar de típico al estar previsto en la ley.

3. En razón de lo anterior, el negocio capitular goza de una causa neutra (terminología de ENNIO RUSSO) o legal (tipicidad para mí).

Los cónyuges, como dijera LACRUZ, actúan a través de una delegación que les proporciona el legislador: les faculta para estipular, modificar o sustituir su régimen económico matrimonial sujetos a las normas cogentes del sistema (arts. 3 y 385 CDFA, pero al igual que sucede con la legislación delegada a ellos sólo les corresponde el ejercicio y no la titularidad de esta facultad, que la sigue conservando el legislador. Por ello, si los particulares no cumplen con los límites impuestos, se inaplicará el régimen pactado y se sustituirá por el previsto por el legislador: consorciales.

4. La titularidad de los bienes que corresponda a los cónyuges en función del régimen económico matrimonial adoptado se produce por obra de la ley (efecto real de los regímenes económicos), y al margen de la teoría general del contrato: escapa a necesidad de título y modo.

5. Al negocio capitular le es inaplicable el régimen jurídico del incumplimiento: resolución del contrato, puesto que no hay sinalagma; ni tampoco la rescisión contractual, ya que el negocio capitular carece de un programa de prestaciones.

6. Debido a su importancia no sólo para los cónyuges sino en especial para los terceros están sometidas a un doble sistema de validez y oponibilidad: su otorgamiento debe constar en escritura pública (art 195-2 CDFa.) y ésta, y sus modificaciones, ser inscritas en el Registro civil (art. 1332 Cc). Por carecer de efectos dispositivos su inscripción en el Registro de la propiedad no es posible por sí sola sino únicamente cuando contenga respecto a bienes inmuebles o derechos reales determinados alguno de los actos a que se refieren los arts. 2 Lh. y 7 del Rh., pero no de otra manera (art. 75 Lh).

7. El principio de relatividad de los contratos (art. 1257 Cc) carece de aplicación respecto a los capítulos matrimoniales debido a su naturaleza asociativa y a la posibilidad de afectar a terceros ajenos al contrato. Los efectos del contrato son *erga omnes*.

#### 4. Forma.

*Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones requieren, para su validez, el otorgamiento en escritura pública* (art. 195-2 CDFa.; «requisito de forma que no tiene mero carácter de prueba, sino *ad solemnitatem*, sin el cual carecen de toda validez y eficacia jurídica» (S. JPI nº 2 de Zaragoza 3 junio 1996).

Ahora bien, de la pluralidad de negocios que se pueden documentar en la escritura pública de capítulos, ¿cuáles de ellos requieren escritura pública como requisito de validez? En primer lugar, la estipulación capitular sea ésta bi o plurilateral (arts. 193, 195, 201 y 215 CDFa.; los pactos sucesorios (arts. 201 y 202 CDFa en relación con los arts. 378 y 381-2 CDFa.; la dote (art. 201 CDFa. y los pactos de ampliación o restricción de la comunidad (art. 210-1 en relación con el art. 215 CDFa.; los pactos sobre la gestión del consorcio conyugal (art. 229-1 CDFa.; los pactos sobre exclusión o limitación del Derecho de viudedad, (art. 272-1 CDFa).

Ahora bien, *escritura pública de capítulos* (en la que constan datos específicos sobre la familia, el matrimonio y el Registro civil –ENCISO–) *ad validitatem* sólo se exige para la estipulación capitular sea bi o plurilateral y para aquellos supuestos en los que de forma expresa lo determina la ley: Los pactos de ampliación o restricción de la comunidad y los pactos sobre la viudedad, si en ambos casos son anteriores al matrimonio (arts. 215 y 272 CDFa. así como los pactos sobre gestión del consorcio (art. 229-1 CDAF).

### 5. Tiempo y eficacia de los capítulos.

Como ha sido tradicional en Aragón (Obs. 58 *De iure dotium*) *Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse y modificarse antes del matrimonio y durante el mismo*, así lo establece el art. 197-1 CDFa.

*Si se otorgan antes del matrimonio, no producirán efectos hasta la celebración de éste, salvo que prevean un momento posterior para su eficacia* (art.197-2 CDFa).

En Aragón, no se establece un plazo mínimo para celebrar las nupcias (no se aplica el art. 1.334 Cc.), de manera que lo pactado en capítulos matrimoniales no caduca, simplemente no producirá efectos bien hasta que el matrimonio se celebre bien, habiéndose celebrado las nupcias, hasta el momento designado por los capitulantes.

Ello posibilita, respecto de los parejas no casadas, que *el régimen de convivencia y de derechos y obligaciones de la pareja estable no casada, pactado en escritura pública, adquiera el valor de capitulaciones matrimoniales, si así lo hubieran acordado expresamente en la escritura* (art. 308 CDFa).

La modificación de capítulos, entendida ésta como sustitución o modificación del régimen económico matrimonial, no se producirá sólo en virtud de un nuevo otorgamiento, sino que puede haber estado prevista en unos capítulos matrimoniales anteriores, al poder sujetarse el régimen económico matrimonial a término o condición (vgr. pactándose inicialmente un régimen de separación se podría establecer que a partir del nacimiento del primer hijo, el régimen fuera el legal). Esta previsión, y la posibilidad de que la modificación tenga efectos retroactivos (siempre admitida en Aragón y prohibida en el Código civil), la establece de forma expresa el punto 3 del art. 197: *En cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición o término o incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros; y así se aplica por los Tribunales aragoneses (STSJA 23 de junio de 2004).*

## 6. Sujetos. Capacidad.

A. *Los capítulos matrimoniales son un negocio jurídico plurisubjetivo.*

a) Sujetos esenciales e imprescindibles de los capítulos son los esposos o cónyuges, sin ellos no hay capítulos, su presencia ha sido siempre necesaria en Aragón (MOLINO, SESSE, LA RIPA.. Uno de los esposos, como mínimo, es siempre parte de todos y cada uno de los negocios que se celebren en los capítulos, y ambos son sujetos imprescindibles del negocio capitular.

b) Junto a los cónyuges pueden intervenir otros sujetos, que por regla general no serán parte del negocio capitular, sino tan solo *otorgantes* de los capítulos y *partes* del negocio jurídico que celebren con alguno o ambos de los esposos. La razón de su intervención puede ser muy variada: i) complementar la capacidad de alguno de los esposos, ii) establecer negocios de aportación a favor de alguno de los contrayentes (dotes, donaciones, sometiendo o no dicha aportación a vínculo y condición: vgr. la donación de una finca, o de un valioso jarrón, que se hace a la novia “a propia herencia suya y de los suyos”, de manera que, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, dicho bien será privativo de ella) o iii) reconocer como hijo a uno de los esposos. En ninguno de estos casos son parte de la estipulación capitular. Los otorgantes no contrayentes pueden también ser parte del negocio capitular: entre ellos y los futuros o actuales cónyuges se pacta una *sociedad familiar* (arts. 195, 201 y 202 CDFFA).

B. *Capacidad y matrimonio.* Las capitulaciones matrimoniales han sido tradicionalmente consideradas en Aragón como un contrato (MOLINOS) por ello, en principio, basta con la capacidad para contratar, que en Aragón se alcanza a los 14 años (art. 23 CDFFA, si bien contando con la debida asistencia y no estando el sujeto incapacitado).

No obstante, en los casos de minoría de edad (menores de 18 años no casados) se exigió, además, capacidad para contraer matrimonio: (art. 27 Comp.). Si el mayor de 14 años, pero menor de edad, no había obtenido dispensa, carecía de capacidad para capitular.

B. *La capacidad para capitular.* Desde el año 2003, el legislador aragonés abandona la vieja máxima que relaciona capacidad para capitular y matrimonio (*habilis ad nuptia, habilis ad pacta nuptialia*) puesto que, en orden a la validez de los capítulos, no se exige ni tan siquiera al menor de edad, que sea hábil para el matrimonio: si no tiene capacidad para matrimoniar (no ha obtenido dispensa o no está emancipado) pero ha cumplido

14 años podrá otorgar válidamente capítulos, sin perjuicio de que los mismos no sean eficaces hasta la celebración de las nupcias.

A lo anterior se refiere el Preámbulo del CDFa cuando afirma que el legislador aragonés, en uso de su competencia, regula *ex novo* y de forma completa la capacidad para otorgar capítulos matrimoniales, ya que no sólo regula los supuestos de minoría de edad sino que atiende a otras situaciones en la que el estipulante se encuentre incapacitado o bien tenga limitada su capacidad de obrar.

*C. Capacidad para otorgar capítulos matrimoniales: la estipulación capitular y otros negocios.* El art. 199 regula la capacidad necesaria para otorgar capítulos matrimoniales, esto es la capacidad que se requiere para *consentir las estipulaciones que determinen o modifiquen el régimen económico de su matrimonio*, este es el objeto de dicho precepto.

En razón de ello, el punto 2 del art. 199 advierte que *Los demás actos y contratos que puedan otorgarse en capitulaciones requerirán la capacidad que las normas que los regulan exijan en cada caso*. Por ejemplo, para ordenar su sucesión o aceptar la institución de heredero porcionada, el mayor de 14 años tendrá que ser también mayor de edad (art. 378 en relación con el art. 23 del CDFa).

El art. 199 no se aplica a los otorgantes que no intervengan en la determinación del régimen económico matrimonial. Su capacidad se someterá a las reglas generales. Establecido lo anterior, la capacidad que exige la ley para otorgar capítulos matrimoniales se sitúa en los 14 años y sin perjuicio de la asistencia prescrita en aquélla.

*D. Los mayores de 14 años menores de edad.* La regulación de la capacidad para capitular en atención a la edad es coherente con la regulación de la capacidad de las personas por razón de la edad en Aragón (arts. 4 a 33 CDFa).

En razón de ello distingue en legislador entre mayores de 14 años menores de edad y mayores de 14 años emancipados o mayores de edad. Si el mayor de 14 años es mayor de edad (art. 4.b CDFa o bien está emancipado podrá otorgar capítulos matrimoniales por sí solo, sin requerir la asistencia prevista en el art. 199.

El menor de edad pero mayor de 14 años requiere un complemento de capacidad: *La asistencia debida* ( art. 23CDFa).

*E. Incapacitados.* El Código regula también la situación del incapacitado. Con buen criterio nada se dice de los concursados, puesto que éstos no están incapacitados: podrán otorgar capítulos matrimoniales sin intervención

de los administradores judiciales. Las estipulaciones capitulares, en su caso, serán inoponibles a los acreedores en el sentido del art. 194 y 198 CDFA.

En la medida en que a los incapacitados también se les reconoce el *ius conubii* (art. 32 Const. en relación con el art. 56 Cc.) se debe regular su capacidad para capitular. A ello atiende el art. 199-1.b): *Los incapacitados necesitarán la asistencia de su guardador legal, salvo que la sentencia de incapacitación disponga otra cosa*. Como regla general, el incapacitado requiere de la asistencia de su guardador legal (bien sea el tutor bien sea el curador) salvo que la sentencia de forma expresa establezca otra cosa

Nada se dice en este precepto de los pródigos: en Aragón la prodigalidad por sí misma no es una causa de modificación de la capacidad de obrar de las personas (art. 38-3 CDFA).

*F. Efectos de la falta de asistencia*. Su omisión, en los casos en que la misma resulta prescrita, hará los capítulos anulables (art. 29 CDFA).

Una vez celebrado el matrimonio, sólo el menor, ahora mayor de edad (art. 4 CDFA), podrá ejercitar la acción en los plazos señalados en los arts. 1.300 y ss. Cc.

## 7. Modificación de las estipulaciones capitulares.

*A. Modificación de capítulos: otorgantes y partes: ¿quiénes deben intervenir?*

a) Los capítulos pueden ser objeto de modificación tanto antes como después del matrimonio.

Si los capítulos se otorgaron únicamente por los esposos, bastara con su consenso para que se lleve a cabo la modificación.

En el caso de que junto a los esposos o cónyuges hayan intervenido otros sujetos, surge la duda sobre si todos ellos, y en todo caso, han de intervenir en la modificación, o bien su intervención sólo se hace depender de su participación en el negocio modificado.

b) De estas cuestiones se ocupa ahora el art. 200 CDFA, que en esta materia, y como señala su Preámbulo, ha seguido la formulación de la doctrina aragonesa, que distingue entre partes de la estipulación capitular y otorgantes de capítulos: sólo quiénes hayan sido parte en la estipulación capitular deben intervenir en su modificación: *Tanto antes como después de celebrado el matrimonio, la modificación de las estipulaciones que determinan el régimen económico familiar requiere únicamente el consentimiento de las personas que están o han de quedar sujetas a dicho régimen*

*B. Modificación del régimen económico matrimonial y los otorgantes de capítulos*. Esta situación no se regulaba de forma expresa en la Compilación.

La doctrina (BAYOD) afirmaba entonces que la modificación del negocio capitular bilateral es de exclusiva competencia de los cónyuges, nadie que no sean ellos está llamado a intervenir en ella. Ahora bien, si alguna liberalidad concedida en capítulos (o fuera de ellos) se ha hecho depender de dicho régimen, evidentemente, el donatario podrá revocar su liberalidad, pero su *concurrencia* no será necesaria para la modificación de los capítulos.

Estas afirmaciones se recogen desde 2003 en el ahora pár. 2º del art. 200 CDFA que establece: *La modificación del régimen económico matrimonial permite la revocación de los actos y negocios patrimoniales contenidos en los capítulos y que se otorgaron en atención al régimen que ahora se modifica, a no ser que sus otorgantes presten el consentimiento a la modificación. El notario que autorice la escritura de modificación notificará su otorgamiento a los intervinieron en las capitulaciones matrimoniales que se modifican dentro de los ocho días hábiles siguientes. Sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar, la falta de notificación no afecta a la modificación.*

La revocación de los actos o negocios patrimoniales estará sujeta a los plazos que para su ejercicio establezca el Cc., aplicable a esta materia de forma supletoria. Por lo que respecta a los pactos sucesorios de forma expresa remite el legislador aragonés al art. 401 CDFA

## **8. Oponibilidad, inoponibilidad y publicidad de las estipulaciones capitulares.**

*A. Planteamiento.* La posibilidad de modificar el negocio capitular requiere un sistema de protección a los terceros que hayan podido contratar con los esposos o cónyuges confiados en un determinado régimen económico, lo que se consigue a través de la *inoponibilidad* y *publicidad* de la modificación. A lo primero, se refieren los arts. 194 (vid §6. 13) y 198 CDFA, a lo segundo, el art. 193.3 CDFA.

Con carácter general el art. 194 (*Derechos de terceros*) dispone que *La modificación del régimen económico del matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros.* Este régimen se completa con la previsión del art. 198 (*Inoponibilidad a terceros*) al declarar *1. Las estipulaciones capitulares sobre el régimen económico matrimonial son inoponibles a los terceros de buena fe.* Obsérvese que la inoponibilidad, y por tanto la protección a los terceros de buena fe, no sólo se afirma de las modificaciones del régimen económico matrimonial efectuadas constante matrimonio, sino de toda estipulación capitular: también sobre el primer otorgamiento de capítulos.

*B. Los terceros protegidos. La buena fe del tercero.* Los terceros protegidos en el texto de la ley no son sólo los que contrataron con los esposos, sino también a todos aquellos que ostentan un derecho legítimo merecedor de protección legal, que se ve alterado por la modificación capitular. Así lo ha afirmado el TS en diversas sentencias, doctrina forense aplicable también el Derecho civil aragonés (cfr. Ss. TS 6 diciembre 1989 y 25 septiembre 1999).

Al tercero protegido se le exige que sea de buena fe y, según el párr. 2 del art. 198,

*La buena fe del tercero no se presumirá cuando el otorgamiento de los capítulos matrimoniales conste en el Registro civil.* Con esta fórmula acoge el legislador aragonés la doctrina del TS que ha venido estableciendo la prioridad del Registro civil en materia de publicidad del régimen económico matrimonial, sin perjuicio de la prevalencia de la publicidad registral en materia de bienes inmuebles (STS 10 de marzo de 1998 y STSJA 7 de julio de 2003).

*C. Requisitos.* La modificación del régimen económico matrimonial, desde luego válida, no es oponible a los terceros, si concurren las siguientes circunstancias: i) derechos adquiridos que pueden ser tanto reales como de crédito, ii) El derecho ha de haber sido *adquirido* con anterioridad a la modificación o a la publicación del régimen, iii) El tercero ha de ser de buena fe.

*D. Efectos.* Cumplidos dichos requisitos, los terceros «*si conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge no deudor responde con los bienes que le hubieran sido adjudicados* (se había modificado el régimen legal por el de separación), *porque la responsabilidad real de la masa común no desaparece por el hecho de que le hayan sido adjudicados*» (A. Presidente TSJA 24 diciembre 1992, en el mismo sentido SAPZ 10 mayo 1994 y S.JPI nº 14 de Zaragoza de 8 de mayo de 2008).

En consecuencia, la modificación del régimen económico matrimonial no perjudica en ningún caso los derechos subsistentes que los terceros hubieran adquirido (arts. 194 y 198 CDFa en relación con el art. 144 Rh. y 268 CDFa).

Cuando la modificación del régimen económico es inoponible a los terceros, los capítulos en la que ha sido acordada, tiene una eficacia limitada, pero no son nulos ya que han cumplido los requisitos de validez y por ello guardan su carácter vinculante entre los cónyuges. Si bien, la modificación, no atañe a los terceros, que podrán actuar frente a los cónyuges como si su régimen fuera el legal (BAYOD).

Se trata, en todo caso, de evitar situaciones de fraude, «*sin que, para la subsistencia y efectividad de dicha garantía legal, sea necesario acudir a la nulidad o rescisión de las capitulaciones en las que la modificación se instrumental*» (STS 25 septiembre 1999 y SS. APZ 10 mayo 1999; 21 febrero 1996; 12 abril 1997 y 25 febrero 1998,-y SAPZ de 28 de marzo de 2001).

*E. Publicidad de los capítulos y sus modificaciones.* De forma directa (art. 149.1.8ª Const.) se aplican los art. 77 LRc. y 226 RRc. Si la modificación de los capítulos afecta a bienes inmuebles o derechos reales o bien alguno de los cónyuges es comerciante, también serán inscribibles los capítulos en los registros de la propiedad y mercantil (art. 75 Rh. y 87 RRm.).

No obstante, el CDFA hace referencia a la publicidad de los capítulos en el Registro Civil a los efectos de valorar la buena fe del tercero, art. 198.2 CDFA y también en el párr. 3 del art. 193: *Quienes por razón de su cargo o profesión, intervengan en todo el expediente matrimonial procuraran que se consigne en el Registro Civil el régimen económico de los contrayentes y les informaran sobre las posibilidades y consecuencias en orden al régimen económico matrimonial de acuerdo con la legislación aplicable.* (vid §6 13 D)

*F. Modificación de los capítulos e insolvencia punible: alzamiento de bienes.* El alzamiento de bienes se configura en el Cpen. vigente como una forma de insolvencia punible no concursal que se caracteriza por la ocultación de los bienes del deudor generando un estado de insolvencia patrimonial: *Será castigado con las penas de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1. El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, art. 257 1. Cpen.* Según la doctrina (VIVES ANTÓN, GONZÁLEZ CUSSAC) y la jurisprudencia (STS 5 de mayo 1991) no exige este tipo delictual “un actual o efectivo daño al acreedor, sino que basta con el daño potencial o peligro que se causa por la dolosa actuación del deudor”. Tal es así que en la misma pena incurrirá: “Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación” (art. 257. 2 Cpen.).

En atención a ello, el TS en diversos fallos viene afirmando que la alteración del régimen económico matrimonial con la finalidad de ocultar bienes a los acreedores incide en el Derecho penal, pues «*es claro que lo dispuesto en el art. 1.317 Código Civil, no impide que concurra el delito de alzamiento de bienes, si la escritura capitular fue el mecanismo utilizado para realizar el «acto de disposición» delictivo en perjuicio de los acreedores, a que se refiere el art. 257 Cpen.*» (Ss. TS, Sala de lo penal, 23 octubre 2001, 14 febrero 2003 y 6 de abril de 2010).

### 9. Invalidez e ineficacia de los capítulos matrimoniales.

En aplicación supletoria del art. 1.335 Cc., la invalidez de los capítulos se regirá, en lo que sean aplicables, por las reglas generales de los contratos y sus consecuencias no perjudicarán a los terceros de buena fe, ello supone que los efectos de la invalidez van a tener respecto de terceros de buena fe efectos *ex nunc* (BAYOD).

En consecuencia, los capítulos son nulos en los casos de (i) la falta absoluta de consentimiento o error obstativo, y (iii) falta de forma. Serán anulables en los supuestos de (i) falta de asistencia cuando es necesaria (art. 17) y (ii) vicios del consentimiento.

### 10. Instituciones familiares consuetudinarias.

El art. 201 CDFA, a modo de cajón de sastre, y sin establecer regulación jurídica alguna, enumera lo que según su rúbrica son *Instituciones familiares consuetudinarias*.

En relación a las instituciones consuetudinarias que nomina el art. 201 podemos realizar las siguientes observaciones: (i) Se ubican en sede de régimen matrimonial paccionado porque tradicionalmente se adoptaban en capítulos, respondiendo tales instituciones al mantenimiento de la familia y de la Casa Aragonesa, (ii) no forman un elenco cerrado, *sino ad exemplum* (SAPENA., (iii) las instituciones mencionadas son muy heterogéneas, pero todas, *ad validitatem*, han de constar en documento público, (iv) han de pactarse de forma expresa (S. JPII de Monzón 13 septiembre 1997), y una vez pactadas, la costumbre tiene valor interpretativo y (v) el fundamento y los límites de estas instituciones es el *Standum est chartae*.

El art. 202 CDFA establece el modo de liquidar las comunidades familiares cuando no se haya estipulado la forma de su liquidación (SAPENA, MERINO). En estos casos *los beneficios obtenidos con el trabajo común* (que no los bienes aportados por los asociados, y mucho menos el patrimonio casual) *se dividirán entre los asociados en proporción equitativa, conforme a la costumbre y atendidas las diversas aportaciones en bienes o trabajo, los beneficios ya percibidos, las causas de disolución y demás circunstancias*". El objeto de aplicación de esta norma son las comunidades familiares (el acogimiento, el pacto sucesorio, etc.) en las que se estipula un régimen económico familiar (STSJA 5 julio 1995).

*A. Hermandad llana.* Es un régimen económico matrimonial paccionado, que consiste en hacer comunes todos los bienes aportados por los esposos al matrimonio, así como los adquiridos constante el mismo por cualquier título, (con excepción de los bienes adquiridos a título lucrativo

—herencia o donación— en el caso de que presenten algún vínculo). A la disolución del consorcio, los bienes pertenecen por mitad a cada consorte (o a los herederos de uno de ellos, si acaso la disolución ha sido por fallecimiento) y a salvo la *viudedad* del cónyuge supérstite. A falta de otras reglas, la administración, disposición de bienes, cargas y deudas se registrará por los arts. 218 y ss. CDFa.

El pacto puede ser universal, pero también particular: hermanarse en determinados bienes o en porcentaje: vgr. la mujer en el 40% y el marido en el 60% (LA RIPA..)

*B. Agermanamiento o casamiento al más viviente.* No estamos ante una institución familiar sino sucesoria. La circunstancia de que se halle en esta sede, no es otra que la posibilidad de pactar en capítulos matrimoniales la sucesión *de los contrayentes o de quienes con ellos concurran al otorgamiento* (art. 195 CDFa).

El agermanamiento es un pacto sucesorio de institución recíproca de herederos, regulado en los arts. 395 y 396 CDFa.

*C. Casamiento en casa.* Es aquella modalidad consuetudinaria de la viudedad foral por la que al contrayente que quedare viudo se le concede en las capitulaciones matrimoniales la facultad de volverse a casar con próroga del usufructo vidual y comunicación del mismo al nuevo cónyuge, siempre que las segundas nupcias fueren convenientes a la casa y a la familia, consinténdolas por ello las personas prefijadas en la misma (SAPENA., por regla general, los instituyentes o, a falta de ellos, la Junta de Parientes. El usufructo se pierde, si abandonan la casa.

*D. Acogimiento o casamiento a sobre bienes.* El acogimiento o casamiento a sobre bienes es el acto o contrato por virtud del cual una familia heredada, con hijos o sin ellos, recibe en su compañía a otro u otras familias de parientes o extraños, en el acto de constituirse o ya constituida, y con hijos o sin ellos, formando entre todos una comunidad familiar, que es a un tiempo sociedad de producción, de consumo y de ganancias, y en ciertos límites de sucesión mancomunada. Es una imitación del heredamiento universal de padres en favor de sus hijos (COSTA..)

La doctrina (SAPENA, MERINO) señalan como elementos esenciales:

*a) Elemento personal,* formado por los acogentes y acogidos. Los primeros son un matrimonio o un viudo, que no tienen hijos o teniéndolos son ineptos para regir el patrimonio. Los acogidos son un matrimonio joven con hijos (o posibilidad de tenerlos), pues alguno de ellos será heredero de la casa. Entre todos pactan un régimen familiar, que es efecto del acogimiento (SAPENA..)

b) *Elemento real*, el patrimonio casual, perteneciente a los acogentes y, en su caso, los bienes aportados por los acogidos. Estos bienes no son objeto de cotitularidad, sólo de disfrute y disposición conjunta.

c) *Elemento formal*: Se adopta en la escritura capitular.

E. *Consortio universal o juntar dos casas*. Más que de una institución que tenga vida *per se*, nos encontramos ante un resultado: se produce cuando dos casas distintas se unen, de los que resulta una comunidad de explotación y disfrute a la par que de previsión hereditaria de la unidad (SAPENA.. Las causas pueden ser: (i) un acogimiento, cuando los acogidos tienen casa propia; (ii) el doble heredamiento: se casan entre sí dos herederos de sus respectivas casas.

F. *Dación personal*. Al igual que en el caso del agermanamiento, nos encontramos ante un pacto sucesorio: el donado *se da* a una familia para ser asistido y atendido hasta el fin de sus días, a cambio nombra heredero, por ejemplo, al hijo del matrimonio que lo acoge, o al dueño de la casa acogente (STSJA 5 julio 1995 y SJPII Monzón 13 septiembre 1997).

G. *La dote y firma de dote*. a) *¿Qué es la dote?* La dote es una aportación matrimonial de bienes que se efectúa a favor de uno de los cónyuges para que sea el otro el que los administre y goce de ellos con la consecuencia de que, a la disolución del matrimonio (o por separación), se ha de devolver el mismo bien (dote estimada), pues el aportante conserva su propiedad o su estimación (dote inestimada).

La dote no es una donación, sino la regulación de los derechos y deberes que median sobre determinados bienes que se llevan al matrimonio. No obstante tiene carácter lucrativo, y no oneroso (LACRUZ). Dichos bienes están sujetos al levantamiento de las cargas familiares, pero no responden por las deudas personales de los cónyuges, salvo que ambos hayan contraído dicha deuda de forma conjunta (LACRUZ).

b) *Firma de dote*. El derogado art. 30 Comp. definía la firma de dote de la siguiente manera: «Cada cónyuge puede otorgar dote o firma de dote al otro, reconociéndosela si es indotado o aumentando la que recibe». Como afirma SAPENA el legislador asimiló la firma de dote a la dote romana proveniente del marido, sea como aumento de la aportada por la esposa o como dote única o en último término como garantía y aseguramiento. Esto mismo podemos seguir afirmando ahora.

**BIBLIOGRAFÍA:** BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, edit. Institución Fernando el Católico, DPZ, Zaragoza, 1995; "Modificación de capítulos matrimoniales: Efectos retroactivos. (Co-

mentario a la Sentencia del TSJA de 23 de junio de 2004)”, *RDCA*, XI-XII, 2005-2006; “Las comunidades familiares atípicas y la aplicación a las mismas del art. 34 Comp. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de julio de 1995”, *RDCD*, II, 1996, nº 2, págs. 131-151; “Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes”, en *ADC*, 2007, págs. 41 a 94; COSTA MARTÍNEZ, Joaquín, *Derecho consuetudinario e economía popular de España*, Guara, Zaragoza, 1981; DIAGO DIAGO, M.<sup>a</sup> Pilar, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de los terceros en el Derecho Internacional Privado”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, LXII, Núms, 2067-68, 2008, págs. 2763-2787; MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza, 2007; CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGÓN: «El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón», en *VV.AA.*, Regímenes Económico matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial), Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, t. I, págs. 127-174; MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (coordinador): *Memento Experto Derecho Foral de Aragón*, Lefebvre, 2011.



## § 9. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

*Carmen Bayod López*

### 1. Caracteres y régimen jurídico.

A. El CDFA regula en Título III del Libro Segundo el régimen económico matrimonial de separación de bienes que, como señala el Preámbulo, se perfila como i) un régimen completo: *las previsiones legales sobre el régimen de separación de bienes, se bastan así mismas cerrando el paso a la aplicación supletoria del Código civil pues, en último término se aplicara en lo que proceda las normas del consorcio conyugal;* y ii) supletorio de la voluntad de los particulares: *Si el régimen de separación de determinados cónyuges, acordado por ellos o consecuente con todo caso de disolución o exclusión del consorcio conyugal legal, no prevé determinadas consecuencias ni puede deducirse de los mismos, no habrán de producirse otras que las señaladas en este título.*

B. El art.204 CDFA. dispone: *El régimen económico de separación de bienes se regirá en primer término por lo convenido por los cónyuges en los capítulos que lo establezcan; en su defecto por las normas establecidas en el presente Título para este régimen y, subsidiariamente por las normas del consorcio conyugal en cuanto lo permita su naturaleza.*

Se configura así la separación de bienes regulada por el legislador aragonés como un régimen paccionado pero, a su vez, supletorio de la voluntad de los particulares. El legislador aragonés, al establecer la aplicación subsidiaria de las normas del consorcio conyugal al régimen de separación de bienes, cierra el paso a la aplicación supletoria del Código civil (SAPZ 24 de enero de 2005).

C. El régimen de separación de bienes se caracteriza por un dato negativo: la ausencia de comunidad de bienes, e incluso de cualquier partici-

pación de cada esposo en el resultado o actividad del otro (S. APZ 19 de mayo de 2003). Cada esposo gobierna y administra sus bienes, obtiene para sí sus ingresos y puede enajenar sus bienes libremente sin perjuicio, en su caso, de la viudedad del otro: *Salvo renuncia expresa, ambos cónyuges conservaran el derecho de viudedad* (art. 205-2 en relación con los arts. 192 y 271 y ss. CDFA). Todo ello, además, sin perjuicio de la responsabilidad los bienes de cada cónyuge al levantamiento de las necesidades familiares (art. 209 en relación con los arts. 187 y 189 CDFA).

**2. Ámbito de aplicación del régimen: ¿cuándo tiene lugar?** *El régimen económico del matrimonio será de separación de bienes: a) Cuando así lo hayan acordado los cónyuges en capítulos matrimoniales. b) En todo caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otro régimen* (art. 203 CDFA).

El régimen de separación de bienes encuentra dos vías de aplicación: a través de la voluntad expresa acordada en capítulos matrimoniales o en defecto de tal voluntad, si no resulta de aplicación el régimen legal: bien porque se excluya bien porque se disuelva.

### **3. Contenido del régimen de separación de bienes. Titularidad y administración de los bienes propios.**

*A. En general. En el régimen de separación de bienes, pertenecerán a cada cónyuge los que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Así mismo corresponderán a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes.*

Característica del régimen de separación es la falta de bienes comunes: todos los bienes son propiedad del marido o de la mujer, ya los adquieran a título oneroso o gratuito tanto antes como después de celebrado el matrimonio, ya les pertenezcan a ambos en proindiviso.

En razón de ello, cada cónyuge administra, gestiona y dispone libremente de sus bienes, en este último caso, sin perjuicio de la viudedad, que conservarán ambos cónyuges, salvo renuncia expresa a la misma (art. 205-2 CDFA).

*B. Titularidad de los bienes. Presunciones.* En el régimen de separación los bienes pertenecen a cada uno de los cónyuges. Pero debido a la naturaleza del matrimonio y a la vida en común que desarrollan los cónyuges, el Código establece en el art. 206 una afirmación seguida de unas presunciones para determinar la titularidad de los bienes.

a) Con carácter general, *La titularidad de los bienes pertenecerá a quien determine el título de adquisición* (art. 206-1 CDFA). A falta del mismo, la ley establece una serie de presunciones *iuris tantum* para determinar la propiedad de los bienes.

b) Presunción de indivisión. *Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges corresponde la titularidad de algún bien o derecho o en qué proporción, se entenderá que pertenece a ambos por mitades indivisas* (art. 206-2 CDFA).

Atiende el precepto a dos cuestiones diversas. Por un lado, a la determinación de la titularidad de los bienes: si no consta el título de adquisición (vgr. el contrato o la factura de compra en los bienes de consumo a nombre de alguno de los cónyuges), la ley atribuye a ambos la titularidad de los mismos proinvidiso y a partes iguales. Por otro lado, y partiendo de la premisa de que el bien es común ambos consortes, la duda versa sobre la proporción en que les perteneces e igualmente señala que *por mitades indivisas*. c) Los bienes muebles de uso personal o profesional. La presunción de indivisión que establece el punto 2 del art. 206 presenta una excepción cuando se trata de bienes muebles de uso personal o profesional, pues sobre estos, aun cuando no conste el título de adquisición, y siempre que no sean de extraordinario valor, se presumirá que pertenecen al cónyuge que los utilice.

C. *La gestión de los bienes propios*. Como afirma la última proposición del art. 205-1 CDFA: *Corresponde a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes*.

Esta regla general cuenta con la posibilidad de que uno de los cónyuges, debido a la comunidad de vida que existe entre ellos, gestione los bienes del otro.

A ello se refiere el Código en los arts. 207 y 208, que distingue según la gestión se efectúe con o sin mandato expreso.

Al primer supuesto se refiere el art. 207: *Cada cónyuge podrá en cualquier tiempo conferir la otro mandato expreso para la administración de sus bienes, así como revocarlo, condicionarlo restringirlo*. Serán aplicables supletoriamente las reglas sobre el mandato del Cc. (art. 191 CDFA).

Por su parte, el art. 208 se refiere a la gestión realizada por un cónyuge sin mandato del otro, distinguiendo entre la gestión consentida y la realizada en contra de su voluntad.

En el primer caso, señala el art. 208-1 el cónyuge administrador que gestiona los bienes del otro sin su oposición, *tiene las obligaciones y responsabilidades de un mandatario, pero no está obligado a rendir cuentas de los*

*frutos percibidos, salvo que se demuestre que los ha empleado en su beneficio (cfr. art. 191). Termina art. 208-1 señalado que: El propietario de los bienes puede recuperar la administración de los bienes a su voluntad.*

El punto 2 del art. 208 atiende al supuesto de la administración que realiza un cónyuge sobre los bienes del otro en contra de su voluntad. En este caso, el cónyuge administrador responderá de los daños y perjuicios que haya podido ocasionar con su gestión pero de los mismos podrá descontar *los lucros que el propietario haya obtenido con la gestión.*

#### **4. Separación de bienes y vida en común. Responsabilidad por deudas. Los acreedores de los cónyuges.**

*A. El uso común de los bienes.* La comunidad de vida entre marido y mujer que constituye el matrimonio (arts. 183 y 184 CDFA conlleva la necesidad de que los bienes, aun siendo de propiedad individual, tengan un uso común y compartido.

Así sucede en relación a los bienes que componen el ajuar doméstico, que aun perteneciendo a uno solo de los cónyuges, tendrán un inevitable uso común.

Lo mismo acontece con la vivienda familiar, sin perjuicio de que sea esta propiedad de uno sólo de los cónyuges o el arrendamiento de la misma figure a nombre exclusivo de alguno de ellos.

En estos supuestos de bienes propios, pero destinados al inevitable uso común, pueden surgir dos cuestiones relevantes: i) en orden a la disposición de los mismos y ii) en relación a su depreciación o reposición: ¿cabe exigir algo al otro cónyuge?

a) Respecto a la primera cuestión, la disposición sobre el ajuar doméstico y los derechos sobre la vivienda familiar, encuentran solución en el art. 190 CDFA, que señala que tanto para disponer de ellos como para sustraerlos al uso común, *será necesario el consentimiento del otro cónyuge o en su defecto autorización judicial (art. 190-1 CDFA).*

La falta de consentimiento del cónyuge no propietario o en su defecto la preceptiva autorización judicial, le permiten a él o a sus herederos instar judicialmente la nulidad del acto de disposición en el plazo de 4 años, desde que conoció o pudo conocer la enajenación y, en todo caso, desde disolución del matrimonio o la separación conyugal (art. 190-2 CDFA).

No obstante, *No procederá la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar.*

b) Se trata de establecer en qué medida el cónyuge que pone a disposición sus bienes de la familia tiene derecho a ser reintegrado por el uso o, en su caso, a que el destino de sus bienes al uso familiar sea tenido en cuenta como una contribución al levantamiento de las necesidades familiares. Esta es, a lo que creo, la respuesta que se deriva del art. 187 CDFa: Una forma de contribución a las necesidades familiares consiste en *la dedicación de sus bienes al uso familiar*.

Ello también podría posibilitar que los gastos que pesen sobre los mismos (vgr. gastos de mantenimiento, reparaciones necesarias, y aun el pago del alquiler, de los bienes privativos aportados al uso familiar) puedan, tal vez, internamente repetirse sobre el patrimonio del otro cónyuge bien en la proporción pactada en capítulos bien, a falta de pacto sobre contribución, en la mitad por aplicación de los arts. 218-1.a y 220 en relación con el art. 204 CDFa.

*B. Separación de bienes y derecho de viudedad.* El art. 192 CDFa afirma con carácter general que *El matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre los bienes del que primero fallezca* y el art. 205-2 CDFa declara que *salvo renuncia expresa, ambos cónyuges conservarán el derecho de viudedad*. El legislador aragonés cierra así el paso a ciertas dudas forenses (cfr. voto particular del Presidente del TSJA a la S. 30 octubre 1996) sobre la compatibilidad de la viudedad con el régimen de separación de bienes.

En razón de esta compatibilidad habrá que tener en cuenta que la disposición de los bienes propios de cada cónyuge es en Aragón menos individualista ya que habrá que contar con el derecho expectante del otro cónyuge (arts. 190, 280, 281 y 282 CDFa).

*C. Responsabilidad por deudas.* El régimen de separación de bienes atribuye a cada cónyuge la responsabilidad exclusiva de las obligaciones por él contraídas, salvo en los casos previstos en el art. 189. (art. 209 CDFa).

Establece este precepto una regla general: cada cónyuge responde de sus deudas con su propio patrimonio, ya que no hay bienes comunes.

Ahora bien, ello no significa que no existan deudas comunes, de éstas (necesidades familiares del art.187 CDFa), evidentemente responde ambos cónyuges de forma solidaria, aún cuando la haya contraído uno solo de ellos: *Los cónyuges responden solidariamente frente a terceros de buena fe, de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares*.

La contribución a las mismas la determina el art. 187-2 CDFa.

*D. El régimen de separación de bienes y los acreedores.* En el Derecho romano y en el estatal, a través de la llamada presunción muciana de per-

tenencia de los bienes al marido, trató de reprimirse el fraude del marido, que con la connivencia de su esposa, realizaba frente a sus acreedores.

Una suerte de aplicación de esta idea contiene el Derecho estatal en el art. 1.442 Cc.

La ley aragonesa no establece nada al respecto, y a lo que creo con buen criterio, puesto que estas cuestiones se contemplan en la ley concursal art. 77: *Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración del concurso.*

### 5. Disolución y liquidación del régimen de separación.

Al igual que el consorcio conyugal, el régimen de separación de bienes se extingue: i) por pasar a otro régimen matrimonial, ii) por disolución del matrimonio, iii) cuando sea declarado nulo o iv) medie separación de los cónyuges (art. 244 CDFA).

Llegado a este punto será precisa una liquidación, si bien restringida al pago de contribuciones o gastos comunes y a las compensaciones que procedan entre los patrimonios del marido y de la mujer.

**BIBLIOGRAFÍA:** MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús, LACRUZ MANTECÓN, Miguel y SORO DOMINGO, José Luis: "El régimen económico matrimonial de separación de bienes", en *Actas de los Decimoterceros Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, págs. 89-170; MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza, 2007; CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGÓN: «El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón», en VV.AA., *Regímenes Económico matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial)*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, t. I, págs. 127-174. MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (coordinador): *Memento Experto Derecho Foral de Aragón*, Lefebvre, 2011.

## § 10. EL CONSORCIO CONYUGAL: ANTECEDENTES, CONFIGURACIÓN ACTUAL Y NATURALEZA JURÍDICA

*Jesús Delgado Echeverría*

*José Antonio Serrano García*

### **1. La primitiva comunidad de muebles y ganancias.**

*A. En los Fueros.* Desde que lo conocemos, el Derecho aragonés establece entre los cónyuges una comunidad de muebles y adquisiciones, de probable origen consuetudinario, similar en sus rasgos esenciales (al menos, en la existencia de unos bienes comunes de los cónyuges) a la que, desde principios de la Edad Media, se va abriendo paso en muy diversos países europeos. No hay que olvidar, de otra parte, que en la Edad Media la comunidad entre cónyuges no da razón por sí sola de la mayor parte de las relaciones patrimoniales entre los casados. Son, más bien, las arras (el *Wittum* germánico, que obligadamente ha de aportar el marido) el centro del sistema originario; flanqueadas luego por la dote de la mujer (axovar cuando es constituido por sus padres), el *escreix* y la firma de dote.

En un principio, podría ocurrir que la comunidad excluyera tan sólo los inmuebles aportados al matrimonio: es decir, que fueran comunes todos los bienes adquiridos luego, incluidos los inmuebles que advienen por herencia o donación a uno de los cónyuges. Hay asimismo indicios (las “arras muertas” de la mujer franca y de la villana) de que la comunidad pudo comenzar con el nacimiento del primer hijo, y no con la celebración del matrimonio. Sin embargo, ambos extremos estaban definitivamente fijados en 1247 en la forma en que, en esencia, se practicó en los siglos posteriores: comunidad de muebles y ganancias (adquisiciones a título oneroso) desde que el matrimonio produce efectos.

Los inmuebles aportados y los adquiridos luego a título lucrativo por un cónyuge son de su propiedad exclusiva. No es de creer, sin embargo, que tenga la misma posición, respecto de ellos, la mujer que el varón, aun en ausencia de textos explícitos en la Compilación de Huesca: la idea de subordinación de la mujer al marido era tan propia de los Derechos germánicos como de la tradición cristiana. Ahora bien, en el texto de 1247 (Fueros *Ne vir sine uxore*) se subraya la equiparación de una y otro al menos en la disposición de sus inmuebles privativos, pues cada uno de los consortes necesita el consentimiento del otro para disponer de ellos.

Puede decirse, con LACRUZ, que el sistema más antiguo se basaba en principios tan sencillos como la dirección del marido, la disposición conjunta de los bienes y la capacidad de la mujer restringida al ámbito de la administración doméstica. El marido tiene una especial potestad sobre todos los bienes de la mujer, en cuya virtud los contratos celebrados por la mujer sin el asentimiento de aquél no afectan al patrimonio común, ni al propio que se encuentra bajo el poder del marido. Fuera del ámbito de la administración del hogar, la mujer no está legitimada para contratar ni para obligarse, y a lo más se le permite el aceptar donaciones simples y testar.

*B. En las Observancias.* En siglos posteriores, aunque nunca hubo ley que sujetara genéricamente a la mujer a la licencia marital (como las de Toro hicieron con la mujer castellana), la situación patrimonial de la mujer casada se deteriora. No por nuevas restricciones en el ámbito de su actuación independiente, sino limitando su intervención en las actuaciones de su marido. De la regla de codisposición de los Fueros *Ne vir sino uxore* se pasa a otra (Obs. de la misma rúbrica) por la que la enajenación de inmueble operada por el marido vale, si bien queda a salvo el derecho de viudedad que pueda corresponder a la mujer (origen del «derecho expectante»). Al tiempo, se considera al marido *dominus et administrator bonorum mobilium*, así como *administrator bonorum sedentium*, en cuyos conceptos puede enajenar tanto muebles como inmuebles, sin apenas límites efectivos al fraude de los intereses de la esposa; correlativamente, la responsabilidad de los bienes comunes por deudas del marido es muy intensa, en daño de los derechos de la esposa, a la que nunca le quedan salvos los bienes muebles. De este modo, la mujer no siempre es considerada como condueña actual de los bienes comunes, sino titular de una expectativa o de un derecho expectante (*non est domina, sed speratur fore*).

Otra Observancia (la Obs. 7.<sup>a</sup> *Declarationes monetatici*) sienta que en Aragón la mujer no puede tener bienes parafernales (por lo que no ha de

pagar impuestos en razón de ellos), de modo que los autores razonan de los bienes propios de la mujer como si estuvieran constituidos en dote en el sentido romano: dote sobre la que escriben ampliamente en los moldes del Derecho común, por más que sus perfiles (los de la inestimada) sean realmente confusos en Aragón: por la mencionada ausencia de parafernales, el destino de los frutos de todos los bienes de los cónyuges al fondo común que el marido gestiona omnímodamente y los poderes genéricos de éste sobre todos los bienes uxorios.

C. *En el Apéndice*. Aflora en muchos autores, así como en el Apéndice de 1925 y aun en la Compilación (sobre todo, en su versión de 1967, arts. 48 a 51), un doble sentido de ‘consorcio’, ‘sociedad’ o ‘comunidad’ conyugal: en el estricto, se refiere a los bienes comunes; pero en el amplio abarca todos los bienes y derechos de los cónyuges (incluidos los propios del marido, los propios de la mujer y los dotales), todos los cuales se consideran “aportados al matrimonio”, por lo que es el marido su administrador. Estas últimas son precisamente las palabras utilizadas en el Apéndice de 1925 (art. 49: *El marido es el administrador y el representante, así en juicio como fuera de él, de la sociedad conyugal, sin que a la mujer le quede atribuido, salvo pacto en contrario, el manejo de bienes algunos en concepto de parafernales...*). Hay que reconocer a los redactores del Apéndice, al menos, el acierto de haber admitido los parafernales por pacto —cerrando de este modo una vieja polémica—; así como recordar, en su descargo, que la recepción de la licencia marital castellana (en último término, a través del art. 61 (derogado) del Código) era ya absolutamente inevitable.

También puede observarse en el Apéndice la concepción, heredera de las Observancias y de los clásicos aragoneses, de la comunidad como formada por una pluralidad de condominios “romanos”, por mitades sobre cada uno de los bienes inmuebles adquiridos constante matrimonio. Sin embargo —como ocurría ya con los textos de los Fueros y Observancias—, otros aspectos de su regulación presuponen la existencia de una masa de bienes o patrimonio separado y relativamente autónomo, sobre el que ambos cónyuges tienen derechos sin reflejo en cuotas determinadas. Este aspecto se subraya en la Compilación, como veremos.

## 2. La comunidad de muebles y ganancias en la Compilación.

A. *Comparación con la sociedad de gananciales del Código civil*. Cuando se redacta la Compilación aprobada en 1967, el régimen legal del Código civil, siguiendo la tradición castellana, sigue siendo inmutable, rígido, presidido por normas de orden público, con prohibición de donaciones y

contratos entre cónyuges. Sus normas, de otra parte, eran técnicamente muy deficientes y anticuadas. Es claro que el legislador aragonés no tuvo la menor tentación de redactar una especie de adaptación de la sociedad de gananciales del Código, ni se inspiró en sus preceptos. Tenía una propia tradición legislativa y doctrinal, que plasmó en preceptos de excelente factura, para cuya redacción se sirvió también de los mejores ejemplos y doctrina europeos de la época.

Todo lo anterior es obvio, pero conviene recordarlo pasados los años, en situación en que el Código civil ha sido reformado varias veces y contiene, desde 1981, una regulación de los regímenes matrimoniales de indudable calidad y sentido actual, mucho más cercana que la derogada a la de la Compilación aragonesa. Puede, desde 1975, capitularse después del matrimonio y se ha suprimido la prohibición de donaciones y contratos entre cónyuges. En general, ahora sus preceptos sobre determinación de los bienes comunes y los privativos, las relaciones entre los patrimonios y la responsabilidad por diversas clases de deudas se parecen más a las reglas aragonesa; así como determinadas innovaciones y expresiones se inspiran palmariamente en su texto (vgr., 'ventajas' del art. 1.406; art. 1.346.5º). Nada de esto impide que la comunidad legal aragonesa y la sociedad de gananciales del Código sean dos regímenes distintos, con indudables similitudes, pero no mayores que las que pueda tener cada uno de ellos con el régimen legal del código francés o del italiano.

*B. Fuerte influencia doctrinal.* En el seno del Seminario de la Comisión Compiladora, la influencia de su Director, el Prof. LACRUZ, acaso es en esta parte del texto donde se dejó sentir más directamente. De hecho, redactó la Memoria correspondiente a los bienes comunes y privativos así como muchos artículos del Proyecto del Seminario, mientras su discípulo G. ALABALATE elaboraba bajo su dirección una excelente tesis doctoral sobre el pasivo. LACRUZ había investigado desde los años cuarenta, con método y resultados muy superiores a los entonces comunes, el régimen conyugal en los Fueros y Observancias, así como su desarrollo posterior y su naturaleza jurídica; mientras que, por su dedicación también al régimen de gananciales del Código, era considerado uno de los mejores especialistas españoles del Derecho de bienes en el matrimonio. Esta excelente base doctrinal ha dejado fuerte impronta en los textos legales aragoneses, el de la Compilación y el de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad que ha venido a sustituirlo en 2003.

*C. La presunción legal de muebles por sitios.* Desde el punto de vista de la política legislativa, en 1967 no se pretendió sino verter en moldes actua-

les la regulación multiseccular, prescindiendo de lo accesorio y de algunas fórmulas tradicionales para mejor recoger su sustancia. Con esta finalidad se tomó una decisión que, discutida en su momento, el tiempo ha mostrado que fue un pleno acierto: la presunción de muebles por sitios (art. 39) a los efectos de excluir del consorcio los muebles de mayor importancia e identificabilidad (cuando no han sido adquiridos con cargo a bienes comunes). Con ello no se pretende sino volver a la composición que, en realidad, tenía la comunidad conyugal en los Fueros y Observancias: los bienes ganados constante matrimonio más algunos objetos muebles —como ajuar de casa, instrumentos de labranza y artesanía y, luego, unos pocos valores incorporales— cuya importancia económica era relativamente escasa. Dada la importancia muy superior que hoy tienen los bienes muebles (*vgr.* dinero, títulos valores, propiedad intelectual e industrial...) en la composición de las fortunas, el mantener la literalidad de la vieja fórmula significaría dejar al azar de la concreta composición del patrimonio de los que se casan desplazamientos desequilibrados e injustos a la masa común, que así podría enriquecerse con todos los bienes —muebles— antematrimoniales de uno de los esposos al tiempo que respetaría totalmente las fincas heredadas por el otro. En esta tesitura, cabía al legislador configurar una comunidad legal de gananciales, prescindiendo totalmente de los muebles como criterio de atribución al patrimonio común: así hizo el legislador francés por aquellas fechas (1965), respecto de un régimen legal histórico (de muebles y adquisiciones) de notable paralelismo con el aragonés; y tal fue la sugerencia del Informe del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores del territorio en trámite de información pública (1962). Pero se temió que el camino de la equiparación entre el activo de la comunidad castellana y la aragonesa pudiera llevar a las instancias madrileñas a imponer la aplicación total del Código civil. Para evitar este peligro, que hubiera supuesto una grave mutilación para el Derecho aragonés, se optó por mantener la configuración tradicional de comunidad de muebles y adquisiciones, pero excluyendo de la categoría de bienes muebles, a efectos de su atribución a la comunidad, a los más importantes. Se aceptó, pues, en sustancia, la fórmula propuesta (para el Proyecto del Seminario) por José LORENTE SANZ.

*D. La reforma de 1985.* Tras la proclamación constitucional del principio de no discriminación entre los cónyuges —y la reforma del Derecho de familia del Código civil en las dos leyes de 1981— era evidente la necesidad de modificar la regulación aragonesa de la comunidad legal, al menos en el aspecto concreto de la gestión, encomendada en 1967 prefe-

rentemente al marido. La reforma —y es el único caso en la Ley de 21 mayo 1985— se materializó en la redacción totalmente nueva del art. 42 y de los arts. 48 a 51; mientras que algunos otros retoques responden al principio de no discriminación por razón de filiación (art. 41) o a la existencia del divorcio vincular y la debida coordinación con algunos preceptos del Código (arts. 52 y 54; *cf.* también arts. 55 y 59).

Ni se planteó ni era necesaria ni oportuna una revisión completa del régimen matrimonial legal (como había hecho, por el contrario, el legislador del Código civil en 1981 sobre la sociedad de gananciales). Más aún, el texto originario de la Compilación estaba calculado, hasta cierto punto, para que pudiera darse entrada en él a la igualdad entre los cónyuges cuando tal cosa fuera posible —se entendió en 1967 que no lo era entonces, pues la licencia marital constituía una exigencia del Código que se entendía impuesta en todos los territorios forales por el art. 12 (derogado) del mismo— sin necesidad de modificar el resto del sistema. En consecuencia, pudo lograrse en 1985 que los nuevos arts. 48 a 51 sobre gestión de la comunidad encajaran sin tensiones en el resto del sistema, que siguió constituyendo, tras la reforma, un todo armónico.

### 3. El *consorcio conyugal* en la reforma de 2003.

El núm. 19 del Preámbulo da cuenta de la incidencia de la reforma de 2003 (Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad) sobre el texto de la Compilación, así como de las principales novedades y rasgos definitorios de la actual configuración del consorcio conyugal en el Título IV del Libro Segundo del Código aragonés (arts. 210 a 270).

A. *Completa y perfecciona el texto compilado.* La regulación que del régimen matrimonial legal hizo la Compilación de 1967 era, en aquella fecha, tanto por su sustancia como por su factura técnica, la más acabada de las vigentes en España. Siguió siéndolo tras la reforma del Código civil en 1981, que en algún punto se inspiró en las normas aragonesas.

La nueva normativa pretende, en esta materia, completar y perfeccionar aquella regulación, atender a algunos problemas surgidos al aplicarla, prever supuestos nuevos que ha traído el paso del tiempo y, en general, desarrollar conforme a sus propios principios consecuencias más explícitas, lo que lleva, especialmente en materia de disolución, liquidación y división, a una exposición más pormenorizada.

Ya se ha indicado en el § 7, entre las nuevas características de la economía del matrimonio procedentes de la reforma de 2003, la regulación,

bastante completa, de *la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal* (arts. 250 a 257) y que existirá hasta la división y adjudicación de los bienes del patrimonio común, cualquiera que haya sido la causa de la disolución, aunque con las tradicionales normas específicas para el caso de disolución por muerte (art. 253); en cambio desde 2003 ya no existe la regulación de la especial “comunidad conyugal continuada” que había introducido, sin mucho éxito, la Compilación de 1967 (arts. 60 a 67).

También se ha destacado allí la adecuada combinación del principio de igualdad y el de libertad en la gestión de los bienes comunes. Ambos cónyuges son iguales (art. 183.1), pero ello no impide que pueden pactar sobre la gestión del patrimonio común sin otros límites que los genéricos del *standum est chartae* (arts. 195 y 229).

El Título IV, *del consorcio conyugal*, está dividido en cuatro Capítulos. El Primero se ocupa de los *bienes comunes y privativos*, el II de las *deudas comunes y privativas*, el III de la *gestión del consorcio* (que separa en tres Secciones la gestión de la economía de la familia, de los bienes comunes y de los bienes privativos) y el IV de la *disolución, liquidación y división del consorcio*, dividido a su vez en tres Secciones que tratan sucesivamente de la disolución del consorcio, la comunidad que continúa tras la disolución y la liquidación y división.

*B. Llama consorcio conyugal al régimen legal aragonés de comunidad parcial.* El régimen matrimonial aragonés de comunidad carecía de nombre propio con que designarlo y diferenciarlo. La nueva regulación opta por el de «consorcio conyugal», siguiendo una práctica bastante extendida, que denomina asimismo «consorciales» a los bienes comunes. De esta manera, se pone de relieve la especificidad de este régimen matrimonial, que tiene sus propias raíces en los fueros más antiguos y una configuración doctrinal, judicial y legislativa que le dota de un perfil propio entre los regímenes de comunidad limitada, como los de gananciales, que surgieron y se mantienen, puestos al día, en tantos países europeos.

El consorcio conyugal es un régimen matrimonial donde coexisten, o pueden coexistir, los bienes comunes con los privativos de cada uno de los cónyuges; es, pues, un régimen de comunidad parcial (no universal). El consorcio conyugal comenzará en el momento de la celebración del matrimonio si no se ha pactado otro régimen económico que deba surtir efectos desde el principio, o en el momento señalado en las capitulaciones matrimoniales o cuando se cumpla la condición o el término previsto a estos efectos en ellas; por otra parte, de conformidad con el artículo 197.3, la constitución del régimen legal mediante estipulación capitular puede producirse incluso con efecto retroactivo.

Como en otros regímenes de comunidad parcial, los bienes comunes o consorciales (las adquisiciones o ganancias) existen como tales desde que ingresan en el patrimonio común, aunque no representen aún una ganancia en sentido económico, porque se debe todavía su precio o hay que reembolsar su valor al patrimonio privativo de donde proceden o existe un pasivo superior al activo. Por otra parte, producida la disolución, lo que se divide y adjudica por mitad o en la proporción pactada (art. 267) son bienes determinados, objetos ciertos integrantes del patrimonio común, no el mayor valor o el aumento de valor de los patrimonios privativos: el consorcio conyugal es una comunidad de bienes, no de valores al estilo del régimen de participación en las ganancias.

C. *Suprime la regla de comunicación de los bienes muebles.* Una de las decisiones de política legislativa más aparentes, aunque probablemente de escasas consecuencias prácticas, que ha adoptado el legislador en 2003 es la supresión de la regla de comunicación de los bienes muebles. Los muebles ya no son llamados, por el mero hecho de ser muebles, a ingresar en el patrimonio común. Ya la exposición de motivos que acompañó en 1967 a la Compilación advertía que el sistema de comunidad de muebles y ganancias, asentado en los fueros y observancias y que llegó íntegramente al Apéndice de 1925, «justificado en una época en que la importancia económica de los primeros era exigua y en que la identificación de los bienes casi solo era posible tratándose de inmuebles, tiene difícil defensa en nuestros días». Hemos visto antes que Compilación no dio el paso definitivo de suprimir la regla que hacía comunes los bienes muebles sino que siguió un camino indirecto, apoyado hábilmente en la fórmula de «muebles por sitios», para considerar aportados o adquiridos como sitios los bienes muebles enumerados en el artículo 39, que son prácticamente todos los que pueden identificarse y tienen algún valor, incluido el dinero.

Asumida por la Comunidad Autónoma la competencia legislativa exclusiva sobre nuestro Derecho civil, es claro que han desaparecido los motivos que llevaron a aquella ficción. El legislador de 2003 ha suprimido directamente la inapropiada regla de comunicación de los bienes muebles del art. 37.4º de la Compilación, lo que hace innecesaria también la presunción legal de muebles por sitios que contenía el art. 39 Comp. Sobre igualmente una regla como la del núm. 3º del art. 38 Comp. que consideraba bienes privativos de cada cónyuge los bienes excluidos de la comunidad por el donante o causante. Era una regla referida necesariamente a los bienes que por su condición de muebles se hacían comunes, incluso adquiridos a título lucrativo, salvo si el donante o causante manifestaba su voluntad en contrario.

Ahora los bienes muebles serán comunes, naturalmente, si han sido adquirido a título oneroso después del matrimonio, en las mismas condiciones que los inmuebles. Con ello el sistema adquiere mayor claridad, sin que, por otra parte, las consecuencias sean muy distintas de las que la Compilación previó con su rodeo.

Suprimida la presunción legal de muebles por sitios y la regla general de comunicación de los bienes muebles restantes, la vieja y entrañable fórmula de “muebles por sitios” o viceversa del art. 29 Comp. deja de ser útil en su tenor literal, pero se conservan y potencian todas sus virtualidades, en particular recogiendo en el art. 215 su contenido principal.

#### **4. Libertad para modificar la configuración legal del consorcio conyugal.**

*A. Régimen supletorio.* Rasgo definitorio y clave para entender y aplicar el régimen del consorcio conyugal es el papel predominante que en el mismo tiene la voluntad de los particulares, de manera que más puede considerarse subsidiario de ella que propiamente legal. El Derecho aragonés nunca consideró fundados los temores de otros legisladores desconfiados, que prohibieron las donaciones y contratos entre cónyuges y que solamente les permitieron capitular antes de celebrar su matrimonio. Los aragoneses han configurado en cada caso el contenido del patrimonio común y los privativos con total libertad, obligándose también entre sí y reconociéndose derechos actuales o futuros según su propio criterio.

De este modo, la comunidad de muebles y ganancias convive desde tempranos tiempos con otros regímenes, como la comunidad universal (*germanitas*, hermandad llana) y es configurada a su arbitrio por los cónyuges, previendo aportaciones con régimen específico, derechos viduales, cautelas y eventos sucesorios muy variados, que pueden implicar a personas distintas de los cónyuges y sus descendientes.

Con instrumentos de esta índole, bien se comprende que el régimen supletorio, por más que sea, verosímilmente, el vivido por la gran mayoría de los matrimonios, esta penetrado de la idea de aceptación voluntaria, más que de imposición del legislador; pues a los cónyuges esta abierta la posibilidad de modificarlo, poco o mucho, en cualquier momento en que les parezca adecuado. No es, por tanto, un régimen único en la práctica, ni inmutable, ni rígido en su estructura, ni dominado por la idea del Derecho necesario y las prohibiciones legales.

*B. Libertad de pactos de ampliación o restricción de la comunidad.* Una manera de configurar libremente el régimen de comunidad encontró cauce

tradicional en las fórmulas de «llevar muebles por sitios», o la inversa, que la Compilación recibió en su artículo 29. La nueva regulación recoge, en su artículo 215 sobre *ampliación o restricción de la comunidad*, el contenido principal de aquél, pero se ocupa además de indicar con claridad muchas de las consecuencias del principio general que el precepto encierra en otros lugares, como en la letra b) del apartado 2 del artículo 210 y en las letras a) y d) del artículo 211.

Dice el art. 215.1 que, *a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges podrán, mediante pacto en escritura pública, atribuir a bienes privativos el carácter de comunes o, a éstos, la condición de privativos, así como asignar, en el momento de su adquisición, carácter privativo o común a lo adquirido.*

Dos son, por tanto, las posibilidades: a) cambio de la condición de bienes ya adquiridos como comunes o privativos; b) atribución paccionada de la condición común o privativa a bienes que al ser adquiridos no les correspondería tal condición. Ambas modalidades requieren acuerdo de los cónyuges que conste en escritura pública.

Añade el art. 215.2 que *salvo disposición en contrario, los pactos regulados en este precepto darán lugar al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común.* En efecto, si no se acuerda otra cosa por los cónyuges, la atribución de privatividad a un bien común (o de consorcialidad a un bien privativo) o la consideración como privativo de lo adquirido con bienes comunes (o viceversa) origina un derecho de reembolso (o reintegro) a favor del patrimonio común (o del privativo) por el importe actualizado de los bienes comunes (o privativos) empleados en la adquisición de bienes privativos (o comunes) (art. 226). La gratuitad de la transmisión no se presume por lo que, salvo disposición en contrario, no será de aplicación el impuesto de donaciones.

Estos pactos son inscribibles en el Registro de la Propiedad, sin necesidad de hacer constar una causa específica de la atribución (para el art. 1.355 Cc. las RR. DGRN suelen exigir para practicar la inscripción la existencia de una causa).

El cambio de naturaleza de los bienes de los cónyuges no modifica la responsabilidad por deudas a que estuvieran afectos con anterioridad (*cf.* art. 268.1) y, por tanto, no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 194).

### **5. Naturaleza del consorcio conyugal.**

El problema de la naturaleza jurídica del consorcio conyugal se plantea, hasta cierto punto, de forma semejante al de la naturaleza jurídica de la so-

ciudad de gananciales del Código civil (o del Derecho francés, o del italiano), al menos mientras lo que nos cuestionemos sea, como suele hacerse, la naturaleza del patrimonio común (o de los bienes comunes, o de las titularidades sobre ellos). La cuestión no es gratuita ni irrelevante, sino que tiene, como todas las cuestiones teóricas bien planteadas, importantes consecuencias prácticas; la más obvia de ellas: ¿puede disponerse de —o pueden embargarse— mitades indivisas de los bienes comunes de los cónyuges?

Siguiendo al Prof. LACRUZ, puede decirse que la comunidad aragonesa pertenece al grupo amplio e impreciso de las que se denominan “en mano común” o “germánicas” (lo que nada tiene que ver, en realidad, con un supuesto origen “germánico” de la comunidad conyugal aragonesa), y se caracteriza por su estricto carácter personal y por constituir la masa común un patrimonio dotado de cierta autonomía, de modo que titular de cada uno de los bienes comunes no es una —inexistente— persona jurídica, sino ambos cónyuges, sin cuotas concretas.

Este consorcio sólo es posible entre cónyuges y por serlo; no es susceptible de ampliación voluntaria, ni las participaciones en él son alienables mientras dura (como no lo es el patrimonio en sí), ni embargables. Sólo son embargables los bienes singulares que lo componen (así ocurre también en el caso del art. 224).

La relativa autonomía del patrimonio común, destinado a la satisfacción de las cargas familiares, se manifiesta, sobre todo, en la atribución al mismo de la responsabilidad (*erga omnes* o *inter partes*) por determinadas categorías de deudas, mientras que no responde de otras. El patrimonio común, sin ser un nuevo objeto de derecho (mucho menos un sujeto), puede entrar en relación de crédito (o de derecho real) con los patrimonios privativos de los cónyuges. En particular, puede ser acreedor o deudor de reintegros o reembolsos, debidos, en general, siempre que uno de los patrimonios se lucra sin causa a costa de los otros (*vid.* art. 226).

Titulares de los bienes consorciales —propietarios, acreedores, etc.—, puesto que no surge una nueva persona jurídica, son ambos cónyuges, en mano común. Los diversos objetos no pertenecen proindiviso a los cónyuges, sino sin cuotas concretas: la cuota se determina por relación a la masa conjunta (habida cuenta también del pasivo). Pero ello no excluye que ambos cónyuges sean los propietarios de cada cosa —titulares, en general, de cada derecho—, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total.

La atribución de la condición de deudor de las deudas comunes responde a principios más complejos, pero, en cualquier caso, toda deuda

común es también deuda personal de, al menos, uno de los cónyuges (que contrató, o causó el daño, o heredó la deuda, etc.).

Como se ha dicho, la indicada forma de atribución de las titularidades sobre los bienes comunes tiene dos consecuencias prácticas especialmente importantes y hoy, al parecer, ya no discutidas. En primer lugar, que los acreedores particulares de un cónyuge no pueden embargar mitades de bienes consorciales, como si tales mitades pertenecieran a su deudor, sino que embargan —dadas ciertas premisas— bienes consorciales en atención a la participación de su deudor en los bienes comunes (tampoco su participación, al menos mientras la comunidad no se disuelve, por su carácter personal). En segundo lugar, que los cónyuges y sus sucesores, mientras el consorcio no se liquida, no pueden disponer sobre mitades indivisas de bienes consorciales, ni inscribir así los inmuebles a su favor.

La Compilación fue redactada, en 1967, partiendo de las indicadas premisas y manteniendo con plena coherencia sus consecuencias lógicas. La nueva regulación procedente de la reforma de 2003 no se aparta de estos criterios.

## § 11. LOS BIENES DE LOS CÓNYUGES

*José Antonio Serrano García*

### **1. El Capítulo sobre bienes comunes y privativos.**

El núm. 20 del Preámbulo, que aquí nos limitamos a reproducir de forma algo más resumida, nos informa de que en el Capítulo Primero dedicado a determinar qué bienes sean comunes y cuáles privativos (arts. 210 a 217), se mantienen, salvo lo dicho sobre los muebles, los criterios ya bien asentados en la Compilación, subrayando la libertad de los cónyuges de atribuir en todo momento carácter consorcial o privativo a los bienes que deseen y añadiendo reglas para casos muy variados que hasta la aprobación de la nueva regulación en 2003 tenían solución poco segura como, por ejemplo, las adquisiciones a título oneroso con precio aplazado o las indemnizaciones por despido, determinando su carácter consorcial en las condiciones en cada caso consideradas, en atención a la fuerte caracterización comunitaria que tiene el consorcio aragonés. La seguridad que proporciona el pronunciamiento directo por parte del legislador parece ventajosa, incluso en algún supuesto en que la opinión doctrinal contraria sería también defendible en ausencia de ley.

Correlativamente, puede decirse que los bienes adquiridos durante el matrimonio, distintos de los que tengan carácter personal, sólo son privativos —salvo voluntad distinta de los cónyuges— cuando se adquieren a título lucrativo y en determinados supuestos en que la adquisición está relacionada de algún modo con el patrimonio privativo, como el de la compra celebrada antes del matrimonio por precio aplazado pagado en parte con dinero privativo. Se mantiene, naturalmente, la categoría de los bienes patrimoniales privativos por su carácter personal.

Al objeto de hacer posible en la práctica una verdadera subrogación de bienes en el patrimonio privativo mediante utilización de dinero de aquella procedencia, se ha introducido una “presunción de privatividad” que permite la subrogación sin necesidad de que intervenga el cónyuge del adquirente. Pero se regula asimismo, para los casos en que no pueda operar aquella presunción o se prefiera no acudir a ella, el reconocimiento de privatividad por el cónyuge del adquirente tanto en la manera de producirse como en sus consecuencias.

El capítulo se cierra con una precisión sobre bienes de origen familiar y con la formulación de la presunción de comunidad en términos sustancialmente idénticos a los que acuñó la Compilación, referida tanto a los bienes como a la procedencia de la contraprestación que, por su adquisición, se pagó.

Aquí nos ocuparemos primero de la presunción de comunidad (art. 217), después de la lista de bienes comunes (art. 210) y de la precisión sobre los bienes comunes de origen familiar (art. 216), para luego exponer la lista de bienes privativos de los arts. 211 y 212, pero dejando para el final la categoría de los bienes privativos por subrogación real para así poder relacionarla mejor con la presunción de privatividad (art. 213) y el reconocimiento de privatividad (art. 214). De la ampliación o restricción de la comunidad (art. 215) ya hemos tratado en el § anterior.

## **2. La presunción de comunidad.**

*A. Presunción doble.* El capítulo dedicado a los bienes comunes y privativos se cierra con la formulación, en el art. 217, de la presunción de comunidad en términos sustancialmente idénticos a los que acuñó el artículo 40 de la Compilación, referida tanto a los bienes como a la procedencia de la contraprestación que, por su adquisición, se pagó. Efectivamente, el artículo 217 contiene una doble presunción de comunidad: La primera es una regla general universalmente aceptada en los regímenes de comunidad parcial (*cfr.* art. 1361 Cc) según la cual *se presumen comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo, con arreglo a los artículos anteriores, no pueda justificarse*. Por tanto, para que un bien sea privativo el interesado ha de probar que, de conformidad con las previsiones legales, le corresponde este carácter (STSJA 27 febrero 2006). Esta presunción elimina la necesidad de una enumeración de bienes comunes: lo son todos los no privativos.

La segunda presunción de comunidad es la que facilita el juego del principio de subrogación real al desplazar la carga de la prueba y hacer-

la recaer sobre quien niega la subrogación. Dice así: *La adquisición de bienes de cualquier clase a título oneroso, durante el consorcio, se considerará hecha a costa del caudal común.*

La presunción de comunidad tiene naturaleza puramente fáctica pues sirve sólo para resolver en favor de la comunidad las dudas sobre el origen, la forma y las circunstancias de la adquisición de un determinado bien, que no se sabe a ciencia cierta si es privativo o común; no se aplica, en cambio, a las cuestiones o dudas jurídicas que las normas vigentes sobre qué bienes son comunes o privativos puedan suscitar en su aplicación a un bien concreto.

*B. Ámbito de aplicación. Destrucción.* La presunción se aplica tanto en las relaciones entre los cónyuges como frente a terceros, tanto respecto de bienes como de derechos, reales o de crédito, incluso la posesión de un bien por uno de los cónyuges se presume coposesión de ambos. Todos los bienes y derechos de los cónyuges, por la sola pertenencia a uno de ellos, mientras no se pruebe que son privativos, se tienen por comunes: a los terceros o al otro cónyuge, para probar la condición consorcial de un bien, les basta con demostrar que es de titularidad de uno de los cónyuges, correspondiendo a éste destruir la presunción de comunidad probando que tiene carácter privativo por haber sido adquirido de alguna de las maneras previstas en los arts. 211 y 212, sin que basten meras conjeturas o probabilidades. Para la destrucción de la presunción de comunidad se precisa prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad (SsTSJA 25 noviembre 1998 y 11 mayo 2005).

Con la nueva regulación será suficiente con que se pruebe que se dan los requisitos para que opere la presunción de privatividad (art. 213) o con que el otro cónyuge reconozca el carácter privativo de la contraprestación pagada (art. 214).

*C. La presunción de comunidad y la subrogación real.* En realidad lo dicho por el art. 217.2 y la letra c) del 210.2 no es lo mismo, aunque sí son normas complementarias: una cosa es presumir que los fondos destinados a la adquisición de bienes, durante el consorcio, son comunes (art. 217.2), y otra conseguir que lo sean también los bienes adquiridos con ellos por un cónyuge como privativos, resultado que no se produciría sin una regla específica al respecto (letra c) del art. 210.2): sin ella, el bien sería privativo del cónyuge adquirente que tendría, eso sí, la obligación de reembolsar a la masa común el valor de los fondos comunes empleados. Con la combinación de ambas reglas resulta que lo adquirido a título oneroso, durante

el consorcio, por un cónyuge a nombre propio y para sí se presume pagado con bienes comunes y, si no destruye dicha presunción, aunque tenga la posesión del bien mueble (art. 464 Cc.) o haya inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad el bien inmueble adquirido, éste será común (y no privativo) por la regla de subrogación real de la letra c) del art. 210.2.

El juego de la subrogación se facilita enormemente por la presunción de que la contraprestación pagada es común, por lo que un cónyuge no puede adquirir para sí, como privativo, un bien si no demuestra que la contraprestación es también privativa o que opera la presunción de privatividad.

Salvo acuerdo en contrario de los cónyuges, no rige durante el consorcio el principio de que “lo que compré con tu dinero (mejor: con dinero común) es mío, y no tuyo (mejor: y no de los dos)”: la presunción de consorcialidad de la contraprestación y el principio de subrogación real prevalecen sobre la voluntad unilateral de un cónyuge.

### **3. Lista de bienes comunes. Patrimonio común inicial.**

*A. Sistema de doble lista.* El art. 210 contiene la lista o enumeración de los bienes comunes, que hay que relacionar con la presunción de comunidad del art. 217. El punto de partida es que todos los bienes de los cónyuges son comunes salvo que se demuestre que son privativos. Por ello, es la lista de bienes privativos la que tiene una mayor trascendencia.

Es tradicional, sin embargo, el sistema de doble lista (comunes y privativos), con mutuas interrelaciones y conexiones, de manera que hay que atender a lo dicho en ambas para decidir si un bien es común o privativo. Lo dicho en el art. 210 hay que entenderlo sin perjuicio de lo dispuesto para los bienes privativos en los arts. 211 y 212, y a la inversa.

La lista del art. 210 es mucho más larga y completa que la de su precedente en la Compilación, el art. 37. Ha desaparecido de él la regla que hacía comunes, en general, a los bienes muebles. Ahora se distingue, en apartados separados, los bienes que constituyen el patrimonio común al iniciarse el régimen (ap. 1) y aquéllos que ingresan en él durante el consorcio (ap. 2).

*B. Patrimonio común inicial.* Al iniciarse el régimen, constituyen el patrimonio común los bienes aportados por los cónyuges para que ingresen en él y los que les son donados por razón del matrimonio con carácter consorcial (art. 210.1). Tanto la aportación de uno de los cónyuges como la donación de tercero pueden contenerse en las capitulaciones matrimoniales, y es un contenido

propio de ellas, pero pueden realizarse también fuera de los capítulos; en tal caso, las aportaciones de uno de los cónyuges al patrimonio común inicial no parece que requieran pacto en escritura pública al estilo del de ampliación o restricción de la comunidad del art. 215, sino que, como las donaciones por razón de matrimonio realizadas por terceros, se regirán por las normas de las donaciones.

#### **4. Bienes comunes por aportación de tercero o de uno de los cónyuges.**

En la enumeración de bienes que ingresan en el patrimonio común durante el consorcio se citan, en los primeros lugares del art. 210.2, *los adquiridos por título lucrativo cuando así lo disponga el donante o causante* (letra a), así como *los que los cónyuges acuerden que tengan carácter consorcial* (letra b).

El donante o causante que dispone que los bienes objeto de la disposición ingresen en el patrimonio común parece que ha de ser un tercero; pero cabe también la donación en favor del patrimonio común realizada por uno de los cónyuges durante el consorcio.

La letra b) está en directa relación con el art. 215 y tiene toda la amplitud que resulta de él: atribuir a bienes privativos el carácter de comunes, así como asignar, en el momento de su adquisición, carácter común a lo adquirido, tanto si la atribución o asignación se hace a título lucrativo como si da lugar a derecho de reintegro a favor del patrimonio privativo.

#### **5. Bienes comunes por adquisición onerosa a costa del caudal común.**

*A. Regla general.* Según la letra c) del art. 210.2, durante el consorcio también ingresan en el patrimonio común *los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común*. En este caso los bienes no ingresan de modo originario en el patrimonio común sino que llegan a él en sustitución (subrogación real) de otros que ya eran comunes y han servido para adquirirlos, lo que es un mero complemento de la presunción de que las adquisiciones a título oneroso han sido hechas a costa del caudal común (art. 217.2). No obstante, podrá probarse que la adquisición onerosa y a costa del caudal común ha originado la adquisición de un bien privativo por aplicación de alguna de las letras de los arts. 211 y 212 (por ejemplo, letras e, f, g o h del art. 211).

*B. Adquisiciones con precio aplazado.* En la Compilación no era segura la solución al caso de las adquisiciones con precio aplazado en todo o en parte, y satisfecho en parte con bienes privativos. Desde la reforma de 2003 se halla dispuesto que, en tal caso, los bienes *serán comunes, salvo que*

*la totalidad del precio se satisfaga con dinero privativo* (art. 210.2.c). La regla general es, por tanto, que los bienes adquiridos a plazos son comunes: tanto si se ha pagado todo el precio con fondos comunes, como si se ha pagado parte con dinero privativo, en este caso con derecho de reintegro a favor de ese patrimonio privativo; sólo el pago íntegro de todo el precio (en su caso, no sólo el aplazado) hace que el bien sea privativo. Con lo cual el bien entero o es común o es privativo, no propiciándose la aparición de bienes en parte comunes y en parte privativos. Criterio distinto es el del art. 1.356 Cc.

*C. Fundación de empresas y explotaciones económicas.* Algo similar sucede con *las empresas y explotaciones económicas fundadas por uno cualquiera de los cónyuges durante el consorcio*, a las que se refiere la letra j) del art. 210.2, que ingresan asimismo en el patrimonio común, *salvo que la fundación se haya hecho totalmente a expensas del patrimonio privativo de uno de ellos* (contra: art. 1.354 Cc.).

*D. Contratos de arrendamiento.* También está en conexión con el supuesto de la letra c), la regla que en la letra i) del art. 210. 2 atiende a *los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio* por cualquiera de los cónyuges; estos derechos son bienes adquiridos a título oneroso (hay que pagar la renta) y a costa del caudal común, lo cual se presume (art. 217.2). La naturaleza consorcial de los derechos del cónyuge arrendatario, tanto entre los cónyuges como frente al arrendador, debería hacer que no fueran de aplicación las previsiones de los arts. 12.3 y 16.3 de la Ley de arrendamientos urbanos, como defiende el voto particular de la STSJA 14 mayo 2010 y la mejor doctrina (GARCÍA CANTERO, BAYOD LÓPEZ); sin embargo, la mayoría de la Sala ha entendido que el carácter consorcial del arrendamiento produce sus efectos dentro del matrimonio pero no para quien contrató con uno de los cónyuges y que, por tanto, no hay incompatibilidad entre la regulación aragonesa y la LAU, pues operan en ámbitos distintos perfectamente compatibles.

*E. Acciones o participaciones sociales.* Por último, se ha aclarado también que ingresan en el patrimonio común *las acciones o participaciones en sociedades de cualquier clase adquiridas a costa del patrimonio común, aunque sea a nombre de uno solo de los cónyuges; pero, en este caso, en las relaciones con el ente social, se estará a lo dispuesto en las normas por que se rija* (letra k del art. 210.2).

## **6. Bienes comunes obtenidos del trabajo o actividad de los cónyuges.**

*A. Regla general.* En la letra d) del art. 210.2 se recoge la regla tradicional de los regímenes de comunidad de que *los bienes que los cónyuges ob-*

*tienen de su trabajo o actividad* se hacen comunes. Aquí hay que incluir, por un lado, todos los bienes que los cónyuges obtienen de su “trabajo” o industria en sentido amplio (manual, intelectual, aficionado, etc.): salarios y honorarios (en metálico o en especie), propinas, donaciones remuneratorias, incrementos y ganancias obtenidos por los cónyuges. Los créditos salariales son comunes aún antes de cobrarlos. Además, son comunes todos los bienes que los cónyuges obtienen de su “actividad”, no laboral o industrial, como lo adquirido por ocupación, especificación o usucapión, las ganancias en juegos de suerte o azar (*cfr.* art. 1.351 Cc.), las ganancias por razón de un delito prescrito, las derivadas de la invención o hallazgo, etc.

*B. Indemnizaciones por despido o cese de actividad profesional.* En particular, el legislador, aclarando posibles dudas, ha señalado en la letra e) del art. 210.2 que son comunes las indemnizaciones concedidas a uno de los cónyuges por despido o cese de actividad profesional. Son indemnizaciones que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad (SS. TSJA 25 noviembre 1998 y 24 mayo 1999). Si el despido o cese se produce con posterioridad a la disolución del consorcio, ninguna parte de la indemnización puede entenderse que tiene carácter común, como tampoco el salario que se cobre tras la disolución (SS. AP Zaragoza 13 abril 1998 y 27 septiembre 1999).

## **7. Comunicación de los frutos, rendimientos o beneficios obtenidos de los bienes comunes o privativos.**

*A. Frutos de los bienes comunes o privativos.* Otra regla universal en toda comunidad de ganancias o adquisiciones es la que considera consorciales *los frutos y rendimientos de los bienes comunes o privativos, así como el beneficio obtenido por las empresas y explotaciones económicas* (letra f del art. 210.2). Tanto los frutos naturales e industriales como los civiles se hacen comunes; si bien no puede afirmarse que la comunidad sea verdadera usufructuaria de los bienes privativos.

El legislador, al hablar de “rendimientos” y “beneficio obtenido” junto a “frutos”, da a entender que en la comunidad ingresan los frutos líquidos, es decir, deducidos los gastos de producción, cualquiera que sea el título por el que han sido adquiridos por los cónyuges (propietario, usufructuario, arrendatario, poseedor, acreedor, etc.). Se ha suprimido por contraria a estas previsiones la tradicional regla aragonesa según la cual los frutos ingresan en el patrimonio común *desde que aparecen o se devengan*. No obstante, como las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario son de cargo del patrimonio común (art. 218.1.c), lo que

se quiere decir es simplemente que el gestor de los bienes comunes o privativos puede destinar con preferencia la parte de frutos que sea necesaria a la satisfacción de los gastos de su producción.

*B. Cantidades devengadas por pensiones.* Una aplicación de la regla general de la letra f) es lo previsto en la letra g) del art. 210.2: son comunes *las cantidades devengadas por pensiones cuya titularidad corresponda a cualquiera de los cónyuges, salvo lo dispuesto en el art. 212* que, en la letra b) del ap. 1, considera bien privativo el resarcimiento de daños y la indemnización de perjuicios causados a la persona de cualquiera de los cónyuges, tanto si se cobra en forma de capital como de *pensión*, y en la letra d) considera igualmente privativas las cantidades percibidas como capital o como *pensión* por uno de los cónyuges en concepto de beneficiario de seguros sobre la vida.

Las titularidades de pensiones de cualquier clase son siempre bien privativo (art. 212.1.c), pero ello no impide que las cantidades devengadas por ellas durante el consorcio ingresen en el patrimonio común como frutos de los bienes privativos, con las excepciones ya dichas.

*C) Plusvalías de los productos financieros.* Un caso de difícil solución es el de las plusvalías de los productos financieros, como los fondos de inversión acumulativos: no se trata de frutos sino más bien de accesiones o incrementos de los bienes privativos, pero a su vez es la forma de remunerar el dinero privativo que se invierte en ellos. Por esta última razón, el legislador ha preferido decir que, en *los productos financieros cuya rentabilidad consiste en la plusvalía obtenida al tiempo de su reembolso, como los fondos de inversión acumulativos, es común la diferencia positiva entre el importe actualizado del valor al ingresar en el patrimonio privativo y el que tengan al producirse el reembolso o disolverse el consorcio conyugal* (letra h) del art. 210.2).

## **8. Bienes comunes de origen familiar.**

El origen familiar de los bienes se tiene en cuenta en instituciones como el recobro de liberalidades (arts. 524 y 525), la sucesión en bienes troncales simples (art. 528), la sucesión en bienes troncales de abolorio (art. 527) y el derecho de abolorio o de la saca (art. 589.1).

Pues bien, el origen familiar de los bienes adquiridos durante el consorcio por los cónyuges no hace que ingresen por ello en el patrimonio privativo del cónyuge que pertenece a esa familia, sino que, por las reglas generales, serán comunes o privativos de marido o mujer. Ningún problema se plantea en caso de que ingresen en el patrimonio privativo del cónyuge pariente del transmitente; tampoco si ingresan en el patrimonio pri-

vativo del otro cónyuge pues es claro que entonces el bien ha salido de la familia a todos los efectos. Los problemas se presentaban cuando ingresaban en el patrimonio común: ¿había que entender que habían salido por entero de la familia a todos efectos?, ¿cabía entender que conservaban el carácter familiar en una mitad indivisa o que el carácter familiar permanecía en la participación del cónyuge pariente? o ¿cabía entender que el ingreso en el patrimonio común no alteraba en absoluto su consideración de bien familiar a efectos de los recobros, sucesión troncal y derecho de abolorio?

El legislador aborda el problema en el art. 216 y le da respuesta segura optando por una de las posibles alternativas: *cuando por cualquier título ingrese en el patrimonio común algún bien procedente de la familia de uno de los cónyuges, se considerará que el bien ha salido de la familia de procedencia y que ningún otro bien o derecho ha adquirido por subrogación su condición de bien de origen familiar.*

Así queda claro que tales bienes pueden ingresar en el patrimonio común como cualesquiera otros (por cualquier título), que en tal caso el bien sale de la familia de origen por lo que sobre él no podrá haber recobro de liberalidades, sucesión troncal o derecho de abolorio, y que la pérdida de la condición familiar del bien no conlleva tampoco que el cónyuge por la línea de procedencia adquiera o conserve la condición familiar sobre otro derecho por subrogación real.

No obstante, de conformidad con el art. 267.2.a, cada cónyuge tiene derecho a que se incluyan con preferencia en su lote, sin perjuicio de las compensaciones que procedan, *los bienes comunes que hubieran pertenecido a su familia durante las dos generaciones inmediatamente a la suya.* Con este derecho de adjudicación preferente se facilita que el bien pueda volver a la familia de origen, pero no por ello recupera la condición de bien de origen familiar.

### **9. Lista de bienes privativos.**

La lista o enumeración de los bienes privativos se hace en los arts. 211 y 212, el primero titulado *bienes privativos* y el segundo *bienes patrimoniales de carácter personal.*

Se mantiene, por tanto, la categoría de los bienes patrimoniales de carácter personal, introducida por la Compilación y luego adoptada por otros legisladores. En la nueva regulación se precisan con mayor detalle los bienes y derechos que entran en esta categoría, distinguiendo, cuando procede, entre la titularidad de los bienes y sus posibles rendimientos y señalando algunas consecuencias de los seguros sobre la vida (Preámbulo, núm. 20).

Los bienes adquiridos durante el consorcio conyugal, distintos de los que tengan carácter personal, sólo serán privativos cuando los cónyuges así lo acuerden o establezcan, cuando se adquieran a título lucrativo y en determinados supuestos en que la adquisición está relacionada de algún modo con el patrimonio privativo de alguno de los cónyuges.

La enumeración de bienes privativos es más necesaria que la de los comunes, por la presunción de comunidad de los bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse; en el art. 211, junto a bienes privativos sin relación con los comunes, hay otros que son privativos aún adquiridos con fondos consorciales y, por ello, constituyen excepciones a la regla general de subrogación real del art. 210.2.c; en tales casos, los bienes comunes empleados en su adquisición o producción sólo originan un derecho de reembolso a favor de la masa común. La doble enumeración sirve, pues, para aclarar el sistema en su conjunto.

La reforma de 2003, además de suprimir la regla de comunicación de los bienes muebles y la presunción legal de muebles por sitios, ha introducido la presunción de privatividad, formulada en términos bastante estrictos, con la finalidad de hacer posible en la práctica una verdadera subrogación de bienes en el patrimonio privativo mediante utilización de dinero de aquella procedencia, y ha añadido también el reconocimiento de privatividad para cuando no pueda operar aquella presunción o se prefiera no acudir a ella.

## **10. Bienes privativos adquiridos antes del consorcio o por título anterior.**

*A. Bienes de los cónyuges al iniciarse el consorcio.* Ya sin distinción entre los bienes muebles o inmuebles, se dice al inicio del art. 211 que son bienes privativos de cada cónyuge *los que le pertenecieren al iniciarse el consorcio*.

El momento decisivo para la calificación del bien no es el de la celebración del matrimonio sino el del comienzo del consorcio conyugal que, si hay capitulaciones matrimoniales, puede no coincidir con aquél.

Todos los bienes adquiridos por uno o ambos cónyuges antes de iniciarse el consorcio conyugal (incluida la vivienda familiar), tanto si los han adquirido a título gratuito (donación, herencia, legado) u oneroso (título y modo, para los derechos reales) y tanto si están ya enteramente pagados o falta parte, son bienes privativos del cónyuge o cónyuges adquirentes (SS. TSJA 29 noviembre 1996, 27 febrero 2006). No obstante, si la totalidad del precio es satisfecha con fondos comunes, parece que el bien es común por aplicación de lo dispuesto al final de la letra b) del art. 211.

Si adquirentes son los dos, les pertenece el bien en comunidad ordinaria y sus cuotas respectivas son bienes privativos (*vid.* Ss. TSJA 29 noviembre 1996 -voto particular- y 28 septiembre 2007).

En su caso, la parte pagada durante el consorcio con fondos comunes (por ejemplo para terminar de pagar la vivienda adquirida antes) dará lugar a un derecho de reembolso a favor del patrimonio común (*vid.* Ss. APZ 28 junio 1999 y 18 marzo 2002).

Los bienes donados a ambos esposos antes del inicio del consorcio son privativos, por mitad o en la proporción adjudicada a cada uno, salvo si el donante ha dispuesto que sean consorciales (*cfr.* 1.339 Cc.)

*B. Bienes adquiridos durante el consorcio en virtud de títulos anteriores.* En la letra b) del art. 211 se alude a una serie de supuestos en los que el bien o no llegó a ser adquirido antes de iniciarse el consorcio o se adquirió pero de forma provisional o claudicante o el bien se enajenó antes y se recupera ahora por la invalidez o ineficacia del título, o el bien comprado antes se ha pagado luego en parte con fondos comunes, etc.

En general son privativos los bienes recuperados o recobrados por uno de los cónyuges constante la comunidad en virtud de acción o derecho que le competía desde antes del inicio del consorcio.

Así, son bienes privativos *los adquiridos por usucapión comenzada antes de iniciarse el consorcio y consumada luego; también los adquiridos en virtud de títulos anteriores cuando la adquisición se consolide durante su vigencia*: por ejemplo, los adquiridos a carta de gracia antes de comenzar el consorcio que finalmente, ya iniciado éste, no hay que devolver, o los adquiridos antes bajo condición resolutoria que decae durante el consorcio, etc.; pero también los bienes recuperados o recobrados durante el consorcio por invalidez o resolución de contrato anterior, revocación de donación previa, recuperación del precio pagado por el bien adquirido a carta de gracia que luego se pierde, etc.; asimismo los bienes adquiridos durante el consorcio (por *traditio*) cuando el contrato traslativo (título) se perfeccionó con anterioridad.

La parte final de la letra b) dice que son bienes privativos *los comprados antes con precio aplazado, salvo que la totalidad del precio sea satisfecha con fondos comunes*. Pueden ser tanto bienes adquiridos a plazo antes de iniciarse el consorcio como bienes simplemente comprados a plazo antes (título) y entregados durante el consorcio (modo). El bien es privativo si todos o al menos alguno de los plazos se pagan con dinero privativo. Hay regla especial para el caso de que la totalidad del precio sea satisfecha con

fondos comunes: en tal caso el bien será común. En todo caso, se evita la situación de comunidad (bien en parte común y en parte privativo), también cuando el bien sea la vivienda habitual de la familia (contra: 1.357 Cc.).

### **11. Bienes privativos por voluntad común.**

Ya se ha señalado que desde la reforma de 2003 el art. 215 recoge el contenido principal del tradicional *pacto de muebles por sitios o viceversa*, pero la reforma se ocupa además de indicar con claridad muchas de las consecuencias del principio general que el precepto encierra en otros lugares, como en las letras a) y d) del art. 211.

En efecto, las dos posibilidades de aplicación del principio general están contempladas para los bienes privativos en el art. 211, según el cual son bienes privativos:

a) *Los que, durante el consorcio, ambos cónyuges acuerden atribuirles carácter privativo.*

d) *Los adquiridos en escritura pública a costa del patrimonio común si en el título de adquisición ambos cónyuges establecen la atribución privativa a uno de ellos.*

Ambas modalidades requieren el acuerdo de los cónyuges y que conste en escritura pública; en el segundo caso, el acuerdo ha de constar en el propio título de adquisición, por lo que también éste ha de formalizarse en escritura pública. Por otra parte, la segunda modalidad está limitada a las adquisiciones a título oneroso porque para las a título gratuito hay regla específica que las hace privativas (art. 211.c), salvo si el donante o causante dispone que tengan carácter consorcial (art. 210.2.a). Y, lógicamente, ha de tratarse de adquisición onerosa a costa del patrimonio común, porque en otro caso ya serían privativos por subrogación real o presunción de privatividad.

No debe olvidarse que según el art. 215.2, *salvo disposición en contrario, los pactos regulados en este precepto darán lugar al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común.*

### **12. Bienes privativos adquiridos a título lucrativo.**

A. *Adquisiciones lucrativas durante el consorcio.* Según la letra c) del art. 211 son bienes privativos *los adquiridos a título lucrativo.*

La letra se refiere a los bienes adquiridos durante el consorcio por donación, herencia o legado, siempre que el donante o disponente por causa de muerte no haya establecido el carácter consorcial (art. 210.2.a).

Los bienes objeto de donaciones realizadas a uno de los cónyuges o a ambos antes de iniciarse el consorcio son también bienes privativos, pero por aplicación de la proposición inicial del art. 211 (*son bienes privativos de cada cónyuge los que le pertenecieren al iniciarse el consorcio*).

Los bienes adquiridos a título lucrativo con carga o gravamen (modo) son también privativos siempre que la carga sea una mera prestación accesorio o complementaria, y ello aunque ésta se satisfaga con cargo a los bienes comunes, pero nacerá entonces el oportuno derecho de reembolso.

*B. Adquisición lucrativa por ambos cónyuges sin designación de partes.* Ha aclarado el legislador en la segunda parte de la letra c) que *si hubieran sido adquiridos por ambos cónyuges sin designación de partes, corresponderán a cada uno de ellos por mitad* (contra: art. 1.353 Cc.), hay que entender, lógicamente, salvo que el donante o causante haya dispuesto el carácter consorcial del bien. La respuesta legal es la misma que en el caso de las liberalidades a ambos cónyuges hechas con anterioridad al consorcio: el bien les pertenece en comunidad ordinaria y la cuota de cada uno es bien privativo.

También ha indicado el legislador que en este caso de liberalidades a ambos cónyuges *no se dará [entre ellos] el derecho de acrecer salvo que lo hubiera dispuesto el transmitente o que, tratándose de una adquisición por causa de muerte, procediera según la regulación de la sucesión*. Con lo cual, la excepción contenida en el párrafo segundo del art. 637 Cc. resulta desplazada por la norma aragonesa: en las donaciones hechas conjuntamente a los cónyuges no se dará entre ellos el derecho de acrecer salvo que lo hubiera dispuesto el donante.

En cambio, para las liberalidades por causa de muerte se deja a salvo la regulación de la sucesión que resulte aplicable. Si ésta se rige por el Derecho aragonés resultarán aplicables los arts. 481 a 483, y habrá derecho de acrecer si, habiendo sido llamados los cónyuges conjuntamente a la totalidad de una herencia o legado o porción de ellos, alguno no quiere o no puede suceder, salvo que el disponente hubiera nombrado sustituto o excluido el derecho de acrecer o procedieran la sustitución legal o el derecho de transmisión regulado en el art. 387.

### **13. Bienes privativos por accesión.**

La letra h) del art. 211, que coincide literalmente con el art. 38.7 Comp., dice que son bienes privativos *las accesiones o incrementos de los bienes propios*.

El principio de accesión atribuye al dueño del objeto principal la propiedad de cuanto accede a él, hay que entender que sin perjuicio de los reembolsos a que hubiere lugar si se han empleado fondos comunes (art. 226.3.a).

La regla es aplicable a una variada gama de supuestos. En la accesión inmobiliaria los incrementos de los inmuebles privativos por edificación, plantación u otra mejora, aun realizados con fondos comunes, son privativos (*cfr.* art. 1.359.1 Cc.). Lo edificado con dinero consorcial sobre terreno de un tercero debe calificarse como consorcial (STSJA 3 diciembre 2010).

Aunque hay casos dudosos, en principio los inmuebles por destino (*cfr.* art. 334.5 Cc.) afectos a un inmueble propio son también privativos, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho con bienes comunes. La STSJA 9 mayo 2000 considera que el fondo de comercio de una farmacia privativa es un elemento afecto o integrado en ella y, por tanto, también de naturaleza privativa.

Igualmente son privativas aquellas adquisiciones accesorias a un bien privativo y carentes de autonomía, como las servidumbres prediales.

En el supuesto de tesoro oculto en finca privativa, aunque hay varias soluciones posibles, parece preferible entender que el cincuenta por ciento corresponde privativamente por accesión al cónyuge propietario del terreno.

Finalmente, la letra h) es aplicable también a los incrementos jurídicos producidos en los bienes propios, es decir, a la extinción por consolidación de un derecho real limitado que gravaba el bien privativo, aunque el cónyuge titular haya empleado bienes comunes para ello; en cambio, la consolidación no se produce si es la comunidad la que adquiere el derecho real limitado sobre el bien privativo.

#### **14. Bienes patrimoniales privativos por su carácter personal.**

Ya sabemos que en el art. 212 se mantiene la categoría de *los bienes patrimoniales de carácter personal*, introducida por la Compilación (art. 38.2º Comp.) y luego adoptada por otros legisladores (*cfr.* 1.346.5º Cc.). En la reforma de 2003 se han precisado con mayor detalle los bienes y derechos que entran en esta categoría, distinguiendo, cuando procede, entre la titularidad de los bienes y sus posibles rendimientos y se han señalado algunas consecuencias de los seguros sobre la vida.

*A. Los bienes patrimoniales inherentes a la persona y los intransmisibles entre vivos.* Dice la letra a) del art. 212 que son también privativos *los bienes y derechos inherentes a la persona y los intransmisibles entre vivos, mientras conserven estos caracteres. Pero serán comunes los rendimientos de bienes de esta clase, como el derecho de autor sobre obra propia o el derecho a la propia imagen, devengados durante el consorcio.*

*a) Los bienes patrimoniales inherentes a la persona son siempre de titularidad privativa del cónyuge con cuya personalidad están relacionados*

porque hay en ellos un interés moral que sólo a su titular corresponde gestionar. La titularidad de estos derechos no es fungible y, aun siendo susceptibles de tráfico, no pueden ser embargados por los acreedores (art. 1.111 Cc.). Como ejemplos cita el Código el derecho de autor sobre obra propia y el derecho a la propia imagen; suelen señalarse también el derecho de alimentos, los derechos potestativos basados de modo principal en consideraciones morales (revocación de donaciones), la renta vitalicia, etc.

Pueden considerarse igualmente bienes o derechos de este tipo *las titularidades de pensiones de cualquier clase y las de los contratos de seguros* de las que se ocupa la letra c) art. 212.1.

*b) Bienes intransmisibles entre vivos.* La intransmisibilidad *inter vivos* de un bien perteneciente a uno de los cónyuges, tanto si deriva de disposición voluntaria de las partes como de la ley, crea también una inherencia del bien a su titular que impide su comunicación al consorcio. Así sucede, por ejemplo, con la condición de socio en las sociedades personalistas, los derechos de pensión derivados de condecoraciones, pensiones de jubilación, prestaciones de la Seguridad Social, etc.

*c) Carácter consorcial de los rendimientos de estos bienes.* La titularidad del bien o derecho, por su condición de personalísimo o por ser intransmisible *inter vivos*, es bien privativo, pero el *emolumentum* (los frutos, productos o rendimientos del bien o derecho) devengado durante el consorcio es bien común pues se trata de frutos de un bien privativo (art. 210.2.f). Así, por ejemplo, al ser la titularidad del derecho a pensión de jubilación bien privativo del pensionista, cuando se quede viudo no tendrá que compartir las pensiones con los herederos del cónyuge premuerto, pero las devengadas durante el consorcio ingresan en el patrimonio común.

*B. Resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios personales.* Según la letra b) del art. 212 son también privativos *el resarcimiento de daños y la indemnización de perjuicios causados a la persona de cualquiera de los cónyuges, tanto si se cobra en forma de capital como de pensión.* El precedente estaba en el núm. 5º del art. 38 Comp.

Estos bienes o derechos guardan una clara relación con el cónyuge que ha sufrido el daño o perjuicio en su persona, y por ello tienen la condición de privativos; también pueden ponerse en relación con la regla de subrogación real: los bienes recibidos en compensación de los daños o perjuicios personales son privativos porque compensan la pérdida o disminución de bienes no patrimoniales, pero obviamente privativos. De modo que, en estos casos, no sólo es privativa la titularidad del derecho al resarcimiento o indemnización sino también el importe recibido, tanto

si se cobra en forma de capital como de pensión. Lo dicho concuerda con la salvedad introducida en el art. 210.2.g.

*C. Cantidades percibidas como beneficiario de seguros de vida.* Son también bienes privativos, según la letra d) del art. 212, *las cantidades percibidas como capital o como pensión por uno de los cónyuges en concepto de beneficiario de seguros sobre la vida.* La privatividad de estas cantidades devengadas como pensión se deja a salvo también en el art. 210.2.g.

Añade la letra d) que, *por excepción, en el seguro de supervivencia contratado durante el consorcio por uno de los cónyuges en su beneficio, serán comunes las cantidades devengadas antes de la disolución de aquél. En este caso, se reintegrará al patrimonio privativo el valor actualizado de las primas satisfechas a su costa.*

Los seguros de vida, tanto para caso de muerte como de supervivencia, de los que uno de los cónyuges sea beneficiario han podido ser contratados por terceros o por el otro cónyuge; en este caso pueden constituir un acto de previsión acorde con las circunstancias de la familia y en tal caso las primas serán de cargo del patrimonio común (art. 218.1.a); también pueden tener esta consideración los contratados por uno de los cónyuges a favor de los hijos; pero cuando estén *contratados a favor de persona distinta del otro cónyuge y no constituyan acto de previsión acorde con las circunstancias familiares*, dice el art. 212.2 que *deberá reembolsarse al patrimonio común el valor actualizado de las primas que se hayan satisfecho a costa de dicho patrimonio.*

*D. Bienes no considerados de carácter personal.* No son privativos los bienes de uso personal o profesional (contra: art. 1.346, 7º y 8º Cc.) pero, cuando son de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial, constituyen ventajas que los cónyuges pueden detraer de los bienes comunes, sin que sean computados en su lote (art. 266).

## **15. Bienes privativos por subrogación real.**

*A. La nueva regulación de la subrogación real.* La formulación del principio de subrogación real en relación con los bienes privativos ha experimentado notables modificaciones en la reforma de 2003. En la Compilación podían considerarse manifestaciones de tal principio los apartados 4º, 5º y 6º del art. 38. La nueva regulación, por una parte, ha refundido en la letra e) del art. 211 los principales contenidos de los núms. 4º y 5º del art. 38 Comp., sin aludir a la voluntad expresa de subrogar de ambos cónyuges, y, por otra, ha añadido la presunción de privatividad del art. 213, así como nuevos supuestos concretos de subrogación real en las letras f) y g) del art. 211, con supresión de la excepción relativa al retracto arrendaticio de viviendas del art. 38.6º Comp.

*B. El principio de subrogación real.* Son bienes privativos, de conformidad con la letra e) del art. 211, los que vienen a reemplazar a otros propios, y ello aunque se adquirieran con fondos comunes.

Salvo voluntad en contrario, los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte privativo de un cónyuge y en parte privativo del otro, corresponden “pro indiviso” a ambos cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas, siempre que se pruebe oportunamente la subrogación real (contra: art. 1.355.2 Cc.).

La subrogación no sólo se produce por negocios jurídicos, también puede resultar de transformaciones jurídicas o materiales de los bienes privativos. Así, parece que son privativos los objetos muebles que provienen de un bien inmueble privativo del que eran parte integrante o constitutiva (transformación jurídica); y parece que, por ejemplo, los escombros de una casa privativa demolida son también privativos (transformación material).

La subrogación puede producirse de forma automática cuando se trata de una operación de intercambio de un bien o derecho privativo por otro bien o derecho que viene a reemplazarlo (por ejemplo, permuta); pero puede no ser automática si los bienes se adquieren con dinero de los cónyuges que el adquirente dice que le pertenece privativamente, bien por confusión de dinero originariamente privativo (empleo), bien por confusión del dinero obtenido con la enajenación de un bien privativo (reempleo). Aunque el bien se adquiere con dinero sacado del fondo común, es un dinero privativo que, por voluntad expresa de ambos cónyuges en tal sentido o por el juego de la presunción de privatividad, sirve a la vez para satisfacer al cónyuge adquirente el crédito que tenía contra la comunidad. Si no existiera esta operación interna de cobro de un crédito privativo, lo adquirido con bienes comunes sería consorcial (SAPH 9 noviembre 2006). La subrogación no automática exige, en principio, un convenio entre los cónyuges para que el cónyuge titular del derecho de crédito contra el patrimonio común (derecho de reintegro) pueda cobrarlo antes de la disolución (art. 226.5), así como la intención de subrogar al nuevo bien en la condición privativa de la contraprestación pagada (Ss. TSJA 9 septiembre 2005, 9 enero y 14 junio 2007).

*C. Manifestaciones concretas del principio de subrogación real. a) Bienes adquiridos en sustitución de otros privativos.* En la letra e) del art. 211 caben también los bienes adquiridos “en sustitución” de otros privativos (*cf.* art. 1.346.3° Cc.) gastados o deteriorados por el uso común, y aun pagados con fondos comunes, pues se trata de bienes que vienen a “reemplazar” a otros propios.

b) *El dinero obtenido por la enajenación o privación de un bien privativo, así como por el resarcimiento de daños al mismo.* Otro supuesto de subrogación, también contemplado en la letra e) del art. 211, es el del *dinero obtenido por la enajenación o privación de los bienes propios y el resarcimiento de los daños inferidos a los mismos.* Junto a la enajenación, se atiende a la privación o menoscabo de bienes privativos que originan un justiprecio o una indemnización (aunque sea debida a la existencia de seguros).

c) *Bienes adquiridos por derecho de adquisición preferente privativo.* Un caso especial de subrogación real es asimismo el de la letra f) del art. 211 que considera bienes privativos *los recobrados en virtud de carta de gracia, así como los adquiridos por derecho de retracto, opción, suscripción preferente o cualquier otro de adquisición preferente o de acceso a la propiedad que pertenezca con carácter privativo a uno de los cónyuges.* La fórmula es mucho más amplia que la del núm. 6º del art. 38 Comp.; se ha suprimido, sin embargo, la excepción que este precepto contenía respecto del retracto arrendaticio de viviendas, porque los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio son bienes comunes (art. 210.2.i), y porque, si el contrato de arrendamiento era anterior al consorcio, la vivienda adquirida por derecho de retracto arrendaticio parece bien que sea privativa.

La subrogación opera en relación a la condición privativa del derecho de preempción, sin que importe de donde ha salido la contraprestación pagada que, en su caso, originará simplemente derecho a reembolso (como en el caso de que las nuevas acciones hayan sido emitidas con cargo a beneficios no repartidos: art. 1.352.2 Cc.). Prevalece, pues, la condición del derecho ejercitado sobre la procedencia de los fondos empleados para la adquisición. El supuesto podría explicarse también como consecuencia del principio de acesión de los bienes propios (letra h) del art. 211).

d) *Los bienes adjudicados en la partición por cuota privativa.* Un último supuesto de subrogación real introducido en la reforma de 2003 es el de la letra g) del art. 211 que considera bienes privativos *los adjudicados a un cónyuge en la partición o división de cualquier comunidad cuando la cuota que le correspondía fuera privativa, y ello aunque reciba un exceso de adjudicación que se abone con cargo al caudal común.* En este último caso habrá derecho de reembolso a favor del patrimonio común (art. 226.3 a).

## **16. La presunción de privatividad.**

El principio de subrogación real tiene una gran importancia aplicada a los bienes privativos porque la demostración de que determinada cantidad

procede de la venta de un bien privativo o que determinado bien ha sido adquirido con dinero privativo (*subrogatum sapit naturam subrogati*) destruye la presunción de comunidad y justifica la condición privativa de dicho bien.

Pero la prueba de que la contraprestación se ha pagado con fondos privativos es muy difícil, salvo si media la voluntad expresa de ambos cónyuges en tal sentido, como decía el art. 38.4º Comp. Por ello, al objeto de hacer posible en la práctica una verdadera subrogación de bienes en el patrimonio privativo mediante utilización de dinero de aquella procedencia, se ha introducido una «presunción de privatividad» que, en los términos bastante estrictos en que está formulada, permite la subrogación sin necesidad de que intervenga el cónyuge del adquirente (Preámbulo, núm. 20).

En efecto, dice el art. 213.1 que *adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por cantidad igual o inferior en escritura pública autorizada por el mismo notario o su sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras*. Si se dan todos estos requisitos la subrogación real se produce y el bien adquirido se tiene por privativo tanto entre las partes como frente a terceros, y podrá conseguirse la inscripción en el Registro de la Propiedad al existir escritura pública que hace prueba, por lo dicho en este precepto, del carácter privativo del precio o contraprestación (art. 95 Rh.).

La presunción es *iuris tantum*, pero sólo puede ser destruida por prueba en contrario en juicio (art. 213.2), luego en el tráfico jurídico produce mientras tanto plenos efectos.

### **17. El reconocimiento de privatividad.**

Ahora bien, como la presunción de privatividad se ha formulado en términos bastante estrictos, serán muchos los casos en los que, al no poder operar o simplemente por preferir no acudir a ella, seguirá siendo precisa la intervención del otro para acreditar la subrogación real y la condición privativa del bien.

Por estas razones la reforma de 2003 regula asimismo el reconocimiento de privatividad, tanto en la manera de producirse como en sus consecuencias.

El art. 214.1 dice que *se considerará privativo un bien determinado cuando la atribución por un cónyuge de tal carácter al dinero o contraprestación con que lo adquiera sea confirmada por declaración o confesión del otro, que habrá de constar en documento público si ha de acceder al Registro de la Propiedad* (cfr. art. 1.324 Cc.).

Añade el art. 214.2 que *la titularidad y libre disposición del bien así adquirido, aun fallecido el otro cónyuge, no puede quedar afectada o limitada sino por el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a acreedores y legitimarios en defensa de su derecho*. No resulta aplicable, en consecuencia, la limitación prevista en el art. 95.4 Rh.

Tanto la presunción como el reconocimiento de privatividad se presentan, de acuerdo con su naturaleza, como fenómenos diferentes de los verdaderos pactos por los que los cónyuges atribuyen en escritura pública a bienes comunes la condición de privativos (art. 211.a) o asignan, en el momento de su adquisición, carácter privativo a lo adquirido (art. 215.1), tanto si la adquisición se ha hecho a costa del patrimonio común (art. 211.d) y entonces con derecho a reembolso a favor de la comunidad, como si ha sido a costa de derechos privativos, caso en el que no habrá lugar a reintegro.

**BIBLIOGRAFÍA:** BAYOD LÓPEZ, Carmen: “La oficina de farmacia en el régimen económico matrimonial legal aragonés. (A propósito de la STSJA 9 mayo 2000), *RDCA*, 2000-1, págs. 237-263; BAYOD LÓPEZ, Carmen: “Bienes comunes y privativos en el consorcio conyugal aragonés. (ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad), *Libro Homenaje al Dr. Lluís Puig i Ferriol*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2006, págs. 275-297; BAYOD LÓPEZ, Carmen: “La compra de bienes inmuebles anterior al matrimonio con dinero en parte privativo y en parte común (STSJA 6 octubre 2000), *RDCA*, 2000-2, págs. 151-162; BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Carmen: *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho civil aragonés*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2011, 63 págs. CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGÓN: “El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón”, en VV. AA., *Regímenes Económico-matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial)*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, T. I, págs. 127-174; GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Comentario de la S. de 14 de mayo de 2010 del TSJ de Aragón: arrendamiento y consorcio foral”, *RDCA*, 2010, págs. 253-266; LA-CRUZ BERDEJO, José Luis, “Comentario de los arts. 36 a 40 de la Compilación (Fuentes del régimen matrimonial legal y bienes comunes y privativos)”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. II, DGA, 1993, págs. 15-87; MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: “El seguro de vida en el marco del régimen económico del matrimonio en Aragón. Breve referencia a planes de pensiones y figuras afines en el consorcio conyugal aragonés”, *RDCA*, 2008, págs. 9-60; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*. Edición propia. Zaragoza, 2007, 414 págs.; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011, 605 págs.; SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa. (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal)*, Centro de Estudios Registrales de Aragón, Madrid, 2000, 112 págs.

## § 12. LA GESTIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL

*José Antonio Serrano García*

### **1. Contenido y estructura del Capítulo III.**

De la gestión del consorcio conyugal se ocupa el Capítulo III del Título IV (arts. 227 a 243). Una completa panorámica de la nueva regulación de la gestión tras la reforma de 2003 suministra el Preámbulo del Código en su núm. 22, y que aquí nos limitamos a resumir.

En el Capítulo se aborda la gestión en su sentido más amplio, como ya hiciera la Compilación (arts. 48 a 51 Comp.), abarcando las decisiones sobre administración y disposición de todos los bienes de los cónyuges, así como las que llevan a su endeudamiento. Por ello, la Sección primera se ocupa de la gestión *de la economía familiar* en general, estableciendo el principio según el cual las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges y desarrollando algunas de sus consecuencias sobre atención al interés de la familia, diligencia debida y deber de información (art. 227).

En un solo artículo, integrante de la Sección 3<sup>a</sup>, se regula la gestión de los bienes privativos, que corresponde a cada cónyuge (art. 243). La gestión de los bienes comunes recibe, por el contrario, un desarrollo mucho más amplio en la Sección 2<sup>a</sup> (arts. 229 a 242), acorde con la frecuencia y dificultad de los problemas que plantea una gestión que compete exclusivamente a dos personas, consideradas absolutamente en pie de igualdad, de modo que tampoco puede decirse que una de ellas gestiona mientras la otra se limita a vigilar en salvaguarda de sus intereses, sino que ambas tienen los mismos poderes y los mismos límites. Al no estar ninguna de ellas en posición de superioridad, tampoco lo están en situación de ser especialmente protegidas.

Junto al principio de igualdad, el de libertad. Los cónyuges pueden pactar sobre la gestión del patrimonio común sin otros límites que los genéricos del *standum est chartae*: la Constitución y las normas imperativas del Derecho aragonés (art. 229). El principio de igualdad se realiza tanto a través de la gestión conjunta como de la gestión separada de cualquiera de los cónyuges, ya sea indistinta o disjunta, que la ley les atribuye con generosidad en defecto de pacto válido para una larga serie de actos de administración e incluso disposición (arts. 230 a 232).

La posibilidad de que algunos actos de disposición de bienes comunes sean realizados por un cónyuge en fraude o perjuicio de los derechos del otro ha obligado a introducir límites (rescisión: art. 236) y algunas medidas correctoras de sus efectos en el ámbito de las relaciones internas (deber de indemnizar -art- 226.4-, posibilidad de que el bien adquirido se integre en el patrimonio privativo del adquirente -art. 239- y posibilidad de pedir al Juez que le prive de sus facultades de gestión -art. 241-).

La actuación conjunta ha pasado a ser una regla residual, de cierre del sistema (art. 233). Las consecuencias de la falta del consentimiento de uno de los cónyuges cuando el acto de disposición a título oneroso requiera el de ambos se abordan con criterios nuevos en el art. 235.

Para algunas situaciones especiales se ha previsto la concreción automática de facultades en el otro cónyuge (art. 242), la atribución de la gestión a uno solo de ellos (art. 240) o la privación a un cónyuge de sus facultades de gestión separada (art. 241).

También son novedosas las previsiones del art. 238 sobre disposiciones por causa de muerte.

## **2. Gestión de la economía familiar.**

La Sección primera del capítulo III se ocupa de la gestión *de la economía familiar* en general en dos artículos, el 227 sobre *reglas generales* y el 228 relativo a los *desacuerdos sobre la gestión de la económica familiar*. En el primero hay reglas generales sobre la dirección de la vida familiar, la diligencia debida y el interés de la familia en la gestión de cada cónyuge, así como sobre el deber de información recíproca. Los desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar, así como el incumplimiento del deber de información recíproca, se contemplan en el art. 228 como causas de disolución del consorcio conyugal. Se trata de normas de claro contenido imperativo.

*A. Dirección de la vida familiar.* El art. 227.1, con reiteración parcial de lo dispuesto en el art. 186, dice que *las decisiones sobre la economía familiar*

*corresponden a ambos cónyuges*; el art. 186 añade que corresponde también a los cónyuges *el gobierno de la familia*; todo ello, en cuanto norma general de aplicación imperativa (art. 185.2), constituye un límite a la amplia libertad de los cónyuges de regular sus relaciones familiares (art. 185.1).

El principio de igualdad entre cónyuges del art. 183.1 es, como hemos indicado ya, un límite tanto para el legislador ordinario como para la libertad de autorregulación de los cónyuges. Una manifestación de este principio es la dirección colegiada de la vida familiar. Pero que la dirección de la vida familiar corresponda imperativamente a ambos cónyuges no impide que los cónyuges puedan pactar válidamente sobre la gestión separada de todos o algunos bienes comunes (art. 229); son pactos que no eliminan ni alteran la dirección dual de la vida familiar, como no lo hacen tampoco las normas de gestión separada previstas en defecto de pacto, sino que se enmarcan dentro de las decisiones tomadas por ese gobierno colegiado y suponen la obligación del cónyuge legitimado para actuar por separado de respetar las decisiones de política familiar, así como las decisiones sobre la economía familiar.

*B. Diligencia e interés de la familia.* La diligencia en la gestión es requerida por el ap. 2 del art. 227 tanto en los asuntos comunes como en los particulares, porque el matrimonio es una comunidad de vida cuya economía depende del comportamiento de sus miembros que son los principales encargados de contribuir con sus aportaciones económicas a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 187). Además, cuando el régimen es de comunidad de bienes, las principales fuentes de ingresos del patrimonio común provienen del trabajo o actividad de los cónyuges y de los frutos y rendimientos de su patrimonio privativo, razón que justifica que cada uno haya de gestionar sus propios bienes con la diligencia debida.

La diligencia ha de ser, en todo caso, la debida. Para la gestión de los bienes comunes puede ser la propia de un buen padre de familia, mientras que en la gestión de los negocios o el desempeño profesional se requerirá la diligencia propia del gestor, empresario o profesional correspondiente.

Actuar en interés de la familia es uno de los deberes conyugales recogidos en el art. 183.2, que aparece formulado con mayor precisión en este art. 227.2. En las actuaciones conjuntas o colegiadas de los cónyuges ambos deben actuar en interés de la familia, también cuando por separado intervienen en asuntos familiares; en cambio, en sus asuntos personales y en la gestión de sus bienes privativos no es necesario que decidan en fun-

ción de lo que sea mejor para el interés familiar sino que basta con que tengan en cuenta el interés de la familia y eviten dañarlo o perjudicarlo. En todo caso, este deber les obliga a gestionar, tanto el patrimonio común como los suyos privativos, con la debida diligencia (art. 227.2) y a informarse recíprocamente sobre la gestión, así como sobre los resultados económicos de la profesión o negocio que ejerzan (art. 227.3).

*C. Deber de información recíproca.* Otra norma imperativa es la del art. 188 sobre el deber de los cónyuges de informarse recíprocamente, de manera suficiente y periódica, de la gestión de su patrimonio, de sus ingresos y de sus actividades económicas, en orden a la toma de decisiones sobre la economía familiar y la atención de las necesidades familiares. También en sede de consorcio conyugal, la toma de decisiones sobre la economía familiar requiere que los cónyuges se informen recíprocamente *sobre la gestión del patrimonio común y de los suyos privativos, y sobre los resultados económicos de la profesión o negocio que ejerzan* (art. 227.3). Vid. lo dicho sobre el art. 188.

*D. Disolución del consorcio por desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar o por incumplimiento del deber de información recíproca.* Los desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar, cuando son graves o reiterados, permiten a cualquiera de los cónyuges solicitar del Juez la disolución y división del consorcio conyugal (art. 228.1).

El Código considera absolutamente en pie de igualdad a ambos cónyuges, de modo que los dos tienen los mismos poderes y los mismos límites. Por ello, cuando no se ponen de acuerdo en algún asunto relacionado con la economía familiar, no hay que pensar que uno de ellos (normalmente el marido) tiene más razón que el otro. El hecho objetivo es que falta o se ha roto el acuerdo sobre la economía de la familiar, y ello, con independencia de las consecuencias que la falta de consentimiento del otro pueda tener sobre los actos de administración extraordinaria o disposición de bienes (arts. 235 y 237), puede ser causa para la disolución del consorcio por decisión judicial: basta un desacuerdo grave o la reiteración de desacuerdos que no lo sean; corresponde al Juez apreciar la gravedad o la reiteración (arts. 228.1 y 245.d).

Este planteamiento de los desacuerdos conyugales no casa bien con la posibilidad, introducida por una enmienda al proyecto de ley, de acudir al Juez para que resuelva sobre la negativa “injustificada” de un cónyuge a consentir actos de administración o disposición a título oneroso que pretende realizar o haya realizado el otro, cuando su validez requiera el consentimiento de ambos (art. 234).

También es causa de disolución del consorcio por decisión judicial el incumplimiento reiterado del deber de informar al otro (arts. 228.2 y 245.d). El incumplimiento ha de ser reiterado a juicio del Juez y la legitimación para pedir la disolución corresponde sólo al que no ha incumplido este deber.

Acordada por el Juez la disolución del consorcio, si continúa la convivencia matrimonial existirá entre los cónyuges régimen de separación de bienes, salvo que pacten otro régimen (arts. 228.1 y 248.1).

### 3. Pactos sobre gestión de los bienes comunes.

A. *El principio de igualdad.* La gestión de los bienes comunes tiene en el Código un desarrollo amplio, acorde con la frecuencia y dificultad de los problemas que plantea una gestión que compete exclusivamente a dos personas, absolutamente iguales en derechos y obligaciones pero al mismo tiempo libres para ponerse de acuerdo en cómo ejercerlos. El principio de igualdad se realiza tanto a través de la gestión conjunta como de la gestión separada, indistinta o disjunta, de cualquiera de los cónyuges.

El propio legislador, primer obligado a respetar el principio de igualdad, da buena muestra de ello al haber regulado, para ser aplicados en defecto de pactos válidos, ámbitos de actuación indistinta (art. 230) o disjunta (arts. 231 y 232), junto a un ámbito residual de actuación en el que se requiere la intervención conjunta de ambos cónyuges (art. 233).

B. *El principio de libertad de pacto.* Según dice el art. 229.2, sólo *en defecto de pactos "válidos"* (es importante destacar este término) *o para completarlos se aplicará lo dispuesto en los artículos "siguientes"*, es decir los que regulan la actuación de los cónyuges en la gestión de los bienes comunes (arts. 230 a 233).

La primera norma aplicable a la gestión de los bienes comunes es, por tanto, la del art. 229.1 según la cual *la gestión del patrimonio común corresponde a los cónyuges, conjuntamente o por separado, en la forma pactada en capitulaciones matrimoniales.*

C. *Límites de la libertad de pacto.* La gestión corresponde a los cónyuges (principio de igualdad), pero pueden pactar la forma de gestionar el patrimonio común que crean más conveniente para ellos, sin otros límites que los genéricos del *standum est chartae* (principio de libertad de regulación: art. 185), como ya conocemos. En particular, los pactos entre cónyuges para ser válidos han de respetar las normas de los artículos citados en el art. 185.2 y cualesquiera otras normas imperativas del Derecho aragonés.

También son imperativas por su clara relación con las disposiciones generales citadas las normas de los arts. 227 y 228 sobre la gestión de la economía familiar en general. En cambio, respecto de las que siguen al art. 229, es dudoso que los arts. 230, 231 y 232 tengan carácter imperativo.

Parece que los cónyuges pueden, tanto ampliar el ámbito de la actuación conjunta en la gestión de los bienes comunes como reducirlo, incluso acordando que sea uno de ellos el encargado de gestionar los bienes comunes, respetando en todo caso las normas imperativas y en especial las decisiones sobre la economía familiar que ambos hayan tomado o tomen después.

Pero a los terceros de buena fe no les serán oponibles los pactos capitulares que modifiquen la gestión separada o conjunta configurada por la ley (art. 198), salvo cuando los conozcan o hayan podido conocerlos.

*D. Modificación de lo pactado.* El Proyecto de ley decía que “la modificación de dichos pactos por los cónyuges habrá de formalizarse en escritura pública y, salvo previsión en contrario, exige acuerdo de ambos”. Este inciso fue suprimido al ser aprobada la enmienda núm. 65 cuya motivación decía así: “La exigencia de escritura pública para la modificación de los pactos es innecesaria, ya que este requisito formal ya está establecido con carácter general en la Ley. Además, la posibilidad de que pueda preverse que la modificación no exija el acuerdo de ambos, sino únicamente la voluntad de uno de ellos, vulnera la igualdad de derechos de los cónyuges”. El primer punto de la motivación es incontestable a la vista del art. 195.2; en cambio el segundo puede ser discutido. Para algunos, lo que va contra el principio de igualdad de los cónyuges es que se pueda pactar de forma vinculante que la gestión del patrimonio común corresponda a uno de ellos, pues creen que la gestión encomendada a uno sólo debe fundarse en poderes o mandatos libremente revocables por el otro; por ello piensan que también lo pactado en esta materia debería poderse modificar unilateralmente, al menos si así lo han previsto al formalizar el acuerdo. Esta posibilidad parece que, pese a la supresión del texto del proyecto, subsiste, si bien entonces lo acordado se parecerá mucho a un mandato.

No obstante, según dice el art. 241, *cuando por actos de uno de los cónyuges [al amparo de las facultades de gestión individual pactadas] se haya puesto en peligro repetidamente la economía familiar, el otro cónyuge puede pedir al Juez que prive a aquél en todo o en parte de sus facultades de gestión.*

La revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro se producirá en cualquier caso de apli-

cación del art. 102 Cc. y, además, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, el Juez adoptará la medida 4ª del art. 103 Cc. La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva (art. 106.2 Cc.)

#### 4. **Ámbito de actuación indistinta de cualquiera de los cónyuges.**

El principio de igualdad se realiza tanto a través de la gestión conjunta como de la gestión separada de cualquiera de los cónyuges. En defecto de pactos válidos o para completarlos, prolongando líneas ya nítidamente trazadas en la Compilación (*cfr.* art. 48.2 Comp.), en el art. 230 se enumeran actos que cualquiera de los cónyuges está legitimado para realizar por sí solo (actuación indistinta), incluidos, como novedad, los de disposición cuando sean necesarios para satisfacer las necesidades familiares, con ciertas cautelas. Veamos dicha enumeración.

*a) Actos de administración ordinaria.* Tanto referida a bienes muebles como a inmuebles, con posibilidad de incluir actos de disposición que sean de administración ordinaria. La administración ordinaria indistinta ya la contemplaba el art. 48.2, 1º de la Compilación.

*b) Actos de modificación inmobiliaria de fincas inscritas expresamente para el consorcio conyugal, como agrupaciones, segregaciones, divisiones, declaraciones de obra nueva o constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal.* Si estuvieran inscritas con carácter presuntivamente consorcial, para su inscripción dichos actos deberán ser otorgados por el cónyuge que las hubiera adquirido. Estos actos de modificación inmobiliaria (modificaciones formales de los folios del Registro de la Propiedad sobre fincas consorciales) citados como ejemplo y cualesquiera otros análogos (*cfr.* art. 94.2 Rh.) pueden ser realizados tanto por el cónyuge titular registral como por el otro, siempre que las fincas estén inscritas expresamente para el consorcio conyugal (art. 93.4 Rh.); inscritas como presuntivamente comunes (art. 94.1 Rh.), la inscripción de tales actos no puede realizarla por sí solo el cónyuge no titular registral (art. 94.2 Rh.). Era dudoso si ya podía entenderse así en la Compilación.

*c) Actos de defensa, judicial o extrajudicial.* Nueva especificación que ya podía entenderse incluida en las facultades de realizar actos de administración ordinaria. La legitimación activa indistinta de los comuneros no ofrece dudas conforme a la conocida doctrina jurisprudencial; para la legitimación pasiva individual, salvo en los litigios que versen sobre acciones contradictorias del dominio, el art. 541 Lec. permite que las demandas que afectan a los bienes consorciales puedan ser dirigidas exclusivamente contra el cónyuge deudor.

d) *Actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones señaladas en la letra a) del ap. 1 del artículo 218. Para justificar la necesidad del acto, será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes del otro cónyuge.* Esta es la principal novedad del precepto, que amplía notablemente las posibilidades de actuación indistinta de cualquiera de los cónyuges, permitiéndoles disponer a título oneroso por separado de cualesquiera bienes comunes, incluidos los inmuebles (por ejemplo, hipotecar bienes comunes para conseguir un préstamo), pero exclusivamente cuando la disposición del bien sea necesaria para la satisfacción de legítimas atenciones familiares, que no pueden esperar y que no pueden ser satisfechas con otros medios. En la necesidad del acto de disposición está implícita la urgencia de la atención y la imposibilidad de hacerlo de otra manera.

La justificación de la necesidad del acto podrá ser previa, simultánea o posterior a la disposición. La necesidad del acto de disposición podrá probarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, no siendo necesaria para la validez del acto declaración alguna de la Junta de Parientes. Bastará para ello que concurra el consentimiento del otro; pero si se halla impedido, en lugar de acudir al Juez, se facilita la prueba permitiendo solicitar a la Junta de Parientes, que ha de ser la del otro, una declaración en la que se justifique la necesidad del acto, lo que, cuando se trate de inmuebles, facilitará la inscripción del acto de disposición en el Registro de la Propiedad. Si la necesidad de la disposición no queda debidamente acreditada, no será aplicable la letra d), sino las reglas generales sobre la disposición de bienes comunes y, en su caso, la sanción de los actos de disposición realizados sin el necesario consentimiento del otro (arts. 235 y 237).

Tratándose de alguno de los actos de gestión indistinta señalados en el art. 230, la enajenación del bien consorcial será válida y conllevará la extinción del derecho expectante de viudedad (arts. 280.1.b y 282).

### **5. Ámbito de actuación disjunta.**

Se mantiene en el art. 231.1 la legitimación individual para realizar los *actos de administración o disposición incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio* de cada cónyuge, ya contenida en la Compilación (art. 48.2, 1º Comp.), acompañada ahora de un cauce que facilita la prueba en el tráfico (art. 231.2). Asimismo, se mantiene y amplía a cualesquiera bienes muebles (art. 232) la legitimación de cada cónyuge ya contenida en el art. 48.2, 2º Comp., frente a terceros de buena fe, respecto de los *bienes que figuren a su nombre, exclusiva o indistintamente, o se encuentren en su poder.*

*A. Ejercicio de profesión o negocio.* Según el art. 231.1 *cada cónyuge estará legitimado para realizar los actos de administración o disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio.* El art. 48.2.1º Comp. hablaba de administración “y” disposición, así como de “profesión, arte u oficio”. La administración ha de ser extraordinaria puesto que la ordinaria corresponde en todo caso a cualquiera de los cónyuges (art. 230.a).

Esta norma resultó inaplicable durante la vigencia de la Compilación por la falta de medios para acreditar ante el Registrador, sin recurrir a un proceso, que la disposición de un bien común es acto incluido en el tráfico habitual de la profesión o negocio del cónyuge disponente, que es algo que no puede ser apreciado directamente por el propio Registrador. Con la finalidad de facilitar la inscripción en el Registro de la Propiedad de estos actos de disposición sobre inmuebles comunes (es el caso del cónyuge constructor de viviendas) se ha añadido en el ap. 2 que, *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.*

La aseveración del Notario puede ser falsa, y, en tal caso, no hace que la disposición del bien inmueble común, realizada por uno solo de los cónyuges cuando es necesario el consentimiento del otro, transmita la propiedad al comprador, aunque sea de buena fe y haya inscrito, sino que será de aplicación el art. 235 y, si la disposición es a título lucrativo, el 237. Ahora bien, el tercero puede contratar confiado en que, normalmente, la aseveración no será falsa y, por ello, la impugnación del acto no prosperará. En definitiva, la norma busca facilitar el tráfico jurídico de estos bienes sin tener que contar con la intervención del otro cónyuge. Será el Notario quien tenga que asegurarse, para evitar responsabilidades, de que lo que asevera que le consta por notoriedad es cierto, por ejemplo, exigiendo la licencia fiscal y comprobando que tanto el acto de disposición como el bien mismo pertenecen al tráfico habitual de la profesión o negocio del cónyuge disponente.

Dándose los requisitos señalados, la enajenación del bien consorcial será válida y conllevará la extinción del derecho expectante de viudedad (arts. 280.1.b y 282).

*B. Actuación frente a terceros.* El supuesto de hecho ahora previsto en el art. 232 es el mismo que ya contemplaba la Compilación en el art. 48.2, 2º: *bienes, muebles o inmuebles, que figuren a nombre de un cónyuge, exclusiva o indistintamente, o se encuentren en su poder; pero la legitimación que la nueva regulación confiere a ese cónyuge frente a terceros de buena fe es bastante más amplia cuando se trata de bienes muebles: puede*

realizar actos de administración, ordinaria o extraordinaria, y de disposición a título oneroso, en particular puede disponer de dinero, valores mobiliarios y derechos de crédito que figuren a su nombre o se hallen en su poder. Respecto de inmuebles en las mismas circunstancias, sólo tiene legitimación para realizar actos de administración, ordinaria o extraordinaria.

Hay que recordar aquí que el derecho expectante de viudedad sobre bienes muebles se extingue cuando salen del patrimonio común, salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad (art. 282).

### **6. Disposición de bienes comunes en fraude de los derechos del otro.**

Con las previsiones de los arts. 231 y 232, junto a las del art. 230, se propicia, como dice el Preámbulo (núm. 22), la deseable libertad con que cada cónyuge ha de poder presentarse ante los terceros, haciendo innecesarias y, por tanto, inoportunas las averiguaciones de éstos sobre el estado civil y régimen matrimonial de la persona con la que contratan. El límite es el fraude a los derechos del otro cónyuge, sancionado en el art. 236.

En efecto, *el acto de disposición válido y eficaz realizado a título oneroso por uno de los cónyuges sobre el patrimonio común en uso de sus facultades (paccionadas o legales) de actuación separada, pero en fraude de los derechos del otro cónyuge, podrá rescindirse a solicitud de este último, si el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude* (art. 236). Para poder rescindir el acto se requiere *consilium fraudis* (SAPZ 20 octubre 2009). Si falta o, en todo caso, si no se rescinde, el acto será definitivamente eficaz para el tercero.

No obstante, en la relación interna, *los patrimonios privativos deben indemnizar al común el importe actualizado de los daños y perjuicios que uno u otro cónyuge le hayan causado por acción dolosa o gravemente negligente* (art. 226.4).

Por otra parte, podrá ser de aplicación, también exclusivamente en la relación interna, la novedosa previsión del art. 239: *Cuando un bien haya sido adquirido por uno solo de los cónyuges a costa del patrimonio común contra la voluntad del otro cónyuge, por solicitud de este último al liquidarse el consorcio el bien adquirido se integrará en el patrimonio privativo del adquirente, reembolsando al patrimonio común el valor actualizado del precio y demás gastos de la adquisición.*

Por último, hay que tener presente que, según dice el art. 241, *cuando por actos de uno de los cónyuges se haya puesto en peligro repetidamente la economía familiar, el otro cónyuge puede pedir al Juez que prive a aquél en todo o en parte de sus facultades de gestión.*

## 7. **Ámbito de actuación conjunta en la gestión de bienes comunes.**

*A. Regla general.* En todos los casos en que el pacto o la ley no atribuyen una legitimación para actuar por sí solo, la regla respecto de los actos de administración extraordinaria o de disposición de bienes comunes es la actuación conjunta de ambos cónyuges, a la que se asimila la de uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 233).

El cambio introducido en la reforma de 2003 es grande: la actuación conjunta ya no es como en la Compilación la regla general que admite algunas excepciones (art. 48 Comp.); en la actualidad es una regla residual, de cierre del sistema, reservada para los actos de mayor trascendencia (administración extraordinaria y disposición), pero sólo para cuando no puedan ser realizados por separado por uno o alguno de los cónyuges, de conformidad con lo válidamente pactado (art. 229.1) y, en su defecto, de conformidad con lo dispuesto por el Código, que en los arts. 230, 231 y 232, como hemos visto, concede a los cónyuges amplias facultades de administración separada, indistinta o disjunta.

A la actuación conjunta se asimila la de uno de ellos con el consentimiento del otro, que podrá ser otorgado previa o posteriormente mediante acuerdos de gestión, o la concesión de mandatos, o autorizaciones y poderes para la gestión de los bienes comunes.

La STS 27 mayo 1988 considera que el acto de división de un bien que pertenece en parte a la comunidad conyugal, cuando es solicitada por otros comuneros, no es acto de disposición voluntaria y no requiere el consentimiento de ambos cónyuges.

*B. Autorización judicial.* Cuando un cónyuge se halle impedido por cualquier causa para prestar su consentimiento, y el otro pretenda realizar o haya realizado actos de administración extraordinaria o disposición a título oneroso que requieran el consentimiento de ambos, podrá éste acudir al juez solicitando su autorización para la eficacia del acto (art. 234).

El cónyuge *impedido* del art. 234 no es el incapacitado o declarado ausente, casos en que procede la concreción automática de todas las facultades de gestión en el otro (art. 242); ni tampoco parece tratarse de la situación del cónyuge que se encuentra *imposibilitado para la gestión del patrimonio común*, lo que apunta a una situación duradera que afecta a todo tipo de actos de gestión y que legitima al otro para pedir al Juez que le confiera a él solo la gestión del patrimonio común (art. 240). Parece, con una interpretación *a contrario sensu*, que ha de tratarse de un impedimento para actos concretos, no permanente, pero que impide de hecho prestar el consentimiento.

Cuando ambos cónyuges se encuentran en situación de prestar el consentimiento necesario y uno lo niega se produce un desacuerdo sobre la gestión de la economía familiar, que si es grave o reiterado constituye causa para pedir al Juez la disolución del consorcio conyugal (art. 228). Este planteamiento de los desacuerdos conyugales no casa bien con la posibilidad de un cónyuge, introducida por una enmienda, de acudir al Juez para que resuelva sobre la eficacia del acto cuando el otro *se niega injustificadamente* a consentirlo (art. 234).

Por último, hay que recordar que la enajenación válida de un bien consorcial, tanto si es inmueble, empresa o explotación económica (art. 280) como si es mueble (art. 282), conlleva la extinción del derecho expectante de viudedad.

*C. Falta del consentimiento necesario.* La reforma de 2003 dedica sendos artículos a regular las consecuencias de la falta del consentimiento de uno de los cónyuges en actos de disposición a título oneroso (art. 235) o a título lucrativo (art. 237), cuando el acto requiera el consentimiento de ambos.

*a) En actos a título oneroso.* Son conocidas las dudas -dice el núm. 22 del Preámbulo-sobre la aplicación al consorcio conyugal aragonés de las reglas que en el Código civil señalan la anulabilidad como forma de invalidez de los actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales realizados por un cónyuge sin el necesario consentimiento del otro (art. 1.322 en relación con el 1.301). Son también numerosas y fundadas las críticas a los preceptos del Código por parte de sus propios comentaristas, preceptos, por otra parte, que responden a una tradición jurisprudencial y doctrinal que no hay razones para adoptar en Aragón.

En consecuencia -sigue diciendo-, la nueva regulación aborda el problema de la venta de cosa común por uno solo de los cónyuges cuando es necesario el consentimiento de ambos con criterios nuevos, inspirados en un análisis jurídico más depurado y que atienden mejor al complejo conflicto de intereses entre tres partes que estos casos suponen. En particular, trata de evitarse la fácil y frecuente presunción judicial de que el cónyuge cuyo consentimiento se omitió ha consentido, por el mero hecho de que no se ha opuesto a la venta antes de interponer su demanda.

Partiendo de la validez del contrato —título— y de que la propiedad no se transmite al entregar la cosa uno solo de sus dueños, se señala la inoponibilidad del contrato al cónyuge que no consintió, así como las acciones que éste puede ejercitar, al tiempo que se muestra también el cauce para la defensa de los intereses del comprador a través de las acciones nacidas de la compraventa contra su vendedor incumplidor (SAPH 31 enero 2008).

La nueva regulación de las consecuencias de la *falta de consentimiento en actos a título oneroso* la contiene el art. 235 que dice así:

1. *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 exclusivamente entre las partes contratantes y sus herederos, pero la entrega de la cosa, en cualquier forma que se realice, no transmite la propiedad al comprador.*

2. *El cónyuge cuyo consentimiento se omitió puede prestarlo expresa o tácitamente con posterioridad, pero no se presume en ningún caso. Mientras no consienta, puede interponer demanda contra el comprador en petición de que se declare que la compraventa en que no ha sido parte 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 usucapión o, si es el caso, en virtud de las reglas de protección de terceros de buena fe.*

3. *El comprador tiene contra el vendedor las acciones de incumplimiento y las demás que deriven de la compraventa.*

4. *Las mismas reglas se aplicarán en los demás casos de transmisión o disposición de bienes comunes a título oneroso.*

En el Proyecto de ley, con mejor sentido, se decía *reglas similares* en lugar de *las mismas reglas*. La regulación aragonesa, además de los arts. 1322 en relación con el 1301, hace inaplicable el art. 1.259 Cc. porque los supuestos en él contemplados están incluidos también en el precepto aragonés.

*b) En los actos inter vivos a título lucrativo, la sanción de la falta del consentimiento necesario de uno de los cónyuges es otra: será nula de pleno derecho la donación de un bien consorcial realizada por uno solo de los cónyuges. Se exceptúan las liberalidades usuales según las circunstancias de la familia (art. 237). Estas liberalidades exceptuadas de la nulidad serán válidas y eficaces aunque hayan sido realizadas por uno sólo de los cónyuges. La sanción establecida es la nulidad de pleno derecho porque, al ser la donación un contrato traslativo del dominio no se puede predicar la validez del contrato y la ineficacia de la transmisión.*

## **8. La gestión de los bienes comunes en situaciones especiales.**

En la regulación de 2003 se prevén, en la sección dedicada a la gestión de los bienes comunes, algunas situaciones especiales, en que la gestión conjunta por ambos cónyuges no resulta posible o conviene poder privar a uno de ellos de todas o parte de sus facultades de gestión separada.

*A. Concreción automática de facultades. La gestión del patrimonio común corresponderá al cónyuge del incapacitado o declarado ausente. Necesitará, no obs-*

*tante, autorización del Juez o de la Junta de Parientes de su cónyuge para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles (art. 242, en la redacción resultante de la reforma de 2006 que suprime la prodigalidad).*

En concordancia con esta regla, situada en su sede propia de gestión del consorcio, dice el art. 53.1, en sede de ausencia como su precedente el art. 7.3 Comp., que *la gestión del patrimonio consorcial del declarado ausente se rige por lo dispuesto en el artículo 242.*

En estas situaciones de incapacitación o ausencia de uno de los cónyuges, que precisan de la correspondiente resolución judicial que las declare, se produce automáticamente la concreción de todas las facultades de gestión del patrimonio común en el otro cónyuge, por su simple condición de cónyuge; no es necesario, por tanto que sea tutor, curador o representante legal del incapacitado o ausente (contra, art. 1.387 Cc.). Ahora bien, cuando no lo sea, también podrá pedir la disolución judicial del consorcio conyugal la persona que represente al incapacitado o ausente y, en el caso de incapacitado sujeto a curatela, la disolución se producirá cuando lo pida éste con asistencia del curador (art. 245.a).

No obstante, el cónyuge administrador único necesita autorización para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles (como decía el art. 7º.3 Comp.), pero en la nueva regulación la autorización puede ser tanto judicial como de la Junta de Parientes (*cfr.* art. 13.2 Comp.); y se especifica de manera muy oportuna que se trata de la Junta de Parientes del cónyuge incapacitado o ausente.

*B. Atribución de la gestión a uno solo de los cónyuges. El cónyuge cuyo consorte se encuentre imposibilitado para la gestión del patrimonio común podrá solicitar del Juez que se la confiera a él solo. El Juez podrá acceder a lo solicitado y señalar límites o cautelas a la gestión concedida, según las circunstancias (art. 240).*

En este caso, la situación y las consecuencias son muy distintas de las del caso anterior. La imposibilidad es meramente de hecho, pero afecta de modo general a la gestión del patrimonio común y, hay que pensar, que de forma duradera. Desde luego, no se trata de que un cónyuge se halle impedido para prestar su consentimiento a un acto que pretenda realizar o haya realizado el otro, que ya está prevista en el art. 234.

En esta situación no se produce la concreción automática de las facultades de gestión en el otro cónyuge, sino que éste puede pedir al Juez que le confiera la gestión a él solo. La solicitud no es vinculante para el Juez, que puede denegarla. Y si accede a ella, puede señalar límites o cautelas a la gestión concedida, atendidas las circunstancias del caso. Hay aquí, por tanto, un amplio arbitrio judicial. Cabe pensar que, al menos, se re-

querirá autorización judicial o de la Junta de Parientes del cónyuge imposibilitado para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles (por analogía con el art. 242).

*C. Privación de la gestión.* Por último, según dice el art. 241, *cuando por actos de uno de los cónyuges se haya puesto en peligro repetidamente la economía familiar, el otro cónyuge puede pedir al Juez que prive a aquél en todo o en parte de sus facultades de gestión.* No se precisa que haya existido actuación dolosa o gravemente negligente (*cf.* art. 226.4), ni que el acto de disposición haya sido realizado en fraude de los derechos del otro (*cf.* art. 236), sino simplemente que, de hecho, por actos de uno de los cónyuges se haya puesto en peligro repetidamente la economía familiar. El peligro o riesgo para la economía familiar ha de ser repetido y derivar de actos de uno de los cónyuges.

Parece que al derivar el peligro de actos de uno de los cónyuges, en principio válidos y eficaces, hay que pensar que han sido realizados en supuestos de actuación separada, de conformidad con lo pactado o lo dispuesto en los arts. 230, 231 y 232. En tal supuesto, lo que se puede pedir al Juez no es que confiera al otro toda la gestión del patrimonio común (art. 240), sino que prive al que con su gestión pone en peligro la economía familiar de todas o parte de sus facultades de gestión separada. Si la privación es total, el otro conservará intactas sus facultades de gestión separada y todos los demás actos que no pueda realizar por sí solo serán de gestión conjunta.

Por último, hay que recordar que en estas situaciones especiales siempre que la enajenación de un bien consorcial sea válida, tanto si es inmueble, empresa o explotación económica (art. 280), como si es mueble (art. 282), se producirá la extinción del derecho expectante de viudedad.

## **9. Disposiciones por causa de muerte.**

Las previsiones del art. 238 sobre disposiciones por causa de muerte relativas a la participación en el patrimonio común (ap. 1), a bienes determinados del patrimonio común (ap. 2) o a los derechos que sobre un bien consorcial determinado corresponden al disponente (ap. 3), suponen una novedad, al menos formal, introducida en el Derecho aragonés por la reforma de 2003. Inspiradas, como dice el núm. 22 del Preámbulo, en opiniones doctrinales solventes y en sugerencias de los profesionales del Derecho, tienden a facilitar unas disposiciones bastante frecuentes que, en un régimen como el aragonés, no parecería razonable impedir solamente por razones derivadas del análisis de la naturaleza jurídica del consorcio,

sin que aparezcan otras sustantivas suficientemente poderosas. Es de notar que las mismas reglas, de acuerdo con el art. 255, se aplican a las disposiciones por causa de muerte ya disuelto el consorcio pero todavía no dividida la masa común.

*A. Relativas a la participación en el patrimonio común.* Cualquiera de los cónyuges podrá disponer por causa de muerte de su participación en el patrimonio común (art. 238.1). Norma similar a la del art. 1.379 Cc. La participación en el patrimonio común es un bien del patrimonio del causante cuyo destino para después de su muerte puede ordenar en pacto sucesorio, testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio *standum est chartae* (art. 318).

*B. Relativas a bienes determinados del patrimonio común.* El art. 238.2 indica que *a la disposición por causa de muerte de bienes determinados del patrimonio común, en defecto de otra previsión, le serán de aplicación las siguientes reglas:*

*a) Si la realizara un cónyuge a favor del otro, éste adquirirá su propiedad directamente al deferirse la herencia de aquél, sin necesidad de liquidación del consorcio.*

*b) Si fuera hecha por ambos cónyuges conjuntamente, al deferirse la herencia del que primero fallezca, el legatario tendrá derecho a que en la liquidación del consorcio la mitad indivisa de los indicados bienes se adjudique a la parte correspondiente al causante.*

*c) Cuando se realice por uno solo de los cónyuges a favor de persona distinta del otro, sólo producirá sus efectos si al liquidarse el consorcio los bienes fueran adjudicados a la herencia del disponente; en caso contrario, se entenderá legado el valor que tuvieran al tiempo de la delación.*

Entre vivos la disposición a título lucrativo realizada por uno solo de los cónyuges es nula de pleno derecho (art. 238) porque el bien no pertenece en exclusiva al donante. Aquí se dispone asimismo de bienes comunes, pertenecientes también al otro cónyuge, pero se hace por causa de muerte, bien a título de heredero o de legatario, la disposición vale y surte efectos, si bien éstos tienen en cuenta que el bien común objeto de la disposición sucesoria, tras la muerte del cónyuge disponente (o el primero de ellos), puede adjudicarse por entero a uno de los dos lotes o dividirse, en su caso, entre los dos. No obstante, la disposición sucesoria de uno a favor del otro es bastante para que, sin necesidad de liquidación del consorcio, éste adquiera ya su propiedad al deferirse la herencia: mitad por su condición de comunero y mitad por legado del otro, pero sin perjuicio de los preferentes derechos de los acreedores consorciales, de los acreedores personales del causante y de los legitimarios.

Hecha la disposición conjuntamente y en favor de tercero, al morir el primero de los cónyuges el tercero tiene asegurado el derecho a recibir una mitad indivisa del bien, la otra mitad la recibirá al fallecer el otro o, en su defecto será de aplicación el art. 422.

La letra c) coincide con lo dispuesto por el art. 1.380 Cc.

C. *Relativas a derechos sobre un bien común determinado.* Por último, el art. 238.3 dice que *si un cónyuge lega los derechos que le corresponden en un bien determinado del patrimonio común, el legado se limitará a una mitad indivisa del mismo o, si todo él se adjudica al otro cónyuge, al valor de la mitad al tiempo de la delación.*

La naturaleza jurídica del consorcio conyugal, sin cuotas sobre cada uno de los bienes comunes, no impide la validez de la disposición sucesoria sobre los derechos en un bien consorcial determinado, si bien, a resultas de lo que suceda en la liquidación del consorcio, el legatario adquirirá una mitad indivisa del bien o el valor de esa mitad o lo que falte para completarla (STSJA 26 noviembre 2007).

## **10. Gestión de los bienes privativos.**

A. *Por el cónyuge titular.* El Código sólo dedica a la gestión de los bienes privativos un artículo, el 243, que integra la sección 3<sup>a</sup>. El ap. 1, en términos coincidentes con los del art. 51 Comp., dice que *corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes.* Nada se dice ya en esta sede sobre la protección de la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, porque ahora existe una disposición general dedicada a esta materia (*cf.* art. 190).

La gestión de los bienes privativos es parte importante de la economía del matrimonio y debe incardinarse en el marco de las decisiones sobre la economía familiar tomadas conjuntamente porque, entre otras razones, los frutos de los bienes privativos son comunes (art. 210.2.f), mientras que las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario son deudas comunes (art. 218.1.c).

Además ya hemos visto que, según el art. 227.2, los cónyuges deben gestionar sus patrimonios privativos con la diligencia debida y teniendo en cuenta el interés de la familia. En la gestión de los negocios o el desempeño de la profesión se requiere la diligencia propia del gestor, empresario o profesional correspondiente; pero en sus asuntos personales y en la gestión de sus bienes privativos, no es obligatorio que los cónyuges decidan necesariamente en función de lo que sea mejor para el interés fami-

liar sino que basta con que tengan en cuenta el interés de la familia y eviten dañarlo o perjudicarlo. También se ha indicado antes que, dada la interacción de todas las decisiones y actuaciones económicas de los cónyuges, es lógico que deban informarse recíprocamente sobre la gestión de sus patrimonios privativos y sobre los resultados económicos de la profesión o negocio que ejerzan (art. 227.3, en relación con el 188).

Por otra parte, los bienes privativos están afectos al derecho expectante de viudedad (art. 279), lo que en la práctica hace necesaria la intervención del otro cónyuge para renunciar al expectante y así posibilitar la enajenación de bienes inmuebles, empresas o explotaciones económicas (art. 280: salvo en algunos supuestos, la regla es que la extinción del derecho expectante requiere renuncia expresa).

*B. Por el otro cónyuge.* Como complemento de la regulación de la gestión de los bienes privativos, los apartados 2 y 3 del art. 243 atienden a la gestión por uno de los cónyuges de los bienes privativos del otro, con su consentimiento o sin su oposición (ap. 2) o contra su voluntad (ap. 3). La regulación coincide con la contenida en sede de régimen de separación de bienes en los arts. 207 y 208, debiendo tenerse en cuenta igualmente la disposición general sobre mandatos entre cónyuges del art. 191.

*a) Gestión con mandato, expreso o tácito.* *El cónyuge que administra bienes privativos de su consorte con su consentimiento o sin su oposición tiene las obligaciones y responsabilidades de un mandatario, pero no está obligado a rendir cuentas del destino de los frutos percibidos, salvo que se demuestre que los ha empleado en su propio beneficio. El propietario de los bienes puede recuperar la administración a su voluntad* (art. 243.2).

La posibilidad de consentir que el otro administre nuestros bienes es propia de la libertad de contratación entre cónyuges (art. 185); la posibilidad de mandatos expresos, en cualquier tiempo, para que el cónyuge administre los bienes del mandante está expresamente prevista en el art. 207 y se halla igualmente implícita en la norma general del art. 191 que se refiere a cualesquiera mandatos entre cónyuges, expresos o tácitos, generales o especiales, concebidos en términos amplios o expresamente para determinados actos.

El mandante puede revocar el mandato a su voluntad y recuperar la administración (art. 1.733 Cc.), pero cuando se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber (art. 1.734 Cc.). La revocación se producirá por ministerio de la ley como efecto de la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 103.2º Cc.), e incluso antes si la

revocación ha sido acordada como medida previa (art. 104 Cc.). Añade el ap. 2 del art. 106 Cc. que la revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva. Quien puede revocar el mandato ha de poder también, a su voluntad, condicionarlo o restringirlo (art. 207), si bien estas modificaciones del contenido inicial parece que exigirán la aceptación, expresa o tácita, del cónyuge mandatario, quien en cualquier caso puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante.

La gestión que se produce sin oposición del cónyuge titular de los bienes, presupone que es con su conocimiento y que se trata de un mandato tácito.

Con mandato expreso o tácito, el cónyuge que actúa *tiene las obligaciones y responsabilidades de un mandatario, pero no está obligado a rendir cuentas del destino de los frutos percibidos, salvo que se demuestre que los ha empleado en su propio beneficio*. En el art. 191 la no obligación de rendir cuentas es *salvo que se haya dispuesto otra cosa*: parece que lo razonable es sumar ambas salvedades (salvo que se haya dispuesto otra cosa o se demuestre que los ha empleado en su propio beneficio). La frase final *el propietario de los bienes puede recuperar la administración a su voluntad* no tiene paralelo en el art. 191, pero es una consecuencia de la libertad del mandante de revocar el mandato.

b) *Gestión contra la voluntad del otro*. El ap. 3 del art. 243 (que coincide literalmente con el 208.2) se refiere a la administración de los bienes del otro contra su voluntad, no a la mera gestión de negocios ajenos sin conocimiento del cónyuge propietario (art. 1.889 Cc.), y obliga al gestor a responder de los daños y perjuicios que ocasione, parece que incluso en supuestos de caso fortuito, si bien descontados en todo caso los lucros que el propietario haya obtenido por la gestión (lo cual parece una aplicación de lo dispuesto en el art. 1.893 Cc.).

**BIBLIOGRAFÍA:** BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Rosa María y José Manuel: "Gestión de la comunidad", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, T. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), págs. 1-50. BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Carmen: "La disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal", en *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 7-38. CRUZ GISBERT, Teresa: "La disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal. Punto de vista notarial", en VV.AA.: *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 39-42. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, "La gestión de la comunidad conyugal aragonesa", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Dr. J. L. Lacruz*, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1992, págs. 283-300. MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús: *La gestión del consorcio en la Ley 2/2003, de 12 de febrero*. Núm. 32 de la Co-

lección El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2007, 127 págs. MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*. Edición propia. Zaragoza, 2007, 414 págs.; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011; RAMS ALBESA, Joaquín: "Comentario de los arts. 41 a 59 de la Compilación (Pasivo, gestión, disolución, liquidación y división de la comunidad conyugal legal)", en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, DGA, vol. II, 1993, págs. 97-213 y 221-380, respectivamente. RAMS ALBESA, Joaquín: "Gestión y Pasivo de la Comunidad Aragonesa", en *Actas de los II Encuentros del "Foro de Derecho Aragonés"*, cit., 1993, págs. 35-40. SALAS MURILLO, Isabel de: "Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal: una visión desde el Registro de la Propiedad", en VV.AA.: *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2007, págs. 43-46. SERRANO GARCÍA, José Antonio: "La gestión del consorcio conyugal aragonés", en *Homenaje al Prof. Lluís Puig i Ferriol*, Vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 2307-2328. SERRANO GARCÍA, José Antonio: "Legitimación activa de los cónyuges para pedir la nulidad de un contrato celebrado por ambos cónyuges con un tercero", *RDCA*, 2007, págs. 135-138. SERRANO GARCÍA, José Antonio: "Legado de los derechos del cónyuge viudo en bienes determinados de la comunidad conyugal en liquidación (Comentario a la STSJA 26 noviembre 2007)", *RDCA*, 2008, págs. 145-169.

## § 13. LAS DEUDAS DE LOS CÓNYUGES\*

*Jesús Delgado Echeverría*

*José Antonio Serrano García*

### **1. Responsabilidad universal de los cónyuges y consorcio conyugal.**

*A. Deuda y responsabilidad.* Puesto que las personas casadas, varones o mujeres, conservan íntegra su capacidad de obrar, es obvio que pueden obligarse libremente y que también quedan vinculadas y responden en razón de causas no voluntarias de nacimiento de obligaciones. A diferencia de lo que ocurre para la disposición de bienes comunes, en ningún caso se exige el consentimiento de ambos cónyuges para la validez y eficacia de las deudas por ellos contraídas.

Ahora bien, no importa sólo saber que la obligación existe, sino, cuando nació en cabeza de una persona casada, también con qué bienes se responde. Hay que partir del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 Cc.), que no es excluido por la presencia del régimen de comunidad entre cónyuges. Puesto que no surge una persona jurídica a quien considerar sujeto pasivo de las obligaciones, sólo uno u otro cónyuge (o ambos) pueden ser deudores, y responden, al menos, con todos sus bienes presentes o futuros.

*B. Ampliación de la responsabilidad.* Puede ocurrir, además, que respondan ilimitadamente bienes que no pertenecen en exclusiva al deudor (los comunes) y, en casos especiales, que respondan también bienes de otra persona, es decir, los privativos del otro cónyuge no deudor. Esta ampliación de la responsabilidad se explica como sustitutivo de la imposibilidad de embargar, vigente el consorcio, la participación del cónyuge en los bienes comunes (la posición de consorte es intransmisible), o cuotas de cada uno de estos bienes (no las tiene un cónyuge).

\* *Los apartados 1 y 2 son obra del Prof. Delgado, los restantes del Prof. Serrano.*

Para la ampliación de la responsabilidad se tienen también en cuenta otras consideraciones. Así, la necesidad o utilidad de ampliar el crédito de las personas casadas, especialmente para operaciones que redundan en beneficio del consorcio o de la familia; también, que el patrimonio que recoge los ingresos del capital y del trabajo de los cónyuges no puede quedar ajeno a la responsabilidad por sus deudas, pues muchas veces no tendrán otros bienes.

Desde un punto de vista pragmático, tiene alguna fuerza el temor de que las relaciones de confianza entre los cónyuges lleven, en muchos casos, a configurar la consistencia, al menos aparente, de sus patrimonios según su conveniencia, en perjuicio y fraude de sus acreedores, por lo que puede ser proporcionado dotar a éstos de medios de agresión sobre bienes que no aparecen exclusivamente como de su deudor.

*C. Libertad e igualdad de los cónyuges.* Las anteriores consideraciones, vistas en abstracto, podrían aplicarse lo mismo a la regulación actual que al Derecho histórico. Sin embargo, hay un cambio esencial en esta materia, quizás todavía no suficientemente advertido en la teoría y en la práctica.

Históricamente, es el marido el administrador único de la comunidad (en su sentido más amplio, comprendiendo los bienes dotales y los demás de la mujer), con poderes omnímodos; mientras que la mujer apenas puede contraer deudas sin su consentimiento. Los bienes comunes (con mayores reparos, los de la mujer) funcionan, al menos frente a terceros, como patrimonio del marido, por lo que responden, en principio, por todas sus deudas: la excepción la constituyen los casos en que se demuestre que actúa en fraude de la mujer.

Hoy, por el contrario, el marido no es el administrador de la comunidad, ni la representa, ni representa a su mujer. Cualquiera que sea la habitualidad y frecuencia con que son los varones casados, y no sus mujeres, quienes contratan, ejercen profesiones o se relacionan con terceros, las reglas que determinan qué bienes de los cónyuges responden en cada caso no hacen diferencia entre actuaciones del varón o de la mujer. Por más que estas reglas configuren latamente los supuestos en que por la sola actuación de uno de ellos quedan comprometidos los bienes comunes –y el Código aragonés lo hace con gran amplitud–, no se puede olvidar que los bienes no pertenecen en exclusiva a uno de ellos, y que son ambos los llamados a gestionarlos, tomando también conjuntamente las decisiones sobre la economía familiar.

Ahora, por tanto, el punto de partida no es cómo proteger frente a las decisiones del administrador único a su mujer (pasiva a la fuerza), sino

hasta dónde conviene llevar, en atención a la seguridad del tráfico y a la libertad de participación de cada uno de los cónyuges en el mismo, las desviaciones del principio de gestión conjunta, que, por sí, llevaría a exigir el consentimiento de ambos cónyuges para todo compromiso voluntario que hubiera de recaer sobre bienes comunes.

## 2. Sistema de los arts. 218 a 226 CDFR.

A. *Pasivo provisional y pasivo definitivo.* La Compilación aragonesa fue, en 1967, la primera ley española que introdujo claramente la distinción entre los criterios de atribución definitiva de las deudas a uno u otro patrimonio (pasivo definitivo, contribución a la deuda) y los que determinan la responsabilidad de estos mismos patrimonios frente a los terceros acreedores (pasivo provisional, responsabilidad por la deuda). En su 'sistema externo' se apreciaba la distinción y contraposición en los mismos titulillos de los preceptos ("cargas y deudas comunes", en el art. 41, frente a "responsabilidad por deudas de gestión" y "responsabilidad personal por deudas comunes" en los que le siguen).

La nueva regulación procedente de la reforma de 2003 refleja el mismo esquema. El art. 218 regula las *deudas comunes*: aquellas que *son de cargo del patrimonio común* (pasivo definitivo). El art. 219 se ocupa de la *responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros*, y el 220 de la *responsabilidad de los bienes privativos*.

B. *Criterios básicos.* Los criterios básicos de la regulación pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) Todas las deudas (también las definitivamente comunes) nacen, necesariamente, en cabeza de uno de los cónyuge, o de los dos. Los bienes privativos del cónyuge deudor responden siempre; aunque, en ciertos casos, previa excusión de los comunes (art. 220).

b) De las deudas contraídas conjuntamente por marido y mujer, cualquiera que sea su finalidad, responden siempre todos los bienes comunes además de los de cada uno de ellos (art. 219.3). En la Compilación, sin texto expreso, se infería con seguridad del conjunto de la regulación.

c) La responsabilidad de (todos) los bienes comunes frente a terceros acreedores de buena fe es muy amplia, pues se produce siempre que las obligaciones nacen de la actuación de uno cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de sus facultades legales de administración, en la explotación de sus negocios o en el desempeño de su profesión (art. 219.1, que amplía incluso los casos considerados en el art. 42 Comp.).

d) En un caso muy señalado, el de las cargas familiares en el sentido más estricto (las del art. 218.1.a), la solvencia de quien se compromete con terceros por acudir a su levantamiento se ve ampliada con la responsabilidad del patrimonio privativo del otro cónyuge en defecto de bienes comunes, y entonces por la totalidad de la deuda (art. 220.2).

e) Siempre que la deuda sea de las que definitivamente han de recaer en el patrimonio común (es decir, las de la amplia enumeración del art. 218), el acreedor, demostrando aquello, podrá satisfacer su crédito sobre la totalidad de los bienes comunes (219.2).

f) Si, definitivamente, se trata de deudas privativas posteriores al matrimonio por las que no se produce siquiera responsabilidad provisional de los bienes comunes, no por ello le está vedado al acreedor el acceso a tales bienes, sino que, en aplicación del principio de responsabilidad universal, puede satisfacerse sobre ellos en la medida en que su valor corresponde a su deudor; dejando a salvo, correlativamente, el valor que en él corresponde al otro cónyuge (art. 224).

g) La diferencia entre responsabilidad provisional y definitiva (es decir, la posibilidad de deudas reclamables sobre los bienes comunes que deben recaer definitivamente en los propios de uno de los cónyuges, y viceversa) lleva a la necesaria regulación de los reintegros y reembolsos entre masas patrimoniales, al objeto de restablecer el equilibrio. Regulación que la Compilación hizo en 1967 (también por primera vez en una ley civil española) en su art. 47, que abarca otros muchos supuestos en que uno de los patrimonios se enriquece sin causa a costa de otro, y que en la actualidad recoge el art. 226.

*C. El cambio sustancial: la igualdad de los cónyuges.* En 1985 se introdujeron dos modificaciones, para evitar la discriminación en razón de filiación que afloraba en el art. 41.1 Comp. y la que el art. 42 reflejaba en su texto (que no en su sustancia) en perjuicio de la mujer.

Las modificaciones operadas por la reforma de 2003 son predominantemente técnicas y han tenido como preocupación principal “hacer más explícito y desarrollar el excelente esquema conceptual que sustenta esta materia en la Compilación”. Las explica el núm. 21 del Preámbulo.

Pero por encima de todas estas modificaciones de los textos, el cambio sustancial y de fondo, el más importante desde la Edad Media, procede del reconocimiento de la plena capacidad de obrar de la mujer casada (desde 1975) y de su posición igual a la del varón en la gestión de la comunidad y en la dirección de la vida familiar. Como se ha dicho, este cambio, verdade-

ramente trascendental, se ha operado sin alterar las estructuras técnicas que soportaban la regulación del pasivo de la comunidad en la Compilación, por lo que quizás resulte menos visible en su verdadero alcance.

### 3. Deudas comunes a cargo del patrimonio común.

A. *El pasivo definitivo común.* La regulación de 2003 atiende en general con mayor cuidado que la Compilación al pasivo y a la situación de los acreedores; son buena muestra de ello, junto a la acaba regulación de las deudas comunes y privativas (arts. 218 a 226), arts. como el 194 (derechos de terceros), el 198 (inoponibilidad a terceros) y, en el capítulo dedicado a la disolución, liquidación y división del consorcio, los arts. 251 (deudas comunes), 252 (responsabilidad de los bienes comunes), 263 (pasivo del inventario), 264 (liquidación concursal), 265 (liquidación ordinaria) y 268 (las deudas comunes tras la división).

El art. 218, que enumera las deudas que constituyen el pasivo definitivo del consorcio, carece de significación para los terceros salvo a través de lo dispuesto en los aps. 2 y 3 del art. 219 y en el art. 220, que son los que establecen la responsabilidad de los bienes comunes y privativos frente a terceros.

El precepto enuncia y enumera las deudas que son de cargo del patrimonio común, con independencia de si han sido contraídas por uno u otro cónyuge o por ambos; la responsabilidad externa o *erga omnes* está, como se acaba de decir, en otros artículos y no siempre es la misma pues la de los bienes privativos depende de si la actuación es individual o conjunta y de si la deuda común es o no de las de la letra a) (cargas del matrimonio); pero al ser una deuda internamente común, siempre que no haya sido pagada con bienes comunes se originará el derecho al reintegro del importe actualizado de los bienes privativos empleados en su pago (letra b) del art. 226.2).

B. *Cargas del matrimonio.* En la letra a) del art. 218.1 se dice que son de cargo del patrimonio común *las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio.* La formulación coincide con la del art. 41.1º Comp. excepto en un punto: se han situado en la letra d) los gastos de crianza y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges que no convivan con el matrimonio. Es un cambio de gran importancia porque implica que de tales deudas ya no responde solidariamente el patrimonio privativo del cónyuge no progenitor (art. 220.2), lo cual era una clara extralimitación del texto anterior.

Este apartado está referido a las denominadas “cargas del matrimonio” o deudas contraídas en la satisfacción de las necesidades familiares (arts. 187 y 189). Entre ellas cabe citar las atenciones de la familia como grupo humano (incluidas las propias de la economía del hogar), las atenciones particulares de los cónyuges (incluidas las llamadas “litisexpensas”: STSJA 23 marzo 1999, Ss. APH 20 abril y 31 marzo 2007) y de los hijos (*crianza y educación*), siempre que unas y otras sean *legítimas*, término que comprende no sólo las normales u ordinarias, sino todas las acordes a la fortuna, posición social, usos y costumbres de la familia, incluidos, obviamente, los gastos extraordinarios pero convenientes, urgentes o necesarios.

La crianza y educación (legítima) que constituye carga del matrimonio es tanto la de los hijos comunes (en todo caso) como la de los hijos de uno sólo de los cónyuges, pero para estos últimos sólo si conviven con el matrimonio (sin que ello suponga la extinción de la obligación de alimentos del progenitor no custodio: STSJA 12 mayo 2008), y dura hasta la mayoría de edad o emancipación de los hijos a cargo, pero como excepción, si se dan las circunstancias del art. 69 (que no hayan completado su formación y que no tengan recursos propios), el deber de los padres de costearla puede mantenerse más allá de la mayoría de edad (cuando ello sea razonable y por el tiempo normal para completarla) pero se extinguirá, en todo caso, cuando el hijo cumpla los 26 años, a no ser que convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta (Ss. TSJA 12 mayo 2010 y 30 noviembre 2011).

C. *Cargas usufructuarias*. Las deudas comunes enunciadas por el art. 218.1 en las letras b) (*réditos e intereses normales devengados durante el consorcio por las obligaciones de cada cónyuge*) y c) (*las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario*) suelen agruparse bajo la sugerente denominación de “cargas usufructuarias” para dar a entender que son gastos comunes en justa correlación con la atribución al patrimonio común de los frutos de los bienes privativos y de lo ganado por los cónyuges con su trabajo o actividad (en especial, letras d) y f) del art. 210.1).

Junto a los *réditos* (renta o contraprestación por la posesión y disfrute de bienes ajenos) e *intereses* (precio del capital prestado), hay que incluir las pensiones en los censos, el canon en las minas, el pago de impuestos y contribuciones periódicas que gravan el rendimiento de los bienes privativos o las ganancias obtenidas por los cónyuges; en todo caso, la comunidad sólo soporta este tipo de gastos cuando son *normales* (proporcionados a los beneficios obtenidos por el consorcio) y *devengados durante el consorcio*.

Entre las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario se incluyen los gastos de producción de frutos, los necesarios para la guarda y conservación de los bienes (*cf.* arts. 356, 474 y 500 Cc.), pero además las reparaciones extraordinarias y las mejoras que acometería, sin obligación, un usufructuario diligente.

*D. Alimentos legales. Crianza y educación no incluida en el art. 218.1.a.* En la letra d) del art. 218.1 se dice que son de cargo del patrimonio común *los alimentos legales entre parientes debidos por cualquiera de los cónyuges, así como la crianza y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges no incluida en el apartado a).*

En comparación con el núm. 4º del art. 41 Comp., la nueva fórmula precisa que se trata de los alimentos legales “entre parientes”, es decir, los regulados en los arts. 142 y ss. Cc. a favor de descendientes, ascendientes y hermanos; establece también la oportuna conexión con la letra a) y deja claro que la crianza y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges cuando no conviven con el matrimonio, no es deuda de las de la letra a), pero sigue siendo en todo caso deuda a cargo del patrimonio común, sin la excepción que la Compilación estableció en 1985 respecto de los hijos adulterinos, de cuya constitucionalidad cabía dudar.

Los alimentos debidos a los hijos (comunes o de uno solo de los cónyuges que convivan con el matrimonio), en tanto puedan considerarse propios de la “crianza y educación legítima” son cargas incluidas en la letra a), de manera que los considerados en la letra d) son los debidos a cualquier hijo después de finalizada su crianza y educación.

*E. Ejercicio de actividades útiles o beneficiosas.* La letra e) del art. 218.1, que mejora la redacción del núm. 5º del art. 41 Comp. y añade la remisión a la letra a) del art. 219.1, contiene un apartado residual de gran amplitud en el que tiene cabida *toda deuda del marido o la mujer contraída en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aunque no haya redundado en beneficio común, o en el ejercicio de cualquier otra actividad, pero en éste caso sólo hasta el importe del beneficio obtenido con ella por el consorcio. Son actividades objetivamente útiles al consorcio las de la letra a) del ap. 1 del art. siguiente.*

Y, por tanto, si desarrollamos la remisión, son ejemplos de actividades objetivamente útiles a la comunidad, de las que resultarán deudas de cargo del patrimonio común, aunque la actividad no haya redundado en ese ejercicio u ocasión en beneficio común, *el ejercicio por cada cónyuge de sus facultades de administración y disposición de los bienes comunes o de administración ordinaria de los suyos propios, así como la explotación regular de sus*

*negocios o el desempeño corriente de su profesión. Vid. Ss. TSJA 9 mayo 2000 - reinversión de parte de los beneficios de la farmacia privativa en su mejora- y 11 diciembre 2006; Ss. APZ 17 septiembre 1996 y 22 julio 2005.*

*F. Daños a terceros. Dolo o culpa grave.* La letra f) del art. 218.1, inexistente en la Compilación, hace de cargo del patrimonio común *las indemnizaciones debidas por daños a terceros, si bien los causados con dolo o culpa grave, únicamente hasta el importe del beneficio obtenido con la actividad en la que se causó el daño.* No obstante, los daños causados a terceros por dolo o culpa grave podrán ser de responsabilidad provisional de los bienes comunes si se hallan incluidos entre los del art. 219.1. b).

Todas las deudas del art. 218.1 pueden proceder tanto de actuaciones contractuales como extracontractuales (*cf.* art. 1.366 Cc.). La responsabilidad definitiva del patrimonio común por los daños causados a terceros se produce siempre que la intervención del cónyuge deudor haya sido de buena fe y guardando la diligencia debida, de modo que sólo si hay dolo o culpa grave (y en cuanto la actividad donde se causó el daño no redunde, pese a ello, en beneficio común) no serán de cargo del patrimonio común. El art. 218.2, de aplicación general a todas las deudas del art. 218.1, lo dice así: *no son, sin embargo, de cargo del patrimonio común las deudas del apartado anterior contraídas por un cónyuge con intención de perjudicar al consorcio o con grave descuido de los intereses familiares.*

Lo dicho en el art. 218.2 no impide considerar de cargo del patrimonio común la deuda contraída en el ejercicio de actividades, objetivamente útiles al consorcio o no, incluso con intención de perjudicar a éste o con grave descuido de los intereses familiares, pero en tales casos sólo hasta el importe del beneficio obtenido con ellas por el consorcio. Así, por ejemplo, si en el juego se ha gastado por valor de 50 pero se ha ganado por valor de 30, sólo 20 podrán ser considerados deuda privativa (salvo que pueda calificarse esa pérdida como atención legítima de la letra a) del art. 218.1.

#### **4. Contribución a las deudas comunes en defecto de bienes comunes.**

Las deudas enunciadas en el art. 218.1 son de cargo del patrimonio común al que los cónyuges contribuyen con la remuneración de su trabajo, los rendimientos de sus capitales, los frutos de sus bienes y con otros ingresos que tengan la consideración de bienes comunes de conformidad con lo dicho en el art. 210. Mientras haya bienes comunes, por tanto, no hay problema de contribución pues ésta viene determinada por las reglas del activo que indican qué bienes son comunes o privativos.

¿Cómo es la contribución a las deudas de cargo del patrimonio común cuando no hay bienes comunes? La respuesta es doble y depende del tipo de deuda común de que se trate.

a) Para las deudas del art. 218.1.a y para aquellas otras que el cónyuge que las contrajo demuestre que proceden de una actividad que, efectivamente, haya redundado en beneficio común, dice el art. 221 que, *en defecto de bienes comunes, en la relación interna, los cónyuges contribuirán por mitad, o en la proporción pactada*. La posibilidad de pacto concuerda con el art. 187.2, pero en su defecto la contribución no es proporcional sino por mitad.

b) Para las restantes deudas del art. 218.1, en defecto de bienes comunes, es el cónyuge deudor quien tiene que soportar definitivamente el gasto, si bien conservará el derecho de reintegro contra el patrimonio común si recupera la solvencia.

## **5. Responsabilidad directa de los bienes comunes frente a terceros.**

*A. Responsabilidad provisional o definitiva.* Como dice el núm. 21 del Preámbulo, el art. 218, que enumera las deudas que constituyen el pasivo definitivo del consorcio, carece de significación para los terceros salvo a través de lo dispuesto en el ap. 2 del art. 219. Es en este art. 219 donde se relacionan las deudas que, aun contraídas por uno solo de los cónyuges, comprometen frente a terceros el patrimonio común. Como puede verse, respecto de terceros de buena fe, se amplía considerablemente la responsabilidad patrimonial del deudor cuando está casado en régimen de consorcio, pues pueden cobrarse, en definitiva, sobre bienes que sólo en parte corresponden a su deudor la mayor parte de las deudas contraídas ordinariamente por las personas casadas, aun aquéllas que en la relación interna son privativas de acuerdo con los arts. 218 y 223. Bien es verdad que, sin esta ampliación de responsabilidad, los acreedores no les concederían crédito de buen grado, pues no podrían embargar simplemente la cuota del deudor en el consorcio.

Por tanto, la responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros puede ser meramente provisional y con derecho a reembolso contra el patrimonio del cónyuge que contrajo la deuda que internamente es privativa; pero la responsabilidad externa de los bienes comunes puede ser también definitiva, sin derecho a reembolso, cuando la deuda pagada con ellos es una de las de cargo del patrimonio común.

*B. Responsabilidad provisional.* El primer tipo de responsabilidad, aunque sin emplear la terminología de responsabilidad provisional, viene

posibilitado por el ap. 1 del art. 219, según el cual, *frente a terceros de buena fe, los bienes comunes responden siempre del pago*:

a) *De las deudas que cada cónyuge contrae en el ejercicio, incluso sólo aparente, de sus facultades de administración o disposición de los bienes comunes o de administración ordinaria de los suyos propios, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño corriente de su profesión.*

b) *De las indemnizaciones por daños a terceros causados en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aun por dolo o culpa grave.*

La norma tiene su precedente en el art. 42 Comp. cuyo texto conserva sustancialmente, con algunos añadidos clarificadores, en la letra a); en cambio la letra b) es enteramente nueva. *Vid.* Ss. TSJA 20 diciembre 1996 y 6 octubre 1999.

Los bienes comunes responden siempre, aunque la deuda sea internamente privativa, pero para ello se requiere que los terceros sean de buena fe y la deuda una de las enunciadas en las letras a) o b) (STSJA 14 junio 2009).

Los terceros serán de buena fe cuando, confiados en la apariencia, crean en la regularidad y legitimidad de la actuación del cónyuge contratante, sin que hayan apreciado o podido apreciar que actuaba con intención de perjudicar al consorcio, con grave descuido de los intereses familiares o con extralimitación de facultades. Cuando lo creído por los terceros de buena fe coincida con la realidad, la responsabilidad de los bienes comunes será definitiva porque la deuda será de cargo del patrimonio común (art. 219.2).

El tercero ha de probar que, al menos aparentemente, la deuda contraída es de las enunciadas en las letras a) o b) del art. 219.1.

a) *Deudas de gestión.* La letra a) del art. 219.1 se refiere al ejercicio de actividades que son objetivamente útiles al consorcio, según dice el art. 36.1.e al final, y que el tercero ha de creer que son de cargo del patrimonio común por no ser aplicable el ap. 2 del art. 218. También ha de creer el tercero, en su caso, que la deuda es propia de la administración *ordinaria* de los bienes propios, de la explotación *regular* de sus negocios o del desempeño *corriente* de su profesión.

Las deudas contraídas en el ejercicio del comercio por persona casada no se rigen por lo dispuesto en los arts. 6º a 12 del Ccom., que son normas meramente complementarias de las de la sociedad de gananciales del Código Civil (*cf.* art. 1.365, i.f.), sino que se les aplica la regulación aragonesa y se rigen por lo dispuesto en el 219.1 para los terceros de buena fe, o

por la letra e) del art. 218.1 en relación con el 219.2 cuando se prueba que son deudas definitivamente comunes; en última instancia, por lo previsto en el art. 224 cuando son privativas y falta la buena fe de los acreedores, por lo que ya no procede la responsabilidad provisional de los bienes comunes.

Las deudas de comercio -que comprenden toda deuda que esté relacionada con la actividad mercantil del cónyuge deudor o pertenezca al giro o tráfico de su empresa, como son las derivadas de compras a los proveedores- procedentes de un ejercicio ordinario, normalmente redundan en beneficio común, o, al menos son deudas que proceden de actividades tendencialmente útiles a la comunidad, por lo que también son a cargo del consorcio conyugal; si bien, en defecto de bienes comunes, la responsabilidad definitiva es, en tal caso, exclusiva del cónyuge que contrajo la deuda (SAPZ 22 junio 1998).

b) *Daños a terceros.* Si en el ejercicio de una actividad cualquiera un cónyuge causa sin culpa grave daños a terceros, responden definitivamente los bienes comunes de la indemnización debida, pero cuando han sido causados con dolo o culpa grave responden únicamente hasta el importe del beneficio obtenido por la actividad en la que se causó el daño (letra f) del art. 218.1 y art. 219.2). Cuando el daño se ha causado en una actividad de las objetivamente útiles a la comunidad, lo que tendrá que demostrar el tercero de acuerdo con las apariencias, responden ilimitadamente los bienes comunes aunque el daño se haya causado por dolo o culpa grave. El dolo o culpa grave hace que la indemnización sea deuda internamente privativa en cuanto exceda del importe del beneficio obtenido con la actividad en la que se causó el daño.

C. *Responsabilidad definitiva de los bienes comunes frente a terceros.* Dice el ap. 2 del art. 219 que también responden los bienes comunes frente a terceros por las deudas enunciadas en el apartado 1 del art. 218 contraídas por uno solo de los cónyuges.

Hay que entender que responden los bienes comunes frente a terceros por las deudas del art. 218.1 siempre que éstos prueben que la deuda es de cargo del patrimonio común por ser una de las deudas en él enunciadas y no resultar de aplicación lo previsto en su ap. 2, es decir que no se trata de deuda contraída con la intención de perjudicar al consorcio o con grave descuido de los intereses familiares.

Aquí no basta con ser de buena fe y creer confiado en la apariencia que la deuda es de las comunes del art. 218.1: hay que probar que efectivamente lo es. La buena fe evita demostrar que la deuda es de cargo

del patrimonio común en los supuestos del ap. 1 del art. 219 en los que basta probar la buena fe del acreedor y el ejercicio por parte del cónyuge deudor, incluso sólo aparente, de una actividad objetivamente útil al consorcio. En este caso, la responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros puede ser meramente provisional si la deuda resulta ser internamente privativa y se genera, por ello, el correspondiente derecho de reembolso. Pero no siendo así, la responsabilidad externa de los bienes comunes coincidirá con la interna, por lo que resultarán de aplicación tanto el ap. 1 como el 2 del art. 219.

*D. Responsabilidad por deudas contraídas por ambos cónyuges.* Además de los bienes privativos de cada cónyuge (art. 220.1), de las deudas contraídas por ambos responden siempre frente a terceros los bienes comunes. Los tres patrimonios conyugales quedan afectos por igual frente a terceros, sin que la reforma de 2003 haya establecido preferencia alguna entre ellos en función de la naturaleza interna de la deuda. Los terceros tienen la máxima garantía patrimonial posible. Al haber dos deudores, su responsabilidad podrá ser solidaria o mancomunada según los criterios generales. Internamente, aunque la deuda haya sido contraída por ambos cónyuges, puede ser privativa de uno de ellos, en cuyo caso éste tendrá que reembolsar lo pagado con bienes comunes o privativos del otro.

## **6. Ejecución en bienes consorciales por deudas de responsabilidad común.**

*A. Aplicación del art. 541 Lec.* A efectos procesales es de aplicación, con las necesarias adaptaciones terminológicas, lo dispuesto en el art. 541 Lec. Así, no se despachará ejecución frente al consorcio conyugal (ap. 1), que carece de personalidad jurídica y la Lec. no le ha dotado de legitimación procesal. No se puede presentar una demanda contra el consorcio.

Cuando la ejecución singular (de sentencia o de otro título ejecutivo) se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deban responder los bienes comunes, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor (lo que no excluye la posibilidad de demandar a ambos: art. 538 Lec.), pero el embargo de bienes consorciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario (diez días siguientes a la notificación de dicho auto: art. 556 Lec.), pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes comunes no deben responder (directa-

mente) de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes comunes de conformidad con el art. 219 (carga de la prueba que en muchos casos se conciliará mal con la mayor disponibilidad y facilidad probatoria de los cónyuges: art. 217.6 Lec.). Si no se acredita esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá hacer uso de cualquiera de las alternativas previstas en el art. 225 para la ejecución por deudas privativas.

Por tanto, el art. 541.2 Lec. permite al acreedor operar en el proceso de ejecución como si la deuda fuera presuntamente consorcial e impone al cónyuge que no aparece como deudor en el título ejecutivo la carga de reaccionar en defensa de sus derechos en el patrimonio común cuando se le notifica el embargo; si reacciona dentro de plazo corresponde al acreedor probar el carácter consorcial de la deuda. Pero si la conclusión a la que se llega en ese contradictorio (que se resolverá por medio de auto: art. 561.1 Lec.) es que la deuda es consorcial, o si el cónyuge no deudor no ha reaccionado ante la notificación del embargo (o, en su caso, ante la demanda ejecutiva), el art. 219 autoriza una agresión al patrimonio consorcial sin más límites que el principio de suficiencia para la satisfacción del crédito del acreedor ejecutante. MEDRANO SÁNCHEZ ha señalado que este contradictorio sobre la consorcialidad de la deuda, pese a ser una cuestión civil, también podrá darse en la ejecución de resoluciones de la jurisdicción social y penal sobre bienes consorciales; asimismo, que su inserción en la fase de ejecución tiene como consecuencia negativa la pérdida del recurso de casación (*cf.* art. 477.2 Lec.); y que está pensado para el embargo ejecutivo, no siendo aplicable cuando se trate de un mero embargo preventivo.

Según el art. 77 LC, en caso de concurso de persona casada (el consorcio conyugal no puede ser declarado en concurso de acreedores), la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado y, además, si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado (siempre: directamente si la deuda es de cargo o responsabilidad común, y subsidiariamente si la deuda es privativa). En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal (para ello será preciso haberle notificado la solicitud de concurso. Parece que la opción por la disolución se le concede también si la deuda es de cargo o responsabilidad común) y el juez acordará la liquidación o división del consorcio conyugal que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o

de la liquidación del concurso. La necesaria coordinación del art. 77 LC con el 541 Lec. hace pensar que, si el cónyuge del concursado no pide la disolución del consorcio pero se opone a la ejecución por entender que los bienes comunes no deben responder de algunas deudas, la ejecución directa e ilimitada sobre los bienes comunes deberá limitarse a las deudas que los acreedores prueben que son de cargo o responsabilidad consorcial; para las restantes deudas, el cónyuge del concursado podrá hacer uso de cualquiera de las alternativas del art. 225 (en relación con el art. 541.3 Lec.).

*B. Derecho expectante de viudedad.* Por otra parte, hay que recordar que la enajenación de bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas no extingue el derecho expectante de viudedad del otro cónyuge, salvo renuncia expresa o que concurra alguno de los supuestos del art. 280.1. Pero sí se extingue en la ejecución forzosa (aunque dice judicial, parece extensible a otros supuestos) por deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sean de cargo o responsabilidad común, así como por deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones (art. 281.1). Corresponde al acreedor probar que la deuda es de las enumeradas en el ap. 1, en los términos previstos en [el art. 541 de] la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución en bienes gananciales (art. 281.2).

## **7. Responsabilidad de los bienes privativos.**

*A. Por deudas del cónyuge deudor: responsabilidad directa.* Los bienes privativos de cada cónyuge responden en todo caso de las deudas por él contraídas (art. 220.1), tanto si son privativas (art. 223.1) como de cargo del consorcio, pero en éste caso con derecho al reintegro del importe actualizado de los bienes privativos empleados en el pago (art. 226.2 b).

Así que de las deudas de cargo o responsabilidad del consorcio responden en todo caso frente a terceros, junto a los bienes comunes (art. 219.1 y 2), los bienes privativos del cónyuge que las ha contraído (art. 220.1), pero tendrá derecho a reintegro contra el patrimonio común si la deuda resulta ser internamente consorcial (letra b) del art. 226.2). La reforma de 2003 suprime la responsabilidad preferente de los bienes comunes que establecía el art. 43.2 Comp.

Igualmente, responderán siempre frente a terceros los bienes privativos de ambos cónyuges si las deudas han sido contraídas conjuntamente (art. 219.3), pero, si la deuda es internamente común, con derecho de reintegro contra el patrimonio común por lo pagado por cada uno con sus bienes privativos.

*B. Por deudas contraídas por el otro cónyuge para satisfacer necesidades familiares. Responsabilidad subsidiaria.* Los bienes privativos del cónyuge no deudor no responden de las deudas contraídas por el otro, nunca si son privativas y tampoco, como regla, si son de cargo del patrimonio común.

Hay, sin embargo, un supuesto especial de deudas de cargo del patrimonio común que, aún contraídas por uno solo de los cónyuges, generan también la responsabilidad de los bienes privativos del otro. Son las deudas contraídas por un cónyuge para satisfacer las atenciones señaladas en la letra a) del ap. 1 del art. 218 (atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio), de las cuales ya hemos visto que responden frente a terceros los bienes comunes (art. 219) y los privativos del cónyuge que las contrajo (art. 220.1); además, en defecto de bienes comunes, responde también el patrimonio privativo del otro (art. 220.2).

Esta responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge que no contrajo la deuda hay que ponerla en relación con lo dispuesto en el art. 189, que es norma general de carácter imperativo. En él se dice que *marido y mujer responden solidariamente, frente a terceros de buena fe, de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares.*

Cabe entender que frente a terceros responden todos los bienes de los cónyuges sin distinción, pero que el cónyuge que no contrajo la obligación puede evitar que la responsabilidad se haga efectiva sobre sus bienes privativos mientras existan bienes comunes suficientes; derecho del que carece el otro cónyuge.

Por otra parte, parece que si los terceros son de buena fe y, por ello, creen que se trata de deuda para la satisfacción de necesidades familiares, responden todos los bienes de los cónyuges, también los del otro, aunque internamente no se pueda considerar como carga del matrimonio.

En cualquier caso, se trata de una solidaridad no paritaria, sino accesorio o dependiente porque el cónyuge que contrajo la deuda es el deudor principal y el único obligado al cumplimiento, mientras que el otro cónyuge es un deudor que responde si el deudor principal no cumple y una vez agotados los bienes comunes.

## **8. Responsabilidad por deudas de adquisición de bienes comunes.**

La norma del art. 222 es una novedad de la reforma de 2003 inspirada en el art. 1.370 Cc. Dice esta norma que *el bien común adquirido por uno*

*de los cónyuges sin el consentimiento del otro responde, en todo caso, del precio aplazado y demás gastos de adquisición pendientes de pago. Es una previsión útil que viene a completar el sistema de responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros.*

Sin el consentimiento del otro, uno de los cónyuges puede obligarse válida y eficazmente, también tiene amplias facultades de administración y disposición de los bienes comunes, en particular del dinero y demás bienes muebles que posea o se hallen a su nombre. No hay duda, por tanto, de que, sin el consentimiento del otro, puede adquirir bienes y pagarlos con fondos comunes, en todo o en parte.

Los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común ingresan en el patrimonio común. Y, como ha precisado la letra c) del art. 210.2, *si el precio ha quedado aplazado en todo o en parte, serán comunes, salvo que la totalidad del precio se satisfaga con dinero privativo.*

El supuesto de hecho de la norma del art. 222 es precisamente el de bienes comunes adquiridos a plazos o con gastos de adquisición pendientes de pago. ¿Qué bienes responden de estas deudas?

Si se prueba que la adquisición del bien, aún producida sin el consentimiento del otro, es un gasto que puede ponerse a cargo del patrimonio común por hallarse incluido entre las deudas enunciadas en el art. 218.1, responden los bienes comunes (art. 219.2) y los privativos del que lo compró (art. 220.1); incluso podrían responder los privativos del otro si el bien se ha adquirido para satisfacer atenciones familiares de la letra a) del art. 218.1 (art. 220.2). En esta hipótesis, el bien adquirido, en cuanto bien común que es, responde siempre.

Pero la falta del consentimiento del otro puede ser debida a que la adquisición del bien no es necesaria o es contraria a las decisiones sobre la economía familiar (art. 186) o realizada con intención de perjudicar al consorcio o con grave descuido de los intereses familiares (art. 218.2), en cuyo caso los gastos pendientes, aunque el bien sea común, ya no serán deuda de cargo del patrimonio común y, por tanto, ya no será aplicable el ap. 2 del art. 219 que establece la responsabilidad definitiva de los bienes comunes frente a terceros. Por esta vía, no responderían los bienes comunes.

Ahora bien, si el acreedor es de buena fe, desconoce la falta de regularidad o legitimidad de la adquisición a nivel interno, y cree y prueba que esa adquisición es un acto propio del ejercicio, incluso sólo aparente, de las facultades de administración o disposición de los bienes comunes que tiene el cónyuge adquirente, o propio de otra actividad objetivamente

útil a la comunidad, responden del pago los bienes comunes, y también el bien adquirido, por aplicación del ap. 1 del art. 219. Si por ser la deuda privativa a efectos internos la responsabilidad de los bienes comunes es sólo provisional, habrá derecho a reembolso (letra b) del art. 226.3).

Según lo dicho hasta ahora, ninguna necesidad hay de una norma como la del art. 222; pero también puede suceder que los acreedores no sean de buena fe, por conocer la intención del cónyuge de perjudicar al consorcio o advertir el grave descuido de los intereses familiares que el acto representa, o que no puedan demostrar que el acto es propio de la explotación *regular* de sus negocios o del desempeño *corriente* de su profesión, etc. En tal supuesto, tampoco habría lugar a la responsabilidad provisional de los bienes comunes *ex art.* 219.1. La deuda sería privativa y de ella responderían frente a los terceros los bienes privativos del cónyuge deudor y bienes comunes hasta agotar el valor de su participación en el consorcio (art. 224). No habría una responsabilidad específica del bien común adquirido.

Este pequeño hueco es el que viene a cubrir la norma del art. 222: *el bien adquirido por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro responde, en todo caso, del precio aplazado y demás gastos de adquisición pendientes de pago.*

Por último, conviene tener presente lo que dispone el art. 239 para las adquisiciones de bienes comunes por uno solo de los cónyuge contra la voluntad del otro: *por solicitud de este último al liquidarse el consorcio el bien adquirido se integrará en el patrimonio privativo del adquirente, reembolsando al patrimonio común el valor actualizado del precio y demás gastos de la adquisición.*

## **9. Las deudas privativas de los cónyuges en la relación interna.**

*A. Concepto.* Deudas privativas, en la relación interna, son todas las que no pueden encuadrarse en la enumeración de deudas de cargo del patrimonio común del art. 218.1 y, en particular, las anteriores al consorcio, así como las deudas y cargas por razón de sucesiones y donaciones (art. 223).

Ha desaparecido el especial tratamiento que la Compilación daba a las deudas anteriores al matrimonio y a las por razón de sucesiones y donaciones, que tenía su fundamento en el principio de comunicación al consorcio de los bienes muebles, fundamento que ha desaparecido con la reforma de 2003. Desaparecida la especialidad, estas deudas pasan a ser ejemplo típico de deudas privativas.

Otros ejemplos de deudas privativas pueden ser: las atenciones de la familia y las particulares de los cónyuge y los hijos que no puedan considerarse *legítimas*; los réditos o intereses *anormales* de las obligaciones de cada cónyuge; las atenciones de los bienes privativos *impropias* incluso de un diligente usufructuario; las deudas derivadas de actuaciones dolosas, gravemente negligentes o fraudulentas; las derivadas del ejercicio de facultades de administración o disposición de los bienes comunes contrario a las decisiones sobre la economía familiar; los gastos de la administración extraordinaria de los bienes propios; los gastos *irregulares, no corrientes* o extraordinarios de los negocios o del desempeño de la profesión; las pérdidas no moderadas del juego, lícito o ilícito (la STSJA 25 noviembre 1998 considera que las deudas del juego son privativas); las expensas del enterramiento, etc.

Opuestamente a lo que sucede en el activo, donde todos los bienes que no se justifique que son privativos tienen la consideración de comunes, en el pasivo todas las deudas de los cónyuges que no se pruebe que son de cargo del patrimonio común serán internamente privativas, y, frente a los terceros, toda deuda que no genere la responsabilidad, incluso sólo provisional, de los bienes comunes será externamente privativa. No hay, por tanto, una presunción de comunidad de las deudas conyugales (pero recuérdese el tratamiento procesal del art. 541 Lec.).

*B. Responsabilidad interna.* En la relación interna, estas deudas son de cargo del patrimonio privativo del cónyuge deudor y, faltando o siendo insuficiente, disminuyen su participación en el consorcio porque el valor actualizado de los bienes comunes empleados en el pago de deudas privativas se imputa en la participación del cónyuge deudor hasta que los reembolse, y se tiene en cuenta para ulteriores reclamaciones de acreedores privativos, como dice el ap. 2 del art. 224. Al pago del reembolso será de aplicación lo previsto en el art. 226.5.

Ahora bien, si, pese a las posibilidades de cobrar y pagar una deuda de responsabilidad común con bienes consorciales, resulta que la deuda ha sido de hecho pagada con bienes privativos, habrá lugar al correspondiente derecho de reintegro contra la masa común si la deuda es de cargo del consorcio. En tales casos, la responsabilidad externa de los bienes privativos es meramente provisional.

## **10. Responsabilidad frente a terceros por deudas privativas.**

*A. El sistema aragonés.* Para los terceros sólo tienen el tratamiento de privativas las deudas distintas de las enunciadas en el art. 219, y ya se ha

dicho que tanto por las deudas del ap. 1 como por las del 3 de este artículo se genera siempre la responsabilidad de los bienes comunes aunque la deuda pueda ser internamente privativa, originándose en tal caso el correspondiente derecho de reembolso a favor del patrimonio común.

Es un ámbito notablemente reducido, en que no se aprecia razón alguna para favorecer los intereses de los acreedores en perjuicio de los del cónyuge no deudor. Los acreedores cuentan como mínimo con las mismas garantías patrimoniales que tendrían si contrataran con persona no casada o casada en régimen de separación de bienes.

La Compilación, en las huellas de una tradición histórica que dejaba a salvo la parte correspondiente a la mujer cuando las deudas de su marido habían sido contraídas *en su propio provecho, con ocasión de vicios, afianzando a favor de otros o con propósito conocido de perjudicar a aquélla*, previó en su art. 46 un mecanismo por el que había de quedar siempre a salvo el valor que en el patrimonio común corresponde al cónyuge no deudor.

Dicha norma ha sido sustancialmente mantenida por la reforma de 2003, con alguna pequeña modificación con finalidad clarificadora, en el ap. 1 del art. 224 que dice así: *De las deudas contraídas por un cónyuge distintas de las enunciadas en el art. 219 responden en primer lugar los bienes privativos del cónyuge deudor y, faltando o siendo éstos insuficientes, los bienes comunes, a salvo siempre el valor que en ellos corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes.*

*B. Responsabilidad subsidiaria y limitada de los bienes comunes.* Faltando o siendo insuficientes los bienes privativos del deudor, la responsabilidad se extiende limitadamente a los bienes comunes, porque hay que dejar siempre a salvo el valor que en el patrimonio común corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores consorciales.

La carga de la prueba de la insuficiencia de los bienes privativos del deudor no puede hacerse recaer sobre los acreedores privativos, pues no existe un derecho previo de excusión en favor de la masa consorcial, ni la afección de ésta viene condicionada a una previa demostración de la insuficiencia de los bienes privativos (insolvencia del deudor) por parte del acreedor, para quien la mitad del valor de los bienes consorciales forma parte del valor de los bienes presentes del deudor sometidos a la responsabilidad patrimonial universal sentada por el art. 1.911 Cc., y nada parece impedir que el embargo se extienda desde el principio a los bienes comunes si resulta razonablemente seguro que el valor de los privativos del deudor es insuficiente. El acreedor puede exigir que el embargo tenga la extensión necesaria y suficiente para satisfacer su crédito. El señalamiento

de los bienes privativos y la prueba de su suficiencia es carga que corresponde al cónyuge no deudor que se oponga a la traba de bienes comunes (*vid.* S. APZ 7 abril 1998, que cita en relación al art. 46 Comp. las Ss. TS 2 julio 1984 y 13 julio 1991, y A. APZ 28 julio 2000).

El art. 224.1 permite dejar a salvo siempre el valor de la participación consorcial del otro cónyuge; pero este principio queda modalizado o corregido, aunque sea limitadamente, en el art. 225 que traslada al cónyuge no deudor la carga de reaccionar frente a la ejecución de bienes consorciales por deudas privativas. Sólo los cónyuges, y señaladamente el no deudor, pueden reaccionar para proteger su posición en el patrimonio consorcial. En este caso, hay que hacer una liquidación provisional (sin disolución) para comprobar que la ejecución deja a salvo el valor de la participación del cónyuge no deudor o, si éste lo pide, se disolverá el consorcio y la traba continuará sobre los bienes que se adjudiquen en el lote del cónyuge deudor en la partición. Pero el cónyuge no deudor también puede no defender su derecho y tolerar que el procedimiento de apremio, pese al carácter privativo de la deuda, alcance a todo el patrimonio consorcial, sin que, por ello, tal actividad ejecutiva devenga ilícita.

De los aspectos procesales, que garantizan en todo caso la posibilidad de optar por dejar a salvo ese valor sin disolución del consorcio, se ocupa el art. 225.

### **11. Ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas.**

*A. La norma procesal aragonesa.* Son conocidas las dificultades procesales que obstaculizaron la adecuada aplicación del art. 46 Comp., tanto antes como después de la reforma del Cc. de 1981, pues el nuevo art. 1.373 de este cuerpo legal tampoco contó con un cauce procesal adecuado (*cf.* STS 29 abril 1994).

Como dice el núm. 21 del Preámbulo, es de creer que el cauce que la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 ha previsto para la ejecución en bienes gananciales resulte suficiente y expedito. Por ello, la nueva regulación se remite al mismo en su art. 225, con las necesarias adaptaciones sustantivas, entre las que destaca la posibilidad de dejar a salvo el valor que en el patrimonio común corresponda al cónyuge no deudor sin necesidad de disolución del consorcio, salvo que opte por ella, pero siempre mediante liquidación del mismo a los efectos de constatar el valor que ha de quedar a salvo.

En efecto, el art. 225, titulado *ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas*, dispone:

1. *Cuando en una ejecución sobre bienes comunes, seguida a causa de deudas distintas de las enunciadas en el art. 219, el cónyuge del deudor quiera, en el procedimiento previsto por la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución en bienes gananciales, hacer valer su derecho a que quede a salvo el valor que en el patrimonio común le corresponde, podrá pedir la liquidación del mismo al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo, sin disolución del consorcio. En este caso, la ejecución proseguirá tan pronto se constate la existencia de bienes que sobrepasen el valor que ha de quedar a salvo y sólo sobre aquellos bienes, alzándose en todo caso el embargo sobre los demás.*

2. *El cónyuge del deudor podrá también optar por la disolución del consorcio y división de los bienes comunes. Producida la disolución, el matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes.*

B. *Coordinación con el procedimiento de ejecución en bienes gananciales.* Es el art. 541 de la nueva Lec. el que regula la ejecución en bienes gananciales; aunque la remisión que se hace en el art. 225 es para la ejecución por deudas privativas contenida en el art. 541.3 Lec., no hay duda de que, como se ha indicado antes, también el resto del contenido de ese precepto procesal es de aplicación en Aragón, con las necesarias adaptaciones sustantivas cuando las haya. En realidad el trámite del 541.3 Lec. está funcionalmente vinculado al prevenido en el 541.2 Lec. y a lo resuelto en el mismo, salvo cuando el título sea jurisdiccional y contenga pronunciamiento sobre el carácter privativo de la deuda.

Ya hemos visto que, de acuerdo con el ap. 2 del art. 541 Lec., cuando la ejecución (de sentencia o de otro título ejecutivo) se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deban responder los bienes comunes (incluso sólo subsidiariamente), la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor (cabe, por tanto, despachar ejecución también contra el no deudor), pero el embargo de bienes consorciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario (diez días siguientes a la notificación de dicho auto: art. 556 Lec.), pueda oponerse a la ejecución (es más un emplazamiento que una mera notificación). La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes comunes no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad (directa) de los bienes comunes. Si no se acredita esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá optar por cualquiera de las alternativas pre-

vistas en el art. 225. En definitiva, el art. 541.2 Lec. instaura un procedimiento destinado a clarificar si la deuda contraída por uno sólo de los cónyuges es o no de responsabilidad del consorcio. Si el carácter privativo de la deuda consta en el título ejecutivo, se puede pasar directamente al trámite del ap. 3 del art. 541 Lec.

Y si, de conformidad con el art. 541.3 Lec., la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiere bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos (art. 224.1), el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor (duplicidad de notificaciones si ha habido incidente de privatividad conforme al art. 541.2 Lec.). En tal caso, éste puede optar (a falta de plazo, mientras resulte todavía posible) por pedir la liquidación del patrimonio común al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo, sin disolución del consorcio conyugal, o puede optar por pedir la disolución del consorcio y división de los bienes comunes (art. 225.1).

a) *Liquidación del patrimonio común sin disolución.* Pedida por el cónyuge no deudor la liquidación del patrimonio común, sin disolución del consorcio, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre liquidación del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en la Lec. (arts. 808 y 809), suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes (art. 541.3 Lec.). Liquidación por tanto puramente provisional, virtual, esencialmente contable, que no finalizará con la división del patrimonio, la formación de lotes y su adjudicación por mitad (art. 267), sino con la mera determinación del valor que corresponde a cada uno de los cónyuges en el patrimonio común.

La ejecución proseguirá tan pronto se constate (en el inventario aprobado judicialmente) la existencia de bienes que sobrepasen el valor que ha de quedar a salvo y sólo sobre aquellos bienes, alzándose en todo caso el embargo sobre los demás (art. 225.1). Hay que alzar el embargo de bienes comunes en lo necesario para respetar el valor del no deudor.

b) *Disolución, liquidación y división de los bienes comunes.* Pedida por el cónyuge no deudor la disolución del consorcio y la división de los bienes comunes (art. 225.2), el tribunal, oídos los cónyuges (no se cita al acreedor), resolverá lo procedente sobre división (mejor: disolución) del patrimonio (no parece que pueda negar la disolución pese a que esta opción es una de las causas de disolución por decisión judicial: art. 245.e) y, en su caso, acordará que (la división) se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en la Lec. (arts. 806 a 810), suspendiéndose entre tanto la ejecución en

lo relativo a los bienes comunes (art. 541.3 Lec.). La liquidación judicial es siempre subsidiaria de la consensuada por los cónyuges (arts. 259 CDFA y 806 Lec.) que pueden dilatarla en exceso, por lo que hay que reconocer al acreedor la facultad de instar, y al juez la de ordenar, lo pertinente para hacer efectiva la liquidación.

Habrà que aprobar primero el inventario y avalúo de todas las partidas y luego las operaciones de liquidación del caudal común, su división y adjudicación a cada uno de los cónyuges. La ejecución proseguirá sobre los bienes adjudicados en el lote del cónyuge deudor. Producida la disolución, el matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes, habiendo descartado el legislador la atípica opción prevista en el art. 1.374 Cc. que, además, resulta del todo innecesaria en un sistema como el aragonés que permite pedir la liquidación sin disolución del consorcio.

Este procedimiento, debidamente adaptado en lo necesario, ha de seguirse también en toda ejecución no judicial en bienes consorciales.

*C. Coordinación con el procedimiento concursal.* En caso de concurso de persona casada en régimen de consorciales, aunque la deuda sea privativa del cónyuge concursado, la masa activa comprende también los bienes comunes. Pero la necesaria coordinación del art. 77 LC con los arts. 225 CDFA y 541.3 Lec. hace pensar que el cónyuge del concursado puede oponerse a la ejecución en bienes comunes y, en relación a las deudas que resultan ser privativas del cónyuge concursado, puede hacer uso de cualquiera de las alternativas del art. 225 (en relación con el art. 541.3 Lec.) y no sólo de la posibilidad de pedir la disolución del consorcio que prevé el art. 77 LC.

*D. El derecho expectante de viudedad.* Por otra parte, hay que recordar que el derecho expectante de viudedad, también el del cónyuge no deudor, se extingue en la ejecución forzosa (aunque dice judicial, parece extensible a otros supuestos) de bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas *por deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sean de cargo o responsabilidad común, así como por deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones* (art. 281.1).

En los restantes supuestos de ejecución por deudas privativas de un cónyuge el derecho expectante del otro no se extingue, salvo que, *notificado el embargo del bien común o privativo al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta al otro cónyuge, éste no manifieste en el citado plazo su voluntad de conservarlo por no ser deudas de las enunciadas en el apartado anterior. Corresponde al acreedor probar que la deuda es de las enumeradas en el*

*apartado 1, en los términos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución en bienes gananciales (art. 281.2).*

Con lo cual, el procedimiento del art. 541 Lec. hay que seguirlo también a efectos de dejar a salvo el derecho expectante de viudedad y, lo que es más importante, también en el embargo de bienes privativos del deudor. En otro caso el expectante no se extinguirá salvo si se ha acreditado que la deuda es una de las enunciadas en el ap. 1 del art. 281.

## **12. Relaciones entre patrimonios.**

*A. La regla general.* El último precepto del capítulo II, sobre deudas comunes y privativas, es el art. 226 referido a las relaciones entre patrimonios, cuyo ap. 1 coincide literalmente con el art. 47.1 Comp. y dice así: *Los patrimonios de los cónyuges y el común deben reintegrarse entre sí aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de los otros.*

Es un precepto general que tiene algunas aplicaciones concretas en diversos preceptos del Código (*cf.* arts. 212, 215.2, 224.2, 239, 250, 262, 263, 264, 265 y 269) y, en algunos otros, la posibilidad de reintegro o reembolso está implícita.

En general, todo desplazamiento patrimonial entre la masa común y una de las privativas, o viceversa, que no esté justificado por las reglas del activo o pasivo definitivo de la comunidad legal, da lugar a un crédito en favor de la masa que ha aportado el dinero, crédito o bienes, para así restablecer el equilibrio roto y evitar el enriquecimiento sin causa entre las masas conyugales. El importe a pagar coincide siempre con el valor actualizado de lo lucrado (que los aps. 2 y 3 del art. 226 identifican con el importe actualizado de los bienes de un patrimonio empleados en beneficio de otro), que debe pagarse íntegramente, es decir sin que opere la extinción parcial por confusión al ser uno de los cónyuges simultáneamente acreedor y deudor del reembolso (*vid.* A. APZ 14 junio 1999).

*B. Los casos principales de reintegros y reembolsos.* Los aps. 2 y 3 del art. 226 han sido añadidos en la reforma de 2003 para aludir a los casos más importantes y frecuentes de reintegros y reembolsos. Dicen así:

*2. En particular, los patrimonios privativos tienen derecho al reintegro del importe actualizado:*

*a) De los bienes privativos confundidos en la masa consorcial o empleados en la adquisición de bienes comunes.*

*b) De los bienes privativos empleados en el pago de deudas que fueran de cargo de la comunidad.*

3. *En particular, el consorcio tiene derecho a ser reembolsado del importe actualizado:*

a) *De los bienes comunes empleados en la adquisición de bienes privativos.*

b) *De los bienes comunes empleados en el pago de deudas que fueran de cargo de los patrimonios privativos.*

C. *Indemnización de los daños causados al patrimonio común.* El ap. 4 del art. 226 también ha sido añadido por la reforma de 2003 para dar entrada a un supuesto que no es de reintegros y reembolsos sino de daños al patrimonio común: *Los patrimonios privativos deben indemnizar al común el importe actualizado de los daños y perjuicios que uno u otro cónyuge le hayan causado por acción dolosa o gravemente negligente.*

D. *Momento del pago de las obligaciones entre el patrimonio consorcial y los privativos.* Con una ligera mejora en la redacción, el ap. 5 del art. 226 coincide con el art. 47.2 Comp.: *El pago de las obligaciones existentes entre el patrimonio consorcial y los privativos, aunque válido en cualquier momento por acuerdo entre los cónyuges, sólo puede exigirse antes de la liquidación de la comunidad cuando así se hubiera pactado o cuando medie justa causa. Es siempre justa causa la disposición abusiva de capital común en beneficio propio.*

En la liquidación ordinaria del patrimonio consorcial los reintegros y reembolsos entre la masa común y los patrimonios privativos se pagan, en primer lugar, por vía de compensación; el saldo acreedor favorable a la comunidad que no haya podido compensarse se imputa en la participación del cónyuge deudor, hasta agotar su importe, salvo que opte por el reembolso en metálico o se acuerde el pago mediante dación de bienes de su patrimonio privativo; el saldo acreedor que no haya podido ser objeto de imputación debe ser reembolsado por el cónyuge deudor a la comunidad, salvo que se acuerde que se haga mediante dación de bienes privativos; por último, si de la operación inicial de compensación resultó un saldo favorable a los patrimonios privativos, en la liquidación hay que proceder al reintegro que, a falta de metálico suficiente, podrá hacerse mediante dación en pago de bienes consorciales (*cfr.* art. 265.1). Añade el art. 265.2 que *los reembolsos y reintegros se harán por su importe actualizado al tiempo de la liquidación.*

**BIBLIOGRAFÍA:** CURIEL LORENTE, Francisco: «Las exigencias del principio de tracto sucesivo para la publicidad registral del embargo judicial de bienes inmuebles de personas casadas», en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004), págs. 68 a 82. MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: «La responsabilidad del patrimonio común por deudas [aparentemente] privativas de uno de los cónyuges. La posición y derechos del

cónyuge no deudor”, RDCA, 1995, págs. 11-46; MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón”, *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2004, págs. 9-68; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*. Edición propia. Zaragoza, 2007, 414 págs.; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011; RAMS ALBESA, Joaquín: “Comentario de los arts. 41 a 59 de la Compilación (Pasivo, gestión, disolución, liquidación y división de la comunidad conyugal legal)”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, DGA, vol. II, 1993, págs. 97-213 y 221-380; RAMS ALBESA, Joaquín: “Gestión y Pasivo de la Comunidad Aragonesa”, en *Actas de los II Encuentros del “Foro de Derecho Aragonés”*, cit., 1993, págs. 35-40; SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: “El peculiar régimen de responsabilidad de los bienes comunes frente a tercero”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1996, núm. 2, págs. 153-172; SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ DE RIOBOO, Javier, *Comentario a los arts. 41 a 47 (pasivo de la comunidad) Comp. aragonesa*, en “Comentarios al Cc. y Compilaciones forales, dirigidos por M. Albaladejo, T. XXXIII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1986, págs. 454-515; SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Las deudas de los cónyuges: pasivo de la comunidad legal aragonesa*, J. M. Bosch Ed. S.A. (con el patrocinio del Justicia de Aragón), Barcelona, 1992, 638 págs.

## § 14. LA DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL Y LA COMUNIDAD QUE CONTINÚA TRAS ELLA

*José Antonio Serrano García*

### **1. Principales cambios y novedades introducidos en la reforma de 2003.**

Una esquemática visión de los principales cambios y novedades que la reforma de 2003 introduce en el capítulo IV del Título IV del consorcio conyugal (arts. 244 a 270) nos suministra el núm. 23 del Preámbulo, que aquí nos limitamos a transcribir con alguna pequeña modificación o añadido.

Las normas sobre disolución, liquidación y división del consorcio ocupan veintisiete artículos, multiplicando por casi cuatro su número en la Compilación. Las razones son varias: se ha pretendido enumerar exhaustivamente las causas de disolución, evitando remisiones inciertas; asimismo, se detallan en lo necesario todas las fases e incidencias que pueden ocurrir, desde la disolución a la atribución de bienes a cada partícipe mediante la división, buscando un texto autosuficiente para cuya aplicación no sea necesario recurrir más que, en su caso, a la Ley de enjuiciamiento civil.

El capítulo IV está dividido en tres secciones: *disolución* (1ª), *la comunidad que continúa tras la disolución* (2ª) y *liquidación y división* (3ª). En este apartado vamos a ocuparnos exclusivamente de las dos primeras.

Hay innovaciones o modificaciones respecto del Derecho de la Compilación en buen número de artículos, como la posibilidad de que el Juez retrotraiga los efectos de la disolución hasta el inicio de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio (art. 247), o las consecuencias de la disolución por nulidad del matrimonio (art. 249). En general, se atiende

con mayor cuidado al pasivo y a la situación de los acreedores, a la vez que se tiene en cuenta el usufructo universal del viudo, que pocas veces dejará de darse, y la figura del fiduciario, sea o no el viudo, de tan frecuente presencia, dando solución de forma que ha parecido a la vez sencilla y prudente a dudas surgidas en la práctica.

En los arts. 250 a 257 se regula *la comunidad que continúa tras la disolución*. Allí se incluyen, con pequeñas modificaciones, las normas contenidas en el art. 53 Comp., que recogen en lo esencial la llamada comunidad conyugal continuada tal como se conoció en el Derecho de los Fueros y Observancias. No ha parecido conveniente, por el contrario, trasladar a la regulación de 2003 los preceptos que en 1967 construyó la Compilación (arts. 60 a 71) con la intención de proporcionar a las pequeñas empresas familiares un cauce legal apto para continuar su actividad tras el fallecimiento del empresario sin más cambio estructural que la sustitución del difunto por sus herederos y la atribución de la dirección, en todo caso, al cónyuge viudo. Las grandes transformaciones operadas desde entonces en el entorno económico y legal de las actividades económicas, así como las exigencias administrativas que condicionan la vida de todas las empresas, incluidas las agrarias, han dejado fuera de uso, o acaso sólo para supuestos marginales que no es prudente propiciar, unas normas sin duda bienintencionadas y, entonces, innovadoras, pero que no han dado los frutos que cabía desear y, en todo caso, no resultan hoy de utilidad.

## **2. La disolución del consorcio.**

En la Sección 1<sup>a</sup>, dedicada a la disolución del consorcio, se regulan las causas de disolución, de pleno derecho (art. 244) o por decisión judicial (art. 245), con una norma especialmente referida a la disolución por nulidad del matrimonio (art. 249), pero también se prevén las medidas provisionales (art. 246), el momento de eficacia de la disolución (art. 247) y el régimen subsiguiente (art. 248).

La reforma de 2003 ha pretendido enumerar exhaustivamente las causas de disolución, evitando tanto las remisiones internas inciertas como las externas y expresas a los arts. 1392 y 1393 del Código civil que contenía el art. 52 Comp.

El consorcio conyugal concluirá de pleno derecho, es decir automáticamente o sin necesidad de resolución judicial, por alguna de las causas que enumera el art. 244; y concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges o de otra persona legitimada para ello, si concurre alguna de las causas del art. 245.

La disolución del consorcio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 194).

### 3. Causas de disolución de pleno derecho.

*Dice el art. 244 que el consorcio conyugal concluirá de pleno derecho:*

a) *Por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales.* En *instrumento público* decía el art. 52.1° Comp. desde la reforma de 1985. Para evitar posibles dudas interpretativas en la reforma de 2003 se ha precisado que, en todo caso, la voluntad de los cónyuges ha de constar en capítulos matrimoniales, no sirviendo a estos efectos otros instrumentos públicos, ni en particular el convenio regulador.

b) *Cuando se disuelva el matrimonio.* Según el art. 85 Cc. el matrimonio se disuelve por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. *Cfr.* art. 1.392.1° Cc.

c) *Cuando sea declarado nulo.* *Cfr.* art. 1.392.2° Cc. Hay que precisar que la disolución del consorcio sólo tendrá lugar cuando, por ser de buena fe uno o ambos contrayentes, la sentencia de nulidad no tenga efectos retroactivos (*matrimonio putativo*: art. 79 Cc.); en cambio, cuando los dos sean de mala fe, el matrimonio no producirá efecto alguno entre cónyuges y tampoco la existencia de un régimen económico matrimonial.

Es novedosa la regulación, contenida en el art. 249, de las consecuencias que en la liquidación tiene la disolución del consorcio por nulidad del matrimonio cuando uno de los cónyuges es de buena fe y el otro de mala. Como en el art. 95.2 Cc. (y 1395 para la sociedad de gananciales), hay también una doble alternativa a elegir por el cónyuge de buena fe, pero en nuestro Derecho la opción es distinta: en lugar de poder optar por la liquidación según las disposiciones relativas al régimen de participación y excluir de las ganancias por él obtenidas al cónyuge de mala fe, se puede elegir la aplicación retroactiva del régimen de separación de bienes. La alternativa es optar por la liquidación según las normas del consorcio conyugal.

d) *Cuando judicialmente se conceda la separación de los cónyuges.* Como en el art. 1.392.3° Cc.

### 4. Causas de disolución por decisión judicial.

El art. 245, en la redacción resultante de la modificación introducida por la Ley de Derecho de la persona, dice que *el consorcio conyugal concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, en los casos siguientes:*

a) *Haber sido un cónyuge judicialmente incapacitado o declarado ausente, cuando lo pida el otro; también cuando lo pida la persona que represente al incapacitado o ausente y, en el caso de incapacitado sujeto a curatela, cuando lo pida éste con asistencia del curador.*

b) *Haber sido el otro cónyuge condenado por abandono de familia.*

En la letra a) se ha incluido también, como novedad de la reforma de 2003, la legitimación del representante legal, cuando éste no sea el otro cónyuge, así como la del propio cónyuge incapacitado sujeto a curatela con la asistencia del curador. En la reforma de 2006 se ha suprimido la referencia a la prodigalidad (inexistente en Aragón) y la referencia al concurso de acreedores se ha llevado al final del artículo para coordinarla con la Ley Concursal de 2003 (letra f).

Conviene recordar aquí que la gestión del patrimonio común corresponde al cónyuge del incapacitado o declarado ausente, aunque su representante legal o curador sea persona distinta (art. 242).

Añade el artículo 245 que *en los casos de las letras a) y b), para que el Juez acuerde la disolución bastará que quien la pida presente la correspondiente resolución judicial.*

c) *Llevar separados de hecho más de un año.* No se dice nada, a diferencia del art. 1.393.3º, sobre si la separación es por mutuo acuerdo o por abandono del hogar, para así facilitar que, en cualquier caso, cualquiera de los dos cónyuges (también el que ha abandonado el hogar) pueda pedir la disolución del consorcio.

Cuando la separación de hecho se prolonga durante largos años sin que se tramite la disolución del consorcio, su permanencia puede llegar a carecer de fundamento y, en particular, la regla de comunicación de los bienes ganados en ese tiempo: reclamarlos en tales circunstancias ha dicho el TS que es acto contrario a la buena fe y constitutivo de abuso de derecho (*vid.* Ss. TS 2 diciembre 1997, 14 marzo 1998, APZ 3 marzo 2009). Desde la reforma de 2003 el ap. 1 del art. 247 permite al Juez fijar la fecha de la disolución del consorcio en momento anterior al de la resolución en que se acuerde.

d) *Concurrir alguna de las causas a que se refiere el art. 228.* Esta letra alude a los supuestos de graves o reiterados desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar y al incumplimiento reiterado del deber de informar al otro. En el caso de los desacuerdos, ambos cónyuges tienen legitimación activa; en el del incumplimiento del deber de informar sólo el otro. La fórmula empleada en el art. 228.1 es muy amplia (*desacuerdos*) y, al

estar referida a la *gestión de la economía familiar* que comprende tanto la del patrimonio común como la de los suyos privativos (art. 227.2), permite incluir en ella muchos y variados supuestos. En todo caso, habrá que probar que los desacuerdos son graves o reiterados, sin que sea necesario que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en el consorcio (contra, art. 1.393, 2º Cc.). El incumplimiento del deber de informar, regulado en el ap. 3 del art. 227 en relación con la disposición general del art. 188, requiere simplemente que sea reiterado (art. 228.2), no hace falta que sea a la vez grave (contra, art. 1.393.4º Cc.), ni basta con que sea grave.

*e) Haber optado por la disolución del consorcio en caso de ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge, conforme a lo especialmente dispuesto en el apartado 2 del art. 225.*

En el régimen de la Compilación era dudoso si podía considerarse causa para pedir la disolución del consorcio el embargo de bienes comunes por deudas privativas de un cónyuge. Desde la reforma de 2003 tal posibilidad está expresamente contemplada en el ap. 2 del art. 225. El cónyuge no deudor puede optar por pedir la liquidación del consorcio, sin disolución, al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo, o pedir la disolución y división del consorcio. Pero, en este caso, no puede decidir unilateralmente el comienzo de un nuevo consorcio (contra, art. 1.374), sino que el matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes mientras no estipulen en capitulaciones uno distinto. Si deseaba que continuara el consorcio le bastaba con haber pedido simplemente la liquidación sin disolución.

*f) Haber optado por la disolución del consorcio en caso de concurso de acreedores del otro cónyuge con inclusión de los bienes comunes en la masa activa, conforme a la legislación concursal.*

La reforma de 2006 ha coordinado la disolución del consorcio conyugal en caso de concurso de acreedores con lo dispuesto en el art. 77.2 LC del que resulta que en todo caso de concurso de persona casada en régimen de comunidad de bienes, *el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.*

En los supuestos de las letras e) y f) del art. 245 la disolución se tramita en el mismo procedimiento de ejecución o concursal, respectivamente. En las demás causas de disolución por decisión judicial puede seguirse el procedimiento de jurisdicción voluntaria, mientras no surja controversia pues en tal caso el procedimiento habrá de ser contencioso.

## 5. Medidas provisionales.

Las medidas del art. 246 (posibilidad de solicitar la formación de inventario y necesidad de fijar, a falta de acuerdo, reglas sobre administración y disposición de los bienes comunes) son *provisionales* porque no se sabe si el proceso matrimonial o de disolución del consorcio conyugal terminará o no con sentencia estimatoria de la nulidad, separación o divorcio o de la petición de disolución del consorcio conyugal. La norma está inspirada en el art. 1.394 Cc., pero concuerda bien con las medidas provisionales relativas al régimen económico matrimonial que, admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, ha de adoptar (art. 103 Cc.), así como con las previsiones de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, en el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, sobre solicitud y formación de inventario (arts. 808 y 809 Lec.).

## 6. Momento de eficacia de la disolución.

*A. En las causas de disolución de pleno derecho.* La regulación del momento de eficacia de la disolución en el art. 247 es una de las novedades de la reforma de 2003. La disolución se produce, en las causas de disolución de pleno derecho, desde la eficacia de la estipulación capitular que la acuerda (art. 197.3, con posibilidad de retrotraer sus efectos, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros), desde la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 85 Cc.), y desde la firmeza de la sentencia (*cfr.* STSJA 8 julio 2005) de nulidad, separación o divorcio (art. 95 Cc.).

*B. En las causas de disolución por decisión judicial.* En los casos de disolución por decisión judicial la disolución se producirá desde la fecha de la resolución en que se acuerde, salvo que en ella se haya fijado un momento anterior (carece de sentido que la resolución pueda fijar un momento posterior), como por ejemplo el de la fecha de la resolución judicial sobre incapacitación o ausencia de un cónyuge, o la de la declaración de concurso de acreedores, o la de la condena por abandono de familia, o la de la efectiva separación de hecho (SAPZ 5 abril 2006). En definitiva, en los casos de disolución por decisión judicial, el Juez es libre para fijar un momento de eficacia de la disolución del consorcio anterior al de la resolución en que se acuerde, cuando las circunstancias concurrentes así lo aconsejen. El momento así señalado determinará la eficacia de la disolución entre los cónyuges pero la anticipación de efectos no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros de buena fe.

C. *Posibilidad de dar efectos retroactivos a la disolución.* Cosa distinta y también novedosa es la posibilidad del Juez de dar efectos retroactivos a la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio o hasta el momento de inicio del proceso en que se haya demandado la disolución del consorcio conyugal. Es una posibilidad que concuerda con la que tienen los cónyuges de dar efectos retroactivos a sus estipulaciones capitulares, pero también sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros (art. 197.3). En estos casos la disolución se produce en el momento fijado conforme a lo dicho en el ap. 1: ese es el momento de eficacia para los terceros de buena fe; pero para los cónyuges la disolución puede entenderse producida ya desde la admisión de la demanda o el inicio del proceso, si así lo acuerda el Juez. En tal caso, durante la pendencia del proceso los ingresos y bienes adquiridos por los cónyuges, así como los frutos y rendimientos de sus patrimonios privativos, no se harán comunes porque, retroactivamente, hay que entender que ya no estaba vigente el consorcio conyugal. Es una solución muy equitativa que ya había apuntado LACRUZ. *Cfr.* STSJA 8 julio 2005.

## 7. Régimen subsiguiente.

*Cuando el consorcio se disuelva constante matrimonio, existirá entre los cónyuges separación de bienes, salvo que pacten otro régimen (art. 248.1).* Por su parte, la letra b) del art. 203 establece que el régimen económico del matrimonio será el de separación de bienes *en todo caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otro régimen.*

La separación de bienes será de aplicación, como régimen legal supletorio de segundo grado, cuando los cónyuges pacten en capitulaciones, anteriores o posteriores al matrimonio, la exclusión del régimen legal de consorciales sin establecer uno que lo sustituya. El supuesto no será nada frecuente.

La ley establece también el régimen de separación, si los cónyuges no han pactado otro régimen, en todo caso de disolución del consorcio conyugal. Lo dicen de forma general, aunque con algunas significativas diferencias entre sí, tanto la letra b) del art. 203 como el ap. 1 del art. 248, y lo señalan de forma particularizada los arts. 225 (disolución por ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas) y 228 (disolución por desacuerdos graves o reiterados sobre la gestión de la economía familiar o incumplimiento reiterado del deber de informarse recíprocamente). Pero tras la disolución del consorcio conyugal sólo puede haber verdadero régimen de separación de bienes si sigue habiendo matrimonio (disolución

del consorcio *constante matrimonio*: art. 248.1) y hay convivencia matrimonial. En tales circunstancias habrá régimen de separación de bienes si los cónyuges no han pactado otro régimen.

Si falta la convivencia de los cónyuges, bien porque están separados judicialmente bien porque lo están de hecho (con o sin acuerdo), no parece que pueda decirse que en esa situación hay un auténtico régimen económico matrimonial de separación de bienes; al no haber comunidad de vida, ni domicilio conyugal, sólo la presencia de hijos comunes será fuente de necesidades familiares que ambos están obligados a satisfacer. Pero parece que, en tal caso, basta con la aplicación de las normas imperativas de las disposiciones generales y lo acordado o dispuesto en la sentencia. Hay, sin duda, separación de bienes, pero no propiamente un *régimen* de separación de bienes. Así lo da a entender el ap. 1 del art. 248.

Añade el ap. 2 del art. 248 que *la separación de bienes no se altera por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado*. En realidad, lo que se está diciendo es que la desaparición de la causa que motivó la disolución del consorcio conyugal no provoca su restauración automática; los cónyuges seguirán sin régimen de comunidad mientras no pacten uno nuevo. Cabe también entender que si lo que ha desaparecido es la separación conyugal, en situación de convivencia ya puede decirse que hay *régimen* de separación de bienes.

## **8. La comunidad que continúa tras la disolución: introducción.**

*A. Titulares.* Ya se ha comentado al principio del tema el nuevo planteamiento de la reforma de 2003 que suprime la comunidad conyugal continuada de la Compilación e introduce la regulación de la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal.

Los titulares de esta comunidad son los cónyuges o ex-cónyuges (disolución en vida de ambos) o el viudo y los herederos del premuerto (disolución por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges); también, en su caso, los herederos de uno y otro cónyuge si ambos han muerto. En caso de fiducia sucesoria pendiente de ejecución, el cónyuge viudo es titular de su participación consorcial y también es administrador y representante del patrimonio hereditario, mientras tenga la condición de administrador de la comunidad conyugal que continúa tras la disolución del consorcio (*cf.* art. 449.1); para disponer de bienes comunes habrá que tener presente lo dispuesto en los arts. 453 y 454.

*B. Naturaleza.* El patrimonio común de los cónyuges se convierte tras la disolución del consorcio en una comunidad universal ordinaria y estática, de naturaleza análoga a la de la comunidad hereditaria, cuyo destino es ser liquidada y dividida entre los partícipes. Se trata de una comunidad en la que los partícipes no tienen cuotas individuales sobre cada uno de los bienes que componen el patrimonio común; los partícipes tienen acción para pedir la división (arts. 258, 366 CDEFA y 400 Cc.); la disposición entre vivos, salvo excepciones (art. 253.3), exige la unanimidad (art. 397 Cc.); la cuota indivisa de cada partícipe, en cuanto medida de su participación en la comunidad, es una cuota independiente de la del otro, homogénea, alienable y embargable por deudas privativas de su titular tanto anteriores como posteriores a la disolución de la comunidad conyugal. Y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen (*vid.* SS. TSJA 8 julio 2005, 20 diciembre 2004 y 24 mayo 2002).

No obstante, en el supuesto de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, esta comunidad mantiene el carácter familiar por el papel preponderante que en ella tiene el viudo (art. 253) y la preferencia de su derecho de viudedad, de manera que, como dice el art. 256, *los derechos y obligaciones derivados de la viudedad son preferentes a los contenidos en esta sección*. En caso de fiducia habrá que tener en cuenta también las normas antes citadas.

*C. Comunidad sujeta a nuevo régimen.* Producida la disolución del consorcio, por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa, dejan de aplicarse las normas que lo habían regido hasta entonces (*cfr.* STSJA 20 diciembre 2004); la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal está sujeta a un nuevo régimen, el de los arts. 250 a 257, que contienen algunas normas que son comunes a cualquier clase de disolución y otras que son específicas de la disolución por muerte o de la disolución por otras causas; supletoriamente, es decir en cuanto no contradiga su naturaleza, se aplica el régimen jurídico de la comunidad hereditaria (art. 257), contenido en parte en el Código aragonés y en parte en el Derecho supletorio.

Las normas aplicables a toda disolución, con independencia de cual sea su causa, son las contenidas en los arts. 250, sobre los bienes que ingresan en el patrimonio común, 251, sobre las deudas comunes, 252, sobre la responsabilidad de los bienes comunes frente a acreedores consorciales o privativos de los cónyuges, y 255, sobre disposición de bienes

comunes por causa de muerte. En su redacción se puede apreciar la inspiración en la letra de algunos preceptos de la comunidad conyugal continuada de la Compilación. En cambio, los arts. 253 y 256 son exclusivos de la disolución por muerte, mientras que el 254 lo es de la disolución por otras causas.

### 9. Bienes comunes en la comunidad que continúa.

El activo de la comunidad postconsorcial está integrado por los bienes y derechos del patrimonio común en el momento de la disolución del consorcio conyugal, así como por los que ingresen en él con posterioridad hasta tanto no se divida. A estos efectos, dice el art. 250, inspirado en la letra del art. 63.1 Comp., que, *disuelta la comunidad matrimonial y hasta tanto no se divida, ingresarán en el patrimonio común:*

a) *Los frutos y rendimientos de los bienes comunes.* Como en la comunidad hereditaria, los frutos, rentas y demás rendimientos de la explotación de los bienes comunes, así como las ganancias de cualquier clase obtenidas con ellos, ingresan en el patrimonio común (*vid.* art. 1.063 Cc.); no obstante, en caso de disolución por muerte o declaración de fallecimiento de un cónyuge, los frutos y rendimientos de la totalidad del patrimonio común pertenecerán directamente al cónyuge sobreviviente cuando, por derecho de viudedad, sea usufructuario de los bienes del premuerto (art. 256, *preferencia del derecho de viudedad*).

b) *Los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes.* Al no existir tras la disolución del consorcio la presunción de comunidad de todos los bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse y al no presumirse tampoco que, en las adquisiciones a título oneroso, la contraprestación ha sido hecha a costa del caudal común (art. 217), será más difícil probar la subrogación real y el carácter común de los bienes procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes. Tampoco hay una presunción de que los bienes adquiridos por los partícipes sean privativos. De manera que lo decisivo será la prueba del carácter de la contraprestación o del hecho de la sustitución. Probado que la adquisición se ha hecho con fondos comunes o en sustitución de bienes comunes, lo adquirido será también común sin necesidad de probar la intención de subrogar por parte del adquirente. La prueba de la subrogación corresponderá a quien la alegue.

c) *Los incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reintegros que procedan.* Norma similar a la de la letra h) del art. 211, con la adición de la referencia a los reintegros que procedan si los incrementos

o accesiones se han hecho, en todo o en parte, a costa de bienes privativos de los partícipes. El principio de accesión se aplica, por ejemplo, en el caso de edificación con bienes privativos en solar de la comunidad. Son igualmente comunes los bienes muebles que devienen “inmuebles por destino” cuando se hallen afectos a un inmueble común, así como los derechos accesorios a un mueble o inmueble de la comunidad; también los derechos que se consolidan en bienes de la comunidad. Los incrementos y accesiones pueden ser, por tanto, materiales o jurídicos.

Tras la disolución ya no se hacen comunes los frutos de los bienes que eran privativos de los cónyuges, ni las ganancias que obtengan los partícipes con su trabajo o actividad. Por lo además, ya se ha indicado que deja de existir la presunción de comunidad.

### **10. Deudas comunes en la comunidad que continúa.**

Es el art. 251 el que, con el epígrafe de *deudas comunes*, se ocupa tanto de las deudas de cargo del patrimonio común (responsabilidad interna) como de las que los acreedores pueden pretender cobrar sobre los bienes comunes, sin perjuicio de los reembolsos que procedan si la deuda es privativa (responsabilidad externa).

El art. 251.1 dice que, *además de las deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal, tras la disolución serán también de responsabilidad de los bienes comunes las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común.*

*A. Deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal.* Tanto el pasivo definitivo como la responsabilidad externa de los bienes comunes, ya originados al disolverse el consorcio conyugal, no desaparecen ni cambian de naturaleza. Las deudas de cargo del patrimonio común siguen siéndolo y las garantías de los acreedores por deudas de las que responden los bienes comunes, provisional o definitivamente, se conservan asimismo. La disolución del consorcio conyugal no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 194) puesto que no conlleva modificación alguna de la responsabilidad de los patrimonios privativos o del común por deudas comunes nacidas con anterioridad (*vid.* STS 19 abril 2000). Si quien contrajo la deuda consorcial fue el cónyuge premuerto, junto a los bienes comunes responden los herederos pero exclusivamente con los bienes que eran privativos de aquél (responsabilidad limitada del heredero a los bienes del caudal relicto: *cfr.* art. 355).

*B. Deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común.* Tras la disolución ya sólo se harán comunes, interna y externamente, las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común, en cuanto no corresponda soportarlos al cónyuge viudo. Ha de ser una gestión realizada por los partícipes legitimados para ello, de conformidad con lo previsto al efecto en los arts. 253 y 254, y con la diligencia debida. El término *gestión* comprende tanto las deudas y gastos de la administración como los de disposición.

El resto de deudas que antes de la disolución del consorcio serían de cargo o responsabilidad del patrimonio común, ahora son particulares del partícipe que las contrae.

*C. Responsabilidad frente a terceros. Contribución interna.* Añade el art. 251.1 que *de las deudas comunes contraídas tras la disolución responde también el gestor que las contrajo, quien, en defecto de bienes comunes, podrá obligar a los demás partícipes a contribuir al pago en proporción a sus cuotas.* Así que de las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común, junto a los bienes comunes, responden frente a terceros los bienes del gestor que los contrajo (*cf.* art. 220.1). Los bienes de los restantes partícipes no responden directamente frente a los acreedores. Ahora bien, el gestor que haya respondido de estas deudas con sus bienes tiene derecho de reintegro contra el patrimonio común porque la responsabilidad definitiva es común; en defecto de bienes comunes, la responsabilidad interna es de todos los partícipes, en proporción a sus cuotas; por ello, cuando no pueda hacer efectivo el reintegro, se le permite obligar a los demás partícipes a contribuir al pago en proporción a sus cuotas.

*D. Incidencia del derecho de viudedad.* En los casos de disolución por muerte, el régimen de las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común se verá alterado cuando el supérstite tenga usufructo de viudedad, pues en tal caso las obligaciones derivadas de la viudedad son preferentes sobre las contenidas en esta sección (art. 256). Pues bien, los arts. 294, 295 y 296 ponen a cargo del usufructuario los gastos de producción, conservación, mantenimiento y reparaciones ordinarias; también las reparaciones extraordinarias cuando los nudo propietarios fueran descendientes suyos, así como los tributos que graven los bienes usufructuados, incluso los de carácter extraordinario si los nudo propietarios fueran descendientes suyos.

## **11. Responsabilidad de los bienes comunes.**

Es el art. 252 el que se ocupa de esta cuestión y señala la legitimación pasiva cuando las deudas son de responsabilidad común, a la vez que im-

pide la ejecución sobre bienes comunes cuando la deuda es de uno de los partícipes, pero permitiendo ahora el embargo de su participación en el consorcio.

*A. Ejecución en bienes comunes para cobro de deudas comunes.* El artículo comienza resumiendo lo ya dicho en el anterior, es decir, que *hasta la división, el patrimonio común responde del pago de las deudas comunes* contraídas antes o después de la disolución del consorcio. Añade que *los acreedores que pretendan cobrar una deuda de esta naturaleza [de cargo o responsabilidad común] sobre bienes comunes habrán de proceder contra ambos cónyuges o sus herederos*. Concuera con lo dispuesto por el art. 144. 4 del Rh. para la anotación del embargo sobre bienes comunes en el Registro de la Propiedad (*cf.* arts. 397, 1.058 y 1.401 Cc.) y con lo que sobre responsabilidad de los coherederos antes de la partición previene el art. 369.

En principio la norma parece dar a entender que tras la disolución del consorcio ya no es suficiente con demandar al deudor y notificar el embargo de bienes comunes al partícipe o partícipes no deudores; ahora, como en la comunidad hereditaria, se requiere demandar a todos los cotitulares de los bienes objeto de embargo. No obstante, MEDRANO SÁNCHEZ ha defendido, con argumentos convincentes, que tanto el art. 144.4 Rh. como el art. 252.1 deben, en cuanto exigen demanda conjunta, interpretarse a la luz del nuevo régimen jurídico-procesal de la Lec., y entender que queda satisfecha aquélla exigencia en tanto en cuanto el no deudor ha sido llamado al proceso de ejecución, bien como parte ejecutada (art. 538.2.3º Lec.), bien al amparo del procedimiento diseñado en el art. 541.2 Lec. En todo caso, la disolución del consorcio no debe perjudicar a los terceros de buena fe que, por serlo, desconozcan o no hayan podido razonablemente conocer la disolución. Ya hemos dicho que hará falta, en todo caso, que la disolución del consorcio sea oponible al tercero de buena fe, lo que no sucederá si al tiempo de practicarse el embargo del bien común no hay constancia en el Registro de la Propiedad de la disolución del consorcio conyugal. Recordemos que en los casos de disolución del consorcio por sentencia de nulidad, separación o divorcio, así como en los de disolución por decisión judicial, la resolución judicial se inscribe en el Registro Civil (*cf.* arts. 89, 1.333, 1.436 Cc. y 77 RRC.); y que en los casos de disolución por estipulación capitular la disolución es inoponible a los terceros de buena fe, si bien ésta ya no se presume desde que el otorgamiento de los capítulos conste en el Registro Civil (art. 198). Pero la publicidad del Registro Civil no puede prevalecer en materia de bienes inmuebles sobre la publicidad del Registro de la Propiedad (*vid.* A. APZ 17 Julio 2000). En este Auto se dice que, mientras no haya constancia en el Regis-

tro de la Propiedad al tiempo del embargo de que el consorcio conyugal se ha disuelto (art. 140.1º Rh.), es suficiente con la notificación del procedimiento y embargo (amén del traslado de la demanda) al cónyuge no deudor, sin necesidad de demandar a ambos. Aunque el hecho modificativo (la disolución del consorcio) conste en el Registro Civil, si no figura en el Registro de la Propiedad, no perjudicará en cuanto al inmueble a los terceros de buena fe (arts. 32 y 34 Lh.). Por el contrario, si consta en el Registro de la Propiedad, la publicidad del mismo es suficiente, en cuanto al inmueble en cuestión, para perjudicar a los terceros (aunque sean civiles) a efectos de que no puedan alegar ignorancia.

*B. Embargo de la participación consorcial por los acreedores privativos.* Los acreedores privativos de los cónyuges o de sus herederos pueden, como antes de la disolución del consorcio, embargar los bienes privativos del deudor vivo o los bienes privativos recibidos por los herederos del premuerto, pero, como dice el art. 252.2, ya no pueden -ni siquiera subsidiariamente- embargar los bienes comunes indivisos hasta agotar el valor de la partición del deudor (o de sus herederos) en el patrimonio común; ahora su participación en la comunidad en liquidación es disponible y embargable por los acreedores privativos (*vid.* A. APZ 14 febrero 2001): por ello dice el precepto que pueden proceder contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los bienes de la comunidad en la liquidación de ésta. Para embargar la participación del cónyuge difunto habrá que demandar a todos los herederos (*cfr.* art. 369).

De manera que, como dice la R. DGRN 9 octubre 1998, cabe el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en la masa común, embargo que, por aplicación analógica de los arts. 1067 Cc., 42.6 y 46 Lh., puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor (o sus herederos), y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor (*cfr.* art. 166.1 i.f. Rh.). Pero embargada la participación consorcial de un cónyuge (o de sus herederos) se suspenderá la ejecución en tanto no se practique la liquidación (*cfr.* art. 541 Lec.).

La Resolución citada añade que el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien consorcial, una vez disuelto el consorcio conyugal, carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (*cfr.* R. 8 julio 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en

los arts. 1º y 2º Lh. Entiende MEDRANO SÁNCHEZ que el legislador aragonés con la fórmula del art. 252.2 se ha apartado de este criterio de la DGRN y considera, por tanto, que cabrá la anotación preventiva en el Registro. Cree que puede defenderse que es más determinado el embargo sobre los derechos que correspondan a uno de los cónyuges sobre un determinado bien (al menos este ésta determinado), que el embargo de la cuota ideal sobre la globalidad de un patrimonio, pues aquí ni se conoce el alcance de la cuota, al menos su valor, ni está precisado el patrimonio.

En ambos supuestos, que hay que entender exceptuados de la nulidad que el art. 588 Lec. declara para los embargos indeterminados, el apremio sólo puede desarrollarse en sus primeras fases, esto es en la afección y en la adopción de la medida de aseguramiento del embargo (depósito si se trata de bienes muebles, anotación preventiva del embargo si de inmuebles se tratase). Pero no podrá iniciarse la verdadera vía de apremio, porque estando todavía indeterminado el bien no puede tener lugar aún la enajenación forzosa en que consiste la ejecución. Estamos ante embargos de bienes o derechos con una relativa indeterminación, que están en tránsito o en proceso de concreción.

La SAPZ 19 enero 1999 dice que disuelta la sociedad conyugal los acreedores privativos no pueden hacer efectivo su derecho en tanto no se liquide la comunidad (se suspende la ejecución sobre el bien común embargado), lo que plantea el problema de qué hacer si ninguno de los cónyuges pide la liquidación o si ésta se prolonga indefinidamente; en tal caso debe sostenerse que los esposos están obligados a liquidar su sociedad dentro del plazo que prudencialmente fije el juez (*vid.* art. 1.128 Cc.), a determinar según las circunstancias del caso, con posibilidad de conceder las oportunas prórrogas; si los cónyuges no se ponen de acuerdo sobre como liquidar su sociedad, haciéndose necesario que se practique judicialmente, se habrá de esperar a que el proceso concluya; en todo caso el pleito se deberá iniciar en el plazo que el Juez señale. Si se incumple el plazo fijado, se puede actuar conforme al art. 46 Comp. (224 CDFA), o sea sobre el patrimonio común, "a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes"; esto mismo se puede acordar por el Juzgador si se aprecian actitudes o maniobras abusivas para el deudor (así cuando se retrasa demasiado la liquidación por existir desacuerdo sobre el modo de llevarla a cabo, si está a salvo el valor que al cónyuge no deudor corresponde en el patrimonio común, de forma que el débito se pueda saldar sin esperar a la total liquidación; deuda insignificante en relación al valor del caudal común, con activo claramente superior al pasivo, etc.).

El A. APZ 14 febrero 2001 cree posible el procedimiento de apremio instado por uno de los cónyuges contra el otro, por deudas de éste con aquél, pero sobre bienes comunes del consorcio disuelto pero no liquidado. El dinero obtenido con la realización del bien común ocupa ahora su lugar en el patrimonio común. No hay necesidad de paralizar el apremio para esperar al resultado de la liquidación del consorcio, pero el crédito ejecutado sólo quedará extinguido en la medida en que la posterior liquidación del consorcio confirme que ha sido pagado con dinero adjudicado al lote del cónyuge deudor.

### **12. Disposición por causa de muerte.**

Señala el art. 255 que *la disposición por causa de muerte mientras la masa común no haya sido dividida se regirá por lo dispuesto en el artículo 238*. La norma está formulada para que pueda operar en todo caso de disolución del consorcio conyugal. No obstante, en los casos de disolución por muerte, la aplicación de lo dispuesto en el art. 238, que se refiere únicamente a las disposiciones por causa de muerte de uno o ambos cónyuges, requiere que el lugar del premuerto sea ocupado por sus herederos y que éstos, en título sucesorio que lo permita, dispongan por unanimidad.

### **13. Reglas específicas de la comunidad que continúa tras la disolución por muerte.**

*A. Patrimonio conyugal, viudedad, fiducia y comunidad hereditaria.* Ya se ha indicado que en el art. 253 se incluyen, con pequeñas modificaciones, las normas que contenía el art. 53 Comp.

En el supuesto de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal mantiene el carácter familiar por el papel preponderante que en ella tiene el viudo (art. 253) y la preferencia de su derecho de usufructo de viudedad sobre lo dispuesto en esta sección, como de modo general dice el art. 256. Carácter familiar que resulta más acentuado, si cabe, cuando el cónyuge viudo además de usufructuario es fiduciario de la herencia del premuerto. En efecto, debe tenerse en cuenta que el cónyuge sobreviviente tendrá normalmente el usufructo universal de los bienes y derechos del premuerto por derecho de viudedad; además puede ser su fiduciario, único o junto a otros.

Por otra parte, si los herederos del cónyuge premuerto son varios, en la comunidad hereditaria estará incluida -junto a los bienes privativos- su participación en el patrimonio consorcial. Antes de la partición de la

herencia, la participación consorcial del causante pertenece, si no la ha atribuido o distribuido de otra manera, a la comunidad de herederos, pero sin cuotas de titularidad individual; lo normal es liquidar y dividir primero los bienes del consorcio conyugal y luego o a la vez, frecuentemente al fallecer el cónyuge viudo, hacer la partición de la herencia o de las dos herencias; hacer la partición de la herencia antes que la división del patrimonio conyugal, implica adjudicar la titularidad de la participación consorcial del premuerto a uno o varios sucesores, que serán cotitulares de ella en proporción a sus cuotas y, junto con el cónyuge sobreviviente, partícipes en la comunidad que continúa sobre el patrimonio común indiviso; en tal caso, la cuota de cada sucesor en la participación consorcial del causante sería disponible y embargable separadamente.

Hasta la nueva Lec., en la partición judicial de una comunidad hereditaria, si para la determinación de los bienes del causante hubiera de liquidarse el régimen económico matrimonial, si había cónyuge sobreviviente era llamado al procedimiento de división de la herencia, a fin de practicar la liquidación del consorcio con los herederos del cónyuge premuerto; propiamente con el contador partidor en representación de la comunidad hereditaria. Tras la vigencia de la nueva Lec. las partes de común acuerdo pueden mantener el anterior sistema; pero la nueva Lec. establece los dos procedimientos, uno de división de la herencia y otro de liquidación del régimen económico matrimonial, éste previo al anterior (*vid.* A. APZ 13 noviembre 2001).

*B. Administración por el cónyuge viudo.* Pues bien, *disuelto el consorcio y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, salvo cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio* (art. 253.1).

Es la solución tradicional aragonesa para los casos de disolución del consorcio por muerte. Se han introducido unas excepciones lógicas que reflejan o bien la crisis del matrimonio y la falta de confianza entre los cónyuges o bien su deseo (al menos de uno de ellos) de no continuar en régimen de comunidad de bienes; estas circunstancias previas a la muerte de un cónyuge han aconsejado al legislador suprimir la atribución de la administración del patrimonio común al cónyuge viudo. Por otra parte, la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad extingue el derecho de viudedad, salvo que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista (art. 276.2). En cambio, el inicio del pro-

cedimiento para obtener la disolución del consorcio conyugal no conlleva la extinción del derecho de viudedad, de manera que en este caso el cónyuge viudo no será el administrador del patrimonio común por aplicación del art. 253.1 pero lo será por ejercicio del usufructo de viudedad.

La solución aragonesa es realista dado que el cónyuge sobreviviente, además de partícipe en el patrimonio común, es normalmente usufructuario de los bienes y derechos del premuerto por derecho de viudedad, representante legal de los hijos comunes menores de 14 años (que serán frecuentemente los herederos de aquél), y puede ser incluso fiduciario, único o con otros, del cónyuge fallecido. En cualquiera de estas situaciones el cónyuge viudo ya es administrador y representante de los bienes del premuerto; pero aunque no lo fuera (por no tener derecho de viudedad, ni existir fiducia sucesoria, ni herederos bajo su representación legal), la ley quiere que sea él el administrador del patrimonio conyugal hasta su liquidación y división. Lo normal y frecuente suele ser que el cónyuge viudo concentre en sus manos la administración de todo el patrimonio familiar, pues administra sus propios bienes, también los que eran privativos del otro (por derecho de viudedad, fiducia, representación de los herederos), y continúa la administración del patrimonio común mientras permanece indiviso –frecuentemente hasta su muerte-.

C. *Facultades del cónyuge viudo.* El cónyuge viudo es el administrador del patrimonio consorcial y puede realizar cualesquiera actos propios de todo administrador, en particular, como especificaba el ap. 1 del art. 53 Comp., “atenderá al pago de las deudas exigibles, así como al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes”; parece que podrá también cobrar los créditos consorciales vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen (*cf.* art. 452.1). La STS 13 febrero 1987 dice que el cónyuge viudo, en cuanto administrador, no está facultado para ejercitar acciones -como la de retracto de colindantes- en beneficio exclusivo: sí cuando lo haga en beneficio de la comunidad.

El art. 253.2 dispone que *el cónyuge viudo podrá deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivían y mientras continúen viviendo en casa, pero cuando sea titular del usufructo de viudedad sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes.* Son facultades de gestión de una comunidad que sigue teniendo carácter familiar. Parece que se trata de *alimentos* en sentido amplio: atenciones legítimas del viudo y de las personas que continúen viviendo en casa. Alimentos que normalmente se pagan con los frutos y productos del pa-

trimonio común. Pero cuando el viudo administrador es también usufructuario por derecho de viudedad, los frutos no ingresan en el patrimonio común sino que le pertenecen a él; por ello, en cuanto usufructuario por derecho de viudedad, tiene también la obligación de prestar alimentos a sus descendientes e incluso a los descendientes no comunes del cónyuge premuerto (art. 298). En tal caso, sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes puede el viudo usufructuario deducir del patrimonio de la comunidad disuelta los alimentos. Es una aplicación del principio general de preferencia del derecho de viudedad del art. 256.

El art. 253.3 contiene una excepción a la regla general que exige la unanimidad de todos los partícipes para disponer de los bienes comunes: *El viudo, a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede por sí solo, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos*. Es ésta una facultad personalísima e intransmisible concedida al viudo en calidad de padre o madre; la norma es reproducción literal de la letra del art. 53.2 Comp.; pero esta facultad de los padres ya existía en el Apéndice y en las Observancias que la extendían a otros supuestos; parece necesario exigir también –como en el Derecho histórico– que quede otro tanto para los hijos restantes.

*D. Disposición entre vivos de los bienes comunes*. Es regla general en las situaciones de cotitularidad que los actos de disposición entre vivos de los bienes comunes, a título oneroso o gratuito, requieren el acuerdo de la totalidad de los partícipes, en nuestro caso, de los cónyuges o ex-cónyuges o del viudo y los herederos del premuerto (*cfr.* Ss. TSJA 20 diciembre 2004, APZ 23 mayo 2007).

En caso de disolución del consorcio por muerte de uno de los cónyuges, salvo en el caso del art. 253.3, rige la regla general: al acto de disposición entre vivos ha de concurrir necesariamente el cónyuge viudo, que es cotitular del patrimonio consorcial y normalmente usufructuario del patrimonio hereditario del premuerto; pero han de concurrir también los herederos, normalmente sólo nudopropietarios del patrimonio hereditario (*cfr.* art. 290.2).

Cuando, por existir una fiducia sucesoria pendiente de ejecución, no haya todavía herederos, el cónyuge viudo actuando junto con el fiduciario o fiduciarios podrán disponer de los bienes comunes (*cfr.* arts. 453 y 454); también podrá hacerlo el viudo que sea fiduciario del premuerto (por sí solo o junto con los otros fiduciarios, si los hay); pero para la

eficacia del acto de disposición de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente (*cf.* art. 454), y, no habiendo legitimarios, se precisará autorización judicial para salvar el posible conflicto de intereses (*cf.* art. 259.3).

En ejecución de la fiducia, el fiduciario puede atribuir la cuota consorcial del premuerto, o parte de ella, a alguno o algunos de los descendientes (*cf.* arts. 456-458), pero además *cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste, en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación conforme a lo previsto en el art. 259 (art. 457.3); si los bienes comunes así adjudicados no agotan el valor de la participación del premuerto se imputarán en ella al hacer la división del caudal consorcial remanente.*

*E. Responsabilidades del cónyuge viudo.* En cuanto administración de un patrimonio en parte ajeno, dice el art. 253.4 que *el cónyuge viudo responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes en cuanto exceda de las facultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad. Cualquiera de los partícipes podrá, entonces, solicitar la aplicación de las mismas cautelas previstas para el usufructo viudal.* El cónyuge viudo no responde ni tiene que dar cuenta de su gestión como usufructuario, pero sí en cuanto exceda de ella; es sólo entonces (por ej., si hace uso de las facultades del ap. 3) cuando los partícipes pueden exigir que haga inventario de los bienes comunes y preste fianza (art. 285), así como instar del Juez la adopción de otras medidas cautelares (art. 287).

Por último, el art. 253.5 señala que, *habiendo sólo hijos comunes, los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio.* Presunción *iuris tantum* tradicional de los regímenes de comunidad que la Compilación contenía en el art. 53.4; en otro caso (si hay otros partícipes o si, aun no habiéndolos, se trata de bienes muebles no consumibles), el viudo ha de justificar su desaparición.

#### **14. Reglas específicas de la comunidad que continúa tras la disolución por otras causas.**

En los supuestos de disolución por causa distinta de la muerte o declaración de fallecimiento, así como en los que al producirse la disolución por muerte se encontrasen ya en trámite, a instancia de uno o ambos

cónyuges, los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio, no se aplica lo dispuesto en el art. 253 sino las previsiones del art. 254.

En la mayor parte de los casos de disolución por muerte regidos por el art. 254 no habrá derecho de viudedad porque éste se extingue por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista. Y la extinción es definitiva si el proceso finaliza sin sentencia firme estimatoria por la muerte de alguno de los cónyuges (art. 276.2). Tampoco surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento del comitente se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos de nulidad, separación o divorcio (art. 440.2).

En cambio, en el supuesto de disolución por muerte encontrándose en trámite el proceso dirigido a la disolución del consorcio, no hay extinción del derecho de viudedad y surtirá efectos el nombramiento del cónyuge como fiduciario si lo hay; en tal caso, como dice el art. 256, *los derechos y obligaciones derivados de la viudedad son preferentes a los contenidos en esta sección*; así que al cónyuge viudo le corresponderán, por derecho de viudedad, los derechos y obligaciones de todo usufructuario sobre los bienes del premuerto, incluida su participación en el patrimonio común. La administración de estos bienes, así como los frutos que produzcan, corresponden al usufructuario. También habrá que tener en cuenta los derechos y obligaciones que puedan corresponderle como fiduciario.

Con esta salvedad hay que leer lo que dice el art. 254: *En los demás casos de disolución (los no comprendidos en el art. 253), la administración y disposición de los bienes comunes se regirá por lo acordado por los cónyuges o partícipes y, en su defecto, se estará a lo dispuesto por el Juez en el correspondiente procedimiento*. Los cónyuges, o el sobreviviente y los herederos del otro, son libres para acordar la administración y disposición de los bienes comunes como crean conveniente; pueden establecer mandatos y otorgarse poderes; a falta de acuerdo o autorización o ante futuros desacuerdos, resolverá el Juez. La administración individual, en esta situación, parece que exige acuerdo expreso y poder bastante.

En los procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, el tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad (art. 774.3 Lec.); en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no

aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad sobre disolución del régimen económico, estableciendo las que procedan si no se hubiera adoptado ninguna (art. 774.4 Lec.). También en el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario (art. 808.1 Lec.); si el inventario se concluye con el acuerdo de los cónyuges, en el mismo día o en el siguiente, se resolverá lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario; pero si se suscitare controversia continuará la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal y será la sentencia la que resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes (art. 809 Lec.).

En los casos de disolución por voluntad de ambos cónyuges en los que éstos no alcancen un acuerdo sobre la administración y disposición de los bienes comunes, cualquiera de ellos podrá solicitar al Juez, por el procedimiento de los arts. 806 y ss de la Lec., la formación de inventario y que se resuelva lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en él.

Aunque ya no se trate de medidas provisionales puede resultar de aplicación también en esta fase la previsión del art. 246: *en defecto de acuerdo entre los cónyuges, se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.*

A la disposición a título oneroso de bienes comunes por uno solo de los cónyuges cuando, como en esta situación, es necesario el consentimiento de ambos, es aplicable lo dispuesto en el art. 235. Las donaciones de bienes comunes realizadas por uno de los cónyuges serán nulas de pleno derecho (*cf.* art. 237). Como dice la STSJA 20 diciembre 2004 la disposición de los títulos valores, como la de cualquier otro bien originariamente consorcial, ha de realizarse conjuntamente por ambos esposos, estando tal acto dispositivo viciado si lo realiza uno solo de ellos.

**BIBLIOGRAFÍA:** CURIEL LORENTE, Fernando: “El artículo 77-2 de la Ley concursal en relación con el consorcio conyugal”, en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 155-170. GARCÍA CANO, Tomás: “Liquidación de la comunidad conyugal. Su íntima relación con la gestión y ejecución de la fiducia”, en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 164-169;

HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: "Concurso de acreedores y consorcio conyugal. Aspectos procesales", en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 171-188. MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: "Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón", *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2004, págs. 9-68; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: "Disolución, liquidación y división de la comunidad legal", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, T. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), págs. 51-156; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*. Edición propia. Zaragoza, 2007, 414 págs.; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011; PARRA LUCÁN, Mª Ángeles: "Concurso de acreedores y consorcio conyugal", en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 107-154. RAMS ALBESA, Joaquín: "Comentario de los arts. 41 a 59 de la Compilación (Pasivo, gestión, disolución, liquidación y división de la comunidad conyugal legal)", en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, DGA, vol. II, 1993, págs. 97-213 y 221-380; SERRANO GARCÍA, José Antonio: "La protección del cónyuge viudo en el Derecho civil aragonés", en *Aequalitas* (Instituto Aragonés de la Mujer), num. 8, 2001, págs. 33-44. SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La disolución del consorcio conyugal aragonés y la comunidad que continúa tras ella», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, II*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 4715-4736. SERRANO GARCÍA, José Antonio: "La comunidad conyugal en liquidación", *RDCA*, 2007, págs. 11-55. SERRANO GARCÍA, José Antonio: "La comunidad conyugal en liquidación (I)", en *Revista Jurídica del Notariado* núm. 65 (enero-marzo 2008), págs. 343-503. SERRANO GARCÍA, José Antonio: "La comunidad conyugal en liquidación (II)", en *Revista Jurídica del Notariado* núm. 66 (abril-junio 2008), págs. 365-572. SERRANO GARCÍA, José Antonio: "La comunidad conyugal en liquidación (III)", en *Revista Jurídica del Notariado* núm. 67 (julio-septiembre 2008), págs. 547-704. SERRANO GARCÍA, José Antonio: "La comunidad conyugal en liquidación (IV)", en *Revista Jurídica del Notariado* núm. 68 (octubre-diciembre 2008), págs. 305-506.



## § 15. LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL

*José Antonio Serrano García*

### **1. Reglas aplicables a la liquidación y división.**

*A. El desarrollo legislativo operado en la reforma de 2003.* Regulada en la Sección 2ª la comunidad que continúa tras la disolución, la Sección 3ª del Capítulo IV detalla en lo necesario todas las fases e incidencias que pueden ocurrir hasta la atribución de bienes a cada partícipe mediante la división (arts. 258 a 270), buscando un texto autosuficiente para cuya aplicación no sea necesario recurrir más que, en su caso, a la Ley de enjuiciamiento civil.

Como dice el A. APZ 18 octubre 1998, la liquidación no supone sólo distribuir y adjudicar bienes, sino que debe dejar resuelto el destino de las obligaciones pendientes de ejecución y, sobre todo, ha de determinar la ganancia partible, habida cuenta de que sólo a través de ella debe establecerse el haber líquido sometido a partición, lo cual supone la formación de los inventarios, el avalúo y la tasación de los bienes, la determinación del pasivo de la sociedad y el establecimiento de las operaciones precisas para su pago, la fijación del remanente líquido y su distribución, así como la adjudicación de bienes para su pago.

Era la liquidación y división tal vez la parte más necesitada de desarrollo en la Compilación. Las escuetas normas contenidas en los arts. 55 a 59 Comp. estaban pensadas casi exclusivamente para la liquidación de la comunidad disuelta por la muerte o declaración de fallecimiento de un cónyuge, y necesitaban del adecuado desarrollo legislativo para completarlas y extenderlas a las otras causas de disolución donde la liquidación suele ser más problemática.

No se trata de normas imperativas, sino que en esta materia rige también el principio *standum est chartae*, a salvo siempre los derechos adquiridos por terceros (*cfr.* arts. 194 y 268 CDFA; 405 Cc.).

*B. Régimen supletorio.* Como dice el art. 270, *a la liquidación y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria.* Remisión similar a la contenida en los arts. 406 (comunidad ordinaria) y 1410 (sociedad de gananciales) del Código civil. Entre las normas referidas a la comunidad hereditaria son de preferente aplicación las contenidas en el Código aragonés (arts. 355-361 y 365-372). Los principios aragoneses de responsabilidad limitada del heredero y de separación de patrimonios son extensibles, dada la similitud de situaciones, a la comunidad conyugal en liquidación.

## 2. Derecho a la división.

*A. Ejercitable en cualquier tiempo.* La liquidación y división del patrimonio consorcial facilita el tránsito de la situación de comunidad que continúa tras la disolución a la de titularidad sobre los bienes que a cada partícipe le sean adjudicados en la división. Para propiciar el paso de una situación a otra existe el *derecho a la división*, que es una facultad regulada en el art. 258.

*Disuelto el consorcio, cualquiera de los cónyuges o partícipes tiene derecho a promover en cualquier tiempo la liquidación y división del patrimonio consorcial. También se hallan legitimados para ello el fiduciario y el contador partidario de la herencia del cónyuge premuerto o de cualquier partícipe (art. 258.1).* Así que, disuelto el consorcio, el derecho a la división puede ejercitarse, judicial o extrajudicialmente, en cualquier tiempo, sin plazo de prescripción, dirigiendo la solicitud a los demás copartícipes; pero su ejercicio puede estar condicionado por la existencia de prohibición de dividir o convenio de indivisión.

*B. Salvo si hay prohibición de dividir o convenio de indivisión.* En efecto, dice art. 258.2 *que en caso de disolución por muerte, a la prohibición de división pactada en capítulos o dispuesta en testamento mancomunado por ambos cónyuges y al convenio de indivisión unánimemente acordado por los partícipes se aplicarán las previsiones contenidas en el artículo 365.* Pero aunque haya prohibición o pacto de indivisión (que tienen un plazo máximo de quince años, prorrogable por acuerdo unánime de los partícipes por término que, cada vez, no sea superior a quince años), el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida (art. 365.3).

C. *La petición de inventario*. Una de las formas posibles de ejercitar el derecho a la división, la ordinaria, es solicitar la formación de inventario del activo y pasivo del patrimonio consorcial, petición que cualquiera de los cónyuges o partícipes puede formular a los demás (art. 261), extrajudicial o judicialmente.

Una vez admitida a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del consorcio, bien como medida provisional o bien como definitiva una vez firme la resolución que declare disuelto el consorcio conyugal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario (arts. 246 CDFa y 808.1 Lec.).

Con la formación del inventario comienza la liquidación de la comunidad conyugal disuelta. Pero la práctica de las operaciones liquidatorias propiamente dichas y la división del remanente requieren de nuevo el acuerdo de los partícipes, y en su defecto cualquiera de ellos podrá solicitar que la liquidación y división se practique conforme a lo previsto en la Ley de enjuiciamiento civil (art. 259.4 CDFa y 810 Lec.).

D. *Legitimación activa*. Legitimados para promover la liquidación y división están, en primer lugar, los cónyuges o partícipes, es decir los ex cónyuges o el sobreviviente de ellos y los herederos del otro; éstos, si son varios, parece que tienen legitimación individual para pedir la división del consorcio (sin duda cuando la partición de la herencia ya se ha practicado, más dudoso en otro caso).

También se halla legitimado para ello el fiduciario, aunque no sea el cónyuge (éste ya tiene legitimación por ser partícipe). Dispone el art. 455 que *el fiduciario puede solicitar la liquidación de la comunidad conyugal disuelta y tiene además las facultades de liquidación y división de la misma señaladas en el art. 259*.

El art. 259 extiende la legitimación también al contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto o de cualquier partícipe, de conformidad con el criterio comúnmente sostenido por la jurisprudencia y la práctica.

*Cualquier partícipe* puede ser, en primer lugar, el cónyuge sobreviviente si fallece el otro antes del inicio de la liquidación, pero también cualquiera de los herederos de uno u otro cónyuge. Es dudoso si, existiendo comunidad hereditaria, puede individualmente cada heredero pedir la división del patrimonio consorcial; en caso afirmativo, de morir alguno de ellos previamente, el contador partidor de su herencia también podría hacerlo. La Ley parece admitir esta posibilidad.

### 3. Capacidad para solicitar e intervenir en la liquidación y partición.

Dice el art. 260 que *a la liquidación y división voluntaria con cónyuges incapacitados o partícipes en igual situación o menores de edad se le aplicarán las previsiones contenidas en los artículos 366 y 367*. Estos artículos regulan la representación de los menores de catorce años o incapacitados para solicitar la partición e intervenir en ella (art. 366), así como la asistencia que para tales actos necesitan los menores de edad mayores de catorce años y los sometidos a curatela (art. 367).

Para la comparecencia en juicio y representación, la Ley de enjuiciamiento civil dispone que las personas físicas que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley (art. 7.2 Lec.).

### 4. Modalidades de liquidación y división.

El art. 259 regula todas las posibles modalidades de liquidación y división, que son las siguientes:

*A. Liquidación y división por acuerdo de los partícipes.* El art. 259.1 señala que *los cónyuges o partícipes pueden, mediante acuerdo unánime, liquidar y dividir por sí mismos el patrimonio consorcial, así como encomendar a terceros la liquidación y división*.

Si hay acuerdo, el inventario, las demás operaciones de liquidación, así como la división y adjudicación de los bienes, pueden hacerse como decidan directamente los interesados, por ejemplo en documento privado (SAPH 19 marzo 2007) o en convenio regulador (SAPZ 2 julio 2007). Es más, pueden dividirse los bienes comunes de la manera que tengan por conveniente (*cf.* art. 1.058 Cc.). Parece que el acuerdo sobre la partición del patrimonio conyugal también puede estar contenido en el testamento mancomunado o pacto sucesorio de los cónyuges.

Pero el acuerdo de los partícipes puede consistir asimismo en encomendar la liquidación y división a árbitros, si existe conflicto previo entre ellos (art. 402 Cc.), o a arbitradores, en otro caso (*vid.* A. APZ 18 octubre 1998).

El acuerdo ha de ser, en todo caso, unánime. Tratándose de sólo dos partícipes, no puede ser de otra manera; pero también cuando sean varios los herederos se requiere la unanimidad. Por tanto, si se admite que cualquiera de los herederos puede pedir la liquidación y división, es seguro que para practicar estas operaciones se requiere el consentimiento de todos.

No cabe que, a petición de partícipes que representen, al menos, el 50 por 100 del haber común, el Juez nombre un contador partidor dativo (contra, art. 1.057.2 Cc.). Las únicas modalidades posibles son las reguladas en el art. 259 que termina diciendo que, *si la liquidación y división no se pudiera llevar a cabo de alguna de las formas recogidas en este precepto, se practicará, a instancia de cualquiera de los cónyuges o partícipes, conforme a lo previsto en la Ley de enjuiciamiento civil* (en los arts. 806 y ss.).

*B. Liquidación y división con intervención de fiduciario o contador partidor.* En los apartados 2 y 3 del art. 259 se tiene en cuenta la figura del fiduciario, lo sea o no el viudo, de tan frecuente presencia en las sucesiones aragonesas, dando solución de forma a la vez sencilla y prudente a dudas surgidas en la práctica. En el ap. 2, se tiene en cuenta también al contador partidor de la herencia del premuerto (no, pues, de la herencia de cualquier partícipe).

*a) Junto con el cónyuge viudo.* Dice el ap. 2 que el fiduciario o contador partidor de la herencia del premuerto, actuando junto con el cónyuge viudo que no ejerza dichos cargos, pueden practicar la liquidación y división de la comunidad matrimonial disuelta sin que sea necesaria la concurrencia de los partícipes.

El régimen es común para ambas figuras: pueden acordar y practicar con el cónyuge viudo la liquidación y división, sin ningún requisito añadido. En particular, el fiduciario no precisa la autorización que prevé el art. 454.

*b) Cónyuge viudo fiduciario.* Añade el ap. 3 que *el cónyuge viudo que sea fiduciario del premuerto, para realizar la liquidación y división, necesitará la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente; y no habiendo legitimarios, precisará de la autorización del Juez. Dichas autorizaciones no serán necesarias cuando se limite a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio.*

Por tanto, cuando el cónyuge viudo sea fiduciario del premuerto (tanto da, a estos efectos, si es el único o hay otros), no sólo está legitimado para solicitar la liquidación de la comunidad conyugal disuelta (arts. 258 y 455), sino que puede practicarla él solo (si son varios, actuando conjuntamente: art. 439); la clara oposición de intereses existente en tal caso con los futuros sucesores se salva con la autorización prevista en la norma (*cf.* art. 454). No se requiere dicha autorización cuando el viudo fiduciario (y los otros, si los hay) se limita a practicar la llamada "partición impropia" (*cf.* art. 366.2).

Recordemos, por otra parte, que, cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste, en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación (art. 457.3).

*C. Liquidación y partición judicial.* Por último, el ap. 4 del art. 259 indica que *si la liquidación y división no se pudiera llevar a cabo de alguna de las formas recogidas en este precepto, se practicará, a instancia de cualquiera de los cónyuges o partícipes, conforme a lo previsto en la Ley de enjuiciamiento civil.*

La nueva Ley de enjuiciamiento civil ha regulado, entre los procesos especiales, el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, en los arts. 806 y ss. Es competente para entender del mismo el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial (art. 807 Lec.). Este procedimiento parece que ha de ser el aplicable también cuando la disolución del consorcio se haya producido por la voluntad de los cónyuges o por la muerte de uno de ellos o de los dos si falta el acuerdo para practicar una liquidación y división convencional (*vid.* A. APZ 13 noviembre 2001).

La competencia de los Juzgados de Familia para entender de la liquidación tiene, como dice la SAPZ 21 octubre 1998, indudables ventajas prácticas, pues en los juicios matrimoniales se realizan diversas pruebas relativas a la posición económica de los cónyuges (bienes inmuebles, cuentas bancarias, etc.), existiendo en ocasiones una evidente conexión entre la pensión compensatoria y la liquidación del régimen económico del matrimonio.

En el procedimiento judicial previsto para la liquidación del régimen económico matrimonial en los arts. 806 y ss. Lec. hay que distinguir dos fases: la de formación del inventario (art. 809) y la de valoración de los bienes o liquidación propiamente dicha (art. 810).

En cualquier caso, la liquidación y división no perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros (194); y los acreedores personales de los cónyuges o partícipes tendrán la posibilidad, siempre subsidiaria, de solicitar la rescisión de la partición (arts. 173 y ss. Cc.).

## **5. Inventario del activo y pasivo del patrimonio consorcial.**

*A. Solicitud y contenido del inventario.* A petición de cualquiera de los cónyuges o partícipes, la liquidación de la comunidad conyugal disuelta comenzará por un inventario del activo y pasivo del patrimonio consorcial (art. 261).

Esta es una de las maneras de abordar la liquidación y división del consorcio conyugal, pero no la única. La formación de inventario es algo lógico y conveniente pero no imprescindible. En todo caso, el inventario tanto puede hacerse judicial como extrajudicialmente.

Judicialmente, el inventario ha podido ser solicitado, como medida provisional, una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya solicitado la disolución del consorcio (arts. 246 CDEFA, 808 Lec.). Y parece que si no se ha hecho antes, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación judicial de inventario una vez firme la resolución que declare disuelto el consorcio conyugal, también cuando falte la unanimidad necesaria para practicarlo convencionalmente.

Aunque un inventario está referido propiamente al activo, al tener la finalidad de preparar las operaciones liquidatorias y la partición del remanente, debe hacer referencia también al pasivo del que responden, incluso solo provisionalmente, los bienes comunes. Así podrá conocerse el estado de solvencia o insolvencia del patrimonio a liquidar y, en consecuencia, seguir las restantes operaciones por la vía de la liquidación ordinaria o de la concursal. A ello ayudará la adecuada valoración de cada una de las partidas incluidas en el inventario.

En caso de liquidación judicial es en el acto de formación de inventario, en el trámite del art. 809 Lec., donde las partes deben fijar con precisión y claridad los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deban de integrar el inventario (Ss. APH 30 septiembre y 17 noviembre 2008). Las sentencias sobre la inclusión o exclusión de bienes y valores que conforman las partidas del inventario dictadas en grado de apelación deberían ser recurribles en casación, como defiende BONET NAVARRO, pese al criterio de la mayoría de la Sala en la STSJA 14 mayo 2010.

*B. Activo del inventario.* El art. 262, que completa y generaliza las previsiones del art. 55.2 Comp., dice que *en el activo se incluirán las siguientes partidas:*

*a) Todos los bienes y derechos que se hallen en poder de los cónyuges o partícipes al tiempo de formalizarlo y que, real o presuntivamente, sean comunes, así como aquéllos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial, todo ello a salvo de lo dispuesto en el apartado 5 del art. 253 (los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio) y en el art. 269 (en la liquidación de varias comunidades, los bienes cuya condición no pudiera ser exactamente determinada se distribuyen equitativamente).*

No deben incluirse los bienes adquiridos por uno de los cónyuges tras la disolución del consorcio y que no sean comunes, como la indemnización por despido laboral (*vid.* SAPZ 13 abril 1998).

En caso de falta de prueba sobre la condición privativa de un bien adquirido durante el consorcio, debe incluirse en el inventario como bien común por el juego de la presunción de comunidad.

*b) Los créditos de la comunidad contra terceros.* En el inventario de dinero o partidas dinerarias –tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios-, su importe o cuantía forma parte de la identificación misma de la partida inventariada (art. 809.2 Lec.) y no de su valoración (SAPH 3 abril 2009).

*c) Los derechos de reembolso de la comunidad contra los patrimonios privativos de los cónyuges.*

La STSJA 29 noviembre 1996 dice que en el inventario puede hacerse mención de los bienes aportados como privativos si hubiese necesidad de imputación de créditos consorciales frente a los mismo.

*C. Pasivo del inventario.* Por su parte, el art. 263, que no tiene precedente en la Compilación, dice que en el pasivo se incluirán las siguientes partidas:

*a) Las deudas pendientes de cargo o responsabilidad de la comunidad.*

*b) Los reintegros debidos por la comunidad a los patrimonios privativos de los cónyuges.*

Las deudas de responsabilidad sólo provisional de los bienes comunes figuran en el pasivo porque los terceros pueden cobrarlas sobre ellos, pero, a la vez, debe figurar en el activo un derecho de reembolso de la comunidad contra el patrimonio privativo del cónyuge deudor, para así alcanzar el necesario equilibrio contable.

No debe incluirse en el pasivo consorcial el derecho de uso de la vivienda familiar común que la sentencia matrimonial haya atribuido a uno de los cónyuges, pues, como dice la SAPZ 27 de septiembre 1998, no integra un crédito de éste contra la comunidad, sino una forma de protección del interés más necesitado dentro de la familia en crisis, que tiene alcance *erga omnes* pero no constituye propiamente un derecho real ni otorga un plus de protección respecto a la situación posesoria que ostentaba la familia antes de la decisión judicial (SSTS 23 enero 1998 y 31 diciembre 1994).

*D. Identificación de partidas dinerarias y avalúo.* El inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes y deudas que integran el

patrimonio común; cuando se trata de dinero o partidas dinerarias -tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios-, su importe o cuantía (a la que parece referirse el 809.2 Lec.) no forma parte de la valoración o avalúo, sino de la identificación misma de la partida inventariada. Otra cosa distinta es la valoración de bienes corporales -muebles o inmuebles-, que son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, lo que debe plantearse, si falta el acuerdo de las partes, en una fase posterior a la de inventario (art. 810.3 Lec.), que no es otra que la de avalúo (*cfr.* Ss. APZ 27 marzo 2007, APH 29 febrero 2008, 3 abril 2009).

La liquidación y partición requiere normalmente la valoración de todas y cada una de las partidas del activo o pasivo incorporadas al inventario; El avalúo debe estar referido al tiempo de formalizar el inventario: tanto las mejoras como los deterioros producidos desde la disolución son de cuenta de la comunidad; también el valor de los derechos de crédito debe actualizarse al tiempo de formalizarse el inventario. La valoración, para ser justa, ha de ser imparcial, fiable y equilibrada; es aconsejable atender al valor de mercado. Para la valoración de la vivienda protegida *vid.* STS 4 abril 2008.

## 6. La liquidación propiamente dicha.

Las operaciones de liquidación de la comunidad conyugal suelen presentar mayores dificultades que las de liquidación de la comunidad hereditaria o de la sociedad ordinaria, porque no se trata simplemente de cobrar los créditos y pagar las deudas pendientes en el momento de la disolución, sino de reconstruir y calificar adecuadamente todas aquellas relaciones jurídicas de contenido patrimonial habidas durante el matrimonio -bien entre el patrimonio común y los privativos, bien entre los cónyuges o uno de ellos y terceras personas- sobre las que los partícipes mantengan posiciones enfrentadas. Para determinar los bienes y derechos que integran el caudal remanente a dividir entre los partícipes hay que realizar las llamadas "operaciones de liquidación".

Tanto el art. 264 (*liquidación concursal*) como el 265 (*liquidación ordinaria*) parten de que, formalizado el inventario, la primera operación a realizar es la integración del activo consorcial para determinar si el activo inventariado es efectivamente inferior o superior al pasivo consorcial. La reintegración del activo consorcial exige, por una parte, la separación y restitución de aquellos bienes que se hallan en la comunidad pero pertenecen privativamente a los cónyuges o a terceras personas, y, por otra, la realización de los créditos consorciales cobrables. Entre estas operaciones

hay que incluir la compensación de lo debido por la masa común a los patrimonios privativos con lo que éstos, por cualquier concepto, deban a aquélla (art. 265.1.1º). No será infrecuente que algunos créditos consignados en el inventario como cobrables no puedan ser realizados, con lo que puede suceder que el signo del inventario deje de ser positivo.

La Compilación regulaba exclusivamente la liquidación *ordinaria* dando a entender que la “no ordinaria” o concursal se regiría por otras normas que no podían ser otras que las de la concurrencia y prelación de créditos. La reforma de 2003, teniendo en cuenta el precepto que sobre liquidación concursal existía en los Proyectos aragoneses de Compilación, contempla expresamente ambos tipos de liquidación.

### 7. Liquidación concursal.

Según el art. 264, *cuando el activo inventariado no baste para satisfacer las deudas consorciales y los reintegros a los patrimonios privativos, se aplicarán las normas sobre concurrencia y prelación de créditos*. Cfr. art. 1.399.2 Cc. Por tanto, cuando el patrimonio común, después de haberse reintegrado de los créditos cobrables, no sea bastante para satisfacer las deudas consorciales y los reembolsos a los patrimonios privativos, se aplican las normas sobre concurrencia y prelación de créditos contenidas en los arts. 1.921 y siguientes del Código civil, dando a las deudas y a los reembolsos la consideración que conforme a tales preceptos les corresponda; los titulares de créditos que no ostentan algún privilegio específico de los sancionados en los arts. 1921 y ss. del Cc., se someten al principio de la *par conditio creditorum*.

Los arts. 1.912 a 1.920 y los párrafos A y G del ap. 2 del art. 1.924 del Cc. han sido derogados por la Ley Concursal, que también ha incluido en el art. 1.921 Cc. un párrafo 2º (DF 1ª LC) que textualmente señala: *En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal*; esta Ley ha respetado la mayoría de los privilegios crediticios anteriormente existentes en el Código civil. Pero que el activo consorcial no baste para satisfacer el pasivo consorcial, no implica que sea necesario declarar en concurso de acreedores a los cónyuges o a alguno de ellos (el consorcio conyugal nunca puede tener la condición de concursado) porque el deudor o deudores pueden ser solventes si se tienen en cuenta sus bienes privativos.

La regulación aragonesa no establece preferencia alguna entre los terceros acreedores por deudas consorciales y los cónyuges acreedores de reintegros contra el patrimonio común; tampoco concede privilegio alguno a los acreedores por deudas alimenticias (contra: arts. 1.399.1 y 1.403 Cc.).

## 8. Liquidación ordinaria.

*A. Orden legalmente previsto.* Una vez determinado que existe efectivamente un activo consorcial superior al pasivo y cuál sea aquél, la liquidación será ordinaria y seguirá el orden lógico que marca el art. 265. En realidad, si el activo es superior al pasivo, el orden de la liquidación no debería alterar el resultado, siempre que se respeten, en tanto sea posible, los bienes objeto de ventajas o derecho de adjudicación preferente (art. 265.3).

El orden de la liquidación ordinaria previsto en el art. 265.1 es el siguiente:

1.º *Compensación de lo debido por la masa común a los patrimonios privativos con lo que éstos, por cualquier concepto, deban a aquélla.*

2.º *Imputación del saldo acreedor favorable a la comunidad en la respectiva participación en el consorcio del cónyuge deudor, hasta agotar su importe, salvo que opte por el reembolso en metálico o se acuerde su pago mediante dación de bienes de los patrimonios privativos.*

3.º *Reembolso a la comunidad del saldo acreedor que no haya podido ser objeto de imputación, que también podrá acordarse que se haga mediante dación de bienes de los patrimonios privativos.*

4.º *Pago a terceros de las deudas vencidas y aseguramiento de las pendientes.*

5.º *Reintegro a cada uno de los patrimonios privativos del saldo acreedor resultante de la compensación del número 1.º, que, a falta de metálico suficiente, podrá hacerse mediante dación en pago de bienes consorciales.*

*B. Compensación de créditos y deudas entre la masa común y los patrimonios privativos.* Lo primero, en buena lógica, es tratar de simplificar, mediante la oportuna compensación de créditos y deudas, las relaciones entre la masa consorcial y los patrimonios privativos de los cónyuges, atendiendo para ello a lo dispuesto en el art. 226.

*Los patrimonios de los cónyuges y el común deben reintegrarse entre sí aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de los otros (art. 226.1); los reembolsos y reintegros se harán, según dice el ap. 2 del art. 265, por su importe actualizado al tiempo de la liquidación; pero, además, los patrimonios privativos deben indemnizar al común el importe actualizado de los daños y perjuicios uno u otro cónyuge le hayan causado por acción dolosa o gravemente negligente (art. 226.4).*

Lo debido por la masa común a los patrimonios privativos son los reintegros (art. 226.2), pero lo debido por los patrimonios privativos al común son los reembolsos (art. 226.3) y las indemnizaciones (art. 226.4) que por cualquier concepto le deban.

De la compensación resultará un saldo que puede ser favorable a la comunidad o favorable a uno u otro cónyuge.

*C. Cobro por imputación del saldo favorable a la comunidad.* Cuando el saldo de la operación de compensación con un patrimonio privativo es favorable a la comunidad, el cónyuge deudor puede optar por pagarlo en metálico; en otro caso, se imputa en su participación en el consorcio, hasta agotar su importe; no obstante, el legislador ha previsto también otra forma de pago de este saldo acreedor favorable a la comunidad que requiere el acuerdo de los partícipes: se puede acordar su pago mediante dación de bienes del patrimonio privativo del deudor (art. 265.1.2°).

*D. Cobro mediante reembolso del saldo favorable a la comunidad en cuanto no haya podido ser objeto de imputación.* Si el saldo favorable a la comunidad no ha podido ser objeto de imputación en su totalidad, el resto debe ser pagado en metálico por el cónyuge deudor (reembolso a la comunidad), salvo si media acuerdo para que se haga mediante dación de bienes privativos del deudor (art. 265.1.3°).

*E. Pago o aseguramiento de lo debido a terceros.* El siguiente paso es pagar a los terceros las deudas de cargo o responsabilidad de la comunidad ya vencidas y el aseguramiento de las pendientes (art. 265.1.4°).

La disolución del consorcio conyugal no conlleva el vencimiento de las deudas pendientes, pero para que la partición adquiera mayor fijeza se requiere asegurar su pago: no es preciso, a tal fin, constituir verdaderos derechos de garantía, sino que basta con la adjudicación de bienes para el pago a alguno de los partícipes, bien como mero encargo, bien como asunción de la deuda (entre los partícipes) o bien convirtiéndose en el único deudor si lo acepta el acreedor (novación). Si no se cumplen estas previsiones legales, señala el art. 268.1 que la división del patrimonio común no modifica la responsabilidad por deudas que correspondía a los bienes comunes (*vid.* STS 18 abril 1992).

*F. Pago del saldo favorable al patrimonio privativo.* Cuando el saldo resultante de la compensación practicada conforme al número 1° del art. 265.1 es favorable al patrimonio privativo, hay que proceder al pago en metálico de esta deuda común (reintegro); si bien, a falta de metálico suficiente, dice el art. 265.1.5° que el pago podrá hacerse mediante dación en pago de bienes consorciales. Es esta una posibilidad general, aplicable también al pago a terceros, que requiere el consentimiento del acreedor (*cf.* art. 1.400 Cc.) y respetar, en tanto sea posible, los bienes objeto de ventajas o adjudicación preferente (art. 265.3).

Las relaciones de crédito-deuda de los patrimonios privativos de los cónyuges entre sí no se tienen en cuenta en las operaciones de liquidación de la comunidad conyugal -tampoco sus deudas privativas- hasta que sean pagados los acreedores por deudas comunes (cfr. art. 1.034 Cc.).

G. *Reserva de los bienes que pueden ser objeto de ventajas o de derecho de adjudicación preferente.* El ap. 3 del art. 265 contiene una norma de carácter procesal según la cual *si para las operaciones precedentes fuera necesario vender o dar en pago bienes consorciales, se respetarán en tanto sea posible, los mencionados en los dos artículos siguientes*, es decir, las ventajas y los bienes que pueden ser objeto de adjudicación preferente. La norma pretende facilitar la efectividad de tales derechos subjetivos haciendo que las enajenaciones o daciones en pago se hagan con otros bienes, siempre que los haya y sean suficientes.

### 9. Liquidación de varias comunidades.

Sin previa división de la anterior comunidad conyugal, el cónyuge sobreviviente o -desde 1981- los cónyuges divorciados (la reforma aragonesa de 1985 contemplaba ya esta posibilidad) pueden contraer ulteriores nupcias (una o más veces) y originar nuevos consorcios conyugales que, en su día, también se extinguirán.

La falta de liquidación y división del anterior patrimonio conyugal no es causa que impida que el nuevo matrimonio de uno o ambos cónyuges pueda estar regido por las normas del consorcio conyugal y generar, por tanto, nuevas comunidades conyugales.

La enmienda 115 proponía, por estimarlo más conveniente, añadir al precepto sobre liquidación de varias comunidades un nuevo párrafo con el siguiente texto: *2. La falta de dicha liquidación, previa a la celebración del segundo o ulterior matrimonio, determinará que éste se contrae bajo régimen obligado de separación de bienes.* Era esta una propuesta bien intencionada, pero que afectaba a la libertad de regular la economía del matrimonio, no sólo de la persona que vuelve a casarse, sino de los terceros que casan con ella y que, en cualquier caso, era incompatible con el mantenimiento del régimen tradicional previsto en el art. 269.

El art. 269, con la sola supresión de la referencia a la comunidad continuada, coincide literalmente con el 59 Comp. y dice así: *Cuando, extinguida la comunidad, contrae uno de los anteriores cónyuges ulteriores nupcias sin previa liquidación, se hará separadamente la liquidación de cada comunidad. Entre ellas se verificarán los reintegros y reembolsos que procedan. Los bienes y deudas cuya condición no pudiera ser exactamente determinada se distribuirán equitativamente, atendiendo además al tiempo y duración de cada comunidad y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges.*

## 10. Aventajas.

Si la liquidación las ha respetado, antes de la división del patrimonio ya liquidado se detraen las ventajas (art. 267.1): operación, por tanto, previa a la división, pero que no es estrictamente liquidatoria. No obstante, para que puedan existir ventajas es preciso que las operaciones de liquidación (venta o dación en pago de bienes consorciales) no hayan afectado a los bienes “aventajables”, que ordena respetar, en tanto sea posible, el ap. 3 del art. 265.

Según el ap. 1 del art. 266 *los cónyuges tienen derecho a detraer de los bienes comunes, como ventajas, sin que sean computados en su lote, sus bienes de uso personal o profesional de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial.*

Estas ventajas no quedan reducidas, como quedaban en la Compilación, al caso de disolución por muerte sino que se generalizan a cualquier caso de disolución del consorcio.

La detracción de ventajas cumple la función de evitar la brusca interrupción de los hábitos personales y profesionales de los cónyuges o del sobreviviente de ellos concediéndoles el derecho, que el ap. 3 del art. 266 califica de personalísimo y no transmisible a los herederos, a quedarse determinados bienes muebles comunes relacionados con su persona o profesión sin imputárselos en su lote. Las ventajas parecen un derecho de origen legal derivado del régimen matrimonial legal que, al disolverse, permite considerar privativos bienes que antes no lo eran.

En el art. 266.2 se hace referencia a las ventajas propias exclusivamente de la disolución del consorcio por muerte: *Fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente podrá detraer ajuar de casa en consonancia con el tenor de vida del matrimonio; además de cualesquiera otros bienes comunes que, como tales ventajas, le conceda la costumbre local.*

## 11. División y adjudicación.

Dispone el art. 267.1 que *liquidado el patrimonio y detraídas las ventajas, el caudal remanente se dividirá y adjudicará entre los cónyuges o sus respectivos herederos por mitad o en la proporción y forma pactadas.* Esta norma coincide sustancialmente con la del art. 58.1 Comp., en la que se han introducido algunas precisiones: las referencias a las ventajas, a los cónyuges o a sus respectivos herederos y a la proporción.

La partición no es un acto meramente declarativo, tampoco es un acto de disposición, es para la doctrina mayoritaria un acto de materialización o especificación en bienes concretos del valor de la cuota de cada partícipe.

Los acreedores por deudas comunes reconocidos como tales pueden oponerse a que se lleve a efecto la división del patrimonio consorcial hasta que se les pague o asegure el importe de sus créditos (*cf.* art. 370.1); los acreedores personales de los cónyuges y partícipes pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (*cf.* art. 370.2), y, una vez pagados o garantizados los créditos de los acreedores por deudas comunes, pueden pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del cónyuge o partícipe deudor (*cf.* 1.034 Cc.); este mismo derecho corresponde al partícipe que resulte en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, salvo que el deudor pague voluntariamente (*cf.* art. 1.405 Cc.).

El caudal remanente se divide en dos partes o lotes, que a falta de pacto, serán iguales; el pacto que desiguale a los cónyuges si es anterior a la disolución debe constar en capítulos matrimoniales, pero en todo caso los partícipes pueden partir en la forma que tengan por conveniente, a salvo los derechos adquiridos por acreedores y legitimarios.

Salvo pacto distinto, se observarán, con las adaptaciones precisas, las normas de la partición de la herencia sobre formación de lotes (*cf.* arts. 1.061, 1.062 Cc.), abono de frutos y deducción de gastos de partición (arts. 1.063, 1.064 Cc.), entrega de títulos de pertenencia (arts. 1.065, 1.066 Cc.), retracto (arts. 1.067, 1.522 Cc.); también parece aplicable, con las adaptaciones precisas, la regulación sucesoria sobre efectos de la partición (arts. 1.068 y ss. Cc.) y su rescisión (arts. 1.073 y ss. Cc.).

Dice la SAPZ 19 enero 2000 que las operaciones particionales, aun después de aprobadas, pueden ser impugnadas, por las causas comunes a todos los negocios jurídicos (nulidad o anulabilidad) y, además, por rescisión por lesión o infravaloración de la porción que corresponde al impugnante (arts. 1.074 y ss. Cc.: la acción prescribe a los 4 años), así como por omisión de bienes (art. 1.079 Cc.); ésta permite completar la liquidación y -según la jurisprudencia- es imprescriptible (STS 27 junio 1995). También la liquidación practicada en convenio regulador homologado judicialmente es rescindible por lesión y puede ser completada en caso de omisión de bienes (*vid.* Ss. APZ 29 febrero 2000 y APH 27 octubre 1998).

La jurisprudencia del TS ha admitido que cuando los únicos bienes comunes son el piso destinado a vivienda familiar y el garaje anejo se proceda a su liquidación mediante el procedimiento de división de cosa común, a practicar con arreglo al art. 404 Cc. por ser cosa indivisible (*vid.* SAPZ 30 octubre 2001).

## 12. Derecho de adjudicación preferente.

El art. 267.2 concede a cada cónyuge un derecho potestativo, denominado “de adjudicación preferente”, que la Compilación limitaba al cónyuge sobreviviente y que la reforma de 2003, salvo para la vivienda, ha extendido a todas las causas de disolución.

Este derecho permite a su titular, siempre que hayan sido excluidos de las ventas o daciones en pago de bienes consorciales realizadas en la liquidación, hacer *que se incluyan con preferencia en su lote, sin perjuicio de las compensaciones que procedan, los siguientes bienes:*

*a) Los bienes comunes que hubieran pertenecido a su familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya.*

*b) Los bienes de uso personal o profesional que no constituyan aventajas.*

*c) La empresa o explotación económica que dirigiera.*

*d) Las acciones, participaciones o partes de sociedades adquiridas exclusivamente a su nombre, si existen limitaciones, legales o pactadas, para su transmisión al otro cónyuge o sus herederos, o cuando el adquirente forme parte del órgano de administración de la sociedad.*

*e) El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.*

*f) Los bienes que hubiera aportado al consorcio.*

*g) En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde al tiempo del fallecimiento el matrimonio tuviera su residencia habitual.*

Hay importantes novedades con respecto al texto del art. 58.2 Comp. Son nuevas las letras a), d), e) y g). El derecho sobre la vivienda residencia habitual se limita al caso de disolución por muerte (letra g). La letra a) guarda relación con lo dispuesto por el art. 216 sobre los bienes de origen familiar, aunque este derecho de adjudicación preferente se limita a los bienes de abolorio. La letra d) está en relación con la condición consorcial que se predica para estos bienes en la letra k) del art. 210.2, aunque existan limitaciones a la transmisibilidad. Las letras e) y g) están inspiradas en el art. 1.406 del Código civil.

En relación con la empresa o explotación económica que dirigiera y la vivienda, parece que quien puede exigir la adjudicación en propiedad también debe poder pedir simplemente que se constituya sobre ella a su favor un derecho de uso o habitación, consiguiendo así disminuir el valor de la adjudicación preferente (*cf.* art. 1.407 Cc.).

El art. 78.4 de la Ley Concursal ha establecido un derecho de adjudicación preferente en favor del cónyuge del concursado cuando la vivienda

habitual del matrimonio pertenezca a la comunidad conyugal y proceda la liquidación del consorcio, en cuyo caso el citado cónyuge *tendrá derecho a que aquélla se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso.*

### 13. Las deudas comunes tras la división.

*A. La división no perjudica los derechos ya adquiridos por terceros.* Es posible que realizada la división y adjudicación del caudal remanente existan deudas comunes vencidas que no han sido pagadas o deudas pendientes cuyo pago no ha sido asegurado al hacer la liquidación. Producida la partición cada partícipe es titular exclusivo de los bienes adjudicados, pero este hecho no conlleva la división de las deudas comunes no pagadas, ni perjudica los derechos adquiridos por los acreedores consorciales sobre los bienes que eran comunes, derechos que siguen siendo preferentes sobre los de los acreedores personales de los cónyuges y partícipes herederos (*vid.* STS 18 abril 1992).

Esta es la idea, extensiva a la situación de los acreedores por deudas privativas, plasmada en la reforma de 2003 en el ap. 1 del art. 268: *La división no modifica la responsabilidad por deudas que correspondía a los patrimonios privativos o al común.*

*B. Responsabilidad de los cónyuges o sus herederos.* Los acreedores de la comunidad cuentan ahora, al haber desaparecido la masa de bienes comunes, con la responsabilidad ilimitada del deudor -o deudores: cargas del matrimonio, deudas contraídas conjuntamente- o, si ha fallecido, de sus herederos (responsabilidad, entonces, limitada a los bienes del caudal relicto: art. 355); pero además cuentan con la responsabilidad solidaria del cónyuge no deudor o sus herederos, responsabilidad limitada en todo caso (aunque no se haya hecho inventario; contra: art. 1.401 Cc.) a los bienes comunes que les hayan sido adjudicados (*cfr.* art. 371.1).

Es art. 268.2 el que, trasladando a este ámbito los principios del sistema aragonés de responsabilidad de los coherederos, dispone: *El cónyuge no deudor o sus herederos responderán solidariamente de las deudas comunes, pero exclusivamente con los bienes que les hayan sido adjudicados, aunque no se haya hecho inventario. Sin embargo, cuando dichos bienes no sean suficientes, responderán con su propio patrimonio del valor de lo adjudicado que hayan enajenado o consumido, así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes recibidos.*

El ap. 3 del art. 268 contempla las acciones de repetición para evitar el empobrecimiento sin causa del que haya pagado más de lo que le corres-

ponde en la relación interna. Dice así: *Si como consecuencia de ello resultare haber pagado un partícipe mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra los que resultasen favorecidos y en la proporción en que lo hayan sido.*

Por su parte, el cónyuge (o sus herederos) que sea acreedor del consorcio puede también reclamar del otro o sus herederos el pago de su crédito, pero deducida su parte proporcional como tal partícipe (*cfr.* art. 371.2), a menos que a consecuencia de la partición hubiere quedado él solo (o sus herederos) obligado al pago de tal reintegro (*cfr.* art. 371.3).

C. *La ejecución sobre bienes consorciales adjudicados al cónyuge no deudor.* De acuerdo con el ap. 1 del art. 144.4 Rh., disuelto el consorcio conyugal, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos (concuera, pues, con el art. 252.1).

Cuando constare en el Registro también su liquidación, el embargo será anotable, de conformidad con el ap. 2 del art. 144.4 Rh., si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o si del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquélla (la inscripción de la liquidación; este requisito de que la notificación del embargo sea anterior a la inscripción de la liquidación del consorcio contradice la regulación sustantiva).

La mujer interpuso tercería de dominio solicitando el levantamiento de los embargos sobre bienes a ella adjudicados en la partición e inscritos a su nombre en el Registro. Invocó el dominio de los bienes embargados, dominio acreditado con la escritura pública de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal. Pero no se trata - dice el A. APZ 18 julio 2000- de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente consorciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, que no puede perjudicar en ningún caso tales derechos, y teniendo el marido facultades para obligar dichos bienes en el ejercicio de su profesión, era manifiesta la improcedencia de la tercería para liberar tales bienes de las trabas a que están sujetos.

En cuanto a si la esposa es tercero hipotecario, dice el citado Auto que no concurren los requisitos del art. 34 Lh., ni el principio de legitimación registral proclamado en el art. 38 Lh es obstáculo al embargo, ya que precisamente en garantía de los acreedores del consorcio conyugal la Ley faculta para perseguir los bienes que ostentan tal naturaleza aunque estén legalmente en poder y posesión de uno de los cónyuges como bienes pri-

vativos en virtud del cambio de régimen económico matrimonial, es decir, aunque registralmente estén a nombre de su esposa y el deudor que los obligó fuera el esposo, posibilitando la anotación preventiva de embargo el art. 144 Rh.

No es imprescindible acudir a un juicio declarativo contra el cónyuge actual titular registral de bienes que fueron comunes, porque la nueva Lec. posibilita al acreedor hacer valer la inoponibilidad de la división del consorcio también en el proceso de ejecución, al permitir dirigir la ejecución contra los propietarios de bienes especialmente afectos al pago de una deuda (art. 538. 2 y 3 Lec.), propietarios que podrán defenderse alegando la privatividad de la deuda por el cauce previsto en el art. 541.2 Lec. Será inexcusable que el acreedor aporte elementos de juicio al juez que hagan verosímil y “razonable” la responsabilidad de esos bienes, titularizados formalmente al tiempo de la ejecución a favor del cónyuge no deudor, esto es que la deuda es consorcial y que los bienes formaron parte del consorcio (arts. 549.1.5º y 550 Lec.). Si el tribunal de la ejecución valora que estas circunstancias se dan, será factible este embargo y su anotación en el Registro de la Propiedad, lo que conllevará la necesidad de plasmar en el mandamiento judicial la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo, requisito exigido por el art. 144.4 Rh. Los arts. 538 y 541 Lec. suponen una modalización del art. 38 Lh., en el que se regula la llamada tercería registral, en cuanto la misma será inviable frente a una resolución judicial dictada en un procedimiento de apremio en el que el juez haya entendido que esos inmuebles, aun de tercero, están afectos al cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo (MEDRANO SÁNCHEZ).

**BIBLIOGRAFÍA:** La misma del § 14. BONET NAVARRO, Ángel: “El recurso de casación y las sentencias de apelación dictadas en el proceso incidental del art. 809.2 LEC”, *RDCA*, 2010, págs. 11-65. CALATAYUD SIERRA, Adolfo: “La liquidación del consorcio conyugal aragonés”, en *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 65-94. FORCADA MIRANDA, Javier: “La liquidación del consorcio conyugal aragonés. El procedimiento judicial”, en *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 95-113. MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: “Aventajas forales en el Derecho aragonés”, en *Libro Homenaje en memoria de Pablo Casado Burbano*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Zaragoza, 2007, págs. 91-105. SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ RIOBOO, Javier: “La liquidación del consorcio conyugal aragonés. Liquidación concursal”, en *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 115-122.



## § 16. LA VIUDEDAD

*Carmen Bayod López*

### 1. Concepto y estructura.

*A. Concepto.* La viudedad foral aragonesa podría definirse como el usufructo que corresponde al cónyuge supérstite sobre todos los bienes del cónyuge premuerto, así como sobre los bienes enajenados si sobre ellos subsiste el derecho expectante; configurándose, en consecuencia, la viudedad como universal (sobre todos los bienes muebles e inmuebles) del que primero fallezca, y sin perjuicio de los posibles pactos en orden a su reducción, exclusión o limitación (art. 272-1 y 2 CDFA).

La anterior definición cabe deducirla de los arts. 192, 271 y 101 283 CDFA.

El art. 271 CDFA dispone en su párr. 1º que: *La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca.* En el mismo sentido se pronuncia, en sede de *Efectos Generales del Matrimonio*, el art. 192 CDFA.

Por otro lado, el art. 283 CDFA, establece que: *El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho al usufructo sobre todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y lo dispuesto en los artículos anteriores.*

El precepto afirma, por un lado, que el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el usufructo sobre todos los bienes del premuerto, sin exigir la necesidad actual de expectante, y ello no porque pueda haber viudedad sin expectante (éste estará en fase de latencia) sino porque puede ser renunciado o excluido anticipadamente, subsistiendo el

usufructo sobre los bienes de los que el premuerto no hubiera dispuesto; claro síntoma de la existencia y latencia del derecho expectante como primera fase de la viudedad.

Por otro lado, se afirma y recuerda la subsistencia del usufructo viudal para aquellos casos en los que, a pesar de la enajenación del bien, no hubo extinción del expectante, bien porque no se consintió la enajenación o gravamen bien porque no se renunció al expectante (arts. 280 y 281 CDFa).

*B. Estructura.* La viudedad aragonesa es una institución unitaria que se articula en dos fases, derecho expectante y usufructo, fases diversas en su manifestación y contenido jurídico (cfr. STSJA 11 julio 1994).

A la primera fase se refiere de forma expresa el párr. 2 del art. 271: *Durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como derecho expectante*; a la segunda, la fase de usufructo, se refiere el art. 283: *El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo sobre todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y lo dispuesto en los artículos anteriores.*

La viudedad constante matrimonio se manifiesta como derecho expectante, esto es, mediante la afección jurídica de todos los bienes —muebles e inmuebles, comunes y privativos— a un eventual usufructo sobre ellos en favor del cónyuge supérstite: *De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del art. 271, durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como derecho expectante a favor de cada uno de los cónyuges sobre los bienes del otro y de los consorciales* (art. 279 CDFa).

Pero todavía, en esta fase el derecho expectante adquiere diverso relieve y efectos jurídicos dependiendo de los bienes sobre los que recaiga: muebles o inmuebles (arts. 280, 281 y 282).

Posteriormente, fallecido uno de los cónyuges, la viudedad adopta la forma de usufructo viudal, gozando y disfrutando el sobreviviente, en este concepto, sobre todos los bienes que el premuerto no hubiera enajenado o habiéndolo hecho subsistiera sobre ellos el derecho expectante (art. 279-1 CDFa).

## 2. Naturaleza y caracteres.

*A. Naturaleza.* Como afirma el art. 271 CDFa, la causa eficiente que atribuye el usufructo viudal aragonés a uno de los cónyuges no es la muerte del otro, sino la celebración del matrimonio ( STSJA 11 julio 1994, Ss. APZ 7 febrero 1996 y 27 de marzo de 2007).

La viudedad aragonesa es por ello una institución de Derecho de familia y no una institución sucesoria, como suele ser el usufructo del cónyuge viudo que se le asigna a la muerte de su cónyuge y tiene mayor o menor extensión según los parientes con los que el viudo concurra a la sucesión.

El cónyuge viudo, titular de la viudedad, no es un heredero ni un legatario del cónyuge premuerto, ese usufructo no se articula en base a la muerte del cónyuge, sino en virtud de haber contraído matrimonio con el premuerto y tener, desde ese momento, una expectativa al usufructo de esos bienes (derecho expectante).

Siguiendo al profesor LACRUZ, podemos afirmar que la viudedad foral aragonesa se concibe como institución familiar de carácter legal.

La viudedad es, en definitiva, un beneficio legal en favor del viudo, que no depende de la voluntad del causante. Por ello, el derecho del viudo se antepone a los acreedores del causante y a los herederos de aquél, debido a que la viudedad concedida al cónyuge supérstite no es una adquisición sucesoria y a título lucrativo, sino una ventaja matrimonial que surge como consecuencia de la celebración del matrimonio.

*B. Caracteres. El derecho de viudedad es inalienable e inembargable, según establece el art. 273 CDFa.*

De estos caracteres se derivan las siguientes notas que caracterizan a la viudedad como un derecho personalísimo, insusceptible de gravamen e imprescriptible (cfr. STSJA 11 julio 1994).

Lo anterior significa que el derecho de viudedad, ni en su fase de derecho expectante ni de usufructo, puede adquirirse derivativamente y que este derecho no puede ser objeto de hipoteca o embargo. Y ello sin perjuicio de que se pueda disponer de los bienes objeto de usufructo, concurriendo a la enajenación el viudo y los nudo propietarios, y que los frutos y rentas que genere el usufructo viudal sí puedan ser objeto de gravamen y embargo por las deudas personales del viudo (art. 290-4 CDFa y A. Presidente TSJA 7 de marzo de 2001)

Los caracteres predicados en el art. 273 CDFa no impiden la posibilidad de exclusión (art. 272-2 CDFa), renuncia a (art. 274 CDFa), o privación (art. 275 CDFa) del derecho de viudedad (STSJA 11 julio 1994).

### **3. Origen de la viudedad.**

*A. Ley aplicable a los efectos del matrimonio: ¿Qué matrimonios tienen viudedad?* El art. 271 CDFa sitúa el origen y nacimiento de la viudedad foral en la celebración del matrimonio, siguiendo con ello la tradición histórica aragonesa.

Por lo tanto, tendrán viudedad, tanto en su fase de derecho expectante como de usufructo (salvo pactos que limiten o excluyan el derecho) los cónyuges unidos en matrimonio cuyos efectos civiles se rijan por el Derecho civil aragonés conforme al art. 9.2 en relación con el art. 16.2, ambos del Código civil.

En consecuencia, cuando cualquiera de los puntos de conexión que establece el art. 9.2 Cc. señalen como ley rectora de los efectos del matrimonio la ley civil aragonesa, dichos cónyuges, aun no siendo ninguno de ellos aragoneses, y cualquiera que sea su régimen económico matrimonial, tendrán atribuida, como un efecto más del matrimonio, la viudedad foral aragonesa. Por ello también, no compete este derecho a los matrimonios que se rijan por ley distinta de la aragonesa, aun cuando alguno de los cónyuges fuera aragonés, si la ley que rige los efectos del matrimonio no es la aragonesa.

Así, por ejemplo, y a falta de capítulos, si una aragonesa se casa con un catalán y fijan su domicilio inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en Sevilla, los cónyuges no tendrán viudedad.

Por el contrario, si un gallego se casa con una navarra sin haber otorgado capítulos estableciendo su domicilio común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en Aragón o, si tienen diversos domicilios por razón de trabajo, celebraron el matrimonio en territorio aragonés, tendrán viudedad.

Desde luego, tendrán viudedad, salvo que voluntariamente la excluyan, los cónyuges aragoneses aun cuando residan o celebren su matrimonio fuera de Aragón.

Una vez que se adquiere la viudedad, y salvo renuncia o limitaciones por parte de los cónyuges, es para siempre; aun cuando los cónyuges cambien su régimen económico matrimonial o siendo aragoneses, adquieran otra vecindad civil (arts. 9-8 y 16-2 Cc. y AP Valencia 10 febrero 1997)

Los cónyuges cuyos efectos del matrimonio no se rijan por la ley aragonesa nunca tendrá viudedad foral aragonesa, aun cuando siga vigente el art. 16-2 Cc., que afirma que tendrán viudedad foral aragonesa (*El derecho de viudedad regulado en dicha Compilación*, dice textualmente el Cc.) los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación.

Esto pudo ser así hasta 1978, cuando en España sólo había un legislador, pero desde la promulgación de la CE dejó de serlo, porque el legisla-

dor del Código civil no tiene competencia para establecer cuándo nace el Derecho de viudedad, y este sólo nace con la celebración del matrimonio y no con el régimen económico matrimonial de consorciales o de separación de bienes que regula el Código foral.

Por ello también, y en relación con todo lo anterior, cabe afirmar que el usufructo vidual que se regula en el art. 16.2. II Cc. no es viudedad foral aragonesa, pues, por un lado, el legislador estatal no tendría competencias para ello (art. 149.1.8º CE en relación con el art. 35.4 EA aragónés) y, por otro, ese usufructo vidual tiene naturaleza sucesoria y no familiar, pues obsérvese que se concede al cónyuge supérstite un usufructo cuya causa es la muerte de uno de los cónyuges y no la celebración del matrimonio entre ellos.

*B. Compatibilidad de la viudedad con cualesquiera regímenes matrimoniales.* La viudedad es un efecto civil del matrimonio pues éste es la causa y origen de la misma (art.192 CDFA en relación con el art. 9º.2 Cc.).

La viudedad es un efecto general del matrimonio, como así lo establece el CDFA (art. 192) que debe aplicarse a todo matrimonio sujeto al Derecho civil aragónés, con independencia de cuál sea el régimen matrimonial pactado y efecto, que una vez producido permanece aun cuando los cónyuges cambien su vecindad civil o su régimen económico matrimonial (cfr. SAP Valencia 10 febrero 1997).

Ello significa que la viudedad no depende del régimen económico matrimonial sino de que la ley aplicable a la celebración del matrimonio sea la aragonesa.

Así se deduce con toda claridad del art. 192 CDFA: *La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primer fallezca, con las consecuencias y la regulación contenidas en el título V de este Libro.*

En razón de ello, el párr. 3 del art. 271 afirma que *El derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen económico matrimonial.* Con esta afirmación se despejan dudas que pudieron surgir en razón de ciertas afirmaciones forenses, que consideraban incompatible el derecho de viudedad con el régimen de separación de bienes (STSJA 30 octubre 1996, voto particular del Presidente).

#### **4 Ámbito objetivo de la viudedad.**

*A. Ámbito legal: Viudedad universal.* El art. 271-1 CDFA configura legalmente a la viudedad como universal, pues recae sobre todos los bienes del que primero fallezca.

Ahora bien, aun configurándose legalmente la viudedad como universal, la misma puede ser objeto de reducción, limitaciones y aun privación, al tenor de los arts. 272-1 en relación con los arts. 275, 277, y 283-3 CDFA.

*B. Reducción o exclusión convencional de la viudedad.*

*a) Regulación.* La viudedad puede ser reducida o excluida totalmente si así lo acuerdan ambos cónyuges, de manera que ya no recaerá sobre todos los bienes del que primero fallezca, sino que su extensión será la pactada por los cónyuges o bien definitivamente eliminada; sin perjuicio, en este último caso, de que en un momento posterior vuelvan a pactar su nacimiento.

A ambas posibilidades se refiere el art. 272 CDFA. Esta facultad concedida a ambos cónyuges se justifica en razón de la posibilidad que tiene cada uno de ellos abdicar de su propio derecho de viudedad mediante la renuncia al mismo (art. 274 CDFA).

No es necesario que esta reducción o exclusión sea recíproca y coincidente: bien podría uno de ellos mantener su viudedad universal y el otro reducir la suya a los inmuebles de su consorte, por ejemplo.

En el caso de exclusión de la viudedad conviene recordar que los cónyuges en Aragón no son legitimarios, el cónyuge supérstite nada percibirá de la herencia del causante salvo que fuera heredero del premuerto por sucesión legal o que aquél de forma voluntaria hubiera dispuesto a favor del supérstite alguna atribución sucesoria.

*b) Forma del pacto.* Para la validez de estos pactos se requiere que los cónyuges intervengan conjuntamente y manifiesten su voluntad bien en instrumento público bien en testamento mancomunado. Si los pactos son anteriores a la celebración del matrimonio, necesariamente deben otorgarse en capítulos matrimoniales.

*C. Exclusión voluntaria del derecho expectante.*

*a) Regulación.* El párr. 2 del art. 272 CDFA, en consonancia con el párr. 2 art. 274 del mismo, admite la exclusión del derecho expectante conservando, en su caso, el usufructo viudal: *Pueden asimismo pactar, en escritura pública, la exclusión del derecho expectante de viudedad conservando para su caso el de usufructo viudal.*

Con ello se pone fin, tal y como expresa el Preámbulo, a la interpretación de la Compilación que pasaba por considerar que la renuncia al derecho expectante, como las demás causas de extinción del mismo, comprendía, naturalmente, la extinción del derecho de viudedad en su

conjunto. En consecuencia, la renuncia o exclusión al derecho expectante no conlleva la renuncia al usufructo como así se deduce de la vigente regulación.

*b) Usufructo sin expectante: ¿viudedad de naturaleza sucesoria?* La admisibilidad de la renuncia al expectante conservándose el usufructo ha llevado a cierto sector de la doctrina (LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA). a afirmar que la viudedad se ve amenazada de perder su naturaleza familiar en favor de una naturaleza sucesoria, puesto que en estos casos la viudedad comienza a partir de la muerte de uno de los cónyuges y existe, por consiguiente, un usufructo sin expectante.

A mi juicio tales afirmaciones deben matizarse por cuanto: i) la viudedad es una institución familiar y de carácter unitario cuya naturaleza no puede ser modificada por la voluntad de los particulares; ii) la posibilidad de exclusión o renuncia del derecho expectante es una manifestación ineludible de su existencia, tal que el titular del derecho expectante, haciendo uso de él, lo ejerce para excluirlo, y facilitar el tráfico jurídico, sin menoscabo de la viudedad en su conjunto; y, iii) el derecho expectante excluido o renunciado queda latente, asemejándose ahora el régimen de disposición de los bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas al régimen de los bienes muebles (art. 282 CDFA, de los que siempre se ha podido disponer sin consentimiento del otro cónyuge manteniéndose el usufructo vidual sobre los no enajenados.

En definitiva, la exclusión o renuncia del derecho expectante no supone un cambio en la naturaleza de la viudedad ni la existencia de un usufructo sin expectante, sino que, al igual que sucede con la viudedad que recae sobre los bienes muebles, nos encontramos ante un régimen de disposición de bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas que excluye la aplicación de las previsiones del art. 280 CDFA, en este caso por voluntad de los particulares (arts. 272-2 y 274-2 CDFA) y no en función de la naturaleza no inmobiliaria o mercantil de los bienes. Régimen de disposición sobre bienes inmuebles que se asemeja al de muebles, semejanza que permite afirmar que el derecho expectante excluido sigue latente sobre todos los bienes inmuebles del cónyuge renunciante y que sólo se extingue definitivamente a través de las válidas enajenaciones que éste realice, de ahí que sobre los bienes no enajenados persista el usufructo (BAYOD, BIESA HERNÁNDEZ).

*c) Forma.* La exclusión paccionada del derecho expectante de viudedad, al igual que la exclusión de la viudedad en su conjunto, debe ser acordada de mutuo acuerdo entre los cónyuges en escritura pública.

Igualmente, si el pacto es anterior a la celebración del matrimonio deberá constar para su validez en capítulos.

Respecto de la exclusión del derecho expectante no es posible su adopción en testamento mancomunado, evidentemente, porque el testamento sólo es eficaz al fallecimiento de uno de los cónyuges y el expectante, su subsistencia o exclusión, sólo tiene sentido en vida de ambos consortes.

*D. Voluntad unilateral de uno de los cónyuges como causa de exclusión del derecho de viudedad del otro consorte.*

a) *Regulación.* El art. 275 CDFA permite que cada cónyuge pueda en testamento privar a su consorte de su derecho de viudedad, *exclusivamente por alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de acuerdo con el art. 510.*

Esta causa de privación de la viudedad por voluntad unilateral de uno de los cónyuges opera desde el año 2003 si bien los tribunales ya insinuaron en alguna ocasión la relación entre desheredación y extinción de la viudedad (S APT 2 julio 1997).

b) *Forma.* La exclusión del derecho de viudedad de uno de los cónyuges por voluntad del otro, sólo es posible mediante disposición testamentaria.

En relación con ello, el párr. 2 del art. 275 establece que: *La prueba de ser cierta la causa corresponde a los herederos del cónyuge premuerto si el viudo la niega.*

*E. Voluntad unilateral de uno de los cónyuges como causa de exclusión del derecho de viudedad del otro consorte en el caso de descendencia no común.*

a) *Regulación.* El art. 283-3 CDFA admite, pero ahora con carácter voluntario, la limitación que, con carácter imperativo, establecía el ya derogado art. 73 Comp., que, como señala el Preámbulo del Código, era una limitación cuyo fundamento y finalidad no eran fáciles de identificar.

En concreto, y para el caso de existencia de descendientes no comunes y de sólo uno de los cónyuges, el Código permite a éste que: *Por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o escritura pública, podrán excluirse el usufructo viudal de los bienes de su herencia que recaigan en descendientes suyos que no sean comunes, siempre que el valor de esos bienes no exceda de la mitad del caudal hereditario.*

b) *Cónyuge legitimado. Requisitos.* El cónyuge titular de este derecho es el que tiene descendencia propia y no común a su consorte, sea ésta anterior o posterior a la celebración del matrimonio, y lo sea tanto por naturaleza como por adopción.

Descendientes son los hijos, nietos o biznietos, sin límite de grado del disponente.

La posibilidad de limitar el derecho del otro cónyuge solo opera cuando el legitimado tiene descendientes no comunes a su consorte y sobre ellos recae la herencia, ya que no opera esta exclusión de la viudedad sobre bienes de la herencia que pasen a terceros, aunque tales bienes formen parte del caudal hereditario (PARRA).

c) *Forma*. El cónyuge debe manifestar la exclusión del derecho de usufructo de su consorte en testamento o escritura pública.

d) *Extensión objetiva del usufructo en este caso*. El cónyuge disponente puede conseguir que sus descendientes, que no sean descendientes de su cónyuge, adquieran en plena propiedad la mitad del caudal hereditario sin el gravamen del usufructo de su cónyuge, extendiéndose la viudedad de éste al resto de los bienes afectos al derecho expectante, formen o no parte del caudal hereditario y con independencia de que pertenezcan a esos descendientes o a cualesquiera otras personas.

F. *Exclusión sobre determinados bienes por disposición voluntaria de un tercero*. A ello se refiere el art. 277 CDFR, que establece: 1. *El derecho de viudedad no comprende los bienes que los cónyuges reciban a título gratuito con prohibición de viudedad o para que a su fallecimiento pasen a tercera persona.* — 2. *Sin embargo los ascendientes no pueden prohibir o impedir que el cónyuge de su descendiente tenga viudedad en los bienes que transmitan a éste por donación o sucesión.*

a) *Bienes recibidos a título gratuito con prohibición o exclusión de viudedad*. La prohibición o exclusión del derecho de viudedad del consorte del cónyuge donatario sólo es válida si se incluye en el seno de la disposición a título gratuito del bien a que se refiera, y sólo será eficaz si el disponente, además, no es ascendiente del cónyuge favorecido (párr. 2 del art. 277 CDFR).

En cambio, tratándose de bienes recibidos a título oneroso, la exclusión o condicionamiento del derecho de viudedad del otro cónyuge habrá de considerarse contraria a norma imperativa aragonesa y, por tanto, nula de pleno derecho.

b) *Bienes sujetos a sustitución fideicomisaria con obligación de reservar*. La viudedad tampoco se extiende a los bienes *para que a su fallecimiento se transmitan a tercera persona*.

La exclusión de la viudedad sobre estos bienes se justifica en base al respeto a la voluntad del disponente, que designó a otras personas —dis-

tintas del cónyuge viudo— para que gozaran de los bienes a la muerte de fiduciario. Esta justificación es la que se alega desde la STS 17 junio 1899.

Como se desprende del precepto sólo se produce la exclusión de viudedad en la sustitución fideicomisaria con obligación de reservar y no en otras manifestaciones de la misma.

Por la misma razón, los bienes sujetos a sustitución legal preventiva de residuo (arts. 395-3, 419-3 y 531-2 CDFa) están afectos al derecho expectante de viudedad (BAYOD).

*c) El párr. 2 del art. 277: Los ascendientes no pueden prohibir o impedir que el cónyuge de su descendiente tenga viudedad en los bienes que trasmitan a éste por donación o sucesión.*

No encontramos en este párr. 2 ante una norma imperativa, límite expreso a la libertad de disposición de dichos ascendientes, que encuentra su explicación como una excepción a la regla general contenida en el pár. 1 del art. 277 CDFa.

En consecuencia, no tiene viudedad el cónyuge sobre los bienes recibidos por su consorte a título lucrativo con exclusión de aquélla, ni tampoco sobre los sujetos a sustitución fideicomisaria con obligación de reservar, salvo que, en ambos casos, los bienes procedan de un ascendiente del cónyuge beneficiario. Por lo demás, si el ascendiente prohíbe la viudedad al cónyuge de su descendiente en los bienes que transmita a título lucrativo, dicha cláusula se tendrá por no puesta, no afectando a la validez de la donación o disposición mortis causa.

*G. Derecho de transmisión y consorcio foral.* El art. 278 CDFa señala que forman parte del ámbito objetivo de la viudedad los bienes adquiridos a consecuencia del *iure transmissionis* así como los adquiridos por el acrecimiento derivado del consorcio foral (STSJA 10 de marzo de 2009)

## **5. Renuncia al derecho de viudedad.**

*A. Regulación.* El art. 274 CDFa dispone: 1. *Cada cónyuge puede renunciar, en escritura pública, a su derecho de viudedad sobre todos los bienes del otro o parte de ellos.* 2. *También es válida la renuncia, en escritura pública, solamente al derecho expectante de viudedad sobre todos los bienes del otro o parte de ellos.*

El art. 274 posibilita a los cónyuges la renuncia total o parcial a su derecho de viudedad, e incluso es posible renunciar al Derecho expectante conservando el usufructo (S. APZ 7 de marzo 1994).

Esta renuncia unilateral fundamenta el pacto de exclusión del derecho expectante.

*B. Requisitos y forma de la renuncia.* La renuncia, para ser válida y eficaz, ha de cumplir los siguientes requisitos:

Primero. Ha de ser expresa, así se deduce de los arts. 280-1 a y 301-1.b; no se presume nunca, ni vale la renuncia tácita; no lo es la previsión del art. 280-2 y 3 y 281 CDFA, pues las configura el legislador como causas de extinción.

En segundo lugar ha de constar en escritura pública, pero como señala el Preámbulo, *se admite ahora su validez sin forma siempre que se otorgue en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien*. Así lo establecen los arts. 280-1.a y 301-2.a (respecto del usufructo).

En tercer lugar, la renuncia es unilateral, no recepticia y abdicativa.

En cuarto lugar, al ser la viudedad un derecho personalísimo, su renuncia también lo es: no admite representación, sin perjuicio de la validez del poder expreso y para acto concreto (STAJA 2 diciembre de 2005).

En quinto lugar, la renuncia al derecho de viudedad es irrevocable.

Por último, y en sexto lugar, la renuncia a la viudedad puede ser total o parcial.

## **6. La publicidad de los pactos de renuncia o limitativos de la viudedad.**

Los pactos relativos al derecho expectante de viudedad pueden adoptarse tanto en el seno de unos capítulos matrimoniales como con ocasión de la modificación del régimen económico matrimonial pero también de una manera separada o independiente. La publicidad que proporciona el Registro civil, como indica BIESA HERNÁNDEZ, es en la actualidad tan sólo del régimen económico matrimonial y de sus modificaciones (art. 77 LRc. y 266 RRC.); si bien, al margen de la inscripción de matrimonio se han hecho constar también los pactos que atañen al expectante aun cuando no se modifique el régimen económico matrimonial (Orden de 1 de junio de 2001).

La Ley del Registro civil de 21 de julio de 2011, que entrará en vigor el 22 de julio de 2014, prevé expresamente en su art. Artículo 60, *Inscripción del régimen económico del matrimonio*, que 1. *Junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo*; a lo que creo, no hay duda de que aquí se incluye las limitaciones, renunciaciones o modificaciones que los cónyuges efectúan en relación al derecho expectante.

### **7. Favor viduitatis.**

El art. 272-3 CDFA establece que: *Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas al viudedad se entenderán siempre en sentido favorable a la misma*, lo que significa que las cláusulas limitativas de la viudedad serán de interpretación estricta: S. APZ 6 noviembre 1999.

### **8. Causas de extinción de la viudedad.**

El art. 276 CDFA regula las causas de extinción de viudedad en su conjunto.

*A. Disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte. Separación legal.*

*a) Causas.* A ella se refiere el párr. 1 del art. 276: *El derecho de viudedad se extingue necesariamente con la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte y por la declaración de nulidad. Se extingue también por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista.*

La causa de la viudedad es la celebración del matrimonio y otorga al supérstite el usufructo viudal, en principio, sobre todos los bienes del premuerto. Si el vínculo matrimonial desaparece por causa distinta de la muerte, nulidad o divorcio, no puede haber usufructo al no existir cónyuge viudo, de ahí que la nulidad extinga el usufructo también para el cónyuge de buena fe.

El párr. 2 del art. 276 señala como causa de extinción de la viudedad, salvo pacto en contrario y mientras subsista el vínculo matrimonial, la separación legal entre cónyuges. No se extingue por separación de hecho (SJPI n° 2 de Zaragoza 11 diciembre 1998; SJPI n° 4 de Zaragoza 27 septiembre 2005; SAPH 5 octubre 2006; SAPZ 14 julio 2006).

*b) Dies a quo.* La extinción de la viudedad se produce por la mera admisión a trámite de la demanda, con solución similar a la adoptada por el legislador aragonés en el libro III del CDFA, arts. 404, 438, 440-2 y 531-1 CDFA, para supuestos que pueden considerarse semejantes.

*B. Por incurrir el supérstite en causa de indignidad.* Por último, y como señala el pár. 3 del art. 276: *Se extingue también cuando al fallecer un cónyuge, incurre el supérstite en alguno de los supuestos enumerados en artículo 328 como causas de indignidad.*

*C. Otras causas.* También se extinguirá la viudedad en los casos de exclusión o renuncia la misma (art. 272 y 274 CDFA).

*D. Renacimiento de la viudedad. El derecho de viudedad nace de nuevo cuando el procedimiento finaliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria, se reconcilian los cónyuges separados o así lo pactan.*

En efecto, si admitida a trámite la demanda de separación, nulidad o divorcio se extingue el expectante, es evidente que éste debe renacer, si acaso el procedimiento no concluye con la estimación de la demanda, pues es evidente que todavía subsiste el matrimonio.

En los casos de separación matrimonial, además de poderse pactar el mantenimiento de la viudedad mientras subsista el vínculo conyugal, se establece, para el caso en que la viudedad no se haya mantenido, *ope legis* el renacimiento del derecho, si opera la reconciliación de los cónyuges.

## **9. El derecho expectante de viudedad.**

*A. Planteamiento.* El capítulo II del Tit. V del Libro Segundo del Código del Derecho Foral de Aragón regula el derecho expectante de viudedad, bajo la rúbrica de *El Derecho de viudedad durante el matrimonio*, testimoniando con ello la naturaleza unitaria de esta institución familiar que se desarrollada en dos fases: constante matrimonio y a la muerte de uno de los cónyuges.

A esta primera fase se refiere de forma expresa el art. 279 CDFA: *De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 271, durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como un derecho expectante a favor de cada uno de los cónyuges sobre los bienes del otro y los consorciales.*

El ámbito objetivo del derecho expectante, salvo reducción, exclusión, renuncia o limitaciones, abarca a todos los bienes de los cónyuges, tanto comunes como privativos, con independencia del título de adquisición.

Ahora bien, dependiendo de la naturaleza de los bienes el régimen jurídico del derecho expectante es diverso: a ello se refieren los arts. 280, 281 y 282 CDFA.

*B. El derecho expectante como derecho subjetivo.* El art. 280 CDFA dispone en su párr. 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: (...).*

Por su parte, el art. 282 CDFA establece que: *...el derecho expectante de viudedad sobre los bienes muebles se extingue cuando salen del patrimonio común o privativo, salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad.*

Constante matrimonio, el derecho expectante recae y afecta tanto a los bienes muebles como a los inmuebles al ser la viudedad una institución unitaria.

La viudedad, en esta primera fase, se manifiesta con diversa eficacia jurídica dependiendo del tipo de bienes sobre los que ésta recae.

Cuando el derecho expectante afecta a bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas se va a configurar como un gravamen real de origen legal, que sujeta dichos bienes a la viudedad aunque hayan salido del patrimonio del cónyuge propietario, si el otro cónyuge no ha renunciado a su derecho o ha consentido a la enajenación de los mismos o la disposición del bien se encuentra en alguna de las situaciones previstas en los arts. 280 y 281 CDFR.

Por el contrario, tratándose de bienes muebles la afcción sobre ellos sólo 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 de su renuncia. Ahora bien, mediando fraude por parte de uno de ellos, se le concederá al otro una acción para impugnar dicha enajenación.

En consecuencia, y no obstante la diferente eficacia jurídica del derecho expectante, en función del tipo de bienes sobre los que éste recae, se puede afirmar que el derecho expectante se configura como un derecho subjetivo de cada uno de los cónyuges respecto de los bienes del otro.

## **10. Régimen jurídico del derecho expectante cuando recae sobre bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas.**

*A. Planteamiento.* El derecho expectante que recae sobre este tipo de bienes se configura como un derecho subjetivo actual de naturaleza real y de origen legal (SAPZ 27 marzo 2007), que grava inmediatamente bienes determinados a medida que ingresan en el patrimonio de cada uno de los cónyuges, cuya finalidad es garantizar un derecho eventual al usufructo que a cualquiera de ellos pueda corresponder.

No obstante, conviene recordar que para facilitar la disposición en el tráfico jurídico de este tipo de bienes, los cónyuges han podido renunciar o excluir el derecho expectante, conservando la viudedad sobre los bienes no enajenados.

*B. Bienes afectos al derecho expectante con gravamen real.* El art. 280-1 CDFR se refiere a los bienes inmuebles por naturaleza y a las empresas o explotaciones económicas y cuantos elementos estén afectos a unas y otras.

Siguiendo a SANCHO REBULLIDA, el gravamen real a que quedan sujetos dichos bienes se refiere a la explotación concebida como universalidad o sea, a la empresa o negocio en sí mismo considerado.

La enajenación de los inmuebles, empresas o explotaciones por parte del cónyuge titular, sin el consentimiento a ella o la renuncia a su derecho por parte del otro cónyuge, mantendrá el derecho expectante a pesar de la enajenación, que será válida pero, como dice el art. 280-1: no se menoscaba el derecho expectante del cónyuge no disponente, de manera que el tercero adquirente consigue la propiedad de la cosa con la carga del expectante que, en su caso, podría llegar a ser un efectivo usufructo sobre la misma, si premuere el cónyuge enajenante y le sobrevive su consorte (art. 283-1 CDFA: *persiste el usufructo sobre los bienes enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad*).

Ello significa que los bienes o elementos que integran dicha universalidad no están sujetos a dicho gravamen real. Y ello, porque cuando se enajenan separadamente alguno de estos elementos no se perturba la consideración ni el valor de la explotación.

En razón de ello, se prevé la extinción del expectante en el supuesto de *Enajenación de bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio* (art. 280-1.c CDFA). El art. 231 del CDFA en relación con el art. 280-1.b establece lo mismo, para el caso de que estos bienes sean comunes. Hay en estos preceptos una clara referencia al cónyuge constructor o promotor de viviendas.

C. *¿En qué momento se produce la afección real sobre estos bienes?* Del art. 271 en relación con el art. 279 CDFA, se deduce que la afección real sobre los bienes del art. 280 CDFA se produce cuando ingresan el patrimonio común o privativo de los cónyuges; esto es, cuando su titular ha adquirido el dominio, aun cuando no tenga la posesión.

D. *Consecuencias de la naturaleza real y legal del derecho expectante.* Cuando el derecho expectante recae sobre bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas a las que se refiere el art. 280 CDFA, posee carácter real, de ahí que no se extinga por su enajenación salvo en los supuestos que establece la ley.

De la naturaleza real y legal del derecho expectante resultan las siguientes consecuencias:

Primera. El gravamen nace con el ingreso de los bienes en el patrimonio común o privativo de cualquiera de los cónyuges. Este derecho no se menoscaba por la posterior enajenación del bien.

Por tal razón el derecho expectante tampoco se extingue ni menoscaba cuando el cónyuge propietario del bien constituye sobre él cualquiera derecho real o gravamen.

El expectante, entonces, precede a la carga y se impone sobre ella. Tampoco la constitución de una hipoteca menoscaba el expectante: en el caso de ejecución, la propiedad del adjudicatario se comprimirá —transformándose en nuda propiedad— para dar lugar al usufructo del viudo.

Segunda. No tiene derecho expectante el viudo sobre los bienes propiedad de su consorte que éste haya transmitido a un tercero antes de la celebración del matrimonio. Por ello, si el bien ingresó en el patrimonio de uno de los cónyuges con un gravamen, éste se antepone al derecho del viudo (*prior tempore, potior iure*)

Tercera. En cuanto que el derecho expectante es un gravamen real de origen legal, es evidente que ello no supone una restricción jurídica a la libre disponibilidad del cónyuge propietario de los bienes afectos, no siendo necesario que el cónyuge titular del expectante renuncie previamente o a la vez, para que el actos sean plenamente válidos y eficaces, ni tampoco que se reserve expresamente su derecho para que el tercero adquiera dicho bien con el gravamen del expectante.

Además, en cuanto que este es un gravamen de origen legal y la ley lo configura como un gravamen real es oponible *erga omnes* con total independencia de que esté o no inscrito y de que sean o no terceros hipotecario en el sentido del art. 34 Lh.

La publicidad del derecho expectante es legal por ello supera a la publicidad registral y es oponible a todos (cfr. SAPH 30 julio 1998).

Ahora bien, y como afirma C. LERMA, el que la inscripción no sea necesaria no implica que no sea conveniente, ya que su constancia registral va a favorecer el tráfico jurídico. Ello no es sólo importante en relación con la oponibilidad del derecho expectante en Derecho interregional (art. 16. 2 Cc.), sino también en cualquier otro supuesto de transmisión de bienes.

a) El art. 16.2.I Cc. Límites territoriales al derecho expectante. *El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmite* (art. 16.2.1 Cc.).

El legislador estatal aprovechando injustificadamente su competencia exclusiva para regular los conflictos de leyes (art. 149.1.8ª Const.), introduce aquí una norma de dudosa constitucionalidad que limita la eficacia espacial de la viudedad.

En efecto, cuando los bienes inmuebles, empresas o explotaciones económicas no radiquen en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, la viudedad es inoponible al adquirente, si se dan los requisitos siguientes:

1. que el inmueble por naturaleza o la empresa o explotación radique fuera de Aragón;

2. que el adquirente sea de buena fe: lo es cuando desconoce la existencia del derecho expectante sobre el bien, lo cual tiene lugar también cuando desconoce que el transmitente estaba casado o que los efectos del matrimonio de su transmitente se rigen por la ley aragonesa (SANCHO y DE PABLO);

3. que la transmisión lo sea a título oneroso; si fuera lucrativa, la viudedad sí le es oponible al tercero;

4. que el contrato se celebre fuera de la Comunidad autónoma aragonesa;

5. que el transmite no haya hecho constar su régimen económico matrimonial; es evidente, que la interpretación de "régimen económico matrimonial" se refiere no tanto al régimen sino a ley aragonesa como ley de los efectos del matrimonio.

La consecuencia, como afirma DELGADO, no es la extinción del expectante, sino la inoponibilidad al adquirente en las condiciones señaladas en el art. 16 Cc.

En los casos del art. 16. 2 Cc., cobra especial importancia el hecho de que la transmisión de los bienes se efectúe en documento público y pensando en su acceso al registro, y ello porque el art. 51.9. a) Rh. y el art. 159 Rnot., establecen la necesidad de hacer constar, tanto si el transmite como el adquirente es persona casada y si el acto o contrato puede afectar a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial, el nombre, apellidos y domicilio del cónyuge. Con ello se evita la aplicación del art. 16. 2 Cc (LERMA, BIESA HERNÁNDEZ)

### **11. Causas de extinción del derecho expectante.**

A ellas se refiere el art. 280 a través de sus cuatro párrafos.

En el párr. 1 del art. 280 se regulan distintos supuestos en los que la enajenación del bien conlleva la extinción del expectante; los párrs. 2 a 4 atienden a supuestos diversos en los que también opera la extinción del expectante, bien porque así lo acuerda la autoridad judicial a petición de uno de los cónyuges, bien porque en los casos que establece la ley, el cónyuge titular del expectante no manifiesta su voluntad de reservarlo debiendo hacerlo.

Estos supuestos de extinción del derecho expectante tienen en común que todos ellos provocan la preclusión de la segunda fase de la viudedad sobre los bienes enajenados.

A. *Renuncia expresa*. A ella se refiere el art. 280-1 a). El derecho expectante como gravamen real se extingue por renuncia expresa del cónyuge titular.

La renuncia habrá de constar en documento público. Si bien, y como novedad respecto del derecho anterior, introduce el legislador la renuncia del derecho expectante sin documento público, si la misma se otorga *en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien*.

B. *Enajenación válida de un bien consorcial*. Como afirma el preámbulo de la Ley “Se extingue el derecho expectante siempre que se enajena válidamente un bien consorcial (también, por tanto, en los casos en los que la enajenación es válida aunque sólo haya dispuesto uno de los cónyuges)”. Esta explicación responde la previsión que efectúa el legislador aragonés en el art. 280-1 b) *Enajenación válida de un bien consorcial* como causa de extinción del derecho expectante por la enajenación de bien.

a) *Fundamento*. Con esta causa de extinción el legislador facilita el tráfico jurídico y es coherente con el principio que gobierna la regulación de la gestión del consorcio conyugal, al ser la necesidad de actuación conjunta de ambos cónyuges (art. 233 CDFA) una norma de carácter residual frente a aquellas otras que permiten, con carácter general, la gestión indistinta o disjunta de los bienes consorciales (SERRANO). Esta flexible regulación sobre la gestión de los bienes comunes que legitima y declara válidos los actos de disposición realizados por uno sólo de los cónyuges, carecería de efectos en la práctica, si no conllevara la extinción del expectante a consecuencia del acto de disposición.

b) *Supuestos de enajenación válida de un bien consorcial*. a'. En estos supuestos se incluiría la previsión del art. 230. d) Lrem. referido a los *Actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones señaladas en la letra a) del apartado 1 del artículo 218. Para justificar la necesidad de acto será suficiente la declaración en este sentido de la Junta de parientes o del otro cónyuge*.

b'. Igualmente la previsión de que hace el art. 231 CDFA: 1. *Cada cónyuge está legitimado para realizar actos de administración o disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio*. 2. *Para probar en el tráfico que el 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 incluirían en este supuesto, a modo de ejemplo, los casos en los que uno de los cónyuges es constructor o promotor o se dedica profesionalmente a la gestión de inmuebles.

En razón de art.231 CDFA, el acto de disposición realizado por uno sólo de los cónyuges es valido, por ello se extinguirá el expectante: art. 280.1.b.

c'. También los supuestos previstos el art. 234 CDFA, en los que el acto de disposición requiera el consentimiento del otro cónyuge, pero si éste no lo presta injustificadamente o se halla impedido para prestarlo resolverá el Juez. Con la previsión que ahora hace el art. 280 (extinción del expectante en toda enajenación válida de un bien consorcial) en relación con la disposición de bienes comunes mediando intervención judicial se producirá, desde luego, la extinción del expectante.

d'. En los supuestos de venta válida de un bien consorcial se incluirían también aquellos otros en los que quede atribuida la gestión a uno sólo de los cónyuges bien por decisión judicial (art. 240); bien en los supuestos de concreción automática de las facultades de gestión que regula el art. 242; siempre y cuando el cónyuge a quién se atribuye las facultades de gestión pueda disponer de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles por sí o mediando autorización del Juez o de la Junta. Cumpliendo los requisitos de validez de la enajenación se extinguirá el expectante: arts. 242 y 240 en relación con el art. 280-1.b CDFA.

e'. Venta válida de bien común realizada por uno solo de los cónyuges sin contar con el consentimiento del otro cuando este fuera necesario. En estos casos se debe relacionar el art. 280 con el 235 CDFA.

De ello resulta que la venta es válida, pero ineficaz para transmitir la propiedad, al ser necesario el consentimiento del otro y, en consecuencia, no se produce la extinción del derecho expectante sobre el bien consorcial mientras no haya transmisión de la propiedad. (BAYOD, BIESA, PARRA).

*C. Enajenación de bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio.* Se resuelve aquí el supuesto del cónyuge constructor, promotor o agente de la propiedad, cuyo giro empresarial consiste en la enajenación de este tipo de bienes. Si los bienes son privativos (o comunes, art.231 CDFA) la enajenación de los mismos extingue el expectante.

*D. Partición y división de bienes incluso con exceso de adjudicación, respecto de aquellos que no se adjudiquen al cónyuge.* El art. 280-1.d como causa de extinción, lo que con gran acierto era ya práctica forense: la extinción del expectante en los casos de partición y división de bienes (A. del Presidente del TSJA 22 octubre 1992 y SAPT 10 septiembre 2002).

*E. Enajenación de bienes por el cónyuge del declaro ausente.* La declaración de ausencia tiene como consecuencia que la gestión del patrimonio común corresponde al cónyuge presente, si bien para disponer de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles será necesaria autorización judi-

cial o de la junta de parientes (art. 242 CDFA), por ello la venta de bienes hecha en estas circunstancias por el cónyuge presente extingue el expectante.

En la fase de usufructo el art. 283-1 CDFA afirma a este respecto que: *Cuando un cónyuge hubiera sido declarado ausente, quedan excluidos de su derecho de usufructo viudal los bienes enajenados válidamente por los herederos del premuerto antes de la aparición de aquél.*

F. *Expropiación o reemplazo por otros en virtud de procedimiento administrativo* (art. 280-1.f CDFA). La norma parece referirse a supuestos en los que basta con la actuación de uno solo de los cónyuges en el procedimiento administrativo, y se impone la extinción del expectante sobre los bienes que dejan de pertenecer al cónyuge, manteniéndose el expectante sobre los bienes que se reciban como contraprestación o en reemplazo: concentración parcelaria, reparcelación o compensación. (PARRA)

G. *Extinción del expectante en el supuesto del art. 280-2 CDFA: concurrencia de ambos cónyuges a la enajenación. La vivienda familiar.* El párr. 2 del art. 280 CDFA dispone que *Salvo reserva expresa, en toda enajenación en que hayan concurrido ambos cónyuges se extinguirá el derecho expectante de viudedad.*

La concurrencia de ambos cónyuges en el acto de enajenación extinguirá el derecho expectante de viudedad, salvo que alguno de ellos manifieste expresamente su voluntad de conservarlo.

a) *Ámbito objetivo del art. 280-2 CDFA.* Cabe que nos preguntemos si este precepto es aplicable a la disposición de bienes comunes para los que sea necesaria la intervención de ambos cónyuges (art. 233 CDFA) o si también lo es para la disposición de bienes privativos de los cónyuges, de manera que la presencia (concurrencia) en el acto de disposición del cónyuge no propietario equivale a la renuncia al expectante salvo que de forma expresa se lo reserve. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA se inclina por esta interpretación.

Ciertamente, con esta norma se pretende dar respuesta a supuestos de enajenación de bienes privativos de cada uno de los cónyuges efectuada en un mismo documento público o privado, aunque en la práctica la virtualidad de la norma se dejará sentir con más probabilidad cuando el acto de enajenación se realice en documento privado, ya que si el documento es notarial, las previsiones en relación al expectante se encuentran salvaguardadas a través de las advertencias legales que incumben al notario (art. 194 Rnot.).

Por ello, el art. 280-2 resulta aplicable a los casos en los que cada uno de los cónyuges enajena sus bienes privativos en el mismo documento: en

este caso, se extingue el expectante de cada uno de ellos respecto de los bienes privativos enajenados por el otro, salvo que expresamente reserven el expectante.

Con ello se da respuesta al problema que en la práctica forense aragonesa dio lugar a la STSJA 30 octubre 1996.

*b) Disposición de la vivienda familiar: a'.* Privativa de uno de los cónyuges: El art. 190 CDFa contempla un caso especial de extinción del derecho expectante no reconducible, a lo que creo, al supuesto del art. 280-2 del Código foral.

En el supuesto de vivienda familiar privativa de uno de los cónyuges, el cónyuge no propietario no puede reservarse su derecho expectante sobre la misma: El art. 190 CDFa es una norma imperativa que establece de forma inderogable para los particulares la extinción del derecho de viudedad a consecuencia de la enajenación de la misma.

Extinción *ipso iure* que opera tanto si el cónyuge no propietario consiente la venta como si el consentimiento a ella es sustituido por la autoridad judicial: *En ambos casos* —afirma el art. 190 CDFa— *con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad.*

*b'.* Vivienda familiar consorcial o común en proindiviso. La reglas de disposición del bien son las generales (art. 233 CDFa y 398 Cc.), que exigen la actuación conjunta; por lo tanto si ambos disponen de la vivienda familiar, se extinguirá el derecho expectante, salvo reserva expresa de este derecho por aplicación del art. 280-2 CDFa.

*H. El acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia.* El párr. 3 del art. 280 establece: *A petición de un cónyuge, el Juez puede declarar extinguido el derecho expectante del otro sobre un bien, antes o después de su enajenación, en razón de las necesidades o intereses familiares.*

Para la correcta aplicación del precepto debemos tener en cuenta los siguiente requisitos:

i) Está legitimado para pedir la extinción del expectante el cónyuge enajenante: *A petición de un cónyuge*, dice el precepto.

ii) Los bienes objeto de disposición serán tanto comunes como privativos (BAYOD, BIESA, PARRA). Si bien respecto de los bienes comunes disminuye el ámbito objetivo de aplicación de este párr. 3, ya que toda venta válida de bien consorcial extingue el expectante. No obstante, a lo que creo, tiene plena aplicación en supuestos de enajenación de bienes comunes sobre los que no se pueda predicar la validez de la disposición por uno solo de los cónyuges: vgr. casos del art. 235 CDFa en los que el tercer adquirente sabe que el bien es consorcial.

iii) El momento de solicitud puede ser tanto anterior como posterior al acto de enajenación. La causas en la que fundar la extinción del expectante son las necesidades (*vgr.* incapacidad un cónyuge) o intereses familiares (*vgr.* conveniencia de vender el bien porque ha habido una recalificación de terrenos y el otro cónyuge se opone a la venta o se niega a renunciar al expectante, tal vez por motivos sentimentales) suprimiéndose muy acertadamente la referencia al abuso de derecho.

iv) El A APZ de 27 de marzo de 2007 admite la tramitación de esta causa de extinción a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, considerando suficiente con que el cónyuge fuera emplazado y citado, no compareciendo ni manifestando su oposición, ya que en otro caso el procedimiento sería contencioso.

*I. Extinción registral.* El párr. 4 del art. 280 incorpora una novedad al establecer como causa de extinción del derecho expectante que: *También se extingue el derecho expectante cuando se haya notificado fehacientemente al cónyuge la enajenación, con el requerimiento de que manifieste su voluntad de conservar o renunciar su derecho con las consecuencias legales que de ello se derivan, y que hayan transcurrido dos años desde dicha notificación sin que en el registro de la propiedad conste la voluntad del cónyuge de conservar el derecho expectante.*

a) *Supuestos.* Se incluirán en estos casos todos aquellos supuestos en los que no ha operado de forma automática la extinción del derecho expectante a consecuencia del acto de disposición de uno de los cónyuges, si se trata de bienes comunes, así como toda disposición de bienes privativos por parte del cónyuge propietario sin que su consorte renuncie al expectante o concurra a la enajenación y prefiera utilizar esta vía en vez de la propuesta en el párr. 3 del art. 280 CDFA. Pero también como señala el Preámbulo “supuestos extraordinarios en los que resulta muy difícil la comunicación y trato entre cónyuges, especialmente si uno de ellos rehúye cualquier respuesta. Podría ser, por ejemplo, el caso entre cónyuges que viven separados por sentencia judicial anterior a la entrada en vigor de la reforma del art. 78 Compilación operada en 1985 y, que por tanto, conservan el derecho de viudedad”.

También a todos los casos de separación de hecho o aun separación judicial, si han acordado el mantenimiento de la viudedad, y con posterioridad, se agrían las relaciones que impiden una fluidez en la comunicación entre los cónyuges.

b) *Requisitos. La notificación.* El precepto parte de la premisa de la enajenación de un bien sujeto a derecho expectante sin haber contado con el consentimiento a la enajenación o renuncia al expectante de su titular.

En estos casos se facilita la extinción del expectante a través del requerimiento fehaciente (art. 202 y ss Rnot.) que efectúe el cónyuge enajenante al titular del expectante, a los efectos de que éste manifieste su voluntad de extinguirlo o conservarlo.

Como afirma el Preámbulo, con ello se hace recaer sobre el cónyuge no disponente la carga de pronunciarse sobre la conservación del expectante. Si en el plazo de dos años el cónyuge titular expresa su voluntad, a ello habrá que estar. Transcurridos dos años desde la notificación, se considerará extinguido su derecho expectante, sin que en el Registro conste su voluntad de conservarlo.

Ahora bien en la práctica tal vez la norma no consiga plenamente su eficacia al no exigir la ley la necesidad de inscripción en el Registro del requerimiento.

En efecto, si el requerimiento no se inscribe, aún cuando se haya efectuado y contestado al mismo (vgr. el titular del expectante manifiesta su voluntad de conservarlo) no hay constancia de él en el registro. Así, aún cuando pasen más de dos años de la enajenación del bien (que seguirá sujeto al expectante) e incluso más dos años de la fecha del requerimiento y de la su contestación, todavía será posible su inscripción pasados dos años (CARMEN LERMA), con lo que se alargará de hecho aún más el plazo de permanencia del expectante.

Es evidente que si se renuncia al expectante, aunque no se inscriba el requerimiento, la extinción será eficaz y dejara libre de su carga al bien al que afectaba el expectante. Si bien mientras falte la inscripción de la renuncia, el bien será muy poco atractivo a efectos de disposición, pues juega a su favor la pervivencia del expectante. Por ello es conveniente que conste en el registro el requerimiento al cónyuge titular del expectante, pues de este modo en verdad sí que recae sobre él la carga de manifestarse o de lo contrario a través del mecanismo del art. 353.3 Rh. se cancelará el expectante, transcurridos dos años desde la inscripción del requerimiento.

*c) Modo de llevarse a cabo el requerimiento.* Siguiendo a CARMEN LERMA, este requerimiento puede hacerse al tiempo en que se realiza la enajenación del bien por parte uno de los cónyuges o con posterioridad a la misma.

En el primer caso, si la venta tiene acceso al registro, se inscribirá el bien con la carga de expectante, pero al haber constancia registral de la notificación, pasados dos años, a solicitud del adquirente se cancela el derecho expectante. También, la constancia registral permitirá la cancela-

ción del expectante por el procedimiento previsto en el art. 353.3 Rh.: con ocasión de expedir certificación o de practicar algún asiento sobre la finca.

Si la notificación es posterior a la enajenación y esta se inscribió en el Registro, la notificación fehaciente a los efectos del art. 280-4 CDFa podrá inscribirse por nota marginal, y si se hace, transcurrido dos años desde la notificación, procederá la aplicación del art. 353.3. Rh.

*d) Plazo.* Comparto la opinión de LERMA, que considera que es excesivo el plazo de dos años para que el cónyuge titular del expectante manifieste que hacer con su derecho. Por ello, como señala PARRA, la alternativa más eficaz para el cónyuge enajenante es presentar una demanda de divorcio, lo que provocara la extinción de la viudedad del otro.

## 12. Enajenación judicial de bienes inmuebles y derecho expectante.

Afirma el Preámbulo del Código del Derecho foral de Aragón que “La Compilación, en uno de sus escasos desaciertos, dejó en la incertidumbre la suerte del derecho expectante de viudedad cuando los bienes inmuebles se enajenan judicialmente para el pago de deudas privativas de un cónyuge. El artículo 281 sigue el criterio tradicional al respecto, adaptándolo al contexto legislativo actual y de manera que entorpezca lo menos la posible las ejecuciones judiciales”.

*A. Ámbito de aplicación. a) Enajenación forzosa.* En el art. 218 CDFa se regula la situación del expectante, si este se mantiene o se extingue, en el caso de enajenación judicial de bienes tanto propios como comunes por deudas de contraídas por los cónyuges en diversos supuestos. En principio, y como señala MEDRANO SÁNCHEZ, la norma sólo regula la enajenación judicial sin hacer referencia a la suerte que deba seguir el expectante en los supuestos de apremios administrativos, a los que, tal vez, y según propone el autor, el art. 281 podría aplicarse por analogía.

*b) Régimen económico matrimonial.* La viudedad es compatible con cualquier régimen económico matrimonial (art. 271-3 CDFa) y, por lo tanto también, la regulación de aquella.

No obstante, el art. 281 CDFa, aplicable a cualquier régimen económico matrimonial, está pensando en régimen de consorciales, y en la suerte que deba seguir el expectante según el tipo de deuda, común o privativa, optando por la extinción del expectante si la deuda se ha contraído por ambos cónyuges o es de cargo o responsabilidad común, y permitiendo su conservación por voluntad expresa del cónyuge no deudor, si la deuda ha sido contraída por uno sólo de los cónyuges y no es común.

Es evidente, que en el régimen de separación de bienes, aun cuando puede haber deudas contraídas por ambos cónyuges y también deudas comunes, lo normal será que éstas sean privativas y contraídas por uno sólo de los cónyuges, y por ello con más posibilidades de subsistencia del expectante.

Como señala MEDRANO, lo anterior podrá mitigarse excluyendo la viudedad en su conjunto o el expectante al tiempo del otorgamiento de los capítulos matrimoniales en los que se pacte el régimen de separación.

#### B. Régimen Jurídico.

*a) Extinción del derecho expectante. Se extingue el derecho expectante de viudedad en la enajenación judicial por deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sea de cargo o responsabilidad del patrimonio común, así como por deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones (art. 281-1 CDFA). Sea cual sea el régimen económico matrimonial, se extingue el expectante:*

i) cuando la deuda se haya contraído por ambos cónyuges; ii) cuando contraída por uno de ellos la deuda sea de cargo o responsabilidad común. Este caso tendrá un mayor ámbito de aplicación en los regímenes de comunidad (vgr. consorciales, gananciales paccionado, hermandad llana). En el régimen de separación su aplicación se reducirá a los casos de deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges para atender a las necesidades familiares (art. 209 en relación con los arts. 187 y 189 CDFA).

iii) deudas privativas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones. Aplicable a cualquier régimen económico matrimonial, es evidente que con la referencia a estas deudas el legislador piensa en el régimen de consorciales: art. 223 CDFA.

*b) Posibilidad de conservarlo: deudas privativas contraídas constante matrimonio. También se extingue en la enajenación judicial por deudas contraídas por uno de los cónyuges si, notificado el embargo del bien común o privativo al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta al otro cónyuge, éste no manifiesta en el citado plazo su voluntad de conservarlo por no ser deudas de las enumeradas en el apartado anterior. Corresponde al acreedor probar que la deuda es de las enumeradas en el apartado 1, en los términos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución en bienes gananciales. El precepto se refiere a deudas privativas contraídas por uno sólo de los cónyuges. El cónyuge no deudor, una vez notificado del embargo, tiene 10 días hábiles para manifestar su voluntad de conservarlo. Si no manifiesta esta voluntad, se extinguirá el expectante; sobre él recae la carga de su conservación.*

### 13. El Derecho expectante sobre los demás bienes muebles.

*El derecho expectante de viudedad sobre los bienes muebles se extingue cuando salen del patrimonio común o privativo, salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad (art. 282 CDFA).*

¿Cuándo habrá de ser calificada la enajenación como fraudulenta? En este punto parece que habrán de aplicarse por analogía los requisitos exigidos por el ordenamiento estatal (art. 1-2 CDFA) para otros supuestos de fraude:

Primero. Que la enajenación resulte en perjuicio del cónyuge titular del expectante. Ello supone que la enajenación ha de ser en todo o en parte lucrativa, pues siendo a título oneroso y habiendo, por tanto, contraprestación, no hay perjuicio ni menoscabo alguno de aquel derecho: por subrogación o reemplazo.

Segundo. Que por parte del cónyuge enajenante exista ánimo o intención de defraudar, esto es, excluir injustificadamente los bienes del derecho de viudedad de su consorte.

Las consecuencias jurídicas del fraude, suponen la ilección del titular del derecho expectante, esto es, que se le atribuya el usufructo al fallecimiento del el otro cónyuge.

### 14. La fase de usufructo viudal.

*A. Comienzo del usufructo. La muerte de uno de los cónyuges.* La segunda fase de la viudedad no es recíproca, sólo nace para el cónyuge sobreviviente: se activa con el fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 283-1 CDFA) y desde ese momento *el sobreviviente adquiere la posesión de los bienes afectos al usufructo viudal* (art. 288-4 CDFA, S. JPI núm. 12 Zaragoza, 4 noviembre 1998).

El usufructo viudal es un derecho real en cosa ajena, que atribuye a su titular la propiedad de todos los frutos que los bienes sujetos al mismo produzcan así como el uso y goce de los aquéllos con las obligaciones pactadas o impuestas por la ley.

No obstante, y como afirma el Preámbulo, el usufructo viudal aragonés no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, "Su carácter de derecho de familia, a la vez que su extensión como universal, que afecta a la masa patrimonial en su conjunto, requiere normas distintas. La nueva regulación incorpora las ya contenidas en la Compilación, con algunas variantes y concreciones (por ejemplo, sobre inventario y fianza), e incluye asimismo otras nuevas, sin por ello pretender hacer innecesaria la aplicación del Derecho supletorio".

*B. Extensión del usufructo viudal.* A ello se refiere el art.283-1 CDFA: *El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y lo dispuesto en los artículos anteriores.*

Salvo pactos que limiten o excluyan la viudedad (arts. 272, 274, 275, 277, 283-3 CDFA) o aquellos casos en los que la misma se extinga (art. 276 CDFA), la viudedad es universal y recae sobre todos los bienes que forman parte de la herencia del fallecido e incluso sobre aquellos que, aun enajenados en vida de ambos cónyuges, el supérstite conserve el expectante, por no haber sido extinguido conforme a los arts. 280 a 282 CDFA.

*C. Explotaciones económicas.* El usufructo viudal aragonés recae, en principio, sobre todos los bienes del cónyuge premuerto lo que incluye, en su caso, cualquier tipo de empresas o explotaciones económicas del tipo que sean.

El contenido del derecho de usufructo atribuye al viudo la administración y gestión de estos elementos empresariales y la experiencia de estos últimos años ha demostrado que a veces no es esta una buena solución.

Por ello, el legislador aragonés posibilita, por voluntad del cónyuge premuerto y titular de la explotación privativa, que la gestión de la empresa incumba a los hijos o descendientes, con sustitución del usufructo por una renta a favor del viudo: *El titular de empresas o explotaciones económicas privativas que se transmitan a hijos o descendientes podrá ordenar, en testamento o escritura pública, la sustitución del usufructo viudal por una renta mensual cargo del adquirente* (art. 284-1 CDFA).

La previsión del cónyuge premuerto titular de la explotación no vincula necesariamente ni al viudo ni los descendientes o terceros adquirentes de la empresa o explotación económica, pues éstos y aquél pueden en cualquier momento sustituir lo dispuesto por el causante por el ordinario usufructo viudal: *el cónyuge viudo y el titular de la explotación económica podrán, en cualquier momento, acordar la sustitución del régimen previsto en este precepto por el ordinario usufructo viudal* (art. 284-4 CDFA).

El viudo en estos casos tiene derecho una renta que *será equivalente al rendimiento medio que hubiera producido la explotación durante los cinco años anteriores al fallecimiento. La renta se actualizará anualmente en función de las variaciones del índice general de precios al consumo y se extinguirá por las mismas causas de extinción del usufructo viudal* (art. 284-2 y 3 CDFA).

Esta renta, una vez percibida por el viudo, es embargable por deudas que éste pudiera contraer: art. 290-4 CDFa; A. Presidente TSJA 7 de marzo de 2001.

La existencia del usufructo del viudo transformado en una renta no impide la enajenación de la empresa por parte de sus titulares, puesto que: *La transmisión por el titular de la explotación económica por actos entre vivos dará derecho —al viudo— a pedir el afianzamiento de las rentas futuras* (art. 284-5 CDFa).

### 15. Inventario y fianza.

El Código establece como una obligación del viudo la necesidad de formar inventario y prestar fianza, pero sólo exigible cuando se den los casos mencionados en él.

Por ello, puede afirmarse que la regla es la contraria: no exigir prestación de fianza y formación de inventario: “El cónyuge viudo sólo estará obligado a formalizar inventario de los bienes usufructuados y aprestar fianza ...” (art. 285-1 CDFa).

*A. Supuestos. El cónyuge viudo viene obligado a prestar fianza y a formar inventario* (art. 285 CDFa.):

*a) Cuando se hubiera establecido por el premuerto tales obligaciones en testamento u otro instrumento público* (art. 285 a CDFa).

*b) Cuando lo exijan los nudo propietarios, salvo disposición contraria del premuerto* (art. 285 b CDFa).

*c) Cuando, aún mediando tal disposición, lo acuerde el Juez a instancia del Ministerio fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario* (art. 285 c CDFa).

*B. Bienes que han de incluirse.* La obligación de inventario la refiere la ley a los bienes usufructuados esto es, a todos los bienes a los que alcance el usufructo del viudo aunque no formen parte del caudal hereditario. (art. 286-1 CDFa).

La legitimación para exigir la formación del inventario no sólo corresponde a los herederos, sino a cualquier nudo propietario, también al tercero adquirente de un bien afecto al derecho expectante.

*C. Formalización del inventario.* El inventario puede ser judicial y extrajudicial (art. 286- 3: *El inventario extrajudicial deberá formalizarse en escritura pública*” y “*se practicará con citación de los nudo propietarios de los bienes o sus representantes legales*).

*D. Plazo para formalizar el inventario.* El Código establece como plazo general para formalizar inventario 50 días, si bien el *dies a quo* varía en función de la causa que origina la necesidad de formalizar inventario.

a) *Formación de inventario por establecerlo el cónyuge premuerto.* El plazo será el fijado por el causante y, en su defecto, el de seis meses contados desde el fallecimiento (art. 286-2.a CDFA).

b) *Formación de inventario por exigencia de los nudo propietarios.* El plazo es de cincuenta días, contados desde el oportuno requerimiento fehaciente (art. 286-2.b CDFA). La expresión nudo propietarios incluye tanto a los que sean herederos del premuerto como a los no herederos.

c) *Por imposición judicial.* El plazo será el señalado por el Juez y en su defecto, cincuenta días a constar desde la notificación de la resolución judicial que acuerde su práctica (art. 286-2.c CDFA).

*En todos los casos, mediando justa causa, el cónyuge viudo o cualquiera de los nudo propietarios podrá pedir la Juez y éste acordada la prórroga o reducción de plazo (art. 286- 2 in fine CDFA).*

F. *Consecuencia de la falta de prestación de inventario.* La formalización del inventario fuera de plazo o su no realización, cuando el viudo tenga la obligación de formalizarlo, no conlleva la pérdida del usufructo.

La sanción consiste en la pérdida de los disfrutes de la viudedad, es decir, de todos los derechos, facultades y ventajas —en especial de la percepción de los frutos— en relación a *todos lo bienes objeto de usufructo* y no sólo en relación a los bienes cuya nuda-propiedad corresponde a los herederos (art. 288 CDFA).

G. *Prestación de fianza y otras medidas cautelares.* Podemos seguir afirmado junto a SANCHO y DE PABLO que tanto para la prestación de fianza como para otra medida de aseguramiento no se fija un plazo especial ni tampoco ninguna sanción para el caso de no prestarse. Únicamente están previstas las medidas de aseguramiento del art. 287 CDFA.

En cuanto a las medidas cautelares, además de la fianza, pueden adoptarse cualesquiera medidas de aseguramiento de los bienes previstas en las leyes.

## 16. Disponibilidad del derecho y de los bienes.

El art. 290 CDFA declara el carácter inalienable e inembargable del usufructo viudal, consecuencia de la propia naturaleza de la viudedad en su conjunto (art. 273 CDFA).

El art. 290 del Código distingue entre la indisponibilidad del derecho y disponibilidad de bienes concretos (art. 290-2 y 3 CDFA) así como la posibilidad de embargo y enajenación de los frutos objeto de usufructo (art. 290-3 y 4 CDFA).

*A. Inalienabilidad e inembargabilidad del usufructo viudal y disponibilidad de bienes concretos y de frutos y rentas.* El art. 290-1 dispone: *El usufructo de viudedad sobre los bienes afectos al mismo es inembargable e inalienable.* Ello significa, como afirma el Preámbulo, que en ningún caso un tercero puede adquirir derivativamente el usufructo de viudedad sobre un bien; sin embargo, sí puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario. Salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado (art.290-2 CDFR).

En este sentido la S.APH 22 junio 2001, declara la anulabilidad de la aportación del negocio realizada por la usufructuaria del mismo, “ya que ésta carece de facultades para poder aportar a otra empresa dicho negocio. Y ello, porque no es posible enajenar el usufructo viudal aragonés (...); sólo, y en su caso, se podría haber enajenado el negocio entero, si junto a la viuda hubieran concurrido el resto de los nudo propietarios”.

Concurriendo viuda usufructuaria y los nudo propietarios, la transmisión del nudo dominio va acompañada de una renuncia traslativa del usufructo, pues el tercero adquiere el bien sin el gravamen. Con todo, se establece un supuesto de subrogación real: el precio o la cosa en lugar de lo enajenado (STSJA 24 de septiembre de 2003).

Ahora bien, lo anterior no significa que solo sean posibles transmisiones a título oneroso, pueden serlo también las transmisiones a título lucrativo, puesto que la subrogación se produce, “salvo pacto en contrario”.

Igualmente son susceptibles de enajenación los frutos y rentas resultantes del disfrute de los bienes afectos al usufructo de viudedad (art. 290-4 CDFR).

*B. Embargo de bienes concretos y de frutos y rentas.* La ley recoge expresamente las diferencias que ya se habían puesto de manifiesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en relación a la indisponibilidad del derecho pero afirmado la disponibilidad y embargo de bienes concretos, si concurre el viudo usufructuario y los nudo propietarios, así como la posibilidad de embargar los frutos o provechos de la viudedad.

En concreto el A. del Presidente del TSJA 7 marzo 2001 afirma que: “el embargo esta referido, no al derecho de usufructo que es personalísimo e inalienable, sino a los frutos o provechos resultantes de las fincas usufructuadas que sí pueden ser embargados”. En este sentido se pronuncia el art. 290-3 y 4 CDFR.

## 17. Derechos y obligaciones del viudo usufructuario.

*A. Ejercicio del usufructo viudal: ideas generales.* En su fase *post mortem*, la viudedad consiste en un derecho real de goce semejante al derecho de usufructo, pero a causa de su finalidad, su ejercicio está sometido a ciertos límites y derechos de índole familiar que, de una parte, imponen al cónyuge viudo mayores limitaciones que a un usufructuario corriente y, de otra, le confieren poderes más extensos que los del titular de un usufructo ordinario.

En general, compete al viudo usufructuario, como contenido económico básico de su derecho, la percepción de todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes objeto del mismo.

A todo ello se refieren fundamentalmente los arts. 293 a 298 CDFa.

*B. Liquidación de frutos.* En lo que hace a la liquidación de los frutos, tanto al comienzo como al final del usufructo, así como en relación a los gastos de producción, se tiene en cuenta para su cálculo el tiempo respectivo de posesión: *A la constitución o extinción del usufructo, la liquidación de los frutos naturales, industriales y civiles obtenidos durante el correspondiente período productivo se hará en proporción a la duración en él del respectivo derecho. La misma regla se regirá en cuanto a los gastos de producción* (art. 293 CDFa).

*C. Gastos y mejoras.* El legislador aragonés, aun cuando no excluye la aplicación supletoria del Código civil, establece una regulación propia para esta materia atendiendo al contenido familiar del usufructo viudal aragonés.

*Son a cargo del usufructuario los gastos de producción, conservación, mantenimiento y reparaciones ordinarias* (art. 294-1 CDFa).

Por reparaciones ordinarias hay que entender las que explicita el art. 500 Cc.

*El usufructuario tiene derecho a que se le abonen los gastos necesarios y útiles que no sean de su cargo, pudiendo retener la cosa hasta que se le satisfagan. El nudo propietario podrá optar por satisfacer el importe de los gastos o abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa* (art. 294-2 CDFa; S. APZ 14 febrero 2006).

El viudo usufructuario no tiene derecho a los gastos de mero lujo o recreo, pero sí a retirarlos si la cosa no sufre deterioro, salvo que el nudo propietario prefiera abonar el importe de lo satisfecho (art. 294-3 CDFa; S. TSJA 12 febrero 1996).

*D. Reparaciones extraordinarias.* El art. 295 CDFA pone a cargo del viudo usufructuario las reparaciones extraordinarias de los bienes objeto de usufructo en el caso de que los nudo propietarios fueran descendientes suyos (art. 295-1 CDFA), en razón del carácter familiar de la viudedad. Si los nudo propietarios no fueran descendientes del viudo, las reparaciones extraordinarias serán a cargo de aquellos, teniendo el viudo usufructuario la obligación de *darle aviso cuando fuera urgente la necesidad de hacerlas* (art. 295-2 CDFA).

El último párr. 3 del art. 295 CDFA regula los derechos y obligaciones de cada una de las partes en función de quién efectúa las reparaciones extraordinarias siguiendo las mismas previsiones que para el usufructo en general establece el art. 502 Cc.

*E. Obligación de alimentos.* El carácter familiar de la viudedad pone a cargo del viudo usufructuario la obligación de alimentos en sentido amplio, como establece el art. 298 CDFA. La obligación de alimentos que establece este precepto es preferente a la que corresponde al sucesor del causante frente al legitimario de grado preferente, conforme al art. 515 del CDFA, al disponer lo así el art. 512-2 del mismo.

*F. Pago de tributos y seguros sobre los bienes objeto de usufructo.* El pago de los tributos que graven los bienes usufructuados serán a cargo del viudo usufructuario (art. 296-1 CDFA), sin embargo, cuando los nudo propietarios no fueran descendientes del viudo, serán de cargo de aquéllos los tributos de carácter extraordinario (art. 296-2 CDFA); como, por ejemplo, las contribuciones espaciales (art. 2 LGT).

El viudo usufructuario tiene la obligación de mantener y pagar las primas los seguros que hubiera sobre los bienes usufructuados en vida del cónyuge difunto (art. 297-1 CDFA). Si los bienes no estuvieran asegurados al fallecimiento del cónyuge, no puede exigirse al viudo que los asegure. Los nudo propietarios podrán asegurar los bienes objeto de usufructo haciéndose cargo del pago de las primas (art. 297-2 CDFA).

Si estando el bien asegurado se produjera el siniestro, la indemnización corresponde al nudo propietario, que podrá invertirla en reparar, reconstruir o sustituir el bien, que seguirá sujeto al usufructo. De no hacerlo, se aplicará a la indemnización las reglas del usufructo de dinero (art. 297-3 CDFA).

## **18. Usufructos especiales: de dinero y de fondos de inversión.**

La regulación de estos usufructos especiales, según afirma el Preámbulo "atienden a problemas que se plantean con gran frecuencia", tratando

de ofrecer soluciones que ya se propiciaban en la práctica, y que desde 2003 acoge el Código.

A. *Usufructo de dinero*. El usufructo de dinero se configura como un cuasiusufructo, de manera que el viudo, si quiere, podrá disponer del capital con la obligación de restituir su valor actualizado a la extinción del usufructo.

El art. 299 comienza afirmando que *el viudo tiene derecho a los intereses que produzca el dinero*. Este derecho no es más que una consecuencia del derecho real de goce y disfrute que proporciona la viudedad al cónyuge supérstite.

Ahora bien, siendo el dinero un bien consumible, el usufructuario *podrá disponer de todo o parte del mismo*. En este caso el viudo o sus herederos *habrán de restituir al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto*.

Como ya ha señalado la doctrina, el caso más generalizado de extinción del usufructo será la muerte del cónyuge supérstite, de manera que el dinero dispuesto deberá ser restituido por los herederos de éste, que en la mayor parte de los supuestos serán los herederos de ambos cónyuges, lo que producirá la extinción de la deuda por confusión

No opera la subrogación real: el viudo o sus herederos deberán reponer el dinero dispuesto y no, en su caso, los bienes adquiridos con el mismo.

B. *Usufructo sobre fondos de inversión*. El legislador ha atendido también a estos nuevos productos financieros considerando que la plusvalía ha de ser tratada como si constituyera un beneficio o renta y, por lo tanto, quedar a favor del viudo usufructuario.

Como señala el párr. 2 del art. 300, *la facultad de exigir el reembolso corresponde al nudo propietario*; ello, como afirma BIESA HERNÁNDEZ, es consecuencia de la titularidad de las participaciones. Por lo tanto, mientras no ejercite ese derecho, el viudo no percibe rendimientos.

Para evitarlo, el art. 300 da la posibilidad al viudo de *disponer con periodicidad anual de aquellas participaciones del fondo que sean equivalentes al importe que le corresponde conforme al apartado anterior, haciendo suya definitivamente la cantidad así obtenida*.

Como afirma BIESA HERNÁNDEZ esta facultad es potestativa del viudo pero obligatoria para el nudo propietario.

Por último, el párr. 3 del art. 300 se refiere al destino que deba tener el reembolso una vez efectuado: *Obtenido el reembolso por el nudo propietario*

*y a falta de acuerdo con el usufructuario para la reinversión, se aplicarán, desde ese momento, las reglas del usufructo de dinero a la parte de importe obtenido que no corresponda al viudo.*

El reembolso del fondo no supone la extinción del usufructo, la diferencia positiva, a la que se refiere el párr. 1 del art. 300 es propiedad del viudo y el resto sigue sujeto a usufructo bien a través de la reinversión en nuevos productos financieros, para lo que han de ponerse de acuerdo nudo propietario y usufructuario, o a falta de acuerdo se estará a las previsiones del art. 299: usufructo de dinero.

### **19. Facultades de los nudo-propietarios.**

*A. Intervención de los nudo propietarios.* El art. 292 CDFA dispone: *Cuando los nudo propietarios estimen que de la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se derivan grandes perjuicios para ellos, podrán acudir al Juez para que dicte las medidas oportunas, incluida la transformación del usufructo.*

Con esta disposición se trata de conseguir una coordinación de los intereses y derechos de todas las partes afectadas.

El precepto atiende, entre otros, a supuestos en los que el usufructo recaiga sobre explotaciones económicas en el sentido del art. 284 CDFA, si bien en este caso estaríamos ante bienes consorciales o bienes privativos sobre los que el propietario no hubiera establecido las previsiones del mencionado precepto.

*B. Transformación del usufructo.* La viudedad aragonesa es indisponible (arts. 273 y 290 CDFA), pero *el viudo usufructuario y los nudo propietarios pueden pactar la transformación, modificación o extinción del usufructo como estimen oportuno.*

Con ello, se favorece una solución pactada para que los casos en los que el ejercicio ordinario del derechos de usufructo resulte poco deseable para las partes.

Como dice el Preámbulo aun cuando en estos casos se pone de manifiesto que el viudo no juega su papel de continuador de la familia, “parece prudente no cerrar el camino a una solución paccionada de conflictos que en la práctica se presentan con cierta frecuencia”. La solución debe ser pactada, ya que no puede oponerse al viudo usufructuario la transformación del usufructo (Ss. APZ 2 febrero 1998 y 9 diciembre 2003).

*C. Posesión de los propietarios.* Extinguido el usufructo viudal se extinguen, lógicamente, las relaciones entre el viudo usufructuario y los nudo propietarios dependientes de aquél.

La transmisión de la posesión de los bienes usufructuados se produce por ministerio de la ley en el instante mismo de la extinción del usufructo.

El Código les atribuye la posesión civilísima, los propietarios pueden ingresar en la tenencia material de los bienes que les pertenezcan por sí y sin necesidad de cumplir ningún requisito ni obtener la aquiescencia de nadie (art. 302 CDFa).

### 19. Extinción del usufructo viudal.

El art. 301 CDFa regula de forma diversa la extinción de la viudedad en su fase de usufructo, relativamente entonces a todos los bienes que el mismo comprende, de la posibilidad de su extinción sobre bienes concretos.

El Preámbulo afirma que no se introduce en esta regulación otra novedad que la aclaración de la admisibilidad de la disposición en contrario respecto de la causa consistente en llevar el viudo vida marital estable.

*A. Causas de extinción del usufructo viudal. a) Por muerte del usufructuario.* Consecuencia lógica del carácter personalísimo y vitalicio de este derecho.

*b) Por renuncia explícita que conste en escritura pública.*

*c) Por nuevo matrimonio del viudo o por llevar el cónyuge vida marital estable, salvo pacto de los cónyuges o disposición del premuerto en contrario.* "Se considera que vivir maritalmente es vivir con afectión conyugal, juntamente con las notas de publicidad y estabilidad o permanencia de manera que se forme un fondo común para el mantenimiento de esa relación. Corresponde la prueba a quien invoca esta causa de extinción" (S. APZ 4 de octubre de 2004).

*d) Por corromper o abandonar a los hijos.* Los hijos a los que se refiere el precepto son los del cónyuge premuerto, sean o no comunes.

*e) Por incumplir el usufructuario con negligencia grave o malicia, las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad, salvo lo dispuesto sobre negligencia en la formalización del inventario.* La razón de esta causa de extinción se halla en el carácter familiar de la viudedad que impone más cargas que en el usufructo ordinario.

Para que se produzca la extinción será preciso probar el incumplimiento y además la negligencia grave o la malicia (S. TSJA 27 septiembre 2002).

La negligencia leve no es causa de extinción, si bien podría dar lugar a la previsión del art. 291 CDFa (S. APZ 9 diciembre 2003).

f) *Por no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge.* Para la operatividad del precepto se ha de exigir una total conducta omisiva por parte del viudo y que no reclame la tenencia o posesión material de los objetos de la viudedad durante veinte años. El plazo de los veinte años habrá que entenderlo como de caducidad.

*B. Extinción del usufructo sobre bienes determinados.*

El legislador aragonés recoge las siguientes causas que liberan al bien de la carga del usufructo sin que opere la extinción de la viudedad sobre el resto de los bienes.

Se extingue el usufructo sobre bienes determinados:

a) *Por renuncia expresa que requiere para su validez escritura pública, a menos que se otorgue en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien.* Se sigue aquí la flexibilización en cuanto a la forma ya introducida en materia de expectante (art. 280-1.a CDFa).

Por consiguiente si a la enajenación del bien concurren nudo propietarios y viudo usufructuario no será necesaria la forma pública para que el viudo renuncie a su usufructo siendo bastante la forma válida requerida para la enajenación del bien.

b) *Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona.* Serán los supuestos de consolidación o reunión del usufructo y la propiedad de bienes concretos en la persona del viudo.

c) *Por la pérdida total de la cosa objeto de usufructo.* Si la misma estuviera asegurada habría que atender a las previsiones del art. 297 CDFa.

C. *¿Otras causas de extinción?* El derogado art. 86 Comp. en su pár. 2 establecía que "En lo no previsto en este artículo o en el 78 se aplicarán los artículos 513 y siguientes del Código civil. Estos mismos preceptos regirán la extinción del usufructo sobre bienes determinados". Ahora el legislador aragonés no menciona al Código civil, por lo que cabe pensar si acaso no hay otras causas de extinción que no sean las que expresamente recoge ahora el art. 301 y concordantes del Código del Derecho foral de Aragón.

A mi juicio, sigue habiendo otras causas de extinción del usufructo viudal deducidas tanto de la ley aragonesa (vgr. renuncia a la viudedad en capítulos matrimoniales) como del Código civil, aplicable supletoriamente (art. 1-2 CDFa).

Respecto de las causas de extinción del usufructo sobre bienes determinados pueden resultar aplicables las siguientes causas: a) Vencimiento del término o de la condición resolutoria. b) Por resolución del derecho de propiedad de los nudo propietarios sobre algún bien concreto,

pero ello solo si tal resolución implica que la propiedad del bien no llegó a pertenecer, constante matrimonio al cónyuge premuerto o si, en otro caso, la causa de resolución se refiere o afecta al dominio que este tuvo y transmitió a aquéllos y es oponible al viudo.

## 20. Derecho transitorio.

Las normas que regulan la viudedad en el Código del Derecho foral de Aragón, y que se contienen en el Título V del Libro Segundo, son aplicables y están vigentes desde el 23 de abril de años 2003, tal y como establece el Disposición Transitoria Octava del CDFa.

La pregunta obvia es cómo afecta la entrada en vigor del Código a los usufructos viuales ya causados y a los matrimonios sujetos a ley aragonesa, celebrados con anterioridad al 23 de abril de 2003.

En aplicación de la Disposición Transitoria Octava: *Las normas de los Títulos Primero, II, III, IV y V del Libro Segundo son aplicables de inmediato, desde el 23 de abril de 2003, fecha de la entrada en vigor de la Ley 2/2003, de 12 de febrero de régimen económico matrimonial y viudedad, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo viual, con las excepciones señaladas en la tres disposiciones siguientes.*

Consecuencia del efecto inmediato que establece el Código en la Disposición transcrita, tanto los usufructos viuales ya causados como el derecho expectante recíproco ya existente entre cónyuges, se gobernarán por las previsiones de este Código desde el 23 de abril de 2003, siempre que *los hechos, actos o negocios relativos al derecho expectante y al usufructo de viudedad tengan lugar o hayan sido realizados a partir de dicha fecha*; así lo establece la DT9ªCDFa.

Ello significa que, con excepción de determinados actos, contratos o negocios realizados o ejecutados en relación a la legislación anterior, el resto de ellos, así como el desarrollo y regulación del derecho expectante y del usufructo viual, se regirán desde la fecha indicada por el Código del Derecho Foral de Aragón.

Así, por ejemplo, los usufructos causados con anterioridad, al 23 de abril de 2003 se regirán por el Código del Derecho foral de Aragón, de manera que les resultan aplicables las previsiones de los arts. 283 y ss: vgr. la regulación del usufructo de dinero o fondos de inversión son aplicables al viudo que ya lo era antes del 23 de abril de 2003; al igual que las causas de extinción del usufructo o las previsiones del art. 290 CDFa. (STSJA 27 septiembre 2002).

Lo mismo cabe decir respecto del expectante, también será de aplicación la previsión del art. 280 CDFa, que permite la renuncia al expectante fuera de documento público, si en el acto de enajenación concurre el consentimiento de ambos cónyuges o la posibilidad de extinción de la viudedad si el superviviente incurrió en causa de indignidad (art. 276-3 CDFa), e incluso la renuncia o exclusión del derecho expectante conservándose la viudedad (arts. 272-2 y 274-2 CDFa, etc).

Por último la Disposición Transitoria Undécima establece que *En el supuesto de existencia de hijos no comunes del cónyuge del premuerto, a la extinción del usufructo de viudedad ya causado el 23 de abril de 2003 se seguirán aplicando las limitaciones del art. 73 de la Compilación del Derecho Civil.*

En razón de lo anterior, la limitación sólo se aplica a los usufructos ya causados (viudo con sobrevivencia de hijos no comunes antes del 23 de abril de 2003), pues es evidente que entonces estaba vigente el art. 73 Comp.

Para los matrimonios celebrados antes del 23 de abril de 2003 en los que exista descendencia no común, no resulta aplicable la limitación que, de forma imperativa establecía el art. 73 Comp., norma derogada desde la entrada en vigor de la Lrem: el 23 de abril de 2003.

**BIBLIOGRAFÍA:** BARRIO GALLARDO, Aurelio: “Derecho expectante de viudedad e incumplimiento en materia de contratación inmobiliaria”, *RDCA*, XIV, 2008, págs. 87 a 100; BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «Situación jurídica del cónyuge viudo en Derecho español. Especial consideración a la situación del viudo en Aragón: ¿un modelo a exportar?», en VV.AA.: *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dir.: D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), *Manual de Formación continua* núm. 47/2008, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2009, págs. 203- 466; “La existencia o no de viudedad a favor del cónyuge superviviente del binubo premuerto sobre los bienes que éste recibió de su primer consorte y de los que no dispuso por ningún título (art. 108 Comp. y arts. 80-3, 104-3 y 216 Lsuc), *RDCA*, XV, 2009, págs. 223 a 247; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “La viudedad aragonesa según la Ley de 12 de febrero de 2003”, en *Libro Homenaje a Albaladejo*; “La naturaleza de la viudedad aragonesa. Extinción del derecho expectante que recae sobre muebles”, en *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, págs. 139-146; CALDUCH GARGALLO, Manuel: *Las causas de extinción del Derecho de viudedad en el Derecho civil aragonés*, ed. Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2006; BIESA HERNÁNDEZ, María: “Usufructo de fondos de inversión en la Ley aragonesa 2/2003 de 13 de febrero”, en *RDCA*, 2003-2004; *Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial y viudedad*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Comentario al art. 16.2 C.c.”, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones*

*forales*, dirigidos por Díaz Alabart y Albaladejo, T. I, vol. 2º, segunda edición, Edersa, Madrid, 1995, págs. 1283 y ss.; HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “El usufructo de dinero (Comentario al art. 117 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad), en *RDCA*, 2001-2002, págs. 227-232; LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio: «Extinción del derecho expectante de viudedad», en *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2005, págs. 131-138; LERMA RODRIGO, Carmen: «El derecho expectante de viudedad» (desde el punto de vista registral), en *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2005, págs. 147-153; MEDRANO SÁNCHEZ, Juan; “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón, en *Actas de los Decimoterceros Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 2004, págs. 9-68; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Extensión subjetiva (peligrosa) del derecho de viudedad aragonés», en VV.AA.: *Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*. Coordinadores: J. M. De la Cuesta Sáez, Victor Manuel Garrido de Palma, Rafael Gomez-Ferrer Sapiña y Carlos Batiré Fuenzalida. Colegios Notariales de España, Madrid, 2008, págs. 1057-1070; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, BIESA HERNÁNDEZ, María y ESCUDERO RANERA, Pablo: «Usufructos de viudedad especiales en el Derecho civil aragonés», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2009, págs. 187-270; MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza, 2007; CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGÓN: «El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón», en VV.AA., *Regímenes Económico matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial)*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, T. I, págs. 127-174. MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (coordinador): *Memento Experto Derecho Foral de Aragón*, Lefebvre, 2011; PARRA LUCAN, María Ángeles: “La viudedad aragonesa”, en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. II, dirigido por María del Carmen Gete –Alonso y Calera y coordinado por Judith Solé Resina, ed. Thomson Reuters y Civitas, Pamplona 2011, págs. 2244-2297.



## § 17. LAS PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

*Aurora López Azcona*

### **1. Introducción.**

El importante crecimiento experimentado por las parejas de hecho en las dos últimas décadas no ha podido ser obviado por el legislador aragonés, de tal manera que en 1999 las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 6/1999 relativa a las parejas estables no casadas, al objeto de reconocerles determinados efectos jurídico-civiles.

Posteriormente, dicha Ley fue modificada por la Ley 2/2004 para extender la facultad de adoptar a las parejas estables del mismo sexo, así como en lo que atañe a los efectos de su extinción en vida por la Ley 2/2010 de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres.

En la actualidad, tras la refundición de las leyes civiles aragonesas en virtud del Decreto Legislativo de 22 marzo 2011, la regulación de las parejas estables no casadas se contiene fundamentalmente en el título VI del libro II del Código del Derecho Foral de Aragón bajo la rúbrica *De las parejas estables no casadas* (arts. 303 a 315), sin perjuicio de otras previsiones en diferentes sedes normativas, en especial, en la sección 3ª del capítulo II del título II del libro 1º, relativa a los efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a su cargo (arts. 75 a 84).

### **2. Concepto y requisitos.**

El título VI del libro II CDFA se inicia con la noción legal de las parejas estables no casadas que ofrece el art. 303, precepto según el cual “se consideran parejas estables no casadas las formadas por personas mayores

de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establezcan en este Código". Del precepto transcrito cabe deducir *a priori* algo tan obvio como que una pareja extramatrimonial tendrá la consideración de pareja estable no casada a efectos legales, siempre que cumpla los requisitos y formalidades previstos en el CDFA.

Así las cosas, el primer dato a tener en cuenta es el tipo de relación afectiva que ha de caracterizar a la pareja estable, de tal manera que, en atención al propio art. 303, debe entenderse por tal aquella constituida por dos personas del mismo o de diferente sexo unidas por una relación de afectividad análoga a la matrimonial. Con este requisito se pretende excluir del concepto de pareja estable no casada las relaciones meramente laborales, de amistad e, incluso, de noviazgo (SAP de Zaragoza de 7 marzo 2002).

Junto a ello, debe advertirse de la necesidad de que ambos convivientes sean mayores de edad. Quedan excluidos, por consiguiente, los menores de edad, estén o no emancipados, salvo que hayan contraído matrimonio previamente, en cuyo caso tendrán la condición de mayores de edad a efectos civiles (art. 4.1.b.).

Asimismo, el CDFA incorpora una suerte de impedimentos, lo que supone una traslación a las uniones extramatrimoniales del régimen matrimonial. Así, en su art. 305 señala como prohibiciones para constituir una pareja estable no casada, de una parte, la existencia de vínculo matrimonial (aunque haya separación judicial o de hecho: STSJ de Aragón de 20 junio 2005) o de pareja estable con otra persona; y, de otra, la existencia de parentesco consanguíneo o adoptivo en línea recta sin límite de grado y en línea colateral hasta segundo grado.

El CDFA no contiene, sin embargo, ninguna norma relativa a la capacidad de los convivientes, lo que constituye una importante laguna legal. En todo caso, a mi juicio, será necesaria como mínimo la capacidad de querer y entender cuando se formalice la escritura de constitución de la pareja. Igualmente, considero que sin esta capacidad mínima será difícil admitir la existencia de una convivencia equivalente a la matrimonial.

### **3. Constitución.**

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 305.1, la pareja estable no casada queda constituida tanto por la existencia de una mera situación de hecho -como es la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido míni-

mo de dos años-, como por un acto de voluntad expreso y documentado en escritura pública, en cuyo caso no se exige dicha convivencia previa.

La prueba de la convivencia marital podrá verificarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, en especial, mediante acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia (art. 305.2).

Por lo demás, el CDEFA contempla la posible inscripción de la pareja estable no casada en el Registro de parejas estables no casadas del Gobierno de Aragón. Ahora bien, según clarifica el art. 304 -con pleno respeto al art. 149.1.8 CE-, dicha inscripción no conlleva efectos civiles, toda vez que el acceso de las parejas a este Registro administrativo constituye un presupuesto para la aplicación de determinadas normas públicas -en particular y según especifica el art. 315, de la normativa pública aragonesa que no tenga carácter tributario-, pero no civiles.

#### **4. Régimen de convivencia.**

*A. El convenio de convivencia* Por lo que se refiere a la regulación de la convivencia, el art. 307 CDEFA faculta a los convivientes para fijar de mutuo acuerdo las reglas por las que habrán de regirse sus relaciones constante la convivencia, en virtud del denominado “convenio de convivencia”.

En orden al contenido de dicho convenio, sus estipulaciones pueden ser muy variadas, tanto de índole personal como patrimonial, y no sólo atinentes a los miembros de la pareja, sino también a su descendencia, ya que se rige por el principio de libertad de pactos, según se indica expresamente en el art. 307.1. De este modo, el convenio de convivencia se configura como una especie de capitulaciones matrimoniales. De hecho, el art. 308 dispone que el convenio de convivencia adquirirá el valor de capitulaciones matrimoniales en caso de que los miembros de la pareja contraigan matrimonio, sí así lo han acordado. Con todo, la autonomía de la voluntad de los convivientes está sujeta a ciertos límites. Así, el art. 307.1 prevé que el convenio no podrá perjudicar a los derechos o dignidad de los otorgantes ni vulnerar las normas imperativas aplicables en Aragón. Junto a ello, el art. 307.2 establece una segunda limitación de índole temporal, en cuanto que establece que la pareja estable no puede someterse a término ni a condición.

En cualquier caso, el convenio de convivencia debe constar en escritura pública como requisito de validez, lo que lo convierte en un negocio formal o solemne (art. 307.1).

*B. Normas supletorias.* Para el caso de que los miembros de la pareja estable no hayan otorgado el convenio de convivencia, el CDEFA establece unos mínimos derechos y deberes de índole patrimonial.

En primer lugar, el art. 307.3, 1ª parte, impone a los convivientes el deber de contribuir a los gastos comunes en proporción a sus ingresos y, subsidiariamente, a sus patrimonios. El mismo precepto en su aptdo. 4º califica de gastos comunes a aquellos necesarios para el mantenimiento de la pareja y de sus hijos comunes (o no) que convivan con ellos, lo que incluye los alimentos, la educación, la asistencia médico-sanitaria y la vivienda. De las deudas contraídas por estos gastos comunes responden solidariamente los miembros de la pareja, siempre que se adecúen a los usos sociales (criterio éste que revela una cierta indeterminación no deseable). De no adecuarse a tal criterio, la responsabilidad será exclusivamente del conviviente que haya contraído la correspondiente deuda (art. 307.4).

En segundo término, el art. 307.3, 2ª parte, reconoce a los convivientes el derecho a conservar la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes. De ello resulta que las parejas estables que no hayan pactado un régimen para regular sus relaciones económicas se rigen por la regla de la separación absoluta de patrimonios. Por consiguiente, los bienes que cada miembro de la pareja adquiera durante la convivencia tendrán la condición de propios. Ahora bien, ello no significa que la pareja no pueda adquirir bienes en régimen de pro indiviso, pero tales adquisiciones exigirán, en todo caso, la actuación conjunta de los dos miembros de la pareja (STSJ de Aragón de 27 febrero 2006).

## **5. Otros efectos legales de la convivencia.**

Junto a los efectos patrimoniales regulados en el art. 307, el CDFA hace derivar otros efectos jurídico-civiles de la constitución de una pareja estable no casada, que contempla tanto en el título VI del libro II como en otras sedes normativas. Así, en sede de parejas estables no casadas, de una parte, el art. 312 les reconoce el derecho a adoptar conjuntamente, ya sean parejas del mismo o de diferente sexo, tras la reforma de este precepto en virtud de la Ley 2/2004; y, de otra, el art. 313 impone a sus miembros el deber recíproco de prestarse alimentos con preferencia a cualquier otra persona legalmente obligada. En sede de ausencia, los arts. 46.a. y 49 atribuyen respectivamente al miembro presente de la pareja estable el primer puesto en el orden de preferencia a tener en cuenta por el Juez al designar tanto al defensor del desaparecido como al representante del declarado ausente. Y en sede de relaciones tutelares, el art. 116.1.a. equipara la pareja estable al matrimonio a efectos de la delación dativa. Por lo demás, las uniones extramatrimoniales, tengan o no la condición de parejas estables no casadas, podrán otorgan pactos sucesorios, testamento man-

comunado y nombrarse recíprocamente fiduciarios, dada la amplitud con que regula estas instituciones el CDFA (arts. 395, 417.1 y 440).

La pareja estable no genera, sin embargo, a diferencia del matrimonio, vínculo de parentesco alguno entre cada uno de los miembros y los parientes del otro (art. 314).

## 6. Causas de extinción.

El art. 309.1 CDFA fija unas causas tasadas de extinción de la pareja estable no casada, que operan automáticamente, sin necesidad de declaración judicial alguna. Por consiguiente, sólo será necesario acudir a la autoridad judicial para reclamar los efectos de la extinción si existe desacuerdo entre los miembros de la pareja, en caso de extinguirse en vida, o entre el conviviente supérstite y los herederos del fallecido, en el supuesto de muerte de uno de sus integrantes. No obstante lo anterior, el art. 309.3 impone a los miembros de la pareja la obligación de dejar sin efecto, de modo conjunto o separado, la escritura pública que, en su caso, hayan otorgado al objeto de constituir la pareja estable.

La pareja estable se extingue, en primer lugar, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus miembros. Son causas de extinción en vida: el mutuo acuerdo de los convivientes, sin requisito adicional alguno; la decisión unilateral de uno de sus miembros, siempre que la notifique fehacientemente al otro; la separación de hecho durante un plazo superior a un año, ya sea de mutuo acuerdo o impuesta unilateralmente por uno de los convivientes; y el matrimonio de uno de sus miembros por un tercero.

No se menciona, sin embargo, como causa de extinción la constitución de una nueva pareja estable con un tercero, si bien el art. 305 al regular los impedimentos dispone que quienes constituyan una pareja estable no podrán formar parte de otra mientras la primera subsista. Lógicamente ello no podrá evitar que uno de los miembros de la pareja conviva maritalmente con otra persona, aunque no le aplicará las disposiciones del CDFA mientras no se extinga la primitiva unión por una de las causas previstas legalmente. Por añadidura, según dispone el art. 309.4, la nueva pareja no podrá formalizarse en escritura pública hasta que no transcurran seis meses desde que se haya dejado sin efecto la escritura de constitución de la pareja anterior.

## 7. Efectos de la extinción.

*A. Efectos respecto de los convivientes.* a) Efecto común a todas las causas de extinción. Extinguida la pareja estable por cualquiera de las causas

previstas legalmente, en atención a lo dispuesto en el art. 309.5, se genera un efecto automático consistente en la revocación de los poderes que los convivientes se hayan podido otorgar recíprocamente.

b) Efectos de la extinción en vida. En relación a los efectos que genera la extinción en vida de la pareja respecto de sus miembros, conviene tener presente que el CDFa en sus arts. 77 –referente al pacto de relaciones familiares y aplicable a las parejas estables con hijos a su cargo- y 307.1 -relativo al convenio de convivencia y aplicable a las parejas estables sin descendencia a su cargo- reconoce la validez de los pactos que éstos otorguen para regular las consecuencias de la ruptura. Estos pactos podrán referirse a la liquidación del patrimonio adquirido durante la convivencia (STSJ de Aragón de 27 febrero 2006), al reconocimiento de pensiones o indemnizaciones (SAP de Zaragoza de 7 marzo 2001) y a la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar.

En defecto de pacto, el CDFa reconoce a los convivientes unos derechos de índole indemnizatoria para el caso, asimismo, de ruptura en vida: de una parte, la asignación económica para las parejas con hijos a su cargo; y, de otra, la compensación económica para las parejas sin hijos comunes a su cargo.

La asignación económica del art. 83 corresponde a todas aquellas parejas con hijos comunes a su cargo, ya sean matrimonio, pareja estable no casada o mera pareja de hecho. Por ello, dicha prestación se analiza en el epígrafe dedicado a los efectos de la ruptura de los padres con hijos a su cargo.

En cambio, cuando no haya hijos a cargo, procede la compensación económica del art. 310, aplicable exclusivamente a las parejas estables no casadas, no así a los matrimonios -lo que no deja de resultar sorprendente- ni a las meras parejas de hecho. Dicha compensación se configura como una prestación económica dirigida a compensar la situación de desequilibrio patrimonial producida durante la convivencia que implique un enriquecimiento injusto. Es más, el enriquecimiento injusto en que se fundamenta ha de obedecer a unos presupuestos determinados. Así, en primer lugar, debe venir dado por el trabajo o dinero invertido por uno de los convivientes en la adquisición, conservación o mejora de los bienes del otro o en los bienes comunes. En segundo término, el CDFa contempla la posibilidad de que la situación de enriquecimiento injusto obedezca al hecho de que uno de los convivientes se haya dedicado al cuidado del hogar o de los hijos del otro conviviente o haya colaborado en la actividad profesional de éste sin retribución o con retribución insuficiente

(SAP de Huesca de 6 septiembre 2007). En cualquier caso, la referida indemnización sólo puede reclamarse en el plazo de un año a contar desde la ruptura de la pareja y, en todo caso, habrá de ponderarse en función de la duración de la convivencia (art. 390.2). De acuerdo con la jurisprudencia (SAP de Huesca de 6 septiembre 2007), podrá consistir en una cantidad fija o en una pensión periódica susceptible de ser limitada temporalmente.

Asimismo, el CDFA contiene unas previsiones acerca del destino de la vivienda y del ajuar familiar, si bien aplicables únicamente al supuesto en que la pareja tenga hijos a su cargo. En concreto, interesa el art. 81, en sede de efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo -ya examinado en el correspondiente epígrafe-, que regula las medidas que puede adoptar el Juez sobre este extremo en defecto de pacto de relaciones familiares. No se contempla, sin embargo, la posible atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar al miembro no titular en la hipótesis de parejas sin descendencia a su cargo. Con todo, con independencia de esta orfandad normativa, no cabe duda de que los exconvivientes podrán llegar a un acuerdo sobre el particular, de acuerdo con la posibilidad que tienen de pactar los efectos de su ruptura. Igualmente, en ausencia de pacto, seguirá siendo aplicable la jurisprudencia existente sobre el particular, favorable a este tipo de pretensiones, con base en el principio general de la protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho (SSTS de 16 diciembre 1996, de 10 marzo 1998 y de 30 octubre 2008).

c) Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes. En caso de que la pareja estable se haya extinguido por muerte -o declaración de fallecimiento- de uno de sus miembros, el CDFA no llama al supérstite a la sucesión legal, sino que, en su lugar, le reconoce dos derechos muy limitados: de una parte, la propiedad del ajuar doméstico, con exclusión de las joyas u objetos artísticos de extraordinario valor y los bienes familiares del premuerto; y de otra, el derecho a residir gratuitamente en la vida habitual durante el plazo de un año (art. 311). Ello no obsta para que los convivientes hayan podido reconocerse recíprocamente derechos sucesorios en virtud de pacto sucesorio, testamento -incluido, el mancomunado- o fiducia sucesoria, con respeto, en todo caso, a los derechos de los legitimarios.

*B. Efectos respecto de los hijos comunes. Remisión.* Los efectos de la ruptura respecto de los hijos comunes se examinan en el apartado 5 del Tema 4 de este Manual.

**INDICACION BIBLIOGRÁFICA:** BAYOD LÓPEZ, C., "Pareja estable y requisitos de capacidad: Ámbito de aplicación de la Ley aragonesa de parejas estables no casadas (Ley 6/1999, de 26 de marzo)", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 2002, págs. 539-571; CAPOTE PÉREZ, L.J., "Las parejas estables no casadas en Cataluña y Aragón", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, núm. 17, 2000, págs. 11-40; De AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., *Uniones de hecho, una nueva visión desde la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., "las uniones de hecho en la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas de Aragón", en *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, coord. R. Herrera Campos, Universidad de Almería, Almería, 2000, págs. 789-805; LÓPEZ AZCONA, A., *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, y "Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho", en *Actas de los Duodécimos Encuentros del Foro Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, págs. 195-231; MARTÍNEZ AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Notas críticas a la Ley de Parejas Estables no Casadas", *Aequalitas*, núm. 2, 1999, págs. 20-25; MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *Manual de las parejas estables no casadas*, Librería General, Zaragoza, 1999; OLIVÁN DEL CACHO, J., "Problemas de constitucionalidad de la Ley aragonesa de Parejas Estables no Casadas", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 29, 2000, págs. 118-152; y VV.AA., *Memento experto: Derecho foral de Aragón*, Eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 329-341.

## **IV.- DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE**



## § 18. DE LAS SUCESIONES EN GENERAL

*José Antonio Serrano García*

### **1. La sucesión por causa de muerte y la herencia.**

El art. 316, primero del Libro III de *Derecho de sucesiones por causa de muerte* (refundición de la Ley 1/1999, de 24 de febrero), tiene una triple finalidad: a) dar un concepto aproximado del fenómeno sucesorio; b) aludir al objeto de la sucesión por causa de muerte; y c) llamar la atención sobre la incidencia de los pactos sucesorios en el fenómeno sucesorio.

*A. El fenómeno sucesorio.* El derecho a la herencia, a causar y recibir herencias, está constitucionalmente protegido en el art. 33 Const. junto al derecho a la propiedad privada. El Derecho de sucesiones es aquella parte del Derecho civil que regula la sucesión por causa de muerte o que, como dice el art. 316, *ordena el destino de las relaciones jurídicas de una persona fallecida*, y trata de llenar la laguna que el *de cuius* (aquél de cuya sucesión se trata o “causante”) ha dejado con su fallecimiento. Sucesión por causa de muerte la hay siempre que fallece una persona, aunque no haya dejado propiedad alguna, o incluso se halle cargado de deudas. Cuando alguien fallece, la mayoría de las relaciones jurídicas de las que era sujeto activo o pasivo no se extinguen, por lo que es necesario ordenar su destino: otro u otros se tienen que hacer cargo, no sólo de los haberes que deja, sino también de las deudas; es preciso que alguien sustituya al difunto en la titularidad de sus bienes y deudas y en el gobierno, administración y liquidación de su patrimonio. La ordenación del destino de las relaciones jurídicas transmisibles de una persona fallecida es un fenómeno complejo que, en su vertiente dinámica, alude al llamamiento, delación, aceptación y adquisición de tales relaciones por uno o más sucesores *mortis causa*.

B. *Objeto de la sucesión por causa de muerte.* Objeto de esta sucesión son las relaciones jurídicas del causante *que no se extingan por su muerte y no estén sujetas a reglas distintas* de las del Derecho de sucesiones. Por tanto, el caudal relicto esta compuesto por las relaciones jurídicas, patrimoniales o extrapatrimoniales (*cfr.* art. 466.1), transmisibles por causa de muerte, exceptuadas aquellas cuyo destino no lo ordena el Derecho de sucesiones. El núcleo esencial de la herencia, en sentido objetivo, son los bienes, derechos y obligaciones de contenido patrimonial, excluidos los intransmisibles (uso y habitación -arts. 525 y 529 Cc.-, usufructo vitalicio -513 Cc.-, créditos intransmisibles -p. ej. arts. 1.732.3º, 1.742-); en cambio, los de contenido extrapatrimonial (derechos políticos, derechos ligados directamente al estado civil y de familia, derechos de la personalidad, etc.) no forman parte de la herencia, si bien hay algunos derechos inherentes a la persona del causante que, sin embargo, perviven tras su fallecimiento (el derecho moral de autor, el ejercicio de acciones de impugnación o de reclamación de la paternidad, de calumnia o injuria al causante, de reparación de su honor, etc.). Por último, hay derechos del causante que siguen existiendo tras su fallecimiento, pero que tienen vida propia y no forman parte del caudal relicto pues su destino está ordenado por otras reglas: así, los títulos nobiliarios, los derechos arrendaticios rústicos o urbanos regulados en la legislación especial, el seguro de vida para caso de muerte, las pensiones de viudedad u orfandad, determinadas concesiones administrativas, la indemnización por causa de muerte, etc.

C. *Incidencia de los pactos sucesorios.* El causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión (art. 318) mediante actos *de última voluntad*, normalmente revocables y que ningún efecto producen para los llamados antes de la muerte del testador (testamento), o mediante *pactos sucesorios*, que ya no puede revocar libremente y que producen algunos efectos sucesorios antes de su muerte, aunque siempre condicionados a la supervivencia del instituido. La muerte es el hecho central del fenómeno sucesorio, pero antes de que llegue, mediante pacto sucesorio, puede tener lugar no sólo el llamamiento al sucesor sino también la delación y aceptación de las atribuciones paccionadas e incluso, en el pacto de institución de presente, su adquisición en vida del instituyente. Por ello, para destacar la incidencia que los pactos sucesorios pueden tener en la ordenación de la sucesión, dice el art. 316 *que en los pactos sucesorios algunos efectos de la sucesión "mortis causa" se anticipan a la muerte del instituyente.* Anticipación que no tiene lugar en la sucesión deferida por testamento o por disposición de la Ley.

## 2. Modos de delación. Compatibilidad.

A. *Los modos de delación.* Las causas o fundamentos del llamamiento o vocación a una persona como sucesora de otra se denominan “modos de delación”. Pues bien, *la sucesión se defiere* (es decir: el llamamiento puede tener lugar) *por pacto, por testamento o por disposición de la Ley* (art. 317.1). La mayor fuerza vinculante del pacto sucesorio hace que –alterando el orden del art. 89 Comp.- ocupe el primer lugar de la enumeración. El llamamiento al sucesor puede tener como causa o fundamento la voluntad del causante (sucesión voluntaria), manifestada en pacto sucesorio –sin casi posibilidad de modificación posterior- o en testamento –normalmente revocable hasta la muerte-, o la disposición de la ley: en defecto, total o parcial, de sucesión voluntaria (sucesión legal), o como corrección de lo ordenado por el disponente si no respeta los derechos de los legitimarios. Cada modo de delación da origen a una clase de sucesión distinta: el pacto origina la *sucesión paccionada*, el testamento la *testamentaria* y la disposición de la ley la *sucesión legal*; las dos primeras integran –junto con la fiducia cuando el causante la ha establecido- la *sucesión voluntaria*, que ha de respetar la legítima.

B. *Compatibilidad.* *Los distintos modos de delación son compatibles entre sí* (art. 317.2). La sucesión voluntaria puede concurrir con la legal, y la sucesión paccionada con la testamentaria; también puede haber una pluralidad de pactos sucesorios o de testamentos siempre que el contenido de cada uno sea complementario del de los demás (*vid.* art. 432). Así, por ej., un causante puede distribuir un tercio de sus bienes en pacto sucesorio, otro tercio en testamento y dejar que el resto sea distribuido conforme dispone la ley.

La compatibilidad entre la sucesión voluntaria y la legal está reflejada en los arts. 323, 465 y 516 que ponen de manifiesto también la primacía de la sucesión voluntaria sobre la legal. Dice el art. 323.1 que *cuando resulte ineficaz un llamamiento voluntario, no haya sustituto del mismo carácter o legal ni tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del llamado a heredar pasará a los herederos legales del causante, pero previene el ap. 2 que, en principio, quien hereda como consecuencia de la ineficacia de un llamamiento voluntario, aunque sea como heredero legal, queda sujeto a las mismas modalidades, limitaciones y obligaciones impuestas al primeramente designado.* Aunque se abra la sucesión legal por ineficacia del llamamiento voluntario hay que compatibilizar el llamamiento legal con el resto de previsiones del disponente que mantienen su eficacia. Insiste en la misma idea el art. 465.1 al decir que el pacto y el testamento serán válidos aunque el insti-

tuido sea incapaz de heredar o no acepte la herencia; *en estos casos se cumplirán las disposiciones paccionadas o testamentarias hechas con arreglo a las leyes* (completadas, en su caso, mediante la sustitución legal y el derecho de acrecer), *y el remanente de los bienes se deferirá a los herederos legales, abriéndose para ellos la sucesión legal* (art. 465.2). Para la ejecución de la fiducia por acto *inter vivos* es norma especial de preferente aplicación la que permite reiterar el llamamiento si resulta ineficaz la atribución (art. 458.2). La compatibilidad entre los distintos modos de delación y la subsidiariedad de la sucesión legal se aprecia también en el art. 516 que dice: *en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento, se abre la sucesión legal*.

### **3. Llamamientos sucesorios y sucesores por causa de muerte.**

*A. Llamamientos sucesorios.* Los llamamientos sucesorios, tanto si tienen su fundamento en la voluntad del disponente como en la disposición de la ley, *pueden realizarse a título universal o particular; en los primeros se sucede en la totalidad o en una parte alícuota del patrimonio del fallecido, mientras que en los segundos se sucede en bienes o derechos determinados* (art. 319.1). La sucesión a título universal supone el paso, *uno ictu* (de un golpe), en bloque y sin necesidad de las formalidades precisas para la transmisión de cada uno de los bienes singulares, de una masa de cosas, derechos y deudas, desde el patrimonio del difunto al del sucesor, cuya posición jurídica con respecto a cada una de las relaciones singulares ingresadas de esa forma en su patrimonio sigue siendo igual a la del causante (LACRUZ); en cambio, en la sucesión a título particular el sucesor adquiere bienes o derechos determinados del causante, pero no se hace responsable personal de parte de sus deudas.

Aunque el art. 319 hable de sucesión en el *patrimonio* del fallecido, es evidente que no se está refiriendo a él como entidad real distinta de sus componentes (*universitas iuris*): ni el patrimonio del causante ni la herencia pueden ser concebidas como una unidad abstracta con existencia para el Derecho; pero ello no impide hablar de patrimonio o de herencia como conjunto de bienes que tienen una unidad lógica y que en ocasiones reciben un mismo tratamiento de la ley.

*B. Clases de sucesores por causa de muerte.* Según el art. 319.2 *los sucesores por causa de muerte pueden ser herederos, legatarios o sucesores a título particular por disposición legal*. La figura del heredero es propia tanto de la sucesión voluntaria como de la legal, mientras que el legatario, tanto si es sucesor como si no, sólo puede existir en la sucesión voluntaria; en la su-

cesión por disposición legal quien sucede a título particular (por ej., recobro de liberalidades: art. 524) no recibe la denominación de legatario ni ninguna otra específica. Por otra parte, el legatario no ha de ser necesariamente sucesor del causante sino que, como dice el art. 319.3, *es también legatario quien recibe del disponente algún derecho que no forma parte de la herencia.*

La delimitación de la figura del heredero -y por contraposición, la del legatario- se halla entre las normas comunes a las sucesiones voluntarias (arts. 465 a 469). En la sucesión voluntaria los llamados a suceder que no sean herederos tendrán la consideración de legatarios (art. 466.2). *Tendrá la consideración de heredero -dice el art. 466.1- el nombrado para suceder, en todo o en parte, en las relaciones patrimoniales y personales del causante que no se extingan por su muerte, cualquiera que sea la denominación que éste le haya dado y tanto si ha sido llamado a la totalidad o a una cuota del caudal (llamamiento a título universal: art. 319.1) como a uno o varios bienes determinados (heredero ex re certa).* No es imprescindible que el heredero sea sucesor a título universal, pues lo que caracteriza al heredero, aunque sea sucesor a título particular, es que no es -como el legatario- un simple adquirente de cosas y derechos patrimoniales, sino alguien que sucede al mismo tiempo, aunque sea en pequeña medida, en las deudas y relaciones personales del causante que no se extingan por su muerte. Como dice el art. 322.1, *el heredero adquiere los bienes y derechos de la misma [la herencia], se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias.*

A la hora de decidir si un llamamiento es a título de heredero o de legatario debe prevalecer la voluntad del disponente sobre los términos empleados, aunque lo querido sea que el instituido en cosa cierta y determinada sea heredero o que el llamado a parte alícuota de la herencia sea legatario; ahora bien, el disponente no puede convertir en heredero o legatario a quien no vincule a los efectos propios de dicha condición (por ejemplo, no puede ser heredero un sucesor al que se le exonere de las deudas, ni legatario aquél al que se haga responsable personal de su pago). Por lo demás, mientras no se pruebe que es otra la voluntad del disponente, se *presume* que el llamado a una cuota de la herencia es heredero y el llamado a cosa determinada, legatario (art. 466.3).

#### **4. Sucesores especiales.**

A. *El heredero "ex re certa".* Si se prueba que es voluntad del disponente que el instituido en cosa cierta y determinada sea heredero, lo será y, por ello, responderá de las obligaciones y cargas hereditarias en proporción al valor de lo

*así recibido*, pero, al no ser un llamamiento universal, *no tendrá derecho de acrecer* (art. 467.1). Si la institución de heredero *ex re certa* no agota el caudal hereditario, los bienes no dispuestos (y los de nueva aparición) se defieren a los herederos legales (art. 465.2); en cambio, *si toda la herencia ha sido distribuida entre herederos en cosa cierta y determinada, sucederán en los bienes de nueva aparición en proporción al valor de lo recibido por cada uno* (art. 467.2), con exclusión, por tanto, de la sucesión legal. Solución que parece aplicable también cuando los bienes omitidos son de escasa importancia y la voluntad del disponente ha sido la de llamar a su herencia sólo a determinadas personas (GARCÍA ALMAZOR). El supuesto de distribución de la herencia entre herederos *ex re certa* es similar al de la partición realizada por el disponente, y el régimen de la responsabilidad será el previsto en el art. 371.

También el instituido en el derecho de usufructo (cosa cierta y determinada) tendrá la consideración de heredero *ex re certa* si ésta es la voluntad del disponente (art. 467.3), siéndole entonces de aplicación las previsiones del art. 467.1, si bien el derecho de usufructo recaerá sobre la herencia, o cuota de ella, en la configuración que tenga al abrirse la sucesión y, por tanto, también sobre los bienes de nueva aparición.

*B. El legatario de parte alícuota.* En el legado de parte alícuota, regulado en el art. 468, el legatario no es deudor de las obligaciones y cargas de la herencia (pero su derecho recae o se calcula sobre el caudal hereditario líquido, es decir, una vez que las cargas hereditarias, incluidos entre ellas los restantes legados, han sido pagadas), concurre a la partición con el heredero porque es persona interesada en la fijación del activo, pero, cuando el legatario no sea legitimario, el heredero puede optar por pagar este legado en dinero extrahereditario convirtiendo al legatario de cuota en mero acreedor suyo (art. 477.1, *i.f.*). El legatario de parte alícuota puede solicitar la división judicial de la herencia (art. 782 Lec.) y tiene la posibilidad de pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad a través del art. 42.6 de la Lh. (arts. 146.2 y 152 Rh.).

*C. La distribución de toda la herencia en legados.* Como no es necesaria la institución de heredero para la validez del título sucesorio (art. 465), puede el disponente querer distribuir toda la herencia en legados, pero en tal caso, no habiendo heredero voluntario y no siendo necesario abrir la sucesión legal, dice el art. 469.1 *que se prorratarán las deudas y cargas entre los legatarios en proporción a sus cuotas, a no ser que se hubiera previsto otra cosa.* Responsabilidad que se mantiene por la parte que proporcionalmente se derive de sus cuotas aunque concurren con herederos legales sobrevenidos por la apari-

*ción de nuevos bienes* (469.2), sistema más lógico y justo que desplazarla por entero a los herederos. La aparición de nuevos bienes, a diferencia de cuando toda la herencia ha sido distribuida entre herederos *ex re certa*, no evita el llamamiento a los herederos legales.

## 5. La ordenación voluntaria de la sucesión. Ineficacia.

A. *Formas y límites de la ordenación voluntaria.* Como en el Derecho de familia, el *principio standum est chartae* (art. 3) se ha manifestado a lo largo de los siglos también en el campo sucesorio en forma de simplificación del sistema romanista, superando estructuras, cauces y prohibiciones -todavía hoy existentes en el Código civil- en homenaje a la voluntad del disponente. En el Derecho vigente la libertad civil se proyecta expresamente sobre el Derecho de sucesiones al disponer el art. 318 que *el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión [...], sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio "standum est chartae"*. Además, cuenta para ello con una alta gama de posibilidades: a) puede ordenar su sucesión por sí mismo: por pacto sucesorio convenido con la otra parte del contrato, testando con otro de mancomún o por testamento individual; b) puede ordenar su sucesión por medio de uno o varios fiduciarios; c) puede ordenar su sucesión en parte por sí mismo y en parte mediante fiducia sucesoria.

El contenido típico del pacto sucesorio, del testamento o de los actos de ejecución de la fiducia es la designación de sucesor, es decir, la institución de heredero o el nombramiento de legatario (o ambas cosas a la vez). Si no hay legitimarios, la libertad de disposición por causa de muerte es absoluta: todos los bienes del causante pueden ser atribuidos (por él mismo o mediante fiducia) a cualquier persona que tenga capacidad para suceder (art. 464.1); en cambio, el que tenga legitimarios sólo puede disponer de la mitad de sus bienes en favor de extraños (arts. 464.2 y 486).

La legítima, en cuanto reserva legal de la mitad del caudal computable a favor de los descendientes del causante, es el único límite legal a la libertad de disposición *mortis causa* (art. 318). La totalidad de los bienes del causante, o sólo la mitad si tiene legitimarios, son de libre disposición cualquiera que sea su origen y modo de adquisición, pues la sucesión troncal y el recobro de liberalidades son propios exclusivamente de la sucesión legal. A diferencia de otros Derechos como el del Código civil (arts. 968-980), no hay más reserva legal de bienes que la representada por la legítima: la llamada "reserva vidual", o cualquier otra modalidad de reserva, sólo existirá si se crea voluntariamente, es decir cuando aparezca previa-

*mente determinada en testamento abierto u otra escritura pública* (art. 464.3). La reserva legal de bienes (a la que tanto el Apéndice como la Compilación -art. 139- hubieron de referirse para rechazar la aplicación del Código civil) sólo tiene lugar por expresa determinación voluntaria y entonces se rige por las reglas que se hayan señalado en el título que la crea y, en su defecto, por el Derecho supletorio en lo que no contradiga los principios que informan las normas aragonesas (art. 1.2).

En Aragón no se recibió nunca (tampoco en el Código civil) la exigencia romana de la institución de heredero para la validez del testamento, regla predicable asimismo del pacto sucesorio y de los actos de ejecución de la fiducia; de manera que, en cualquiera de las formas de ordenación voluntaria de la sucesión, puede distribuirse toda la herencia en legados (art. 469) o puede la institución de heredero no comprender la totalidad de los bienes, sin que ello afecte a la validez del título sucesorio (art. 465.1).

*B. La ineficacia del llamamiento voluntario.* El llamamiento voluntario puede resultar ineficaz si el llamado no quiere o no puede suceder. La ineficacia ha podido ser prevista por el propio disponente designando al llamado un sustituto voluntario; en otro caso es la ley la que trata de evitar la ineficacia de la ordenación voluntaria primero mediante la sustitución legal, cuando el llamado tiene descendientes y se dan los requisitos de esta figura legal, y en su defecto mediante el derecho de acrecer si el que no quiere o no puede suceder había sido llamado solidariamente con otros; no siendo aplicables ninguno de estos mecanismo legales, *la porción* (o la cosa cierta y determinada, en caso de heredero *ex re certa*) *vacante del llamado a heredar pasará a los herederos legales del causante y si se trata de un legado se refundirá con la masa de la herencia* (art. 323.1), con lo que el legado no tendrá que ser cumplido por el heredero o legatario gravado con él. Ahora bien, ya hemos visto que en cualquiera de estos supuestos (sustitución voluntaria o legal, derecho de acrecer y sucesión legal), *quien hereda como consecuencia de la ineficacia de un llamamiento voluntario, aunque sea como heredero legal, queda sujeto a las mismas modalidades, limitaciones y obligaciones impuestas al primeramente designado, salvo que sean puramente personales de éste o que el disponente hubiera previsto otra cosa* (art. 323.2).

La ordenación de la sucesión hecha por el causante (o por su fiduciario), respetando los límites del art. 318, puede contener, además del llamamiento sucesorio, otras muchas disposiciones como las aludidas en el art. 323 a título de ejemplo: sustituciones, modalidades (condición, término, modo), limitaciones (por ej., reservas) y obligaciones. Las disposiciones que perfilan la voluntad del disponente, aun previstas para

el primeramente designado, deben ser observadas también por quien ocupe su lugar en la sucesión (o por el mismo llamado que repudia el llamamiento voluntario y acepta como heredero legal: art. 344.1). La ineficacia del llamamiento voluntario no priva de eficacia a la restante ordenación voluntaria, salvo si el disponente ha previsto otra cosa o, aún sin previsión en contrario, se trata de estipulaciones referidas exclusivamente al primeramente designado (puramente personales de éste).

## 6. Etapas en la adquisición de la herencia.

En la dinámica del fenómeno sucesorio pueden distinguirse varias etapas o momentos, que pueden coincidir –y muchas veces coinciden– en el tiempo, pero que siempre pueden distinguirse conceptualmente: apertura de la sucesión, vocación, delación y adquisición de la herencia. En la sucesión legal y en la testamentaria (también en los pactos a favor de tercero) el proceso de adquisición de la herencia se desarrolla siempre en el orden descrito y se inicia con la muerte del causante; en estas sucesiones el llamamiento legal o voluntario carece de relevancia jurídica hasta la muerte del causante. En cambio, en los pactos de institución a favor de contratante (arts. 385 y ss.) la aceptación de la herencia o legado, y por tanto la vocación y delación a su favor, se produce ya en el momento en que el contratante otorga su consentimiento y en consecuencia, fallecido el instituyente, no se requiere nueva aceptación del instituido que intervino en el pacto (art. 322.2) ni puede repudiar la herencia o renunciar al legado (art. 385); en los pactos de institución de presente se produce incluso la adquisición de los bienes en el momento del otorgamiento (art. 389): luego, como dice el art. 316, en los pactos sucesorios algunos efectos de la sucesión *mortis causa* se anticipan a la muerte del instituyente. Por otra parte, la fiducia sucesoria, sin alterar el orden lógico del proceso, retrasa la delación hasta el momento de su ejecución o extinción (art. 448.1).

A. *Apertura.* La sucesión se abre en el momento de la muerte (o declaración de fallecimiento: *cfr.* art. 195 Cc.) del causante (art. 320.1). También la sucesión paccionada se abre con la muerte del instituyente, pues los efectos producidos con anterioridad claudican si el instituido premuere sin descendencia y se consolidan en otro caso. El momento preciso de la muerte del causante tiene gran importancia en todo tipo de sucesión porque sólo si el llamado le sobrevive podrá ser sucesor suyo, y sólo si el instituido sucesor en pacto a favor de contratante sobrevive al instituyente podrá continuar siéndolo. Por ello, *si se duda, entre dos o más personas llamadas a suceder, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior*

*de una o de otra debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro* (art. 320.2 que recoge la presunción de comoriencia del art. 33 Cc.). La sucesión por causa de muerte se rige por la ley personal del causante en el momento de su fallecimiento (arts. 9º.8 y 16.1 Cc.). La apertura de la sucesión puede dar lugar a la adopción de oficio de las medidas más indispensables para el enterramiento del difunto si fuere necesario y para la seguridad de los bienes de la herencia y de los documentos del difunto (*cfr.* art. 790 Lec.), así como a la intervención judicial de la herencia cuando no conste la existencia de testamento ni de parientes llamados a la sucesión legal (*cfr.* art. 791 Lec.).

La sucesión se abre en el lugar del último domicilio del causante (art. 320.1). El lugar de apertura de la sucesión determina la competencia judicial por razón del territorio en los juicios sobre cuestiones hereditarias (*cfr.* art. 52.4º Lec.).

*B. Vocación.* Salvo en los pactos de institución a favor de contratante, al abrirse la sucesión de una persona se produce la *vocación* simultánea de todos los llamados a sucederle -actual, solidaria o eventualmente- por disposición voluntaria o de la ley. Aunque la vocación es simultánea no todos son llamados de la misma forma: la vocación es actual para los llamados en primer lugar que, por ello, tienen ya derecho a aceptar o repudiar (delación); la vocación es solidaria cuando varios han sido llamados conjuntamente a un todo, por lo que hay derecho de acrecer entre ellos; la vocación es eventual para los llamados a suceder sólo en caso de que no quieran o no puedan hacerlo los primeramente llamados.

*C. Delación.* La *delación* es otra etapa o momento del fenómeno sucesorio; no sólo existen personas determinadas llamadas a suceder, sino que alguna puede aceptar. La posibilidad inmediata de aceptar la herencia es la característica de la delación. *Delata hereditas intelligitur quando quis possit addeundo consequi.* La delación presupone la vocación pero, a diferencia de ésta, no es simultánea para todos los eventualmente llamados sino que la posibilidad de aceptar o repudiar se ofrece en primer lugar sólo a los primeramente llamados y, si éste llamamiento deviene ineficaz, se ofrece sucesivamente a los siguientes llamados. La delación termina con la aceptación, pero ya antes el llamado es titular del *ius delationis*, derecho a aceptar o repudiar que en caso de muerte se transmite por ministerio de la ley a sus herederos (arts. 354 y 478).

*En la sucesión contractual* (con exclusión de los pactos a favor de tercero) *y en la fiducia, el momento de la delación se rige por sus respectivas normas* (art. 321.4), como ya ha quedado apuntado: momento del otorgamiento y

momento de la ejecución o extinción, respectivamente (para el caso de fiducia, *cfr.* STSJA 26 enero 2005). En las restantes sucesiones la regla general es que *la sucesión se defiere en el momento del fallecimiento del causante* (art. 321.1): es pues una delación inmediata (ya sea directa o por relación a la de la persona a la que se sustituye) que se da tanto en los llamamientos puros como en los a término; *en los llamamientos sucesivos, si se ha frustrado* (por repudiación) *el llamamiento anterior* (voluntario o legal), *la sucesión se entiende deferida* al siguiente llamado también *al tiempo del fallecimiento del causante* (art. 321.3; *cfr.* 343.1): la delación es sucesiva si bien, al no haber llegado a existir un sucesor anterior, tiene efectos retroactivos al momento de la muerte del causante. Pero, en cualquier clase de sucesión, la delación se aleja del momento inicial, lo mismo que en el caso de fiducia, cuando depende del cumplimiento o incumplimiento de una condición suspensiva: entonces –como dice el art. 321.2- *la delación tendrá lugar al tiempo de cumplirse la condición* (delación diferida). En los casos en que voluntariamente o por disposición de la ley resulten designados varios sucesores sucesivos para que reciban la herencia o legado uno detrás de otro, si acepta el primer sucesor y la sustitución está sujeta a condición suspensiva la delación a favor del sucesor posterior tendrá lugar cuando la condición se cumpla (art. 321.2); si la sustitución es a término, cierto o incierto, se aplica la regla general del art. 321.1, de modo que el ofrecimiento (voluntario o legal) a suceder después de otro existe desde la muerte del causante (o desde el otorgamiento del pacto, en su caso); dado que la sustitución fideicomisaria puede ser a plazo o condicional, el inciso final del art. 321.3 se limita a aclarar que *la sustitución* (no la delación) *tiene lugar cuando fallezca el heredero precedente o de otra forma se extinga su derecho*.

*D. Adquisición.* Hay dos sistemas diferentes de adquisición de las atribuciones deferidas por causa de muerte:

a) El legatario o el sucesor a título particular por disposición legal adquiere su derecho desde el momento de la delación, sin necesidad de aceptación, aunque sin perjuicio de la posibilidad de optar por la repudiación, en cuyo caso se considera que no ha tenido lugar la delación a su favor (arts. 322.3 y 477.1); la aceptación consolida la adquisición ya producida (art. 477.2) y representa una renuncia al derecho a repudiar. Este sistema es el seguido por algunos Derechos para la adquisición de la herencia.

b) En cambio, el llamado a título de heredero sólo adquiere la herencia deferida mediante la aceptación; hasta que no acepta no se convierte

en heredero (art. 322.1). De forma que entre delación y adquisición puede mediar un lapso de tiempo más o menos largo, aunque luego los efectos de la aceptación se retrotraen al momento del fallecimiento del causante (art. 343.1) con el que necesariamente ha de enlazar el heredero.

En la herencia deferida por pacto sucesorio a favor de contratante los efectos transmisivos dependen de lo pactado (hay transmisión en la institución de presente y no la hay hasta la muerte del instituyente en la institución para después de los días), sin que tras la muerte del instituyente se requiera nueva aceptación del instituido que intervino en el pacto (art. 322.2) que no podrá repudiar la herencia o renunciar al legado (art. 385).

A la adquisición de la posesión de los bienes de la herencia son aplicables los arts. 440 y 442 Cc., a salvo lo previsto en el art. 479 para el legado de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario.

## 7. La herencia yacente.

*Desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación del llamado la herencia carece de titular* (art. 324.1). Se dice entonces que la herencia está yacente. En caso de fiducia, mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente, y su administración y representación se regirá por lo establecido en los arts. 449 a 455 (arts. 324.5 y 448.2). Se puede hablar, pues, de yacencia voluntaria cuando los llamados, pudiendo aceptar, no lo han hecho todavía, y de yacencia forzosa cuando los llamados no pueden aún aceptar la herencia: llamado todavía no nacido (art. 326), persona jurídica aún no constituida (art. 327), llamamiento condicional (arts. 801 y ss. Cc.), etc.

*La administración de la herencia yacente corresponderá a la persona que hubiera designado, en su caso, el causante* (art. 324.2; un albacea, p.e.: art. 902 Cc.). Asimismo, los llamados como herederos podrán instar el nombramiento de un administrador judicial de la herencia de acuerdo con lo establecido en las leyes procesales (art. 324.4) para la intervención judicial de la herencia (cfr. arts. 792 y ss. Lec.).

A falta de administrador voluntario o legal, los casos de yacencia forzosa se rigen por sus propias normas (art. 326), mientras que en la yacencia voluntaria *los llamados como herederos podrán realizar exclusivamente actos posesorios, de conservación, vigilancia y de administración de la herencia. Dichos actos por sí solos no implican la aceptación de la misma* (art. 324.3, que concuerda con el 350.2, si bien éste añade otro supuesto: el pago de los impuestos que gravan la sucesión).

La Lec. concede capacidad para ser parte en juicio a la herencia yacente (*cf.* art. 6.1.4°), si bien ha de comparecer por medio de quienes, conforme a la ley, la administren (*cf.* art. 7°.5 Lec.). A falta de administrador, en el aspecto pasivo los tribunales consideran correcta y suficiente la legitimación pasiva cuando la demanda se dirige contra la herencia yacente y los llamados a ella todavía no aceptantes.

## 8. La capacidad para suceder.

*A. Personas ya existentes y que sobrevivan al causante.* El capítulo segundo del Título Primero (arts. 325 a 333) contiene una moderna y completa regulación de la capacidad e indignidad para suceder, que, evitando los problemas y dificultades que plantea la normativa del Código civil (muy defectuosa, desfasada y mezclada con la regulación de la incapacidad relativa, que es propia sólo de las sucesiones voluntarias), contempla las posibilidades y soluciones puestas de manifiesto por la mejor doctrina y los últimos Códigos (catalán, portugués o italiano) sobre capacidad de las personas físicas y jurídicas para ser sucesores *mortis causa*: el concebido pero no nacido, personas futuras, personas fecundadas tras la muerte del causante, fundaciones *mortis causa*, etc. Es una materia no prevista en la Compilación ni en el Apéndice pero que preocupó a los juristas aragoneses de finales del s. XIX.

La regulación es común a todas las clases de sucesión (paccionada, testamentaria –en ambas, también en caso de fiducia- o legal), si bien en los pactos de institución a favor de contratante el instituido ha de ser mayor de edad en el momento del otorgamiento (art. 378: capacidad para otorgar pactos) y sobrevivir al instituyente (capacidad para suceder).

La regla general (no formulada en sentido positivo en el Cc.: *vid.* arts. 744 y 745) es que *tienen capacidad sucesoria todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante* (art. 325.1). Algo similar dispone para las personas jurídicas el art. 327.1: *Tienen capacidad sucesoria las personas jurídicas constituidas legalmente al tiempo de la apertura de la sucesión.* Por tanto, las personas, físicas o jurídicas, llamadas a una sucesión y nacidas o constituidas antes de la muerte del causante, han de sobrevivirle: ya hemos visto que en caso de comoriencia entre dos o más personas llamadas a sucederse no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro (art. 320.2).

Expresamente se prevé la capacidad sucesoria del *nasciturus*, el cual, en cuanto nazca cumpliendo las condiciones legales para adquirir personalidad jurídica (art. 30 Cc.), consolidará su llamamiento. Para favo-

recer la prueba, dice el art. 325.2 que *se presumirá concebido al tiempo de la apertura de la sucesión el que nazca antes de los trescientos días siguientes al fallecimiento del causante* (presunción que coincide con la del art. 116 Cc. para la filiación matrimonial). En los arts. 959 a 967 Cc. se contienen una serie de precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta, pero que son de aplicación a todo caso de concebido y no nacido y a los supuestos análogos.

Por otra parte, los hijos del causante nacidos de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor, *se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación* (art. 325.3). Es una ficción legal para extender a este caso el régimen previsto para el *nasciturus*. El art. 9º.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dice que “el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el art. 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer”, posibilidad que el 9º.3 extiende al “varón no unido por vínculo matrimonial”.

*B. Personas futuras.* La supervivencia del llamado a suceder o el estar ya concebido (o la consideración de que lo está) al tiempo de la apertura de la sucesión no es imprescindible para poder ser sucesor, pues también las personas futuras pueden llegar a ser sucesoras (*cf.* STSJA 26 enero 2005). Dice el art. 325.1 que, *no obstante, en la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión.* Y el art. 327.2 recoge la misma idea para las personas jurídicas: *Si el causante, en su disposición por causa de muerte, crea u ordena crear una persona jurídica que sólo quede constituida legalmente después de la apertura de la sucesión, ésta tendrá capacidad para adquirir las atribuciones patrimoniales ordenadas por el causante desde que tenga personalidad, pero los efectos se retrotraerán al momento de la delación.* Se ha dado recepción, por tanto, a la doctrina legal que defendía para el Código civil la capacidad para suceder del *concepturus* y de las fundaciones testamentarias (SS. TS 25 abril 1963, 3 abril 1965, 4 febrero 1970 y 28 noviembre 1986). Al quedar constituida legalmente la persona jurídica tiene lugar la delación y, desde ese momento, aunque la aceptación se retrase, se entienden adquiridas las atribuciones sucesorias del causante.

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, regula en el art. 9º las modalidades de constitución, por actos “inter vivos” o “mortis cau-

sa”, y precisa en el ap. 4 que “si en la constitución de una fundación por acto *mortis causa*, el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial.”

El art. 326, norma común para los llamamientos a favor de personas físicas no nacidas, dice que *la herencia deferida a favor de un todavía no nacido, esté concebido o no, se pondrá en administración, con sujeción a las reglas de la herencia bajo condición suspensiva*. Son llamamientos sujetos a condición suspensiva a los que se aplican los arts. 801 y ss. Cc. sobre administración de la herencia hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse. Al tiempo de cumplirse la condición tendrá lugar la delación, cesará la administración de la herencia y hasta la aceptación le serán de aplicación las normas de la herencia yacente (art. 324).

C. *La incapacidad de las personas capaces de suceder*. Aunque, de acuerdo con las reglas vistas, el llamado tenga capacidad para suceder al causante y se haya producido la delación a su favor, quedará privado de la herencia o legado si se declara que es indigno de sucederle por haber incurrido en causa de indignidad (art. 328); quedará privado de lo dejado voluntariamente por el disponente cuando se declare la incapacidad relativa del sucesor voluntario por afectarle alguna de las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (art. 475). Por otra parte, el causante o su fiduciario pueden (en pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia) desheredar al legitimario incurso en causa legal de desheredación privándole de la condición de legitimario y de las atribuciones sucesorias que le correspondan por cualquier título, excepto de las voluntarias posteriores a la desheredación (arts. 509-511); y sin necesidad de causa legal, pueden excluir absolutamente al legitimario de grado preferente privándole de todo derecho en la legítima y en las sucesiones voluntaria y legal (*vid.* art. 513). Aunque exista causa legal, la desheredación, lo mismo que la exclusión voluntaria, depende de la voluntad de disponente (*vid.* art. 511.3), y también la eficacia de las causas de indignidad puede ser evitada por el causante o su fiduciario rehabilitando al indigno (art. 332); por el contrario, el disponente no puede remover las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (art. 475).

### 9. La indignidad sucesoria.

La institución central de todas las que determinan la incapacidad para suceder a un determinado causante es la indignidad, pues, por un lado, su régimen es aplicable en parte también a las incapacidades relativas (*vid.* art. 475.2), y, por otro, las causas de indignidad son también las primeras causas legales de desheredación (*vid.* art. 510).

La indignidad es una sanción civil por los actos taxativamente determinados por la ley cometidos por el llamado (tanto si el llamamiento es voluntario o legal) contra el causante, su familia más directa, o el fiduciario; actos que en todo caso suponen una ofensa al disponente.

*A. Causas de indignidad.* Dice el art. 328 que *son incapaces de suceder por causa de indignidad: a) Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes.*

*b) El que fuere condenado por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, contra la vida del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno.*

*c) El que fuere condenado a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, en las sucesiones de las personas sobre las que versara la pena y sus descendientes.*

*d) El que fuere condenado por acusación o denuncia falsa contra el causante o el fiduciario, en relación con un delito para el cual la ley señale una pena grave.*

*e) El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del causante, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio*

*f) El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias.*

*g) El que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterare otros posteriores.*

Esta enumeración tiene como base la del art. 756 Cc., debidamente adaptada al Derecho aragonés y actualizada en sus referencias a delitos y penas; son novedad la posibilidad de declarar la indignidad del que fuere condenado por haber atentado contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno y la causa del ap. c), introducida en la tramitación parlamentaria de la Ley y que no podrá funcionar como causa de desheredación ya que está referida a personas que no son legitimarios. A las causas del art. 13 hay que sumar la del art. 61, así como la del art. 713 Cc.

*B. Momento para calificar la capacidad.* Para calificar la capacidad sucesoria se atenderá al tiempo de la delación (momento de la muerte del causante, salvo en el llamamiento sujeto a condición y en la fiducia: momento de cumplimiento de la condición o la fiducia; *cfr.* STSJA 26 enero 2005). En los casos b), c) y d) se esperará a que se dicte la sentencia firme, y en el e) a que transcurra el mes señalado para la denuncia (art. 329).

*C. Efectos de la indignidad. Deber de restitución.* Conforme al art. 330.1, las personas que resultarían favorecidas en la sucesión, caso de declararse la indignidad, pueden invocar las causas de indignidad (legitimación activa) que producirán efecto si son reconocidas por el indigno o, en otro caso, si se declara judicialmente la indignidad; los efectos de la indignidad se retrotraen al tiempo de la delación, por lo que el indigno pierde la herencia o legado deferidos y, si es legitimario, pierde también esta condición (art. 330.2). Consecuencia de todo ello es *que el indigno que hubiera entrado en posesión de los bienes de la herencia o del legado tendrá que restituirlos con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido* (art. 331). Declarada la indignidad, el indigno que no restituye posee de mala fe tales bienes. *La acción declarativa de la indignidad caducará transcurridos cinco años desde que el indigno de suceder esté en posesión de la herencia o legado* (art. 333), si bien para invocar la indignidad no hay que esperar a que el indigno tome posesión de los bienes.

*D. Rehabilitación del indigno.* El indigno puede ser rehabilitado tanto por el causante como por su fiduciario, si no lo tiene expresamente prohibido. Dice el art. 332.1 *que las causas de indignidad sucesoria no surtirán efecto si el causante, conociéndolas, hace disposiciones a favor del indigno* (remisión tácita), *se reconcilia con él o le perdona en escritura pública* (remisión expresa y formal, bilateral o unilateral; en cambio, la rehabilitación del legitimario no está sujeta a forma: art. 511.3). *La reconciliación y el perdón serán irrevocables.* Pero añade el art. 332.2 *que también el fiduciario podrá dejar ineficaces las causas de indignidad por los mismos actos que el causante, salvo que éste expresamente se lo haya prohibido.*

Las disposiciones paccionadas a favor del instituido que incurre luego en causa de indignidad pueden ser revocadas unilateralmente por el disponente (art. 401), pero si no hay revocación, y tampoco puede entenderse que haya habido rehabilitación del indigno, la causa subsiste y podrá ser invocada, a la muerte del instituyente, por los legitimados si todavía no ha caducado la acción.

## 10. Las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (“incapacidad relativa”).

Con la finalidad de evitar la captación de la voluntad del disponente, el art. 475.1 establece la “nulidad” de las disposiciones por causa de muerte –completando así lo dicho en el art. 424.1- hechas a favor de aquellas personas (exclusivamente las citadas en dicho apartado) que, siendo capaces de suceder en general, tienen prohibido ser destinatarias de las disposiciones por causa de muerte del causante cuando concurren las circunstancias previstas en este artículo.

Dice el art. 475.1 que *es nula la disposición por causa de muerte a favor de las siguientes personas:*

*a) El Notario autorizante del acto, o las personas ante las que se otorgan los testamentos especiales, y su cónyuge, parientes o afines dentro del cuarto grado.*

*b) Los testigos, facultativos, expertos e intérpretes que intervengan en el otorgamiento del pacto o testamento.*

*c) La persona que escribe el testamento cerrado a ruego del testador.*

*d) El tutor o curador del disponente, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no hubiesen que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela. Es, sin embargo, válida la disposición a su favor cuando se trate de ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge del disponente.*

Estas prohibiciones o “incapacidades relativas” no impiden a los afectados ser sucesores legales del causante. La nulidad no depende de la efectiva captación de voluntad, sino que se produce aunque se pruebe que la disposición responde a una voluntad libre y consciente del disponente, quien no puede evitar la prohibición legal ni burlarla a través de persona interpuesta (*cf.* art. 755 Cc.).

Como la indignidad, a cuyos efectos se remite el art. 475.2, la incapacidad relativa no impide la delación de la herencia a favor del llamado incapaz (por ello, la disposición, más que nula, parece anulable), pero, una vez declarada (atendiendo al tiempo de otorgar la disposición), tiene efectos retroactivos y priva al incapaz de la herencia o legado (art. 330) por lo que tendrá que restituir los bienes que haya tomado en posesión con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido (art. 331). La acción declarativa de la incapacidad relativa caduca a los cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado (art. 333).

## 11. La sustitución legal.

A. *Concepto, presupuestos y efectos.* La sustitución legal es una figura paralela a la conocida en otros Ordenamientos como “derecho de representación”. Se trata de un mecanismo sustitutorio de origen legal pero basado en la presunta voluntad del disponente; por ello en las sucesiones voluntarias (art. 336) la sustitución legal sólo tiene lugar cuando no exista *previsión en contrario del disponente*: el causante o su fiduciario pueden excluirla, pueden reducir o ampliar su ámbito de aplicación, etc.; en cambio, las previsiones del disponente en contra de la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente han de respetar el contenido imperativo de la legítima.

*Los descendientes de un llamado a título universal o particular (llamado como heredero, legatario o sucesor a título particular por disposición legal) o legitimario de grado preferente (vid. art. 488.1) ocupan el lugar de éste en la sucesión o en la legítima por sustitución legal en los casos previstos en este Código (art. 334).* El Código quiere que los descendientes sustituyan al llamado o legitimario de grado preferente que ha premuerto al causante (o ha sido declarado fallecido -art. 195.2 Cc.- o ha muerto al mismo tiempo) o ha sido declarado ausente (la sustitución del legitimario no está prevista en caso de ausencia) o indigno de suceder (sucesiones voluntarias: art. 336.1) o también si ha sido desheredado con causa legal o excluido absolutamente (sucesión legal y legítima: arts. 338.1 y 339). *En caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal (art. 341 –y 488.2 para la legítima-; se modifica, en este punto, la extensión que tenía el art. 141 Comp.; vid., no obstante, la Disp. Transitoria 16ª).*

Si se da alguno de los casos de ineficacia del llamamiento legal o voluntario o de pérdida de la condición de legitimario de grado preferente previstos por el Código, *la delación a favor del sustituido o su condición de legitimario de grado preferente corresponde a su estirpe de descendientes, de modo que el sustituto o sustitutos legales ocupan el lugar que habría correspondido al sustituido si no hubiera concurrido causa de sustitución (art. 340.1).* La delación o la condición de legitimario de grado preferente corresponden a los descendientes del sustituido de forma inmediata (no de forma sucesiva o diferida) y por derecho propio concedido por ley; el sustituido no llega a ser legitimario o titular del *ius delationis* ni, en consecuencia, transmite derecho alguno a sus descendientes. Pero el derecho de los sustitutos legales lo determina la ley por relación al que hubiera correspondido al sustituido si no hubiera concurrido causa de sustitución (STSJA 22 septiembre 2011).

Ahora bien, no siempre que se da alguno de los supuestos legales de ineficacia del llamamiento tiene lugar la sustitución legal: se precisa además que el llamado sea descendiente o hermano del causante; el legitimario, por hipótesis, es siempre descendiente del causante. Dice, al respecto, el art. 335.2 que *la sustitución legal tiene lugar en la línea recta descendente, pero no en la ascendente. En la línea colateral sólo tiene lugar a favor de los descendientes de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado*. De manera que, como reitera el art. 336.2, *el sustituido ha de ser descendiente o hermano del causante*: si se trata de otros parientes o de extraños no hay sustitución legal.

*B. Los distintos ámbitos de aplicación.* Cuando se dan estos dos presupuestos (parentesco con el causante y concurrencia del supuesto previsto por la ley), la sustitución legal puede tener lugar tanto en la sucesión voluntaria (paccionada o testamentaria, incluso en caso de fiducia) como en la legal, así como en la legítima (art. 335.1), si bien no siempre opera de forma idéntica.

*a) Sucesiones voluntarias.* En las sucesiones voluntarias se da en los casos de premoriencia, ausencia e indignidad y se produce a favor de los descendientes del sustituido sin limitación de grado (art. 336, aps. 1 y 2). Aclara el Código en el ap. 2 que *cuando el sustituido sea descendiente del causante y la sustitución favorezca a sus nietos o descendientes ulteriores, heredarán siempre por estirpes, aunque todos los sustitutos sean del mismo grado. Si el sustituido es hermano del causante y entre sus sustitutos concurren hijos y descendientes ulteriores, aquéllos suceden por cabezas y éstos por estirpes; si solo hay nietos, heredarán por cabezas*.

*Los sustitutos que reciban la porción del llamado a la herencia declarado ausente deberán cumplir las obligaciones que impone el artículo 55* (art. 336.3). La introducción del supuesto de ausencia legal es sólo una relativa novedad porque en el Código civil también hay derecho de representación en caso de ausencia (*cfr.* art. 191 Cc.).

En caso de fiducia ejecutada en testamento (*vid.* art. 456.2) la sustitución legal opera con normalidad, pero cuando se ejecuta en escritura pública (*vid.* art. 456.1) no se puede llamar a una persona fallecida, ni será frecuente hacerlo a una en situación de ausencia legal; por otra parte, el fiduciario que hace disposiciones a favor del indigno le rehabilita (art. 17), por lo que difícilmente podrá tener lugar la sustitución legal por causa de indignidad.

En la sucesión paccionada dice el art. 337 que, cuando el instituido premuere al instituyente, se aplica lo dispuesto en el art. 387 que, aunque

lleva por titulillo *derecho de transmisión*, ya hemos dicho que no es un supuesto de transmisión de la condición de sucesor contractual a sus herederos, sino a sus descendientes (aunque no sean sus herederos) y pudiendo designar a uno sólo de ellos para ocupar el lugar del transmitente en la sucesión contractual en la que finalmente no ha podido consolidar su condición de heredero al haber premuerto al instituyente; el régimen del art. 387 parece también aplicable a los casos de declaración de fallecimiento o ausencia legal de instituido. En cambio, la indignidad del instituido (o el haber incurrido en causa que, de ser legitimario, implicaría causa de desheredación), lo mismo que en caso de testamento, permite al instituyente revocar unilateralmente su disposición a favor del indigno (art. 401.1.c), pero si no lo hace parece que al mantener la institución contractual le rehabilita, por lo que a su muerte los descendientes tendrán difícil, mientras no haya caducado, el ejercicio de la acción de indignidad para que, una vez declarada, opere a su favor la sustitución legal.

b) *Sucesión legal*. A la sucesión legal se refiere específicamente el art. 338. Señala los casos en que procede la sustitución legal: premoriencia, ausencia (*vid.* además art. 520.2), indignidad, desheredación con causa legal y exclusión absoluta; e indica, en el ap. 2, con aclaraciones sobre las clases de división posibles, que *en tales supuestos la sustitución legal en favor de los descendientes del descendiente sustituido, se produce sin limitación de grado y aunque concurren solos dividen por estirpes* (*vid.* arts. 520.1.1° y 523); *mientras que la sustitución legal a favor de los descendientes del hermano sustituido, sólo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante y si concurren con algún hermano del causante dividen por estirpes, pero si concurren solamente hijos o solamente nietos de hermanos sustituidos, dividen por cabezas, si bien cuando concurren por sustitución solamente hijos y nietos de hermanos sustituidos, los primeros dividen por cabezas y los segundos por estirpes* (*vid.* arts. 520.1.1°, 524.2, 526.1°, 532 y 533).

c) *Legítima*. Para la legítima dice el art. 339 que la sustitución legal del legitimario de grado preferente tiene lugar en caso de premoriencia, desheredación con causa legal, indignidad (art. 488.1) y exclusión absoluta (art. 513.2), si bien en este último caso el legitimario *sustituido conserva el derecho de alimentos previsto en el art. 515*. No tiene lugar, por tanto, en los casos de ausencia o renuncia del legitimario (*vid.* art. 488.2), supuestos en los que, si el legitimario ausente o que renuncia la legítima es el único legitimario de grado preferente (o si todos de esta condición están ausentes o renuncian), aunque tengan descendientes, puede dejarse toda la herencia a favor de extraños y nadie estará legitimado para reclamar por lesión

de la legítima porque no hay legitimarios de grado preferente (*vid.* art. 494), con lo que, por esta vía, se introduce una excepción a la regla general del art. 486.1.

Desheredados sin causa legal o excluidos absolutamente todos los hijos, si solo uno de ellos tiene descendientes, éstos son por sustitución legal los únicos legitimarios de grado preferente y a ellos corresponde el importe íntegro de la legítima (STSJA 22 septiembre 2011).

## 12. El derecho de acrecer.

El derecho de acrecer se considera únicamente basado en la voluntad del disponente (siendo inaplicables, por tanto, las construcciones “objetivas” que parte de la doctrina preconiza para el Código civil) que llama *a dos o más personas conjuntamente a la totalidad de una herencia o legado o porción de ellos*; cuando el disponente hace un llamamiento de este estilo (“conjunto y a la totalidad” o “llamamiento solidario”), la ley interpreta que es su voluntad que, si alguna de las personas llamadas no quiere (renuncia) o no puede suceder (premorienza, indignidad, desheredación u otras causas de ineficacia del llamamiento: *vid.* art. 437), su porción acrezca a las demás (art. 481). Lo decisivo es que de la interpretación del título sucesorio pueda deducirse que el llamamiento a la herencia o legado o porción de ellos está hecho a favor de todas y cada una de las personas llamadas: si alguna de ellas no quiere o no puede suceder, no “decrece” el derecho de las demás a la totalidad del llamamiento, pero ahora, al ser uno menos, su porción será más grande. El llamamiento solidario tiene como consecuencia que *los herederos o legatarios favorecidos por el acrecimiento adquieren la parte acrecida por imperio de la ley, sin necesidad de aceptación y sin poder repudiar separadamente esa parte* (art. 483).

Basado en la forma conjunta y solidaria del llamamiento, siguiendo la tradición doctrinal aragonesa, huelgan las disquisiciones un tanto cabalísticas de los arts. 982 y 983 Cc. El llamamiento conjunto a la totalidad puede hacerse en la misma cláusula del título sucesorio, sin expresión de partes o con expresión de partes iguales o desiguales (la regulación del acrecimiento por grupos da a entender que el acrecimiento puede ser desigual: en tal caso, la parte del que no quiere o no puede suceder se divide entre los otros en proporción al importe de su participación); tampoco es imprescindible que el llamamiento solidario se haga en la misma cláusula, pero sí en el mismo pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia.

El art. 482 regula el acrecimiento por grupos, es decir, el supuesto en el que entre los llamados solidariamente varios de ellos forman grupo: en

tal caso, *si quien no llega a suceder es parte de un grupo, el acrecimiento tendrá lugar con preferencia dentro del mismo*. Si quien no llega a suceder es el último del grupo, el acrecimiento se da a favor de las otras personas llamadas conjuntamente; y si quien no llega a suceder es una de las otras personas, su porción se divide entre los demás llamados solidarios en proporción al importe de su participación.

El Derecho de acrecer es propio exclusivamente de la sucesión voluntaria (no debe confundirse con el acrecimiento por ineficacia del llamamiento legal: *vid.* arts. 520, 529, 530) y tiene como presupuesto un llamamiento solidario; no obstante, aunque se de el presupuesto, no habrá derecho de acrecer si el disponente ha nombrado sustituto o lo ha excluido de otra manera o procede la sustitución legal o el derecho de transmisión del art. 387; la ley entiende que el disponente prefiere que, si el llamado que no quiere o no puede suceder tiene descendientes, éstos ocupen su lugar y no haya derecho de acrecer. Por tanto, entre los medios de evitar la ineficacia de un llamamiento voluntario, el derecho de acrecer es subsidiario, residual, y cuando no tiene lugar da paso a la sucesión legal o a la refundición del legado en la masa de la herencia (*vid.* arts. 323 y 465.2).

### 13. Aceptación y repudiación de la herencia

El capítulo IV del Título Primero (arts. 342 a 354) regula la aceptación y repudiación de la herencia, pero, como advierte el art. 342.3, *lo dispuesto en este capítulo no afecta a lo establecido para la aceptación o renuncia de uno o varios contratantes de un pacto sucesorio que se rige por sus normas específicas* (*vid.* arts. 385 y 399). Los arts. 342 y ss., por tanto, son de aplicación a la sucesión testamentaria, a la legal, y a la aceptación o repudiación de las atribuciones hechas en pacto sucesorio a favor de tercero (art. 397).

*A. Concepto y caracteres.* El art. 342.1 dice que *el llamado a una herencia podrá libremente aceptarla o repudiarla, una vez producida la delación a su favor*; además de la libertad para elegir una cosa u otra, tanto la aceptación como la repudiación son actos enteramente voluntarios y libres (*cfr.* art. 988 Cc.) que sólo puede realizar el llamado a quien se ha deferido la herencia y tiene conocimiento de ello (*cfr.* art. 991 Cc.). Pero *si son varios los llamados a la herencia, cada uno de ellos puede aceptarla o repudiarla con independencia de los otros* (art. 342.2). La aceptación consiste –como vamos a ver–, ya en una declaración de voluntad del sucesor de querer ser heredero (*vid.* art. 349.2), ya en la realización por éste de actos a los cuales la ley atribuye la consecuencia de ser heredero (*vid.* art. 350.1); la repudiación,

en cambio, supone siempre una declaración expresa y formal rechazando la herencia (*vid.* art. 351).

La repudiación y la aceptación expresa son actos *unilaterales* (no precisan ser notificados ni aceptados por nadie) e *irrevocables* (STSJA 10 mayo 2007), que *pueden hacerse por medio de representante* (legal o voluntario, éste con poder expreso para ello: art. 1.713 Cc.; el mandato puede ser verbal: STSJA 10 mayo 2007), y *sus efectos se retrotraen al momento del fallecimiento del causante* (art. 343.1). Aunque la delación no haya tenido lugar en el momento de la muerte del causante (*vid.* art. 321) ni la adquisición hasta que, tras la delación, haya sido aceptada (*vid.* art. 322), los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento del fallecimiento del causante (nunca a un momento anterior: STSJA 3 diciembre 2010) para que el aceptante se convierta en su heredero y el que la ha repudiado sea como si nunca hubiera sido llamado a ella (art. 352).

Lo mismo que en caso de aceptación o repudiación parcial (indivisibilidad) de un llamamiento hereditario (art. 345.1), la aceptación y la repudiación de la herencia hechas a plazo o condicionalmente son nulas (art. 343.2); en otros Derechos el plazo o la condición se tienen por no puestos (art. 462-2 CCCat.).

B. *Capacidad*. La capacidad de las personas físicas para aceptar o repudiar una herencia la regula el art. 346.1, con la redacción resultante de la reforma de 2006, que dice así:

1. *Pueden aceptar una herencia las personas mayores de catorce años no incapacitadas; pero para repudiarla los menores de edad mayores de catorce años, aunque estén emancipados, necesitarán la debida asistencia.*

2. *La aceptación y la repudiación de las atribuciones deferidas a menores de catorce años o a incapacitados sometidos a la tutela o a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada corresponde a sus representantes legales.; pero para repudiarlas necesitan autorización de la Junta de Parientes o del Juez. Denegada la autorización se entenderá automáticamente aceptada la atribución sucesoria.*

3. *Cuando sean representantes ambos padres, puede aceptar en nombre del hijo uno cualquiera de ellos; sin embargo, la repudiación exigirá la intervención de ambos.*

4. *El sometido a curatela puede aceptar o repudiar la herencia con la asistencia del curador, salvo que se establezca un régimen distinto en la sentencia de incapacitación.*

La aceptación y repudiación de las herencias deferidas a las personas jurídicas se rigen por las normas que específicamente les sean de aplica-

ción y, en su defecto, a la aceptación se aplican las reglas relativas a los actos de administración y a la repudiación las de los actos de disposición de bienes de la persona jurídica (art. 347).

C. *Plazo para aceptar o repudiar. La interpelación.* El *ius delationis* o derecho a aceptar o repudiar la herencia no tiene señalado un plazo específico para su ejercicio. La mayoría de la doctrina defiende para el Código civil que este derecho, lo mismo que la acción de petición de herencia (arts. 55.2; 1.016 Cc.), prescribe a los 30 años desde la delación.

Ahora bien, cabe forzar al llamado para que acepte o repudie mediante la llamada “*interpelación*”: *transcurridos treinta días desde que se haya producido la delación, cualquier tercero interesado (acreedores, legatarios, etc.) podrá solicitar al Juez (en acto de jurisdicción voluntaria, si no hay contienda) que señale al llamado un plazo, que no podrá exceder de sesenta días, para que manifieste si acepta o repudia la herencia (art. 348.1).* Añade el ap. 2 que *el Juez apercibirá al llamado de que, si transcurrido el plazo señalado no ha manifestado su voluntad de aceptar o repudiar, se tendrá la herencia por aceptada.* Se amplían razonablemente los plazos de los arts. 1.004 y 1.005 Cc. Si el interpelado repudia la herencia ésta se deferirá a los siguientes llamados.

D. *Formas de aceptación.* El llamado puede aceptar la herencia expresa o tácitamente (art. 349.1); *aceptación expresa es la que el llamado hace en documento público o privado (la declaración verbal, aún ante testigos o recogida por éstos en escrito, no tiene valor) en el que manifiesta su voluntad de aceptar la herencia (art. 349.2); tácita, es la que tiene lugar mediante actos del llamado que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no podría realizar si no fuera heredero (art. 349.3).*

Los actos que suponen aceptación tácita han de ser positivos e inequívocos en el sentido de no poder realizarse en otra calidad que la de heredero, ni por otras razones: han de ser, como decían las Partidas (6,6,11), “actos de señor”. Para facilitar la interpretación de ciertos actos dudosos, dice el art. 350.2 (completando la enumeración del 324.3) que *no se entiende aceptada la herencia por el llamado que realiza actos posesorios, de conservación, vigilancia o administración de la herencia, o que paga los impuestos que gravan la sucesión, salvo que con ellos tome el título o la cualidad de heredero; presunción iuris tantum de que tales actos no suponen aceptación tácita.*

Pese a la rúbrica del art. 350, no se trata de casos de “*aceptación tácita*” sino de supuestos en los que la ley entiende que hay aceptación, aunque falte la voluntad del llamado. La ley no permite que quien dona o transmite a título oneroso su derecho a la herencia ceda el *ius delationis*, despojándose de la delación hereditaria; ni permite renunciar a favor de

sólo alguno o algunos de los llamados a la herencia (renuncia traslativa), ni disponer de bienes de la herencia, sin adquirir con tales actos la condición de heredero; el cedente es precisamente por el hecho de ceder aceptante de la herencia y el cesionario adquiere los bienes de él y a título singular, no como heredero del causante. El supuesto de renuncia se completa al decir el ap. 3 que no se entiende aceptada la herencia por *el llamado que renuncia gratuitamente a ella a favor de todas las personas a las que se defiere la cuota del renunciante* (renuncia gratuita, pura y simple). Por otra parte, la ley sanciona con la aceptación al llamado que sustrae u oculta bienes de la herencia, actos que no suponen necesariamente voluntad de aceptar.

*E. Forma de la repudiación. La repudiación de la herencia ha de hacerse de forma expresa en escritura pública o mediante escrito dirigido al Juez competente* (art. 351). Queda claro que la forma pública no sólo es *ad probationem* (vid. art. 1.280.4° Cc.) sino *ad solemnitatem*. Mediante la repudiación el llamado se despoja del *ius delationis* que le había conferido el llamamiento voluntario o legal. De manera que lo que quiere decir el art. 352 es que, *a todos los efectos legales, se entenderá que el que repudia la herencia deferida a su favor por un llamamiento voluntario o legal no ha sido llamado nunca a ella por tal llamamiento*. Pero la repudiación de un llamamiento no afecta a otras relaciones jurídicas, derechos o situaciones en las que pueda encontrarse el llamado respecto al causante: por ejemplo, puede aceptar llamamientos independientes a la misma herencia (arts. 344 y 345), puede reclamar los legados (art. 345.3), puede ser sustituto legal del causante (art. 340.2), puede ser beneficiario de un seguro sobre la vida de éste.

*F. Repudiación en perjuicio de acreedores.* Los acreedores de un llamado a heredar, cuando éste es insolvente y repudia la herencia, deben tener algún medio de evitar el posible perjuicio para ellos, aunque no exista fraude de acreedores. Como acción específica y distinta de la subrogatoria y la revocatoria (art. 1.111 Cc.), *si el llamado repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores, podrán éstos pedir al Juez que les autorice para aceptarla en nombre de aquél* (art. 353.1). *Concedida la autorización, el único efecto que produce es el de facultar a los acreedores para hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio hereditario* (art. 353.2). No hay aceptación, ni del deudor ni de los acreedores, que se limitan a intervenir en la sucesión en cuanto tenía derecho a ella el repudiante, con la exclusiva finalidad de hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio hereditario, si una vez liquidado el saldo es positivo, y sin que la repudiación deje de obrar a ningún otro efecto por lo que ni el repudiante ni los acreedores se transforman en herederos. *El derecho de los acreedores para solicitar la citada autorización caduca a los cuatro años a contar desde la repudiación* (art. 353.3).

#### **14. Concurrencia en una misma persona de varios llamamientos a una herencia.**

*A. Llamamientos independientes.* La persona que solo ha sido favorecida con un llamamiento a la herencia o cuota de ella no puede aceptarlo o repudiarlo parcialmente porque *es nula la aceptación o la repudiación parcial de un llamamiento* (art. 345.1). Pero *el llamado simultáneamente como heredero y legatario* (o sucesor a título particular por disposición legal) *puede aceptar por un concepto y repudiar por el otro* (art. 345.3). Y el legatario de dos legados, si los dos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera (art. 890.1 Cc.). Pues bien, también *el llamado a varias cuotas de una herencia (llamamientos, en principio, igualmente onerosos o gratuitos) por distintos modos de delación* (mejor: por llamamientos independientes) *puede aceptar por un llamamiento y repudiar por otro* (art. 345.2): las cuotas dejadas a una misma persona por distintos modos de delación (pacto, testamento, sucesión legal) son, por supuesto, llamamientos independientes; pero en la sucesión legal, cuando una persona es llamada simultáneamente como heredero troncal y no troncal también hay llamamientos independientes y puede aceptar uno y repudiar el otro; en cambio, lo dejado a una persona en un mismo pacto o testamento, o por sucesión testamentaria o paccionada aunque los instrumentos de la misma clase sean varios y compatibles entre sí, integrará normalmente un único llamamiento, salvo cuando sea llamado a una cuota directa e incondicionalmente y a otra como sustituto o de modo condicional, casos en los que existen llamamientos independientes incluso dentro del mismo modo de delación.

*B. Llamamientos subsidiarios, voluntario y legal, a una misma herencia.* Caso distinto es el del llamado a la totalidad de una herencia por disposición voluntaria que sin ella estuviera también llamado, en todo o en parte, por disposición de la ley: *se entiende* –dice el art. 344.1– *que si la repudia por el primer título la ha repudiado por los dos, salvo que en el mismo acto manifieste su voluntad de aceptar como heredero legal*. La regla general es que la repudiación del llamamiento voluntario incluye también el subsidiario e inoperante llamamiento legal; pero como novedosa excepción, la ley permite al llamado que repudia el llamamiento voluntario manifestar en el acto de repudiación (*vid.* art. 351) su voluntad de aceptar como heredero legal: la aceptación del llamamiento legal ha de hacerse simultáneamente a la repudiación y en la misma forma que ésta. En tal caso, el que renuncia la herencia voluntaria no queda excluido de la sucesión legal del causante.

Pero, al abrirse la sucesión legal pueden ser varios los llamados en primer lugar o serlo sólo el renunciante: en el primer caso se aplica el art. 323.2, mientras que para el segundo es el propio art. 344.1 el que dice que *quedará sujeto a las mismas modalidades, limitaciones y obligaciones impuestas por el disponente* (art. 344.1); de manera que cuando toda la herencia se defiere también por disposición de la ley a la persona llamada por el disponente, puede aceptarla por un título o por otro sin que varíen las consecuencias. En cambio, las consecuencias son muy distintas cuando, tras la repudiación del llamamiento voluntario a toda la herencia, la ley le defiere sólo una parte de la herencia al concurrir con otros llamados del mismo grado: nada parece impedir repudiar el llamamiento voluntario universal y aceptar el llamamiento legal a una parte de la herencia. El llamado no puede en ningún caso modificar a su favor la voluntad del disponente; puede renunciar a toda la herencia del causante, pero es libre de repudiar sólo a la delación voluntaria (arts. 342.1 y 352), sin que ello, si manifiesta su voluntad de aceptar como heredero legal, implique su renuncia a recibir del causante por otro título ni su inhabilitación para poder concurrir, sólo o con otros, a la sucesión legal subsidiaria.

Por último, *si el llamado repudia la herencia como heredero legal y sin noticia de su llamamiento voluntario, puede aceptarla todavía por éste* (art. 344.2). Y, por supuesto, si el llamado acepta la herencia como heredero legal y sin noticia de su llamamiento voluntario, puede aceptarla todavía por éste, porque la sucesión voluntaria es preferente a la legal, que sólo se abre en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento (art. 516).

### **15. La transmisión del derecho a aceptar o repudiar.**

El art. 354 regula la “transmisión del derecho a aceptar o repudiar” la herencia y el art. 478 el “derecho de transmisión” en los legados; aunque la denominación sea distinta, se trata de la misma figura jurídica: la transmisión del *ius delationis* del llamado, como heredero o como legatario, que fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia o el legado. Pero con la sustancial diferencia de que en el caso de la herencia lo que se transmite es el derecho a adquirirla o repudiarla, y en el del legado el de confirmar la adquisición ya producida -de un bien o derecho que, por ello, forma ya parte de la herencia que el legatario deja- o deshacerse de ella.

Por otra parte, el art. 354 es aplicable a la sucesión legal, a la testamentaria y a los pactos sucesorios en favor de tercero, pero no a los pactos de institución a favor de contratante (*vid.* art. 342.3) en los que el consentimiento

del favorecido implica la aceptación de la herencia o legado (art. 385), de modo que, por hipótesis, siempre fallecerá habiendo aceptado. En estos pactos los problemas surgen cuando el instituido muere antes que el instituyente, pero son problemas distintos –aunque abordados también con el titulillo de “derecho de transmisión” en el art. 387, lo cual puede originar cierta confusión–, pues la no sobrevivencia del instituido origina la ineficacia de su llamamiento y una especie de sustitución legal a favor de sus descendientes que son llamados por la ley a ocupar en la sucesión del instituyente el lugar del fallecido.

El llamado a quien, abierta la sucesión del causante, se ofrece la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia adquiere de modo originario (pues el derecho adquirido no estaba en el patrimonio del causante) y por ministerio de la ley (por tanto, de forma inevitable e instantánea) el *ius delationis*: un derecho personalísimo (concedido en atención a la persona de su titular y que continúa unido a ella hasta que se ejercita –por sí misma o por representante–) y, en consecuencia, inembargable e intransferible voluntariamente tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa* (la transmisión y la renuncia traslativa conllevan la aceptación: *vid.* art. 350.1), que permite al llamado optar entre aceptar o repudiar. Pues bien, este derecho, cuando muere el llamado, no pasa a los eventuales sucesores de grado ulterior del causante, sino que se transmite *ope legis* a los propios herederos del llamado, como una parte de la herencia de éste. Si estos herederos aceptan la herencia del transmitente (segundo causante), se convierten en titulares (derivativos) de la primera delación, y vienen a ocupar, respecto de la herencia del primer causante, la misma posición que tenía su propio causante-transmitente: por lo que, si ejercitan tal *ius delationis* y aceptan, se convierten en herederos del primer causante; y si repudian, se produce la ineficacia del llamamiento voluntario (*vid.* art. 323) o legal (*vid.* art. 520).

El art. 354 comienza indicando que la transmisión no es imperativa sino que tiene lugar sólo cuando el disponente no ha hecho expresa previsión en contrario; en tal caso, la transmisión del *ius delationis* a los herederos del llamado que ha muerto sin aceptar ni repudiar la herencia tiene lugar *por ministerio de la ley y en la proporción en que lo sean*, sin que la voluntad del transmitente pueda cambiar esto. El ap. 2 (inexistente en el art. 1.006 Cc.) dice que *la transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia del causante sólo tiene lugar en favor del llamado que acepta la herencia del transmitente; si son varios los que la aceptan, cada uno puede ejercitar el derecho transmitido con independencia de los otros y con derecho preferente de acrecer entre ellos*. La mejor doctrina entiende que, una vez producida la transmisión, el transmisario es heredero directo del primer causante.

El ap. 3 (en concordancia con el art. 278) refleja adecuadamente la incidencia que puede tener el usufructo de viudedad en esta figura: *El usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente se extenderá a los bienes así adquiridos por los herederos de éste, sin perjuicio del que, en su caso, previamente corresponda al cónyuge del primer causante.* Si el titular del “ius delationis” se halla casado, este derecho, que tiene un claro contenido patrimonial, es parte de su patrimonio y se halla afecto al derecho expectante de viudedad. Cuando el cónyuge titular fallece sin haber ejercitado el “ius delationis”, como -pese a ser personalísimo e intransferible- se transmite, por ministerio de la ley, a sus herederos, el cónyuge viudo ha de conservar en relación a éste derecho la misma posición que tenía constante matrimonio. Por ello: a) si los herederos, ejercitando el “ius delationis”, repudian la herencia del primer causante, se extingue el “ius delationis” y ningún derecho corresponde al cónyuge viudo (lo mismo que si, en vida, hubiera renunciado el cónyuge); b) si los herederos aceptan la herencia del primer causante, el cónyuge viudo del llamado fallecido debe tener usufructo de viudedad también sobre los bienes que reciban por “derecho de transmisión” (lo mismo que si hubiera aceptado el cónyuge: a su muerte tendría el supérstite viudedad sobre los bienes heredados por el premuerto); pero todo ello, obviamente, sin perjuicio del derecho de viudedad del cónyuge del primer causante que es siempre previo (se origina primero) y preferente en caso de concurrencia.

## 16. La responsabilidad del heredero.

A. *El heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas de la herencia.* El heredero, a diferencia del legatario, sucede, en todo o en parte, en las relaciones patrimoniales y personales del causante que no se extingan por su muerte (art. 466.1), por lo que no sólo adquiere los bienes y derechos de la herencia, sino que *se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias* (art. 322.1). Las características de la condición de heredero son las mismas tanto en el designado voluntariamente (en pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia) como en el legal, y, dentro de los herederos legales, los troncales tampoco tienen un régimen de responsabilidad distinto .

Dice el art. 355.1 *que el heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias.* Añade el art. 357 *que entre las cargas hereditarias se incluyen los gastos causados por la última enfermedad del causante (aunque si estaba casado en régimen de comunidad estos gastos son comunes), así como los de su funeral y entierro o incineración, los de conservación y defensa de los bienes de la herencia causados en*

*interés común y cualesquiera otros de naturaleza análoga* (los de partición, retribución de albaceas, juicio de división de la herencia, etc.). Luego el heredero, además de por sus deudas personales, responde de las deudas del causante, de las posteriores a la apertura de la sucesión que graven los bienes de la herencia y de los legados.

*B. Responsabilidad limitada por ley.* Pues bien, el heredero responde de todo este conjunto de obligaciones y cargas de la herencia *exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario* (art. 355.1). La responsabilidad del heredero está limitada por la ley en todo caso, sin necesidad de solicitar ningún beneficio ni hacer inventario alguno; es una responsabilidad *intra vires* porque tiene como límite lo recibido por el heredero del caudal relicto sin que pueda ser hecho responsable personal en mayor medida; además, en principio, es una responsabilidad que los acreedores sólo pueden exigir sobre los bienes recibidos por el heredero del caudal relicto (*cum viribus*). *Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados* (art. 355.2). Por tanto, cuando los restantes bienes heredados no son suficientes para atender a los acreedores de la herencia, la responsabilidad sigue estando limitada al importe de lo recibido de la herencia, pero hasta el valor de lo heredado enajenado, consumido, empleado en pagar deudas no exigibles, perdido o deteriorado de forma culpable, puede exigirse sobre el patrimonio propio del heredero (responsabilidad *pro viribus*).

*C. Separación de patrimonios.* Además, la ley no sólo limita la responsabilidad del heredero en la forma vista sino que establece también, sin necesidad de que lo soliciten los acreedores, la separación de patrimonios para que los acreedores de la herencia –incluido el heredero, que también lo sea– puedan cobrar con preferencia sobre los bienes del caudal relicto: *la confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto* (art. 357.1), por tanto, uno y otros, conservan sus derechos y créditos contra la herencia, lo mismo que conserva ésta los que tuviera contra el heredero o los acreedores. Expresamente dice el art. 357.2 (adaptando para Aragón lo dicho en el 1.192.2 Cc.) *que la aceptación de la herencia no produce la extinción de los derechos y créditos del heredero contra la herencia, ni los de ésta contra aquél*. El heredero puede ser, por tanto, un acreedor o deudor de la herencia igual que los demás (STSJA 3 diciembre 2010).

*D. Preferencias. Embargo de bienes del heredero.* Establecida la responsabilidad *intra vires* y *cum viribus* y la separación de patrimonios, el Código extrae otra serie de consecuencias lógicas, algunas de tipo procesal. Así, dice que *con relación a los bienes del caudal relicto, los acreedores de la herencia* (incluido, en su caso, el propio heredero) *gozan de preferencia sobre los legatarios y ambos sobre los acreedores personales del heredero* (art. 359.1). Al responder con preferencia los bienes del caudal relicto, la ley permite expresamente al heredero *oponerse al embargo de bienes de su propio patrimonio basado en créditos contra la herencia por la vía de la tercería de dominio* (la separación de patrimonios hace que el heredero no sea deudor, sino tercero). Si bien *a la demanda deberá acompañarse necesariamente un inventario de los bienes relictos recibidos* (que es el título en que se funda la tercería: art. 595 Lec.), *que podrá ser impugnado* (oponiendo la correspondiente excepción) *por el acreedor en el mismo procedimiento* (art. 358). No obstante, *cuando el heredero deba responder con su patrimonio personal del valor de lo heredado, los acreedores hereditarios y legatarios concurrirán sin preferencia con los acreedores particulares del heredero* (art. 359.2), no siendo de aplicación entonces el art. 358 sino las reglas generales sobre clasificación y prelación de créditos. Por otra parte, si los acreedores personales del heredero embargan bienes del caudal relicto, los acreedores de la herencia podrán hacer valer su preferencia por la vía de la tercería de mejor derecho.

*E. Pago de deudas y legados.* En caso de herencia insolvente, es decir, cuando los bienes del caudal relicto sean insuficientes para el pago de las deudas y cargas de la herencia, sin incluir los legados, los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia [no aceptada pura y simplemente, en el sistema del Cc.] (*cfr.* arts. 1º.2 y 3º.4 Ley concursal); en otro caso, *el heredero pagará a los acreedores del causante, cobrará sus créditos y, finalmente, cumplirá los legados* (art. 360.1). *No obstante, si consta que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho* (360.2). Como dice el art. 1029 Cc. y se deduce del orden de prelación establecido en el art. 359.1, si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles.

*F. Formas de pago.* Aunque ordinariamente los acreedores no puedan exigir el pago sobre los bienes propios del heredero, *éste puede pagar las deudas y cargas de la herencia con los bienes recibidos del caudal relicto* (dinero existente en el caudal o que obtenga de la venta de bienes hereditarios

conforme al art. 1.030 Cc. o dación en pago) o con su propio patrimonio (art. 361.1), pero si se excediere del valor de lo heredado en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir (art. 361.2).

### 17. Colación y partición.

El contenido del Capítulo sexto (arts. 362 a 372), aunque es plural y por ello aparece estructurado en tres secciones (“colación”, “partición” y “pago de las deudas hereditarias por los coherederos”), trata aspectos de la comunidad que se produce cuando son varios los titulares de una herencia o porción de ella; en la “comunidad hereditaria” los partícipes pueden disponer de su cuota en la comunidad o porción de ella, pero no adquieren derechos sobre bienes concretos sino desde la partición. El Código sólo regula los aspectos en los que incide la mayor libertad civil de los aragoneses, la distinta regulación de la capacidad de obrar o los principios del régimen de la responsabilidad del heredero.

*A. Colación.* La colación de liberalidades, como operación particional, descansa únicamente en la voluntad del disponente que *puede ordenarla en el título de la propia liberalidad* (donación o legado) o en pacto sucesorio o testamento; también puede dispensarla con posterioridad en testamento o en escritura pública (art. 362). No procede, pues, por ministerio de la ley, que se limita a aportar breves reglas para cuando, en efecto, el disponente ha ordenado colacionar sin indicar cómo hacerlo: en tal caso no serán colacionables *las liberalidades y gastos a que se refiere el ap. 2 del art. 489* (art. 363).

Además, sobre la *práctica de la colación*, dice el art. 364: 1. *No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino el valor que tuvieron al tiempo de la donación actualizando su importe al momento en que se evalúan los bienes hereditarios.*

2. *El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.*

3. *Si un coheredero, mediante las liberalidades colacionables, ha recibido más de lo que le correspondería en la partición, no está obligado a restituir el exceso ni ha de recibir nada en la partición.*

*B. Partición.* Todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo (cfr. art. 1.965 Cc.) la división de la comunidad (art. 365.1). El art. 365.2 atiende a las prohibiciones de partir y a los pactos de indivisión, limitándolos temporalmente -pero de forma más generosa que el art. 400 del Código civil-: la indivisión ordenada por el disponente no podrá exceder de quince años a contar desde la apertu-

ra de la sucesión, o por el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo; la convenida por los partícipes también se sujeta al plazo máximo de quince años. Pero, *en ambos casos, podrá prorrogarse la indivisión por acuerdo unánime de los partícipes por término que, cada vez, no sea superior a quince años*. Por último, dice el ap. 3 que *aunque haya prohibición o pacto de indivisión, el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida*.

De la partición propiamente dicha, se regula con detalle la solicitud e intervención de personas menores de catorce años o incapacitadas (art. 366), así como la de menores mayores de catorce años (art. 367), dice el Preámbulo (núm. 31) que por “la frecuencia de estas situaciones en la vida jurídica y la conveniencia de la mayor claridad y seguridad en el modo de operar en ellas”. Son artículos que, como el 346, fueron modificados por la Ley del Derecho de la persona. Los dos artículos establecen una cuidadosa distinción entre la actividad consistente en la solicitud e intervención en las operaciones particionales y su aprobación.

Conforme al artículo 366 (en la redacción resultante de la reforma de 2006), sobre *partición con menores de catorce años o incapacitados*:

1. *La representación de las personas menores de catorce años o incapacitadas en la solicitud y práctica de la partición se rige por lo dispuesto en los artículos 9, 13 y 17 pero si el ejercicio de la autoridad familiar lo ostentan ambos padres, se requiere la actuación conjunta de los dos.*

2. *No será necesaria la intervención de ambos padres ni la aprobación de la Junta de Parientes o del Juez cuando la partición se limite a adjudicar proindiviso a los herederos en la proporción en que lo sean todos los bienes integrantes de la herencia.*

Conforme al artículo 367 (en la redacción resultante de la reforma de 2006), sobre *partición con mayores de catorce años*:

1. *Los menores de edad mayores de catorce años pueden solicitar la partición e intervenir en ella con la debida asistencia.*

2. *El sometido a curatela, si la sentencia de incapacitación no dispone otra cosa, puede, asistido por el curador, solicitar la partición e intervenir en ella. Cuando exista oposición de intereses con el curador, la asistencia será suplida por la Junta de Parientes o un defensor judicial.*

El art. 368 atiende a la *partición por el disponente*, ya sea el causante o su fiduciario, admitiendo que pueda estar referida incluso a la sucesión legal. La partición puede ser de toda la herencia o de parte de ella, también puede limitarse el disponente a establecer normas vinculantes para

su realización. En cuanto a la forma, será la propia de los actos de última voluntad (pacto o testamento) o de ejecución de la fiducia, aunque se les faculta para hacerlo también en acto entre vivos sin sujeción a forma determinada, salvo si se trata de la partición de la herencia deferida por sucesión legal que precisa siempre pacto o testamento. *Si la partición la hace el disponente en el mismo acto de disposición por causa de muerte (pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia), las cláusulas de partición prevalecen sobre las dispositivas en caso de contradicción. Si la hace en acto separado (por causa de muerte o entre vivos), prevalecerán las cláusulas dispositivas salvo que sean revocables (normalmente, sólo las testamentarias) y puedan ser efectivamente revocadas por el acto de partición (pacto, testamento).*

C. *Pago de las deudas hereditarias por los coherederos.* En sección aparte, reciben atención pormenorizada y acorde con los principios aragoneses de la responsabilidad del heredero, el pago de las deudas hereditarias por los coherederos, tanto antes como después de la partición, los derechos de los acreedores y la acción de regreso entre coherederos.

*Antes de la partición,* la separación de patrimonios obliga a dar al coheredero acreedor de la herencia el mismo trato que a los demás acreedores. También los coherederos que no han practicado la partición tienen limitada su responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia exclusivamente a los bienes recibidos del caudal relicto (art. 355), por lo que podrán oponerse al embargo de bienes de su propio patrimonio por la vía de la tercería de dominio (art. 358), salvo en los casos del art. 355.2. De manera que *los acreedores hereditarios, incluido el heredero que también lo sea, mientras no se realice la partición, habrán de proceder contra todos los herederos para exigir el pago de las deudas y cargas de la herencia* (art. 369) sobre los bienes del caudal relicto indiviso. Cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, los coherederos responderán solidariamente con su propio patrimonio, hasta el límite de su respectiva porción hereditaria, del valor de lo heredado enajenado, consumido, perdido o deteriorado por su culpa o negligencia o empleado en el pago de créditos hereditarios no vencidos (arts. 355.2 y 359.2 en relación con el 371). Internamente la responsabilidad se ajustará mediante acciones de regreso entre coherederos. Por otra parte, aunque la cuota de cada coheredero es disponible, no será frecuente que pueda ser embargada por los acreedores hereditarios al estar legitimados para proceder directamente sobre los bienes comunes indivisos.

En cuanto a los *derechos de los acreedores*, dice el art. 370 que *los acreedores hereditarios reconocidos como tales* (incluido el heredero que también lo sea) *podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que*

*se les pague o garantice el importe de sus créditos; en cambio, los acreedores de uno o más de los partícipes sólo pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos. Pero, una vez pagados los acreedores hereditarios y los legatarios, los acreedores particulares de uno o más partícipes podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor de su deudor (cfr. art. 1.034 Cc.).*

*Después de la partición, el principio de limitación de la responsabilidad del heredero exclusivamente a los bienes recibidos del caudal relicto (art. 355) permanece inmutable lo mismo que el de separación de patrimonios (art. 357), pero no habiendo ya bienes indivisos que puedan darse en pago, los acreedores hereditarios pueden exigir el pago de cualquiera de los herederos (solidaridad) hasta el límite de su responsabilidad (art. 371.1), que será normalmente cum viribus y en los casos del art. 355.2 pro viribus; igualmente (es decir: hasta el límite de su responsabilidad), el coheredero acreedor de la herencia (que después de la partición es también, en parte, deudor de sí mismo y por ello tiene el crédito parcialmente extinguido por confusión) puede también reclamar de cualquiera de los otros (solidaridad) el pago de su crédito, pero deducida su parte proporcional como tal heredero (art. 371.2). No obstante, la solidaridad está atenuada por la norma del art. 371.3: el demandado tiene derecho a hacer llamar a sus coherederos para que intervengan en el proceso, a menos que por disposición del causante o su fiduciario o a consecuencia de la partición hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda.*

El coheredero que hubiese pagado con bienes propios deudas de la herencia, mientras persista indiviso el caudal relicto podrá reclamar la totalidad de lo pagado procediendo contra los restantes herederos (art. 369); y si se ha practicado la partición sin exigir el pago de dicho crédito se aplicará el art. 371.2. En cambio, si después de practicada la partición un coheredero paga más de lo que le corresponde por su participación en la herencia, puede reclamar la diferencia a los demás pero a cada uno sólo puede exigirle su parte proporcional hasta el límite de su respectiva responsabilidad (art. 372). El crédito nacido del pago hecho por uno de los deudores solidarios deja de ser solidario y la acción de regreso sólo permite al que hizo el pago reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda (art. 1.145 Cc.: mancomunidad parciaria) y exclusivamente hasta el límite de su respectiva responsabilidad (art. 355).

## **18. El consorcio foral.**

*A. Supuestos de hecho, sujetos y objeto.* Dice el Preámbulo (núm. 31) que “el ‘consorcio foral’, reintroducido en la Compilación de 1967 tras vencer algunas dudas, es mantenido en la nueva regulación en sus rasgos básicos,

pero añadiendo precisiones inspiradas en las necesidades de la práctica tanto en la previsión de los hechos que lo originan como en la determinación de sus efectos. En particular, parece llamada a tener frecuente aplicación la permisión de separación de un consorte por el sencillo medio de declarar su voluntad en escritura pública, con lo que tendrían fácil solución algunas situaciones indeseadas puestas de relieve por algunos autores.”

El llamado “consorcio o fideicomiso foral” se origina desde que varios hermanos o hijos de hermanos heredan de un ascendiente bienes inmuebles o desde que adquieren proindiviso bienes inmuebles por legado o donación (art. 373). El causante o donante de vecindad civil aragonesa (RDGRN 14 noviembre 2002) ha de ser un ascendiente de cualquier grado siempre que los llamados a la herencia, legado o donación sean entre sí hermanos o hijos de hermanos, de modo que sólo hasta primos hermanos se produce el consorcio; no obstante, los descendientes, sin limitación de grado, del llamado a ser heredero o legatario “consorte” ocupan su sitio en el consorcio en los casos de sustitución legal (art. 340). Concurriendo estos presupuestos subjetivos, el consorcio se inicia, si se transmiten bienes inmuebles indivisos, al aceptar más de uno la herencia (voluntaria o legal) o la donación, o recaer en más de uno el legado. Ahora bien, el disponente (donante, causante o su fiduciario), conforme al principio *standum est chartae*, puede evitar el nacimiento del consorcio foral manifestando su voluntad en contrario (art. 373.1).

El consorcio tiene por objeto bienes inmuebles indivisos, tanto en pleno dominio como en nuda propiedad (art. 278, STSJA 10 marzo 2009) u otro derecho real limitado (excluyendo únicamente los derechos reales de garantía en razón de su accesoriedad a un derecho de crédito), y en tanto subsista la indivisión de la comunidad hereditaria u ordinaria (STSJA 10 marzo 2009). En caso de herencia indivisa con presencia de inmuebles parece que el consorcio se extiende a todo el caudal relicto indiviso. La partición “impropia” de la herencia no elimina la indivisión de los bienes que siguen perteneciendo proindiviso a los consortes, ahora en comunidad ordinaria.

*B. Efectos.* Pues bien, establecido el consorcio y en tanto subsista la indivisión, en la comunidad de herederos, legatarios o donatarios se producen los efectos del art. 374, que limitan las facultades de disposición de los consortes (pero menos que el art. 142.1.2º Comp.) y previenen un especial acrecimiento si un consorte muere sin descendencia.

*Vigente el consorcio, sólo son válidos los actos de disposición, inter vivos o mortis causa, realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio o en al-*

*guno de los bienes que lo integran cuando se otorguen a favor de sus descendientes, que con ello adquirirán la condición de consortes, o de otro consorte* (art. 374.1). Luego al consorte le está prohibido todo acto de disposición (enajenación, gravamen, obligación, etc.) sobre su cuota, ya se trate de una comunidad universal (como la hereditaria) o de una o varias comunidades ordinarias, que no se otorgue a favor de sus descendientes o de otro consorte; en otro caso, para la validez del acto de disposición se requiere el consentimiento de todos los consortes (actuación conjunta o de uno o varios con el consentimiento, previo o posterior, de los demás consortes).

Pese a los límites a la facultad de disposición, *es embargable la cuota de un consorte en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran, sin que pase a formar parte del consorcio el extraño* (no consorte ni descendiente del embargado) *que la adquiera en el procedimiento de apremio* (art. 374.2). El extraño adquiere la cuota embargada y hasta la división del inmueble o inmuebles es partícipe en la indivisión pero sin que le sean de aplicación los efectos del consorcio que sólo continúa entre los demás consortes.

A la muerte de un consorte, si no ha ordenado el destino de su cuota consorcial conforme al art. 374.1 a favor de sus descendientes o de otro consorte, la ley la reserva a sus descendientes (art. 374.3 *a contrario*) que, si aceptan el llamamiento, adquirirán la condición de consortes; se entienden llamados en primer términos los hijos, sustituidos por sus estirpes de descendientes conforme a las reglas de la sustitución legal (art. 472.d).

En cuanto al segundo efecto, dice el art. 374.3 que *si un consorte muere sin descendencia, su parte acrece a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio, pero sujeta al usufructo de viudedad del cónyuge del consorte fallecido conforme al artículo 278*. El acrecimiento consorcial, a diferencia del derecho de acrecer en la sucesión voluntaria o del acrecimiento en la sucesión legal, no tiene lugar por la muerte de un llamado a ser consorte sino por la muerte de una persona que es consorte y a favor de los demás consortes; hay dos transmisiones: la del donante o causante a los consortes, y la de la cuota del consorte fallecido a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio (“fideicomiso foral”) y, en principio, en proporción a la cuota que tengan en el mismo. La sustitución del consorte fallecido por los demás consortes guarda cierta similitud con la sustitución fideicomisaria, pero opera por ministerio de la ley y se da en cualquier clase de sucesión; además los consortes, al producirse la sustitución, aumentan la cuota consorcial que ya tenían, mientras que el heredero

fideicomisario suele recibir unos bienes sobre los que antes no tenía ninguna titularidad. El acrecimiento consorcial tiene preferencia sobre lo dispuesto en el art. 528.2 (STSJA 10 marzo 2009).

En el caso del consorcio originado por donación, el ascendiente del consorte-donatario que fallece sin descendencia y sin haber dispuesto válidamente de su cuota conforme al art. 374.1 recobra, si le sobrevive, la cuota donada a éste (*cf.* art. 524.1), por lo que -como dice el art. 374.3 *i.f.*-, *en caso de recobro de liberalidades, el acrecimiento no se produce respecto de los bienes recobrados*. El ascendiente que recobra por sucesión legal la cuota del consorte premuerto adquiere la condición de consorte. El recobro de liberalidades por el ascendiente se entenderá sin perjuicio del derecho de viudedad que corresponda al cónyuge del donatario fallecido (art. 524.3), regla que el art. 374.3 extiende a todo caso de fallecimiento de consorte casado: el viudo tendrá el usufructo de viudedad sobre la cuota consorcial del premuerto cualquiera que sea el destino *mortis causa* de ésta (descendientes, ascendiente donante o consortes).

*C. Disolución del consorcio y separación de un consorte.* Los efectos del consorcio se producen mientras subsista la indivisión; *el consorcio se disuelve* -y dejan de aplicarse sus efectos- *por la división del inmueble o inmuebles y por acuerdo de todos los consortes* (art. 376). La STSJA 5 julio 2005 considera que, aunque faltó el acuerdo para practicar la división, existió el acuerdo de disolver el consorcio, sin que sea necesario que tal acuerdo aparezca revestido de formalidad alguna para su validez, bastando únicamente que exista constancia del mismo. Con la división de los bienes (que requiere el acuerdo de todos o, en su defecto, un proceso judicial) cesa no sólo el consorcio sino también la situación de comunidad porque los antiguos comuneros-consortes pasan a ser titulares individuales de los bienes adjudicados; en cambio, por acuerdo de todos los consortes cesa el consorcio pero mientras no dividan se mantiene la situación de comunidad.

Además el vínculo consorcial se extinguirá por consolidación en un solo consorte de todas las anteriores cuotas consorciales, por la pérdida o destrucción de los bienes objeto del consorcio, por la usucapión de tales bienes por un tercero, etc.

Pero la gran novedad introducida por la Ley de sucesiones es la facultad de separación de un consorte prevista en el art. 375:

1. *Dejarán de aplicarse los efectos del consorcio al consorte que declare su voluntad de separarse totalmente del mismo en escritura pública.*

2. *La separación deberá comunicarse fehacientemente a los demás consortes, entre los que continuará el consorcio.*

Por tanto, ya no es precisa la división de los bienes del consorcio, ni ponerse de acuerdo todos los consortes para eliminar sus efectos, basta que un consorte manifieste individualmente en escritura pública su voluntad de separación para que dejen de aplicársele los efectos del consorcio, si bien, hasta la división de los bienes, seguirá estando en situación de comunidad. La separación permite al exconsorte disponer libremente de su cuota, pero si muere sin haber dispuesto su destino se abrirá la sucesión legal. El consorcio continuará entre los demás consortes que no decidan separarse, siempre que sean dos al menos, y durará hasta que sólo quede uno o hasta que acuerden la disolución por las vías del art. 376. Con esta regulación el consorcio foral se convierte en un instituto de Derecho voluntario tanto para el disponente, que puede evitar su nacimiento, como para los consortes que pueden no sólo decidir por acuerdo de todos su disolución sino separarse de él libremente con solo manifestar su voluntad al respecto en escritura pública. Habrá que pensar que si los consortes no se separan es porque juzgan que el consorcio presenta para ellos indudables ventajas.

**BIBLIOGRAFÍA:** BARRIO GALLARDO, Aurelio: “Nuevas perspectivas de la aceptación” tácita” en Aragón (Una reflexión crítica a propósito del art. 35.1.a) de la Ley 1/1999, de 24 de febrero), *RDCA*, 2007, págs. 113-131. BARRIO GALLARDO, Aurelio: *La aceptación hereditaria derivada de actos dispositivos concluyentes sobre el caudal*. Núm. 27 de la Colección “Monografías” del Centro de Estudios Registrales. Fundación Registral, Madrid 2007, 278 págs. BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Carmen: *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho civil aragonés*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2011, 63 págs. CALATAYUD SIERRA, Adolfo: “Cuestiones prácticas sobre consorcio foral”, *RDCA*, 2010, págs. 215-225. CURIEL LORENTE, Francisco: “ El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma de Aragón”, en VV. AA., *Regímenes Económico-matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial)*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, T. II, págs. 943-960. DOLADO PÉREZ, Ángel y BERNABÉ PANOS, Rafael: “La responsabilidad de heredero y legatario”, *Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, págs. 67 a 102; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (ponente), ARGUDO PÉREZ, José Luis (derecho de transmisión) y HERNÁNDEZ GIRONELLA, Fermín (aspectos procesales): “Aceptación y repudiación de la herencia”, *Actas de los XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, págs. 7 a 83; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (coordinador): *Manual de Derecho sucesorio aragonés*. Sonlibras, Zaragoza, 2006, 695 págs. MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011; NAVARRO VIÑUALES, José María: “Diez años de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte”, en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 9-50. PUEYO MOY, José Luis: “La colación en el Derecho civil aragonés”, *RDCA*, 2005-2006,

págs. 123-162. ROMERO HERRERO, Honorio (ponente), CARNICER DÍEZ, Carlos (consorcio foral) y SERRANO GIL DE ALBORNOZ, Francisco (aspectos tributarios): "La comunidad hereditaria", *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 9 a 83; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Carmen: *El consorcio foral (Tras la reforma del instituto por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte)*, El Justicia de Aragón, núm. 11 de su Colección, Zaragoza, 2000; SERRANO GARCÍA, José Antonio: "Introducción a la Ley de Sucesiones por causa de muerte", *Revista de Economía Aragonesa (Ibercaja)*, núm. 8, junio 1999, págs. 75-98; SERRANO GARCÍA, José Antonio (ponente), MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio (en caso de ausencia) y MOLPECERES OLIETE, Antonio (en la sucesión contractual): "La sustitución legal", *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., págs. 87 a 138; VV.AA.: *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*. Librería General, Zaragoza, 1999 (= RDCA, 1999-1º, págs. 11 a 138); VV.AA.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXIV, vol. 1º: *Artículos 1 a 148 de la Ley de Sucesiones Aragonesa*, Edersa, Madrid, 2002. ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: "Diez años de jurisprudencia sobre la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte", en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, págs. 51- 87.



## § 19. LA SUCESIÓN PACCIONADA

*Carmen Bayod López*

### 1. Concepto, caracteres y naturaleza de la sucesión paccionada.

A. *¿Qué es un pacto sucesorio?* El Código del Derecho foral de Aragón no define lo que sea un pacto sucesorio. Tan sólo nos indica qué es: un *modo de delación* (art. 317) y cuál es su finalidad: la *ordenación voluntaria de la sucesión* (art. 318).

Junto a lo anterior, el legislador aragonés señala también ciertas especialidades de la delación paccionada, que en más de una ocasión escapará a las reglas generales.

Así, en los pactos sucesorios “algunos efectos de la sucesión *mortis causa* se anticipan a la muerte del instituyente” (art. 316); “el momento de la delación se rige por sus propias normas” (art. 321); “los efectos transmisivos dependen de lo pactado, sin que tras la muerte del instituyente se requiera nueva aceptación por el instituido que intervino en el pacto” (art. 322).

En atención a todo lo anterior, podemos definir el pacto sucesorio como aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante —instituyente— queda vinculada a otra voluntad —instituido o tercero— no pudiendo revocarse dicha disposición por acto unilateral del causante (LACRUZ).

#### B. Caracteres.

a) *Vinculación mortis causa del instituyente.* La característica principal que presenta el pacto sucesorio frente al testamento es precisamente que aquél una vez convenido deviene irrevocable, sustrayendo al causante —institu-

yente— la posibilidad de disponer por causa de muerte estableciendo algo distinto a lo previsto en dicho pacto. Nombrado heredero o legatario mediante pacto sucesorio, dicha designación deviene irrevocable (salvo que haya causa de revocación o nuevo pacto entre los mismos otorgantes o sus herederos arts. 400 y 401 CDFA) y cualquier disposición *mortis causa* que contradiga lo pactado será nula.

*b) Impugnación del pacto por el propio causante.* Mientras el testamento, en principio, no puede ser impugnado por el propio causante (le basta con revocar) el pacto sucesorio, que el causante no puede revocar libremente, puede ser impugnado por él haciendo valer la nulidad o anulabilidad del mismo e incluso revocarlo unilateralmente, siempre que concorra causa legal para ello (art. 401 CDFA).

*c) Disponibilidad inter vivos.* El pacto sucesorio regulado en la ley no priva al instituyente de la disposición *inter vivos* de sus bienes, sino en cuanto los actos de disposición perjudiquen directamente las expectativas del heredero o del legatario contractuales (arts. 393 y 398 CDFA).

*d) Carácter personalísimo.* No es posible la representación (art. 379 CDFA) ni el complemento de capacidad (art. 378 CDFA).

*e) Solemne.* A ello se refiere el art. 377 CDFA, al requerir la escritura pública, como requisito de validez del otorgamiento.

*C. Naturaleza.* El pacto sucesorio no es un testamento irrevocable, sino una disposición por causa de muerte que produce un vínculo obligatorio actual entre el instituyente y la contraparte que recibe su voluntad (el instituido o un tercero).

La esencia de dicha vinculación es privar al instituyente de su capacidad de disposición *mortis causa*, pues cualquier acto que contradiga la institución será inválido.

## 2. Antecedentes y regulación actual.

En Aragón, la posibilidad de transmitir la herencia mediante pacto se remonta con toda seguridad al siglo XIV. A ella, si bien como “donación de todos los bienes habidos y por haber”, se referían ya los Fueros y las Observancias (F. 3º *De donationibus* de 1398, Obs. 7, 17 y 18 *De iure dotium*). Los foristas destacaron también como propio de Aragón este modo de delación frente al Derecho romano o castellano, en los que se prohibía esta práctica. A su vez, indicaron el fundamento último de la sucesión paccionada: «En Aragón tal donación vale (la de la herencia) porque estamos a la carta, y vale lo consignado en tal instrumento con tal que no contenga algo imposible o

contra el Derecho natural (MOLINO). Límites y fundamento de la regulación actual (arts. 318 y 384 CDFa). Con todo, fue la costumbre la que impulsó y desarrolló la sucesión paccionada, principalmente en el Alto Aragón, y en relación a la Casa aragonesa en su sentido más tradicional.

El Apéndice no reguló de forma expresa este modo de delación, si bien no había ninguna duda de su admisibilidad (arts. 35, 46, 58 y 60). Sí lo hizo la Compilación de 1967 (arts. 99 a 109), inspirándose fundamentalmente en el Derecho consuetudinario altoaragonés y en los pactos sucesorios contenidos en capítulos matrimoniales. De manera que la sucesión paccionada aparecía especialmente vinculada a la familia, a los capítulos matrimoniales y a la Casa aragonesa.

En la actualidad, la sucesión paccionada se regula en el Título II del Libro Tercero del CDFa, arts. 377 a 404, sin más cambios con respecto al contenido que de esta materia hiciera la Ley de sucesiones de 24 de febrero de 1999, que el de eliminar del art. 384 vigente la referencia al *Standum est Chartae*; ya que este principio no es un criterio de interpretación sino reflejo de la libertad civil aragonesa y sus límites; se añade, también, en el art. 404 la necesidad de que los trámites para instar la nulidad, separación o divorcio lo hayan sido a instancia de ambos cónyuges o de uno de ellos, ya que si la nulidad se instara por un tercero no debe afectar a las disposiciones sucesorias de los cónyuges.

### 3. Validez y forma de los pactos sucesorios.

*A. Forma. a) Requisito ad solemnitatem.* El art. 377 CDFa señala como requisito de validez de los pactos sucesorios, el otorgamiento de los mismos en escritura pública: *Son validos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública (...)*.

La razón de ello no es otra que la exigencia de fehaciencia de toda disposición *mortis causa*.

Ello hace también que formalmente el pacto sucesorio sea mucho más limitado que el testamento, pues no existen diversas formas de otorgamiento, ni cabe la forma ológrafa, ni tampoco su posible conversión, que sí esta prevista para el testamento (art. 430 CDFa).

Los capítulos matrimoniales no son el único documento público en el que puede y deben otorgarse los pactos sucesorios. Desde el 23 de abril de 1999 no es necesario que los pactos sucesorios se acuerden en capítulos matrimoniales, sin perjuicio de que los capítulos sean la única forma válida, si junto al pacto sucesorio se crea una comunidad familiar (art. 381-2 en relación con los arts. 195 y 201 CDFa).

*B. Efectos de la falta de forma.* La escritura pública es un requisito de validez del pacto sucesorio, de manera que si la misma falta, se ha de considerar el otorgamiento nulo de pleno Derecho: (S. APH 5 marzo 1996 y arts. 423-1. a) y 426 CDFA, aplicables de forma analógica a la sucesión paccionada).

#### **4. Pactos admitidos.**

*A. En general.* Los arts. 377 y 380 CDFA establecen las modalidades de pactos sucesorio admitidos en Aragón.

A tenor del art. 377: *Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto.*

La norma presenta un marcado carácter imperativo, de manera que sólo son válidos los pactos que respondan a las modalidades señaladas en la ley (pactos de *succedendo* y pactos de *no succedendo*).

Están prohibidos los pactos sobre la herencia de un tercero no interviniente en el otorgamiento, pues la ley declara válidos sólo los que en relación con esa sucesión *otorguen otras personas en el mismo acto* (S. APZ 22 enero 2009).

*B. Modalidades de pacto sucesorio.* A ellos se refiere expresamente el art. 380 CDFA al señalar que *Los pactos sucesorios pueden ser: a) De disposición mortis causa de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos. b) De institución recíproca. c) De disposición mortis causa de los contratantes a favor de tercero o terceros. d) De renuncia de uno o varios contratantes a la herencia del otro u otros.*

Cada una de estas modalidades es desarrollada en los capítulos II a V del Título II del Libro Tercero del Código.

#### **5. Elementos personales.**

El elemento personal en la sucesión contractual se encuentra regulado en los arts. 378 y 379 CDFA. El primero hace referencia a la capacidad: los otorgantes de un pacto sucesorio deberán ser mayores de edad; el segundo a una de las características propias de los pactos sucesorio: el carácter personalísimo de los mismos.

*A. Sujetos.* Los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser al menos dos: el instituyente y el cocontratante, configurando el Código el contrato no sólo bilateral, si no también plurisubjetivo (arts. 380 y 400-2 CDFA). Los pactos de institución recíproca son siempre bilaterales (art. 395 CDFA).

a) El instituyente es la persona que en vida a ordena su sucesión de forma irrevocable.

b) El cocontratante. Es la parte contractual que recibe la declaración de voluntad del instituyente, quedando éste vinculado. Este otorgante puede ser un tercero o el propio favorecido por la disposición (instituido). En el primer caso, la contraparte recibe la voluntad del instituyente para vincular, pero el favorecido, que no ha intervenido en el pacto, no puede aceptar o repudiar la herencia hasta el fallecimiento del causante (art. 397 CDFA).

En el segundo supuesto se producirá la efectiva delación de la herencia y la aceptación (o repudiación) de la misma (arts. 321-4, 322-2 y 385 CDFA).

*B. ¿Tienen que ser parientes o cónyuges los otorgantes?* No es necesario que entre instituyente e instituido (o tercero) medie relación de parentesco o de matrimonio (art. 385 CDFA) pudiendo, incluso, ser instituido heredero un extraño (*v. gr.* El cónyuge, la pareja de hecho, un amigo, etc.), así se deduce de los arts. 486 y 487-2 CDFA.

*C. La vecindad civil de los otorgantes.* A tenor del art. 9 párrafos 1 y 8 Cc. en relación con los arts. 149.1.8º CE y 9-2 EA aragones, el instituyente ha de ser de vecindad civil aragonesa al tiempo del otorgamiento, no requiriéndose tal vecindad en el favorecido por la designación.

Si el pacto es de institución recíproca de herederos (ambos son a la vez instituyentes e instituidos) podría aplicarse analógicamente el art. 417 CDFA, de manera que siendo uno de los otorgantes aragonés y no el otro, sea válido el pacto si a éste no se lo prohíbe su ley personal (*vgr.* aragones y navarro).

*D. Intervención personal.* El art. 379 CDFA señala que: *Los otorgantes de un pacto sucesorio sólo pueden formalizarlo personalmente, no admitiéndose la representación, ni complemento alguno de capacidad* (art. 378 CDFA).

La actuación personal se requiere a ambas partes: instituyente e instituido. La razón de ello es la misma que en el testamento: la naturaleza personal de la disposición sucesoria. El carácter personalísimo de los pactos sucesorios no excluye la fiducia (arts. 384 y 461 CDFA).

*E. Capacidad.* El art. 378 CDFA exige a los otorgantes del pacto ser mayores de edad.

En atención al art. 4-1 CDFA, son mayores de edad y, por tanto, tienen capacidad para otorgar pactos sucesorios, los aragoneses que hayan cumplido 18 años o los menores de dicha edad, si han contraído matrimonio.

Algún sector doctrinal, a mi juicio con error, defiende la posibilidad de que lo otorguen los emancipados con asistencia (GIL NOGUERAS, 2006, p. 187)

Al instituyente se le exige no sólo la capacidad de disponer *mortis causa*, sino además, la libre disposición de sus bienes, y en consecuencia, ser mayor edad.

Al cocontratante se le exige también mayoría de edad. Lo mismo si es un tercero, que si es el instituido.

El instituido e interviniente en el pacto ha de tener capacidad para suceder (art. 385 en relación con el art. 329 CDFA) y, obsérvese, que no le basta con la capacidad general para aceptar la herencia (art. 346 CDFA), sino que, al igual que al instituyente, se le exige mayor edad.

Esta norma se ha de aplicar también cuando la institución se efectúe en capítulos matrimoniales (art. 199 CDFA).

## 6. Contenido del pacto sucesorio.

A. *Los negocios jurídicos a causa de muerte y los negocios de última voluntad.* Los negocios jurídicos a causa de muerte son todos aquellos mediante los cuales una persona dispone del destino de sus bienes para el caso de su muerte. Las disposiciones a causa de muerte es posible analizarlas en razón del modo de otorgamiento: unilateral y revocable o contractual e irrevocable. En atención a este planteamiento la doctrina (LACRUZ, BINDER, MONASTERIO) distingue entre disposiciones de última voluntad (siempre revocables) y disposiciones a causa de muerte (irrevocables).

B. *Contenido del pacto sucesorio.* El pacto sucesorio es un negocio a causa de muerte, y por lo tanto en él son posibles tanto disposiciones de última voluntad como disposiciones a causa de muerte. Las primeras serán siempre y en todo caso revocables (vgr. ejecutores testamentarios, nombramiento de tutores, de fiduciarios, etc.), las segundas son irrevocables. Son disposiciones a causa de muerte el nombramiento de heredero y de legatario, así como las cargas que a cada uno de los designados se impongan.

El art. 381-1 CDFA regula, de forma abierta y *ad exemplum*, cuál puede ser el contenido del pacto sucesorio. En concreto dispone: *Los pactos sucesorios pueden contener cuales quiera disposiciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de un tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que convengan.*

*a) Nombramiento de heredero y de legatario.* La institución de heredero o legatario (a título universal o singular) será la disposición por causa de muerte natural del pacto sucesorio. No obstante para la validez del pacto sucesorio no es necesario dicha institución universal (art. 465 CDFa).

*b) Modalidades, cargas y obligaciones que se convengan.* Forman parte del contenido contractual del pacto, y por lo tanto no pueden ser modificadas de forma unilateral por los otorgantes.

Han sido tradicionales en el Alto Aragón, entre otras: (i) la obligación de convivencia en la Casa; (ii) la asistencia a los instituyentes; (iii) la elección de un nuevo heredero para la Casa; (iv) la asistencia en la Casa y dotación al resto de los hermanos no instituidos mientras vivan en la Casa y trabajen para ella (S. JPII núm. 2 Ejea de los Caballeros 28 de junio 1994).

*c) Sustituciones.* Son las que de forma voluntaria establezca el instituyente para evitar la ineficacia de la institución bien cuando no haya efectiva delación (pactos a favor de tercero) bien por premoriencia, ausencia e indignidad del instituido, y siempre que no quiera el instituyente que se apliquen los mecanismos legales de sustitución (art. 327 y ss.) o de transmisión (art. 385).

*d) Reservas.* Las puede establecer el instituyente a su favor, pero también a favor de un tercero (por regla general su cónyuge). Han sido tradicionales en Aragón: (i) Reserva de usufructo a favor de ambos instituyentes; (ii) reserva de disposición sobre determinados bienes, muebles o inmuebles; (iii) reserva de uso y habitación; (iv) reserva de señorío mayor. A ella se refiere de forma expresa el art. 388 CDFa: *La reserva de «señorío mayor» en el heredamiento de casa aragonesa atribuye al instituyente el usufructo y administración de los bienes, cuyo producto deberá destinarse al sostenimiento y mejora de la casa* (S. APZ 1 diciembre 2009).

*e) Fiducias.* En el los pactos sucesorios aragoneses se establecían para prevenir la apertura de la sucesión legal y evitar dividir la herencia (el patrimonio casal) a partes iguales.

## 7. Reglas de interpretación.

*A. Límites y reglas de interpretación. a) Límites.* Los pactos se interpretarán en los términos que hayan sido redactados, atendiendo a la costumbre, usos y observancias del lugar, a los que deberá estarse cuando el pacto se refiera a determinadas instituciones consuetudinarias. (art. 384-1 CDFa). El instituyente del pacto sucesorio tiene la más amplia libertad para ordenar su sucesión con los límites que marca el art. 318 CDFa.

b) *Reglas de interpretación. Prelación.* El art. 384 CDFa en su pár. 1º establece las fuentes de interpretación del pacto sucesorio: *Los pactos se interpretarán (...) en los términos en que hayan sido redactados, y cuando el pacto se refiera a instituciones consuetudinarias se atenderá a la costumbre, usos y observancias del lugar.*

El pár. 2º señala como fuentes supletorias de interpretación e integración del pacto: *las normas generales sobre los contratos y disposiciones testamentarias, según la respectiva naturaleza de las estipulaciones.* La interpretación del pacto, vicios de la voluntad, etc. se realizará conforme a las reglas de los contratos, pues la situación de intereses encontrados entre instituyentes e instituido es semejante a la que media entre las partes contratantes, mientras que la forma de suceder del heredero se determinará de acuerdo a las disposiciones sobre la herencia en general (LACRUZ).

B. *El carácter de las donaciones.* El pár. 1º del art. 383 CDFa establece que *La donación universal de bienes habidos y por haber equivale a institución contractual de heredero, salvo pacto en contrario.* El legislador, salvo disposición en contrario, atribuye a la donación universal de bienes la naturaleza de un pacto sucesorio, lo que está de acuerdo con el origen de la sucesión contractual en Aragón.

El párr. 2º, por el contrario, considera que la donación *mortis causa* de bienes singulares tendrá en todo caso el carácter de pacto sucesorio (S.APH 14 de junio 2001).

C. *El idioma de los pactos.* El art. 382 CDFa permite que los pactos sucesorios se redacten en cualesquiera lenguas o modalidades lingüísticas aragonesas. El fundamento de esta posibilidad se encuentra en el art. 7 EA aragonés y ahora la en Ley 10/2009, de 22 de diciembre, de uso, protección y promoción de las lenguas propias de Aragón.

## **8. Ineficacia, invalidez y revocación de los pactos sucesorios.**

El capítulo VI del Título II del Libro Tercero del CDFa regula las causas de revocación, modificación e ineficacia de los pactos sucesorios, atendiendo fundamentalmente a la revocación y a sus efectos.

A. *Causas de ineficacia.* El pacto sucesorio puede ser ineficaz por estar afectado de una causa de invalidez, por haber premuerto el instituido al instituyente o siendo cónyuges los otorgantes por encontrarse en el supuesto del art. 404 CDFa.

a) *Causas de invalidez.* Los pactos sucesorios contienen un negocio jurídico por causa de muerte al que le son aplicables no solo las normas que regulan la invalidez de los contratos sino también las normas que rigen la

invalidez de las disposiciones sucesorias, en lo que hace a la forma, a la capacidad de las partes y al contenido.

El pacto sucesorio será nulo en los casos que indica el art. 423-1.a) CDFA para los testamentos: falta de capacidad en los otorgantes (art. 378 CDFA), falta de forma (art. 377 CDFA) y, en lo que hace al contenido, infracción de los límites del art. 377 CDFA (vgr. pacto sobre la herencia de un tercero). Los efectos serán lo previsto en el art. 426-1 CDFA.

El pacto será anulable en los supuestos de error, dolo, violencia o intimidación que haya podido padecer el instituyente. Será aplicables de forma supletoria los arts. 1.300 y ss. Cc.

Ejercitándose la acción en vida del instituyente, retornarán a él sus facultades de disposición *mortis causa* así como los bienes transmitidos de presente (arts. 1.303 y 1.307 Cc.).

*b) Premoriencia del instituido. a'. Derecho de transmisión.* Cualquier llamamiento sucesorio deviene ineficaz si el instituido no sobrevive al causante (art. 325 CDFA). Ahora bien, el pacto sucesorio no sólo vincula al causante sino que atribuye el instituido la titularidad de heredero contractual. Por esta razón, la costumbre aragonesa consideraba que el pacto no quedaba ineficaz premuerto el heredero, si éste tenía descendencia: la institución de heredero a favor de los hijos no sólo recaía en ellos, sino también en los nietos (SAPENA).

Ello es lo que con carácter dispositivo prevé el párr. 1º del art. 387: *Salvo lo establecido en el pacto sucesorio, cuando el instituido premuera al instituyente, transmitirá a sus descendientes los derechos y obligaciones derivados del pacto y, en su caso, los bienes transmitidos de presente.*

En consecuencia, si el instituido premuera al causante dejando un descendiente, éste, si acepta, será heredero por derecho de transmisión. Si deja varios descendientes, podrá ser heredero, tras su aceptación, el que designe el instituyente (en testamento, escritura pública o mediante fiduciarios), salvo que el premuerto hubiera ya designado heredero uno de sus hijos (art. 387-2 CDFA).

*b'. Premoriencia sin dejar descendientes.* La institución quedará sin efecto cuando el instituido premuera al instituyente sin dejar descendientes. En este caso, los bienes transmitidos de presente que aun subsistan en el patrimonio del instituido revertirán al instituyente (art. 387-3 CDFA).

En este supuesto, y salvo sustitución expresa prevista por los otorgantes, la institución deviene ineficaz recuperando el instituyente sus facultades de disposición *mortis causa*, pues en este supuesto no resulta aplicable la sustitución legal (art. 337 CDFA).

*c'. Efectos de la falta de descendencia.* Al quedar ineficaz la institución, el instituyente recupera sus facultades de disposición *mortis causa* y, en su caso, los bienes transmitidos de presente que aún subsistan en el patrimonio del heredero, a salvo el usufructo viudal que pudiera corresponder al viudo del premuerto (arts. 271 y 283 CDFa). Si el instituyente no designa nuevo heredero o habiendo fiduciarios estos tampoco lo hicieran, se abría la sucesión legal (S. JPI Núm. 2 Huesca 15 septiembre 2009).

*c) Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación.* Cuando los instituyentes son cónyuges, “*Salvo que del contrato resulte otra cosa, las atribuciones sucesorias pactadas entre los cónyuges quedarán sin efecto si, al fallecimiento de uno de ellos, estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraban en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a este fin*” (art. 404 CDFa).

Dada la vinculación que produce el pacto sucesorio, y no encontrándose entre las causas de revocación este supuesto, la norma reviste especial importancia pues, salvo previsión expresa de las partes, la separación o la disolución del vínculo matrimonial no afectaría a la disposición paccionada (a salvo los motivos, art. 470 CDFa). Con todo, no se considera relevante la separación de hecho.

Respecto de las parejas no casadas, sería conveniente que establecieran de forma expresa la ruptura de la convivencia como causa de ineficacia de la disposición. No obstante, en virtud de la identidad de razón, tal vez, sería posible la aplicación analógica de esta norma para los supuestos constatados de la ruptura de la convivencia (cfr. STSJA 20 junio 2005, respecto a disposiciones testamentarias)

*B. Modificación y revocación por mutuo disenso.* Dado el principio de irrevocabilidad de los pactos sucesorios estos sólo pueden modificarse o revocarse entre las mismas partes que los otorgaron o sus herederos (art. 400-1 CDFa). Ahora bien, *cuando sólo fueran dos los otorgantes del pacto, también podrá ser modificado o dejado sin efecto por ulterior testamento mancomunado efectuado entre ambos* (art. 400-2 CDFa, posibilidad que afecta principalmente a los pactos de institución recíproca o pacto a favor de tercero).

*C. Revocación unilateral de los pactos sucesorios.* Los pactos sucesorios válidamente celebrados son irrevocables, de manera que el instituyente no puede mudar su voluntad sino por las causas pactadas o por las causas previstas en la ley. La revocación unilateral de los pactos sucesorios se regula en el art. 401 CDFa.

*a) Las causas.* El párr. 1º del art. 401 enumera de forma taxativa las causas que permiten al instituyente revocar la institución.

Conforme a dicho precepto *el disponente sólo puede revocar unilateralmente su disposición paccionada*:

-*Por la causas expresamente pactadas* (art. 401-1.a CDFA). Los particulares pueden crear las causas de revocación que tengan por conveniente (con los límites del *standum*), pero también modificar o excluir las previstas en la ley.

-*Por incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido, así como cuando éste, con su conducta, impida la normal convivencia familiar si esta hubiera sido pactada* (art. 401-1.b CDFA). Se regulan aquí dos causas distintas: por un lado, el incumplimiento de cargas impuesto al instituido, y, por otro, la tradicional causa de *no congeniar*, en los supuestos de que se establezca pacto de convivencia (vid. art. 381-2 CDFA).

-*Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o en situación que, de ser legitimario, implicaría causa de desheredación*. (art. 401-1.c CDFA). Causas de revocación tradicionales en Aragón contempladas en los arts. 328 y 510 CDFA.

b) *Supervivencia o superveniencia de hijos: ¿Son causas de revocación? La preterición*. La Ley de sucesiones no recoge como causa de revocación la supervivencia o superveniencia de hijos, de manera que no son causas legales de revocación del pacto, sin perjuicio de su previsión paccionada (art. 400-1-a CDFA); ni de los efectos del pacto al más viviente, en los casos de institución recíproca de herederos (art. 395 CDFA), que establecen un régimen especial para estos casos.

No obstante, si no están pactadas y dichos acontecimientos se producen, estaremos ante un caso de preterición, posiblemente no intencional (art. 506 CDFA), que podría invalidar la institución (art. 508-2 CDFA) o reducir su contenido (art. 508-1 CDFA).

c) *Legitimación, forma y ejercicio*.

a'. *Legitimación activa*: siendo varios los instituyentes, ¿han de actuar conjuntamente? La revocación del pacto corresponde al instituyente. No parece que siendo varios los instituyentes deban de actuar de forma conjunta para revocar la institución. No obstante, si hubiera correspectividad habrá que estar a lo dispuesto en el art. 403 CDFA.

b'. *Legitimación pasiva*. *El notario notificará a los demás otorgantes*. En consecuencia, están legitimados pasivamente los demás otorgantes, incluidos en su caso el resto de instituyentes y la contraparte, bien sea el instituido o un tercero. Sin embargo, no lo está el beneficiado por la institución, si no ha intervenido en el pacto (pacto a favor de tercero).

*c'. Forma y notificación.* La revocación, para ser válida y eficaz, ha de hacerse en *escritura pública*, que el notario notificará al resto de los otorgantes, dentro de los ocho días hábiles siguientes. Sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación.

*d'. Constancia registral.* Si la institución contractual se hubiera hecho constar en el registro, podrá hacerse constar la revocación transcurridos tres meses desde el otorgamiento de la escritura (art. 401-3 CDFa).

*e'. Plazo.* Nada dice el Código; la doctrina no es unánime, por su parte una S. APZ de 1 de diciembre de 2009 afirma, por aplicación analógica de las normas sobre revocación de donaciones del Código civil, que el plazo es de un año, cuyo *dies a quo* comienza desde que el instituyente tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción.

*d) Efectos de la revocación.* La revocación del pacto sucesorio tiene como efecto principal que el instituyente recobra sus facultades de disposición *mortis causa*, y el instituido pierde su condición de heredero o legatario contractual.

Si la institución fue de presente, y no se hubiere convenido otra cosa, producirá la *reversión de los bienes transmitidos al instituido que éste a un conserve y de los subrogados en ellos* (art. 402 CDFa).

## 9. Modalidades de pacto sucesorio

### *A. Institución a favor de contratante.*

*a) Concepto* El Código regula esta modalidad en el capítulo II del Tit. II. del Libro Tercero. La institución de heredero o de legatario a favor de contratante se caracteriza por ser una disposición a causa de muerte, unilateral, recepticia e irrevocable.

El instituyente dispone de su herencia a favor de la otra parte contratante, que la acepta y, en consecuencia, *fallecido el instituyente, el instituido heredero o legatario no podrá repudiar la herencia o renunciar al legado* (art. 385 en relación con los arts. 321 y 322 CDFa). Se ha producido la efectiva delación de la herencia.

*b) Clases.* El Código distingue según los efectos transmisivos se produzcan en vida del instituyente o a su fallecimiento (art. 322 CDFa). La institución será de presente cuando hay transmisión actual de bienes y “para después de los días” cuando no hay transmisión de bienes (art. 386-1 b CDFa). En todo caso, y *no disponiéndose claramente lo contrario, se entenderá que la institución es para después de los días* (art. 386-2 CDFa).

c) *Institución para después de los días*. Se denomina institución “para después de los días” a aquella en la que *la adquisición de los bienes por el instituido sólo se produce una vez fallecido el instituyente* (art. 392 CDFa). En consecuencia, el efecto transmisivo sólo se produce a la apertura de la sucesión (art. 320 CDFa).

Efectos del pacto para después de los días antes de la apertura de la sucesión:

-Actos de disposición *mortis causa*. El instituyente queda vinculado por su disposición, de manera que el pacto sucesorio produce un doble efecto: revoca las disposiciones testamentarias anteriores y anula las otorgadas con posterioridad, que contradigan la institución (arts. 400 y 432 CDFa).

-Disposición de bienes *inter vivos*. El instituyente, salvo pacto en contrario, conserva sus facultades de disposición a título oneroso, pues es él quién sigue siendo el titular de los bienes (art. 393-1 CDFa). Por el contrario, *para disponer a título gratuito de los bienes objeto de la institución, el instituyente necesitará el consentimiento del instituido. Se exceptúan las liberalidades usuales o de escaso valor*. La disposición a título gratuito sin el consentimiento del instituido será impugnabile (anulable) por éste.

- Responsabilidad por deudas. Al no haber transmisión de bienes, siguen sujetos a la responsabilidad por las deudas que pueda contraer el instituyente (art. 394 CDFa).

- Posición del instituido. El pacto sucesorio confiere al instituido el título de heredero (o legatario) contractual irrevocable. Dicho título es inembargable e imprescriptible. La posición de heredero contractual es personalísima y, por lo tanto, indisponible *inter vivos*. No obstante, es posible su disposición *mortis causa*, pero sólo a favor de descendientes (art. 387-2. i.f. CDFa, salvo que otra cosa se disponga en el pacto sucesorio (art. 387-1 CDFa).

Fallecido el causante se abre la sucesión, y todo ocurre como si se tratara de una sucesión testamentaria, con la única peculiaridad de que el instituido no tiene que aceptar y no puede repudiar.

d) *Institución de presente*. Se denomina institución de heredero universal “de presente” a aquella en la que *el instituido adquiere todos los derechos de que sea titular el instituyente, salvo los que se hubiera reservado* (art. 389 CDFa). En consecuencia, se transmiten al heredero todos los bienes que de presente tenga el instituyente, salvo aquéllos que sean intransmisibles, inherentes a la persona o queden excluidos por el pacto. Los bienes que

con posterioridad adquiera el instituyente, salvo pacto en contrario, *pasarán al instituido en la forma establecida para la institución para después de los días* (art. 389-2 CDFa).

Es este un fenómeno sucesorio en el que el efecto transmisivo se adelanta a la apertura de la sucesión (arts. 322 y 383-1 CDFa).

Efectos del pacto de presente antes de la apertura de la sucesión:

- Actos de disposición *mortis causa*. Los mismos que en el pacto después de los días.

- Disposición de bienes. El instituyente, salvo pacto en contrario, al haber transmitido los bienes al instituido pierde la titularidad sobre ellos y, por tanto, el *ius disponendi* que *corresponde al heredero con las limitaciones establecidas* (art. 390 CDFa y S. APH 16 mayo 2001).

- Responsabilidad por deudas. Los bienes transmitidos mediante pacto ingresan en el patrimonio del heredero, y por lo tanto son masa responsable de sus deudas (art. 1.911 Cc.), a la vez que dejan de serlo respecto del instituyente. Con todo, y para evitar posibles fraudes, el art. 391 CDFa establece una prelación de créditos, si concurren acreedores de instituyente e instituido: *Sobre los bienes transmitidos de presente, los acreedores por deudas contraídas por el instituyente con anterioridad al pacto sucesorio tienen preferencia respecto de los acreedores del instituido*.

La posición del instituido y los efectos del pacto a la apertura de la sucesión son equivalentes a los del pacto para después de los días.

*B. Pacto de Institución recíproca.*

*a) Concepto.* El pacto sucesorio de institución recíproca, o en Aragón denominado “agermanamiento o pacto al más viviente” consiste, como ahora indica su nombre, en la recíproca institución de herederos por parte de ambos otorgantes que son a su vez, instituyentes e instituidos; la eficacia del heredamiento depende de que al fallecimiento del primero de los paciscentes no le sobreviva descendencia o, en el caso de que sobreviva, no se haya previsto por las partes el mantenimiento de la eficacia del pacto y la legítima de los descendientes (art. 396-1 CDFa).

Nos encontramos ante un pacto bilateral y recepticio, que en vida de ambos otorgantes se somete al régimen jurídico del pacto sucesorio para después los días (art. 395-4 CDFa).

*b) Efectos.* En la tradición jurídica aragonesa los efectos propios de la institución recíproca de herederos, además de poder pactarse únicamente entre cónyuges, se hacían depender de la subsistencia o no de descendencia. Habiendo sólo hijos comunes, el pacto no producía sus efectos

propios (que un cónyuge heredase al otro), sino que tan sólo se asignaba al más viviente (*ministerio legis*) facultades de fiducia y usufructo universal. Si la descendencia no era común, la institución no producía efecto, teniendo lugar la apertura de la sucesión legal. Estos efectos, en sede de sucesión paccionada eran inevitables (art. 108 Comp.).

En la regulación actual, no es necesario ser cónyuges para poder pactar al más viviente, y la supervivencia de hijos, sean comunes o no, no impide que se produzcan los efectos propios de la institución, siempre que *los otorgantes hayan establecido las previsiones que tengan por conveniente* y respeten la legítima de los descendientes (art. 396-1 CDFa). Sólo a falta de disposición expresa sobre este particular, y sobreviviendo hijos, se producirá bien la ineficacia de la institución recíproca (hijos no comunes) bien la transformación de la institución a favor del supérstite en usufructo universal y vitalicio y facultad de distribuir la herencia (art. 396-2 CDFa).

Si no hay hijos comunes o habiendo fallecido todos antes de la edad para poder testar, el sobreviviente hereda todos los bienes del premuerto sin ninguna limitación, pues no hay que salvaguardar la legítima de los descendientes (art. 396-1 CDFa).

Los bienes del primeramente fallecido pueden ser a su vez objeto de disposición voluntaria, designándose en ellos heredero o legatario, para el caso de que no hubieran sido consumidos por el supérstite (sustitución fideicomisaria de residuo) art. 395-2 CDFa.

A falta de la anterior previsión, el art. 395-3 dispone: *Fallecido el instituyente supérstite sin haber dispuesto por cualquier título de los bienes del primeramente fallecido, se deferirán los que quedaren en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente.* Evitándose en este último caso el llamamiento a la Comunidad autónoma Sobre la naturaleza del llamamiento previsto en este párrafo tercero a los parientes del otorgante primeramente fallecido puede verse la S. TSJA 13 de junio de 2007.

### C. Pacto en favor de tercero.

a) *Concepto.* El pacto a favor de tercero se caracteriza porque es una modalidad en la que la institución sucesoria no se realiza a favor de ninguno de los otorgantes del pacto sucesorio, sino de un tercero que no concurre al otorgamiento. Tradicionalmente en Aragón, el pacto a favor de tercero se establecía en beneficio de los hijos nacidos del instituido heredero por sus padres en capítulos matrimoniales.

No obstante, en la legislación aragonesa, y a diferencia de la catalana, no se exige para la validez del pacto que medie relación de parentesco entre los instituyentes ni que los favorecidos sean descendientes de éstos.

b) *Posición del instituido.* El tercero favorecido no contratante en vida del instituyente tan sólo tiene una expectativa como cualquier otro heredero o legatario, de manera que puede ser revocado su nombramiento mediante un nuevo otorgamiento entre disponente y cocontratante. No es, por consiguiente, un contrato a favor de tercero, y no le resulta aplicable el art. 1.257 Cc. (LACRUZ).

En consecuencia, la expectativa del tercero sólo se hará firme al fallecimiento del instituyente sin haber modificado o revocado su disposición. Sólo en ese momento el tercero podrá aceptar o repudiar (art. 397 CDFa).

Por lo demás no es necesario que esté concebido o nacido el tercero para poder ser instituido mediante este pacto (arts. 325 y 326 CDFa).

c) *Posición del instituyente.* Como todo pacto sucesorio, vincula al instituyente privándole de sus facultades de disposición *mortis causa*: sólo mediante nuevo pacto o mediando causa de revocación podrá mudar su voluntad.

En lo que hace a sus facultades de disposición inter vivos, y salvo que otra cosa se haya pactado podrá disponer de sus bienes tanto a título onerosos como lucrativo (art. 398 CDFa).

#### D. Pacto de renuncia.

a) *Concepto.* Es una modalidad de pacto sucesorio que tiene por finalidad el que uno de los sujetos que pudiera resultar favorecido en la herencia del *de cuius* pacte la renuncia a dicha sucesión. A diferencia de lo que sucede en los pactos positivos ya estudiados, en el pacto de renuncia el disponente es precisamente el propio heredero o legatario que renuncia a su expectativa o efectiva designación, liberando en este último caso al causante -instituyente- del vínculo que le impedía disponer de otra manera.

b) *Validez y modalidades.* “Son válidos los pactos de renuncia o transacción sobre la herencia futura otorgados entre el renunciante o renunciantes y la persona de cuya sucesión se trate” (art. 399-1 CDFa). No será válido el pacto de renuncia sobre la sucesión de un tercero no interviniente en el pacto.

Los pactos de renuncia pueden tener por contenido todos los derechos sucesorios del renunciante o parte de ellos, establecerse a título gratuito u oneroso y sujetarse a condición (art. 399-2 CDFa). Es posible también el pacto de renuncia a la legítima (art. 492 CDFa).

**BIBLIOGRAFÍA:** BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: “La sucesión paccionada en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (reflexiones y comentarios)”, *RDCA*, 2000, núm. 1, págs. 37-98; “Algunos problemas sobre invalidez, ineficacia y revocación de los pactos sucesorios en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999 de 24 de febrero)” en *RDCA*, XI-XII, 2005-2006; “Pactos sucesorios en Aragón”, *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, dirigido por María del Carmen Gete –Alonso y Calera y coordinado por Judith Solé Resina, ed. Thomson Reuters y Civitas, Pamplona 2011, págs.. 1317 a 1366; CALATAYUD SIERRA, Adolfo: “Renuncia a la herencia futura en Aragón: un supuesto práctico”, en *RDCA-VI*, núm. 1, 2000 págs. 185-195; “Conflictos interregionales entre los Derechos sucesorios españoles”. *RDCA*, V, núm. 2, 1999, págs. 169-199; FONT SEGURA, Albert:: “La sucesión hereditaria en el Derecho interregional”, *ADC*, nº 1, 2000, págs. 23-81; “La Ley aplicable a los pactos sucesorios”, en *Indret*, mayo-2009, [www.indret.com](http://www.indret.com); GIL NOGUERAS, Luís Alberto: “Comentario a los arts. 62 a 89 de la Ley de Sucesiones Aragonesa”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIV, vol. 1º: Artículos 1 a 148 de la Ley de Sucesiones Aragonesa. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 2002 págs. 489 a 609; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: “La institución recíproca de herederos” en *Actas de los Decimoquintos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*”, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 13-57. RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, (2000): «La preterición», en *Actas de los Décimos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza; SERRANO GARCÍA, José Antonio: “Notas sobre las sustituciones de los arts. 80, 104 y 216 de la Ley de sucesiones” en *RDCA*, IX-X, DPZ, Zaragoza, 2004, págs. 11-41.



## § 20. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

*Elena Bellod Fernández de Palencia*

### **1. Disposiciones generales.**

*A. Testamento. Concepto. Tipos.* El testamento es el acto por el cual una o dos personas, manifestando consciente y libremente su voluntad ordenan para después de su muerte el destino de todos sus bienes o parte de ellos. Cuando la sucesión se defiende por este título sucesorio se denomina testamentaria y su régimen, salvo contadas excepciones impuestas por la ley, lo determina la voluntad del causante o causantes.

Conforme al art. 406,1 CDFA el testamento puede ser unipersonal o mancomunado, según que los otorgantes sean uno o dos. Con ello la norma ha resuelto la cuestión de si el testamento mancomunado es una clase de testamento o una forma de testar.

La expresión de la voluntad del testador o testadores puede redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón que los testadores elijan. Siendo necesaria la presencia de un intérprete en los casos en que el autorizante o los testigos no conocieran la lengua o modalidad lingüística elegida (art. 412 CDFA).

*B. Caracteres. a) Acto unilateral.* No concurre a él otra parte que el testador o testadores. La nota de unilateralidad opera ligada en el CDFA a la de unipersonalidad y omite este carácter en el testamento mancomunado (arts. 405 y 406 CDFA).

*b) Acto unipersonal.* Cuando el testamento es otorgado por una persona.

*c) Acto pluripersonal o testamento mancomunado.* Si son dos los otorgantes.

d) *Acto formal o solemne*. Para que la voluntad sea eficaz es necesario que se ajuste en su manifestación a los requisitos de forma prescritos por el CDFA (art. 407, 2) con aplicación subsidiaria de los preceptos del Código Civil.

e) *Acto revocable*. Esencialmente revocable en el caso del testamento unipersonal y naturalmente revocable en el supuesto del testamento mancomunado, matización legal basada en que tratándose del testamento mancomunado, la revocabilidad de sus disposiciones queda condicionada por la naturaleza de la disposición que se quiere revocar (art. 406 CDFA).

f) *Acto personalísimo*. No susceptible de ser hecho por medio de representante. No va en contra de este carácter el hecho de que el testador o testadores puedan encomendar a fiduciarios que ordenen tras su muerte la propia sucesión (art. 407 CDFA).

C. *Contenido*: Conforme al art. 405 CDFA *“La sucesión testamentaria se rige por la voluntad del testador o testadores manifestada consciente y libremente en testamento otorgado conforme a la ley”*.

En el testamento, el causante puede expresar su voluntad no sólo en orden a la sucesión de sus bienes sino también, en cuanto sea legalmente posible, respecto de relaciones de carácter familiar, por eso las disposiciones testamentarias pueden ser de carácter patrimonial y no patrimonial, e incluso pueden ser sólo de esta última clase (art. 405,1 y 2 CDFA).

La institución de heredero en el testamento no constituye una exigencia legal (art. 465 CDFA) pero habitualmente es la cláusula principal del mismo. Junto a ella, aparecen los legados, el nombramiento de fiduciarios, las disposiciones en orden a la tutela de parientes menores o a normas sobre administración y disposición de los bienes que puedan llegar a heredar menores de edad sean o no parientes del testador.

En principio, el contenido del testamento mancomunado no tiene por qué diferir del unipersonal. Sin embargo, la pluralidad de sujetos en el primero conlleva ciertas peculiaridades en orden a la forma de manifestación de la voluntad de los testadores o posible vinculación de sus disposiciones, cuestiones que se tratarán al estudiar dicha clase de testamento.

D. *Capacidad de testar*. La regula con carácter general el art. 408 CDFA a cuyo tenor: *“Pueden testar todas las personas físicas que al tiempo de otorgar el testamento sean mayores de catorce años y no carezcan de su capacidad natural”*.

Del citado precepto se desprende:

a) Que la capacidad es la regla general y la incapacidad la excepción. Puesto que la capacidad condiciona la validez del testamento, tratándose de testamentos notariales, el notario debe asegurarse de que a su juicio el testador tiene la capacidad legal necesaria para ello dando fe de tal circunstancia en el testamento.

b) Que para apreciar la capacidad del testador debe atenderse a la que tenga al tiempo de otorgarse el testamento.

c) Que no pueden otorgar testamento las personas jurídicas.

d) Que el testador debe ser mayor de 14 años. Sin embargo, para el testamento ológrafo, exige el CDFa (art. 408, 2) la mayoría de edad, mayoría que en Aragón tienen no sólo los mayores de 18 años sino también aquellos menores de edad que han contraído matrimonio (art. 4 CDFa). El fundamento de esta norma es que la caligrafía, determinante a efectos de prueba para acreditar la autenticidad del testamento ológrafo, no está lo suficientemente asentada hasta pasados los años de la adolescencia.

d) Que el testador debe tener lo que la Ley llama capacidad natural. Supone ésta que el testador tenga la inteligencia suficiente para entender y querer precisamente las disposiciones que establece y para apreciar los motivos que tiene para hacerlas, lo que incapacita al sujeto con falta de discernimiento tanto habitual como accidental, bastará para ello una situación de anomalía psíquica o trastorno patológico aunque sea transitorio que impida el cabal juicio (sonambulismo, hipnosis, embriaguez, etc.).

Respecto de los incapacitados por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad de testar, es de aplicación supletoria el art. 655 Cc. que exige el dictamen de dos facultativos que respondan de su capacidad en el momento de otorgarse el testamento.

e) Tratándose del testamento mancomunado, la falta de capacidad de uno de los sujetos, bien general o bien específica para una forma concreta de testamento, impide otorgarlo mancomunadamente (arts. 408, 3 CDFa).

*E. Forma.* Prescribe el CDFa (art. 409) que tanto el testamento unipersonal como mancomunado pueden revestir cualquiera de las formas admitidas por la Ley: común, especial o excepcional.

No obstante, la pluralidad de sujetos en el testamento mancomunado obliga al legislador a establecer normas específicas respecto de las formas

cerrada y ológrafa del mismo en orden a la intervención o actuación de los testadores, en su formalización o redacción manuscrita (arts. 410, 411 CDFA).

No hay, por el contrario, normativa específica sobre forma para los testamentos unipersonales, por lo que es de aplicación subsidiaria el Código Civil.

El testamento es un acto cuya validez va estrechamente vinculada a la estricta observancia de las formalidades legales (las del CDFA y, por aplicación supletoria, las del Código Civil).

Por ello y en principio, el efecto de la inobservancia de los requisitos de forma es la nulidad del testamento (arts. 423, 1, a, b CDFA).

En materia de requisitos formales esenciales, la Ley regula específicamente la intervención de testigos (arts. 413, 414, 415 CDFA). Su régimen es el siguiente:

a) Tratándose del testamento notarial, el principio general es que no es necesaria la intervención de testigos, salvo:

- Que concurren circunstancias especiales en un testador, que no sepa o no pueda firmar el testamento, sea ciego, o declare que no sabe o no puede leerlo por sí (si el que no sabe o no puede leer es enteramente sordo, los testigos lo leerán en presencia del notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada).

- Que lo requiera expresamente uno de los testadores o el notario autorizante.

b) Cuando sea necesaria la intervención de testigos, su número será de dos.

c) Los testigos deben reunir los siguientes requisitos: deben entender al testador o testadores y al notario o persona ante quien se otorgue el testamento y deben saber firmar, pero no es preciso que sean rogados ni que conozcan al testador, ni que tengan su misma residencia.

d) Considera la ley incapaces para ser testigos a:

- Los menores de 14 años y demás incapacitados para testar. Se exige pues para ser testigo la capacidad legal para testar.

- Los totalmente sordos o ciegos y los mudos que no puedan escribir.

- Los favorecidos por el testamento.

- El cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del heredero instituido o del legatario designado o del notario o persona ante quien se otorgue el testamento.

*E. Interpretación de los testamentos.*

*a) Consideraciones generales.* El art. 416 CDFa determina los criterios a seguir en la interpretación del testamento compaginando los elementos gramaticales con el lógico y sistemático y atendiendo al principio del "*favor testamentis*".

La primera regla interpretativa atiende a la literalidad de las palabras, siempre que de ellas se deduzca de modo inequívoco el propósito o intención del testador.

En caso de duda, por discrepancia entre los términos empleados y la intención del testador o testadores, prevalece esta última pero siempre según el tenor del mismo testamento, lo que exige que existan en el mismo datos o elementos que indiquen la verdadera voluntad del testador.

Las cláusulas oscuras o ambiguas se interpretan comparando las unas con las otras y siempre en sentido favorable a la eficacia de las mismas, pero si la contradicción entre ellas es irreductible no será válida ninguna de las contradictorias entre sí. Las que sean ininteligibles se consideran no formuladas.

La interpretación de las cláusulas en caso de duda deberá realizarse en sentido favorable al heredero instituido e interpretando restrictivamente las que impongan cualquier tipo de carga.

En los testamentos mancomunados se aplican las mismas normas interpretativas, pero cuando contenga disposiciones correspectivas, dada su peculiar naturaleza, deben integrarse con las normas de interpretación de los contratos, previendo con ello el CDFa la posibilidad de existencia de conflictos o contraposición de intereses entre los sujetos testamentarios.

*b) Otorgamiento en el mismo día de testamentos y pactos sin saberse su prelación.* El art. 434 CDFa dicta las reglas a tener en cuenta en estos supuestos:

a') Si concurren dos testamentos de la misma fecha sin saber cuál de los dos es posterior.

Con buen criterio entiende que constituyen una unidad y en consecuencia considera no escritas las disposiciones contradictorias de uno y otro. Con ello se evita la declaración de invalidez de ambos testamentos y la apertura de la sucesión intestada, ciertamente no querida por el testador.

b') Si concurren un testamento y un pacto de la misma fecha con disposiciones contradictorias.

El legislador determina la validez de las disposiciones contradictorias del pacto. Su criterio guarda coherencia con el régimen de revocación de testamentos y pactos sucesorios: el testamento posterior no revoca al pacto anterior a no ser que sea mancomunado.

No recoge sin embargo el supuesto de la concurrencia de un pacto sucesorio y un testamento mancomunado. Se aplicará el apartado b' cuando las disposiciones contradictorias no sean de naturaleza correspectiva en el testamento mancomunado. Y si lo son, aplicando el régimen ya citado, lo mas adecuado sería invalidar dichas disposiciones.

## 2. Testamento mancomunado.

A. *Antecedentes y concepto.* El testamento es una institución sucesoria netamente consuetudinaria de gran arraigo y frecuencia en Aragón que probablemente provenga, como señala José Luis LACRUZ, de las donaciones *post-obitum* otorgadas conjuntamente por ambos cónyuges.

Los Fueros nada dicen de esta institución y es en las Observancias (Obs. 1ª *De Testamentis*) donde se encuentra norma escrita referida al testamento hecho conjuntamente por marido y mujer. En ellas hay no sólo un reconocimiento expreso de este testamento, sino además la confirmación de su libre revocabilidad.

El Apéndice, primer cuerpo legal que regula el testamento mancomunado, lo distancia de su significado histórico, entre otras razones por la introducción del concepto de correspectividad en sus disposiciones que lo hace prácticamente irrevocable.

La Compilación de 1.967 sigue en la misma línea, aunque muestra una mayor flexibilidad en materia de correspectividad y revocabilidad. La regulación del testamento mancomunado en el CDEFA, a pesar de seguir manteniendo las nociones de correspectividad y por tanto de irrevocabilidad en algún supuesto, se acerca en cierta medida a lo que fue la institución en la práctica testamentaria tradicional.

El CDEFA considera al testamento mancomunado como una clase de testamento caracterizado por su pluripersonalidad, al disponer el art. 406,3: "*Es el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos*".

De la lectura del CDEFA cabe hacer las siguientes consideraciones: a) Es una clase de testamento que se diferencia del unipersonal en que sus otorgantes son dos. b) Podemos entender que se trata de un acto unilate-

ral, al no existir dos partes con intereses contrapuestos sino una sola en que se aúnan dos declaraciones de voluntad. Sin embargo la Ley sólo predica expresamente la unilateralidad en el caso del testamento unipersonal y no se pronuncia al respecto en el caso del testamento mancomunado (arts. 406,1 y 2).

c) Puesto que el testamento mancomunado puede contener disposiciones correspectivas, lo considera el CDEFA como un acto naturalmente revocable, a diferencia del testamento unipersonal en el que, por no existir esa posibilidad, se le califica de esencialmente revocable.

d) Es un título sucesorio que ordena la sucesión de los bienes de cada uno de los otorgantes para después de su muerte y, en consecuencia, como ordena el art. 418 CDEFA al fallecer el primero de los disponentes se abrirán y producirán efectos sus disposiciones testamentarias y no las del otro testador.

e) Como requisito formal de validez es necesario que se otorgue en un mismo instrumento.

*B. Sujetos.* Después que el art. 406,3 CDEFA limite a dos el número de otorgantes, el art. 417,1 CDEFA dispone: *“Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón”*.

Por tanto pueden ser testadores:

a) Dos personas de vecindad civil aragonesa. Han de ostentar la vecindad civil aragonesa en el momento del otorgamiento del testamento; el cambio posterior de vecindad civil no afecta a su validez (art. 9º.8 Cc.: *“Los testamentos y el contrato sucesorio conservarán su validez conforme a la ley vigente en el momento del otorgamiento”*).

Y pueden otorgarlo aun fuera de Aragón. Recordemos que el art. 9º EAA dispone que las normas que integran el Derecho Civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostentan la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial.

Pero el CDEFA permite también el otorgamiento del testamento mancomunado –art. 417, 2 CDEFA- cuando uno de los testadores es aragonés y el otro no lo es y no lo tiene prohibido por su ley personal.

Así podrán otorgarlo un aragonés y un navarro, pues la Compilación navarra permite el otorgamiento de testamentos pluripersonales denominados de hermandad. No podrán en cambio otorgarlo un aragonés y una persona de vecindad civil común, puesto que el Código Civil, art. 669, lo prohíbe expresamente.

Lo que no resuelve el CDFA es el régimen jurídico aplicable al testamento mancomunado otorgado por un aragonés y otra persona de distinta vecindad. No plantea problema la determinación de su contenido, puesto que el único límite es el respeto al sistema legitimario de cada una de las partes, pero el problema se plantea en orden al régimen de revocación, que es distinto en cada uno de los ordenamientos que admiten los testamentos pluripersonales. La solución puede venir de que sean los propios testadores quienes determinen el régimen de revocación, posibilidad que les permite expresamente el art. 421,3 CDFA.

b) De cualquier sexo.

c) Sean o no parientes entre sí. Con ello introduce el CDFA una novedad, tanto respecto de la práctica testamentaria histórica -en la que si bien lo habitual es que fueran dos, no se limitaba el número de sujetos y en la que siempre los testadores estaban unidos por el vínculo conyugal o por relación de parentesco-cuanto respecto de la normativa anterior (el Apéndice y la Compilación), que limitaban esta posibilidad a los cónyuges.

En consecuencia, no añadía nada nuevo la Ley de Parejas estables no casadas de Aragón, de 26 de Marzo de 1.999, a cuyo tenor (art. 15) los miembros de dicha pareja podrán testar de mancomún, por lo que fue suprimido en el CDFA.

d) Cada uno de los otorgantes han de reunir los requisitos de capacidad de testar general y para cada forma concreta de testamento (art. 409, 2 CDFA).

C. *Forma*. Necesariamente ha de otorgarse en un mismo instrumento. Por lo demás, al ser una clase de testamento puede revestir cualquiera de las formas permitidas para los mismos (art. 409,1 CDFA).

Sabemos que los testamentos pueden ser comunes o especiales, dentro de los comunes, abierto, cerrado y ológrafo.

a) *Abierto*. No suscita comentario especial, ya que en vez de un testador habrá dos testadores quienes otorguen el testamento ante el notario.

b) *Cerrado*. Sabemos que esta forma de testamento tiene dos fases, una privada y otra notarial.

En la fase privada, el CDFA – art. 409- es flexible, pues basta con que esté escrito por cualquier medio mecánico o de forma manuscrita por cualquiera de los testadores o por otra persona a ruego de alguno de ellos, pero en cambio exige como requisito formal la firma de ambos testadores en todas y cada una de las hojas del testamento y al final del mismo, salvo si uno de los otorgantes lo hubiese escrito de su puño y letra, en cuyo caso basta respecto de él que lo firme al final del mismo.

En la fase notarial, deben comparecer ambos testadores ante el notario manifestando de forma expresa que el sobre que presentan contiene su testamento mancomunado, expresando también la forma en que se halla escrito y firmado. Y una vez autorizado dicho testamento se depositará en poder del notario y sólo podrá ser retirado por ambos testadores.

c) *Ológrafo*. Esta forma de testamento mancomunado, como señala LA-CRUZ, carece de precedentes en el ordenamiento aragonés y de siempre ha planteado problemas la cuestión de su admisibilidad debido a la dificultad que plantea el hacer compatible la autografía con la intervención de dos personas. El CDFa- art. 411- resuelve esta cuestión al determinar que basta que esté escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día, y que el otro declare también por escrito de su puño y letra, antes de las firmas de ambos que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo. En relación con su adveración y protocolización se determina que ésta se realizará a la muerte del primero de los testadores con la participación del supérstite.

d) *Formas especiales o excepcionales del testamento mancomunado*. Ante la ausencia de preceptos específicos del CDFa se aplicará de forma supletoria la normativa del Código Civil sobre testamentos especiales o excepcionales (el testamento en peligro de muerte, en caso de epidemia, militar, marítimo, en país extranjero), si bien dada su pluralidad de sujetos, el CDFa – art. 409,2- previene que basta que concurren en uno de los testadores las circunstancias requeridas por cualquiera de las citadas formas especiales o excepcionales para que pueda otorgarse mancomunadamente, así por ej. en caso de peligro de muerte bastará para otorgarlo mancomunadamente con que se encuentre en tal situación uno de los testadores.

D. *Contenido*. Pese a que, en principio, las posibilidades de disposición de los testadores en un testamento mancomunado no tienen por qué ser distintas de las que tienen en los testamentos unipersonales, es indudable que la pluralidad de sujetos influye en la existencia de lo que pudiéramos llamar su contenido típico.

Esta tipicidad se manifiesta en la habitualidad de las siguientes disposiciones:

a) *Conjuntas*. Cuando ambos testadores instituyen heredero, o llaman a un legado, o nombran fiduciario o tutor, etc. a una misma persona o personas.

b) *Recíprocas*: Los testadores establecen disposiciones mutuas a su respectivo favor.

c) *Liberalidades*. Los arts. 406 y 438 CDFa hacen referencia a liberalidades, pero no definen su concepto. El Apéndice las equiparó a beneficio y así se ha venido considerando por la jurisprudencia. Por tanto, es razonable entender que se trata de aquellas atribuciones concedidas por un otorgante a otro sin contrapartida.

d) *Correspectivas y no correspectivas*. En orden a la posible vinculación o no de las disposiciones contenidas.

1) *Disposiciones correspectivas*: El concepto de disposición correspectiva lo recoge el art. 420 CDFa: “*Son correspectivas aquellas disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de un tercero*”.

Del citado precepto se desprende:

- Que a pesar de la redacción del art., la correspectividad no se asimila a la condición en sentido estricto sino a la interdependencia de las disposiciones.

- Aunque lo habitual es que tales disposiciones tengan carácter recíproco, no es esa su característica esencial, pues también pueden ser correspectivas las disposiciones conjuntas o separadas.

- Han de ser de contenido patrimonial. En consecuencia quedan excluidas disposiciones de tipo familiar como el nombramiento de tutor, u otras de contenido no patrimonial como el nombramiento de fiduciario.

- La correspectividad es un concepto referido a la eficacia. Lo relevante es que lo dispuesto se cumpla y no el mantenimiento o existencia de las disposiciones calificadas como correspectivas, y así conforme al art. 420, 2 CDFa, la ineficacia sobrevenida de una disposición correspectiva no anula la otra disposición correspectiva, sino que simplemente deja de tener ese carácter correspectivo, por ejemplo, si una disposición correspectiva deviene ineficaz porque el legatario repudia el legado, la correspectiva no se anula sino que deja de tener carácter correspectivo.

Por el contrario, la nulidad o anulación de una disposición correspectiva produce la ineficacia total de la correspectiva.

e) Tiene que haber voluntad declarada de ambos testadores en el mismo testamento o en pacto sucesorio. Pero subsisten las dudas interpretativas porque voluntad declarada no significa voluntad expresa, ya que basta con que se deduzca que esa es la voluntad de los testadores. En consecuencia siguen subsistiendo las dudas en cuanto al carácter correspectivo o no de una disposición recíproca como la institución recíproca de herederos o la de legados.

2) Son *no correspectivas* aquellas disposiciones que no tienen la interdependencia o vinculación a la que se refieren los apartados anteriores.

El CDFA presume la no correspectividad, lo que supone que salvo aquellos casos en que los testadores la determinen expresamente, en todos los demás, el que la alegue habrá de probarla.

De cualquier manera, habitualmente, las disposiciones sean conjuntas, separadas o recíprocas, los testadores no tienen intención de hacerlas correspectivas.

*E. Institución recíproca de herederos.* El CDFA en el art. 419,1º, confirma la posibilidad de que los testadores en testamento mancomunado puedan instituirse recíprocamente herederos aunque tengan hijos, sin perjuicio de los derechos legitimarios.

No fue ésta una cuestión pacífica entre la doctrina. Desde principios del siglo veinte se asimiló la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado al pacto al más viviente (pacto sucesorio), lo que supuso, al igual que ocurría en éste, que la institución deviniera ineficaz si los otorgantes fallecían con hijos o descendientes.

Esta línea de pensamiento se plasmó tanto en el Apéndice (en base a la llamada germanitas de las Observancias, que no recogía una institución recíproca de herederos sino un régimen económico matrimonial por el que participaban por igual los cónyuges en el patrimonio consorcial) como posteriormente en la Compilación y es ahora en el CDFA cuando el testamento mancomunado ha recuperado lo que fue durante siglos su cláusula habitual: la institución recíproca de herederos entre sus otorgantes con independencia de la tenencia o no de hijos. Ello no obsta, para que los testadores, si es su deseo, establezcan los efectos del pacto al más viviente recogidos en el art. 395 CDFA.

El CDFA en el art. 419,2º y 3º regula cómo se hereda después del fallecimiento de los testadores, estableciendo dos reglas para determinar cuál ha de ser el destino de los bienes.

a) Si los testadores designan herederos o legatarios respecto de los bienes que quedaren al fallecimiento del último de los testadores, los así designados suceden en los bienes del primeramente fallecido directamente del mismo como sustitutos del que ha fallecido en último lugar, se trata pues de una sustitución fideicomisaria de residuo establecida por la norma legal.

b) Si por el contrario los testadores no han previsto el ulterior llamamiento de un tercero, al fallecimiento del último de los testadores, los bie-

nes procedentes del primero que quedaren por no haber dispuesto de ellos el sobreviviente pasarán a los parientes llamados en tal momento a la sucesión legal o intestada del primeramente fallecido como herederos suyos y sustitutos del cónyuge sobreviviente. Se establece pues aquí un principio de troncalidad, al cambiar la trayectoria sucesoria de los bienes a favor de los sucesores legales del premuerto.

*F. Revocación y efectos.* La práctica testamentaria histórica conoció un testamento mancomunado libremente revocable. El Apéndice, al introducir en el citado testamento la noción de correspectividad, ajena al Derecho aragonés, complicó la revocabilidad del mismo y la Compilación atenuó la rigidez del régimen anterior.

El CDFa, aunque considera que el testamento mancomunado es un acto naturalmente (y no esencialmente revocable como el unipersonal), la regula con mayor flexibilidad. Muestra de ello es el carácter dispositivo del art. 421 que al regular los efectos de la revocación unilateral de las disposiciones correspectivas en vida de ambos testadores y la imposibilidad de la misma, fallecido uno de ellos, salvo excepciones, determina que *“...todo ello salvo que en el testamento o en el contrato sucesorio se prevea otra cosa”*.

La revocación del testamento mancomunado está regulado en el art. 421 CDFa, conforme al mismo hay que distinguir si la revocación se hace en vida de ambos testadores o fallecido uno de ellos y si lo que se quiere revocar son disposiciones correspectivas o no correspectivas:

*a) Revocación en vida de ambos testadores:* Puede hacerse conjuntamente por ambos testadores en un mismo acto, bien sea en testamento mancomunado o en pacto sucesorio, en cuyo supuesto es indiferente la naturaleza correspectiva o no de las disposiciones que se quieren revocar.

Cabe también la revocación o modificación unilateral por parte de uno de los otorgantes. El CDFa determina que debe hacerse en testamento abierto ante notario, al que le hará saber la existencia del testamento anterior y el domicilio del otro otorgante, al que el notario notificará el hecho del nuevo otorgamiento dentro de los ocho días hábiles siguientes. La falta de esas manifestaciones o notificación no afecta a la eficacia de la revocación o modificación.

En la revocación o modificación unilateral hay que distinguir si las disposiciones que se quieren revocar o modificar son o no correspectivas. Si no lo son, regirán las reglas de la revocación de las disposiciones testamentarias. Y si lo son, producen la ineficacia total de las disposiciones

correspectivas del otro, siempre que los otorgantes no hayan dispuesto otra cosa en el testamento.

b) *Revocación fallecido uno de los testadores.* Cabe la revocación de las disposiciones no correspectivas pero no la de las correspectivas, salvo que concurran las causas de revocación unilateral de los pactos sucesorios (art. 401 CDFA), o que las partes hayan previsto otra cosa en el testamento (art. 421 CDFA).

G. *Efectos de la nulidad, divorcio y separación.* En casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial, incluso si al fallecer uno de los cónyuges se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin, el CDFA, art. 438, determina:

a) La ineficacia de las disposiciones correspectivas entre los cónyuges de contenido patrimonial, es decir aquéllas que supongan una atribución patrimonial recíproca entre ellos, por lo que mantienen su validez las disposiciones correspectivas de tal carácter a favor de terceras personas.

b) La ineficacia de todas las liberalidades de uno de los testadores al otro.

c) La ineficacia, que es de carácter automático, no afecta al resto del testamento, que mantiene su validez, sino solamente a las disposiciones citadas anteriormente.

Obviamente, la norma sólo es aplicable a los testamentos mancomunados otorgados por los cónyuges entre sí.

H. *Actos de disposición.* Antes del CDFA se planteaba en la doctrina la cuestión del posible fraude que podía darse cuando, en vida de ambos testadores, uno de ellos dispusiera de los bienes comprendidos en una disposición correspectiva por *actos intervivos*.

No hubo unanimidad en los criterios de la jurisprudencia, si bien la posición dominante fue la de considerar nulos sólo los actos realizados a título gratuito por entender que son un fraude a la voluntad testamentaria y no así los otorgados a título oneroso ya que en éstos, por subrogación real, otro bien viene a ocupar el lugar del bien enajenado.

El art. 422 CDFA soluciona con buen criterio esta cuestión, logrando armonizar por un lado el carácter testamentario de las disposiciones correspectivas y de otro su naturaleza vinculante. Es preciso distinguir:

a) *En vida de ambos testadores:* Cualquiera de los testadores tiene libertad de disponer de los bienes objeto de sus disposiciones correspectivas por acto *inter vivos*. No podía ser de otro modo puesto que tales cláusulas

formando parte de un testamento, solo son vinculantes, cuando fallece uno de los testadores.

Pero para evitar esa posibilidad de fraude, la Ley determina que cuando ese acto de disposición de bienes implica la revocación o la modificación sustancial de una disposición correspectiva, produce la ineficacia total de la correspectiva del otro. Pero debemos precisar cual será el alcance de esa ineficacia establecida por la Ley; se dará cuando se trate de disposiciones correspectivas referidas a un bien concreto y determinado ya sea a título de heredero (*ex re certa*) como de legado, en cuyo supuesto se aplicará el art. 869 Cc. (el legado queda sin efecto si el testador enajena la cosa legada). La inaplicabilidad de esa ineficacia en los demás supuestos se deriva de que tratándose de una institución de heredero en la totalidad o parte alícuota de la herencia o de un legado de parte alícuota, ni la herencia, ni el legado de parte alícuota existen hasta el fallecimiento.

*b) Fallecido un otorgante:* Se mantiene el criterio de que el otro puede disponer de los bienes comprendidos en una disposición correspectiva.

Si lo hace a título gratuito, la persona a quien el testamento atribuía dichos bienes podrá pedir su valor actualizado al donatario o a sus herederos, una vez fallecido el disponente.

Si lo hace a título oneroso y supone la ineficacia de una disposición correspectiva también puede el que hubiera sido destinatario testamentario de los mismos reclamar su valor actualizado a los herederos del disponente, de lo que se deduce que la contraprestación obtenida no se subroga en el lugar de los bienes enajenados.

Y finalmente, para evitar incertidumbres prolongadas en temas de herencias, se establece un plazo de caducidad de dos años para el ejercicio de estos derechos contados desde el fallecimiento del disponente.

### **3. Invalidez.**

*A. Nulidad y anulabilidad de los testamentos.* El CDFA, en los arts. 423 a 430, regula conjuntamente las clases de invalidez de los testamentos y de las disposiciones testamentarias, sus causas y efectos, así como el plazo de prescripción de las acciones de impugnación.

*a) Nulidad insanable o absoluta.* Es una invalidez próxima a la inexistencia que no está sometida a plazo de prescripción (art. 426,1 CDFA). Es decir, el testamento carece de entidad suficiente para devenir eficaz por prescripción o por el asentimiento, tácito o expreso, de los legitimados para impugnarlo.

Son causas de nulidad insanable la infracción de requisitos esenciales en relación a los sujetos, contenido o forma. Así, por razón del testador o testadores, es nulo el testamento otorgado por un menor de catorce años (art. 408, 1°). Por la forma: la falta de autografía en el testamento ológrafo, la ausencia de notario autorizante en testamentos abiertos; el incumplimiento de los arts. 687 y 715 Cc. en relación al testamento abierto y cerrado respectivamente, etc.

*b) Nulidad subsanable.* Esta clase de invalidez se da en testamentos que existen y no se reducen a mera apariencia a pesar de haberse infringido requisitos y formalidades requeridos por la ley, lo que supone su posible convalidación si transcurre el plazo de prescripción de la acción de nulidad que la ley fija en quince años a contar desde el fallecimiento del testador (art. 426 CDFa).

Es causa de nulidad subsanable la inobservancia de vicios de forma no esenciales. No lo son y por tanto no invalidan el testamento: la falta de expresión de la hora del testamento (siempre que el testador no otorgara otro en la misma fecha) o la falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades (cuando pueda demostrarse que efectivamente fue cumplido).

*c) La anulabilidad.* Son causas de esta clase de invalidez los defectos no sustanciales de capacidad de los otorgantes (falta de capacidad natural) y los vicios de consentimiento de la voluntad (el engaño, violencia o intimidación grave).

*d) Consecuencias de la invalidez.* En el supuesto de nulidad o inexistencia, el testamento no existe y por tanto no produce efectos sin perjuicio de que los instituidos adquieran los bienes poseídos por vía de usucapión (art. 426 CDFa).

En los casos de nulidad subsanable y anulabilidad el testamento es eficaz mientras no se ejercita la correspondiente acción que en ningún caso puede prohibir su ejercicio el testador (art. 429 CDFa).

*e) Acciones de nulidad y anulabilidad* (arts. 426 y 427 CDFa). La ley las considera de naturaleza personal, al dirigirse la acción contra aquellos sujetos que fueron instituidos en el testamento, si bien la anulabilidad o la nulidad del testamento una vez declarada permite el ejercicio de una acción real para recuperar los bienes que conforman la herencia.

La acción de nulidad subsanable prescribe a los quince años y la de anulabilidad a los cuatro años, ambas a contar desde el fallecimiento del testador.

f) *Convalidación*. El testamento se convalida por el transcurso del tiempo de prescripción señalado con anterioridad, 15 años en los supuestos de nulidad subsanable y cuatro años en los de anulabilidad, a contar desde el fallecimiento del testador, sin ejercitar la acción de nulidad y anulabilidad respectivamente.

También se convalida cuando conociendo la causa de nulidad o anulabilidad del testamento aquéllos con derecho a impugnarlo le dan ejecución o renuncian a la acción (art. 428 CDFR). Es una manifestación de la teoría de los actos propios: los testadores no pueden impugnar un testamento que ha sido aceptado tácitamente al darle ejecución o que ha sido considerado válido al repudiarlo.

En los supuestos de nulidad insanable o absoluta del testamento nada impide que los interesados acuerden respetarlo y cumplirlo, pero aquí sus derechos no derivan del testamento sino del contrato. Un testamento de nulidad insubsanable no cabe ser convalidado.

g) *Conversión*. Si la nulidad del testamento es por defecto de forma, la Ley determina su validez siempre que reúna los requisitos formales de otra clase de testamento. También se permite la conversión del testamento mancomunado nulo por causa que afecte sólo a uno de los otorgantes en testamento unipersonal del otro si cumple los requisitos propios de su clase (art. 429 CDFR).

*B. Invalidez de las disposiciones testamentarias*. Junto a las causas de nulidad o anulabilidad que afectan al testamento considerado como un todo hay otras, denominadas causas de nulidad parcial, que, manteniendo su validez el resto del testamento, sólo hacen ineficaces las cláusulas sobre las que recaen, salvo que sea otra la voluntad del testador o que se trate de disposiciones correspondientes en testamento mancomunado (arts. 424,3 y 421 CDFR).

El art. 424 CDFR recoge dos clases de invalidez parcial: nulidad subsanable y anulabilidad. Es de destacar que el legislador no aborda la nulidad insubsanable de las disposiciones testamentarias, ya que el art. 426 CDFR sólo predica la imprescriptibilidad para los testamentos nulos por las causas del art. 423,1 CDFR.

No se exige la expresión de los motivos de las disposiciones testamentarias, es más no se tienen en cuenta los mismos para dar efectividad a aquéllas. No obstante, si el testador expresa el motivo determinante de la disposición y éste resulta ilícito, contrario al orden público o a las buenas costumbres, se incurre en causa de nulidad subsanable de la citada dispo-

sición (arts. 424,1 y 471 CDFA), y en el supuesto que resultase falso con error de hecho o de derecho se incurrirá en causa de anulabilidad (art. 424 CDFA).

Son también causas de anulabilidad de la disposición testamentaria: el error en la persona o en el objeto; el engaño, la violencia o la intimidación grave (art. 424, 2 CDFA).

En los supuestos de error en la indicación de la persona o de los bienes, si de la interpretación del testamento fuera posible concluir a qué persona o bienes pretendía referirse, la disposición vale relativamente a esta persona o a estos bienes (art. 425 CDFA).

Del art. 424 CDFA se desprende que la imposición de condiciones ilícitas, imposibles o contrarias a las buenas costumbres no son causas de nulidad, anulabilidad, ni ineficacia de la disposición testamentaria, en consecuencia en estos supuestos aquellas condiciones se tendrán por no puestas.

Al igual que en los supuestos de nulidad y anulabilidad del testamento, las disposiciones testamentarias nulas o anulables producirán sus efectos mientras no sean anuladas, y se convalidarán por el transcurso del plazo de prescripción de las respectivas acciones de impugnación: quince años para la de nulidad subsanable y cuatro años para la de anulabilidad, a partir del fallecimiento del causante (arts. 426 y 427 CDFA), que a su vez no podrán ejercitar aquéllos que han dado voluntaria ejecución a la disposición o han renunciado a la correspondiente acción (art. 428 CDFA).

### *C. Revocación. Otros supuestos de ineficacia.*

*a) Carácter esencialmente revocable* (art. 439 CDFA). Las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables lo que implica la ineficacia de cualquier manifestación en la que el testador renuncie a ejercitar dicha revocación o limite su validez a la expresión de ciertas palabras o señales.

Sin embargo a pesar de que el testamento es un acto esencialmente revocable, no todas las manifestaciones de voluntad contenidas en él lo son.

En particular, la revocación de un testamento no afectará a la validez y eficacia, en su caso, del reconocimiento de hijos no matrimoniales que por el hecho de que se autorice su otorgamiento en testamento, no pierde su naturaleza familiar y social ni su carácter irrevocable.

Son también irrevocables, salvo pacto en contrario, las disposiciones correspondientes de un testamento mancomunado una vez fallecido uno de los testadores y siempre que no se den las causas de revocación de los pactos sucesorios.

b) *Principio general de revocación.* Conforme al art. 432 CDFA todo testamento anterior queda revocado por pacto posterior o testamento posterior perfecto siempre que de su contenido no se infiera otra cosa.

Se requiere por tanto un testamento o pacto posterior formalmente perfecto, en cambio no es precisa la llamada perfección interna de aquéllos. En consecuencia, la revocación producirá su efecto:

-aunque el segundo testamento devenga ineficaz por cualquier causa (por ej. por incapacidad sucesoria de los herederos, salvo que haya sustitución legal).

- aunque el pacto o testamento posterior revocatorio sea a su vez revocado (art. 433, 1 CDFA).

c) *Excepciones al principio anterior.* El testamento anterior no será revocado por pacto o testamento posterior:

-Cuando del contenido del pacto o testamento posterior se infiera la subsistencia del anterior testamento en todo o en parte (art. 117). Así, no revocarán al anterior los testamentos posteriores interpretativos, aclaratorios o particionales.

- Cuando el contenido del pacto o testamento posterior no es patrimonial o se limita sólo a una parte del caudal hereditario. Se trata de una presunción *iuris tantum* (art. 432 CDFA).

- Cuando el testamento o pacto posterior revocatorio es a su vez revocado por el testador declarando que revivan las disposiciones del primero (art. 433,2 CDFA). En consecuencia, la revocación de una disposición testamentaria no afectará a la validez o eficacia de las demás, a no ser otra la voluntad del testador (art. 424,3 CDFA).

- Cuando el testamento posterior meramente revocatorio del primero es a su vez revocado por otro posterior también meramente revocatorio (art. 433,2 CDFA).

d) *Revocación real del testamento cerrado.* La rotura del testamento cerrado sólo es revocatoria cuando es voluntaria y consciente. Si falta uno de esos elementos, voluntad o conocimiento de testador o éste se halla en estado de demencia, así como si rompe el testamento por equivocación o se lo hacen romper con amenazas de muerte, no se produce el efecto revocatorio. Por tanto la revocación tiene carácter personalísimo y los actos revocatorios han de ser imputables al causante.

Son desperfectos que implican revocación: la rotura de la cubierta, el quebranto de los sellos (tampoco es preciso el quebrantamiento de todos), firmas borradas, raspadas o enmendadas (basta la alteración de una de ellas).

Si el testamento se encuentra en el domicilio del testador, la Ley presume, con presunción *iuris tantum*, la realización de los desperfectos con conocimiento o con voluntad del testador. En consecuencia el que alegue la validez del testamento deberá demostrar que aquéllos han ocurrido sin voluntad y con desconocimiento del disponente y una vez probado este extremo, si apareciere rota la cubierta o quebrantados los sellos, además, será necesario probar la autenticidad del testamento ante la posibilidad de que haya sido introducido otro en su lugar.

Si el testamento se encuentra en poder de otra persona la Ley presume que el vicio procede del depositario, por lo que entiende que, salvo prueba en contrario, el testador se lo entregó en buen estado y en consecuencia no cabe su revocación.

Sin embargo, sí habrá revocación, cuando apareciendo rota la cubierta o quebrantados los sellos no se pruebe la autenticidad del testamento.

e) *Revocación del testamento ológrafo.* Cuando el testamento ológrafo aparezca inutilizado, o borradas o alteradas las firmas, se presume la autoría del testador o testadores, por lo que se considera revocado salvo que se pruebe que los citados hechos ocurrieron sin la voluntad o sin el conocimiento de algunos de los testadores o que han sido llevados a cabo por el testador en estado de enfermedad mental.

f) *Supuestos de ineficacia de las disposiciones de institución de heredero o legatario* (art. 437 CDFA).

a') Premoriencia, salvo que se dé la sustitución legal. En consecuencia será eficaz la disposición cuando el premuerto, heredero o legatario, sea hermano o descendiente del causante y tenga descendientes (art. 336 CDFA).

b') Fallecimiento antes del cumplimiento de la condición suspensiva. El instituido o llamado falleció antes de adquirir el derecho a suceder por lo que no podrá transmitirlo a sus descendientes.

c') Incapacidad del instituido y nombrado, salvo que haya sustitución legal. En consecuencia será eficaz la disposición cuando el heredero o el legatario premuerto sea hermano o descendiente del causante y tenga descendientes (art. 336 CDFA).

d') La repudiación de la herencia o legado. En este supuesto será siempre ineficaz porque no cabe la sustitución legal (art. 341 CDFA).

e') La ineficacia de una disposición testamentaria no afectará a la validez o eficacia de las demás, a no ser otra la voluntad del testador (art. 424, 3 CDFA).

**BIBLIOGRAFÍA:** BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Carmen, “La sucesión paccionada en la Ley aragonesa de sucesión por causa de muerte (reflexiones y comentarios)”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, VI, n° 1, 2000; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, “El testamento mancomunado: Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad”, *Colección el Justicia de Aragón*, Zaragoza, 1997; “La correspectividad del testamento mancomunado. Estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, n° 1, 1997 págs. 31 y ss.; ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel, “El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que deseen instituirse herederos el uno al otro”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, n° 2, 1996; GARCÍA VICENTE, Fernando, “El testamento mancomunado”, *Actas de Foro de Derecho Aragonés. Terceros Encuentros*, Zaragoza, 1993, 23 y 30 de noviembre y 14 de diciembre, págs. 7 y ss.; LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal”, *Anuario de Derecho Aragonés*, 1963-1964, págs. 349 y ss.; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, “Del testamento mancomunado”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dirigidos por Manuel Albaladejo*, tomo XXXIV, *Revista de Derecho Privado*, 1.987, págs. 94 y ss.; TEIXEIRA GARCIANETA, Eduardo, “Testamento mancomunado aragonés”, *Anuario de Derecho Aragonés*, 1963-1964.

## § 21. LA FIDUCIA SUCESORIA

*M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán*

### 1. Concepto y naturaleza.

*A. Concepto.* La fiducia sucesoria es una institución que permite al causante ordenar su sucesión a través de tercero. El causante (comitente) puede nombrar en testamento o en escritura pública a una o varias personas (fiduciarios) para que, después de la muerte del causante, ordenen su sucesión. Se trata de una manifestación más de la amplia libertad de que goza el causante para ordenar su sucesión, y así aparece contemplada en el art. 318 CDFEA (“El causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio *standum est chartae*”).

Esta posibilidad no contradice el carácter personalísimo que en Derecho aragonés se atribuye al pacto sucesorio (art. 379 CDFEA) y al testamento (art. 407 CDFEA), porque al fiduciario no se le encomienda que otorgue un pacto o un testamento en representación de una persona viva. Lo que el causante encarga al fiduciario es que, tras su muerte, ordene su sucesión. De tal manera que lo que son personalísimos son el pacto sucesorio y el testamento, pero no la ordenación de la sucesión.

*B. Naturaleza.* La doctrina discute la naturaleza jurídica de la fiducia sucesoria. Debe excluirse, en primer lugar, que se trate propiamente de un supuesto de representación, porque el fiduciario no puede gestionar con terceros ningún interés de quien ya ha fallecido. Tampoco puede calificarse de mandato, porque éste se extinguiría a la muerte del mandante (cfr. art. 1.732 Cc.). Parece discutible que pueda calificarse de negocio *per relationem* porque en éste la decisión del tercero se limita a concretar al-

gún aspecto que el otorgante no ha determinado, mientras que al fiduciario le pueden corresponder las mismas facultades que al causante para la ordenación de su sucesión.

En realidad, como advierte LACRUZ, el nombramiento de fiduciario no es “un negocio incompleto o imperfecto, sino, más exactamente, uno que no basta para la producción de su efecto propio -señalar la dirección del fenómeno sucesorio- y necesita de un elemento integrativo”.

Esto explica que no haya delación de la herencia, esto es, ofrecimiento a favor de quien resulte beneficiario, con la posibilidad inmediata de aceptar, hasta que el fiduciario ejecute la fiducia (art. 448.1 CDFA). La delación, entonces, tiene lugar de una manera compleja, mediante dos actos sucesivos: el nombramiento de fiduciario por el causante y, posteriormente, tras la muerte de éste, la ejecución de la fiducia por el fiduciario. La voluntad del causante que designa fiduciarios, en testamento o escritura pública, siendo válida y eficaz, no basta para deferir la herencia. De este modo, la voluntad del fiduciario integra, completa la del causante, precisamente al cumplir el encargo que éste le hizo. Al tratarse de la ordenación de la sucesión del causante, los beneficiarios designados por el fiduciario serán sucesores de aquél, y no de éste.

C. *Admisión de la fiducia sucesoria.* La delegación de la facultad de disponer fue contemplada con recelos durante la codificación, y el art. 670 Cc. expresamente prohíbe la disposición al arbitrio de tercero, como si se tratara de una manifestación del principio de personalidad del testamento. Como excepción, el art. 671 Cc. permite encomendar a un tercero la distribución de cantidades entre personas pertenecientes a una clase o grupo fijados por el testador; el art. 831 Cc., que permitía delegar en el cónyuge la facultad de mejorar a los hijos comunes, fue reformado por la Ley de 18 noviembre 2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, regulando ahora, como excepción a lo previsto en los arts. 830, 670 y 1.057 Cc., una fiducia limitada a la distribución de bienes de los que no dispuso el causante, dentro de un círculo restringido de personas.

A diferencia del Código civil, todos los Derechos territoriales admiten figuras semejantes, no idénticas, a la fiducia aragonesa: el Fuero Nuevo, los fiduciarios comisarios (leyes 281 a 288) y el fideicomiso de elección (ley 236); el Código civil de Cataluña, la designación de heredero por los parientes (art. 424-6) y el fideicomiso de elección y de distribución (art. 426-11); la Compilación de Baleares, la fiducia sucesoria (arts. 71 y 73) y la cláusula de confianza (art. 77) para Ibiza y Formentera, el heredero dis-

tribuidor para Mallorca y Menorca (arts. 18 a 24), y la donación universal de bienes, para Mallorca (arts. 13 y 65); la LDCFPV, el testamento por comisario (arts. 32 a 48) y la Ley 2/2006, de Derecho civil de Galicia, el “testamento por comisario” (arts. 196 a 202).

## 2. Antecedentes y regulación actual.

La fiducia es una institución de origen y desarrollo consuetudinario, cuyo fundamento último se encuentra en el reconocimiento de la libertad civil y en el principio *standum est chartae*.

Mediante el estudio de documentos, M. ALONSO LAMBÁN demostró cómo, al menos desde el siglo XII, los aragoneses encomendaban a terceros la distribución de sus bienes para después de su muerte. La falta de mención expresa de la fiducia en los Fueros y Observancias se explica por la ausencia de la necesidad de dejar a salvo una institución que se practicaba con normalidad en la realidad vivida.

El Apéndice de 1925 reguló la fiducia en su art. 29 de forma muy restrictiva (solo entre cónyuges) y asistemática, sin resolver los problemas que plantea la institución.

La Compilación de 1967 dedicó a la institución el Título IV del Libro II (arts. 110 a 118), pero dadas las circunstancias políticas y jurídicas en que se redactó, su regulación no resultó enteramente satisfactoria.

La Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999 introdujo una regulación completa de la institución (arts. 124 a 148), incorporada ahora al Código del Derecho Foral (Título IV del Libro III: arts. 439 a 463). La regulación vigente no solo amplía el ámbito de aplicación de una figura que, como explica el Preámbulo del CDFA “tiene notorio arraigo y frecuente uso entre nosotros”, sino que, además, “atiende con detalle a algunos problemas que la práctica venía señalando, muy en particular los relativos a la administración y disposición de los bienes durante el tiempo en que la herencia está pendiente de asignación y, por tanto, necesariamente yacente”.

## 3. Contenido de la fiducia.

A. En cumplimiento del encargo recibido, al fiduciario le corresponde ordenar la sucesión del comitente. Este, al designar fiduciario, ha podido establecer instrucciones sobre el modo de ejecutar la fiducia (art. 442), que serán vinculantes para el fiduciario. No habiendo determinado el causante nada, la ley establece, con carácter subsidiario, cómo debe ejecutarse la fiducia cuando solo queden descendientes del comitente (art. 457.1) o cuando se trate de la sucesión de la casa (art. 461).

Sin perjuicio de lo anterior, el fiduciario ordena la sucesión del comitente con la misma libertad con que pudo hacerlo él (arts. 464 y ss.). Puede, por tanto, instituir herederos, atribuir legados, ordenar sustituciones, adjudicar bienes en pago de la legítima, hacer la partición (art. 368) e, incluso, por disposición expresa del art. 503, evitar la preterición de un legitimario del causante no mencionado por éste en su testamento o pacto sucesorio. El fiduciario, al ordenar la sucesión del causante podrá, además, ordenar reglas particulares de administración para los bienes asignados a menores. El fiduciario no puede, en cambio, ordenar la colación de liberalidades hechas por el causante, pues la ley reserva a éste de manera exclusiva esa facultad (arts. 362 y 363).

No puede pasarse por alto, finalmente, que se establecen expresamente como causas de indignidad (y por tanto, también lo serán de desheredación, art. 510.a. CDFA. actuaciones relacionadas no solo con el causante, sino también con el propio fiduciario (letras b), d), g) del art. 328).

B. Además, es necesario prever la gestión y representación de la herencia desde la muerte del causante hasta que se defiera la herencia por ejecución de la fiducia (art. 448). El comitente, al designar fiduciario, también ha podido establecer instrucciones sobre la administración y disposición de los bienes de la herencia durante este período (art. 442). Las instrucciones del comitente en todo caso deberán respetar las facultades de administración que puedan corresponder a su cónyuge viudo (arts. 283 y ss. CDFA).

En defecto de instrucciones, la ley regula la administración de la herencia (art. 148), confiere al fiduciario facultades de disposición (art. 152) e, incluso, faculta al fiduciario para pedir la liquidación de la comunidad conyugal disuelta (art. 154).

#### **4. Función de la fiducia y distinción de otras figuras.**

A. *Función y utilidad de la fiducia.* La doctrina ha venido justificando la fiducia en el deseo de decidir con mayor seguridad de acierto en la elección de sucesor, en especial cuando para mantener indiviso el patrimonio familiar se nombraba a un solo heredero y eran importantes sus cualidades y su dedicación a la casa. Esa justificación socioeconómica subsiste en la actualidad, y no solo cuando se trate de la casa en sentido tradicional, con sus aprovechamientos agrícolas y ganaderos, sino también de patrimonios comerciales o industriales. Otorgada fiducia, la eventualidad de un fallecimiento temprano no producirá la apertura de la sucesión legal, y el fiduciario podrá ordenar la sucesión del patrimonio de una manera

más conveniente para su conservación y para los intereses familiares. Haciéndose eco de esta utilidad, el art. 461 se ocupa expresamente de la “sucesión de la casa”, esto es, de los supuestos en que la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero (por establecerse así, por ejemplo, en capítulos o en pacto sucesorio).

La fiducia, además, al retrasar la designación de sucesores permite atender mejor las eventuales necesidades de los descendientes, en especial cuando tienen poca edad en el momento del fallecimiento del causante, y resulta imposible prever los avatares que les va a deparar la vida.

Finalmente, la fiducia refuerza la posición del fiduciario frente a los posibles llamados, al depender de él la designación de sucesor. Así resulta en especial en la práctica frecuente en la que se nombra fiduciario, de por vida, al cónyuge (art. 444): siendo colectiva la legítima, el viudo fiduciario puede designar sucesor a uno solo de los descendientes del causante, sean o no comunes. Incluso, el cónyuge designado único fiduciario puede atribuir bienes de la disuelta comunidad conyugal sin necesidad de practicar su previa liquidación (art. 457). El Código del Derecho Foral, además, atribuye al fiduciario la facultad de disposición de los bienes hereditarios pendientes de asignación (en los términos del art. 453). Cuando la fiducia se atribuya al cónyuge, éste ve ampliadas las facultades que puedan corresponderle por viudedad: la viudedad (universal o limitada) le atribuye un derecho real sobre cosa ajena, mientras que la facultad de disposición sobre los bienes afectos a la viudedad corresponde a los nudo propietarios, no al viudo con viudedad aunque, si la enajenación se produce sin la concurrencia del viudo, el tercero adquiere el bien con el gravamen del usufructo viudal (cfr. art. 290). Habiendo fiducia, las facultades de disposición serán del fiduciario: del viudo, por tanto, cuando lo sea.

*B. Distinción de otras figuras.* La fiducia se basa en la confianza, al igual que otras instituciones de Derecho sucesorio, como las herencias de confianza o las sustituciones fideicomisarias. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que:

*a)* A diferencia de la *fiducia sucesoria secreta* (herencias de confianza), reguladas en los Derechos navarro y catalán, en la fiducia aragonesa: *(i)* no hay secreto en el encargo, *(ii)* ni el fiduciario se presenta frente a terceros con un título formal de heredero, *(iii)* ni debe limitarse, una vez revelada la confianza, a ejecutar testamentariamente, como si fuera un albacea, el encargo confidencial recibido.

*b)* A diferencia del fiduciario de la *sustitución fideicomisaria* (art. 781 Cc., vigente en Aragón como Derecho supletorio, conforme al art. 1.º2

CDDFA, el fiduciario de la fiducia sucesoria aragonesa no es un heredero. Este título no le da derecho a usar y gozar los bienes de la herencia, sin perjuicio de que, siendo el cónyuge, pueda corresponderle el disfrute de los bienes por el usufructo vidual.

c) El fiduciario no es tampoco un *albacea* (arts. 484 y 485), a quien corresponde simplemente ejecutar y vigilar la ejecución de la voluntad del disponente (incluido, en su caso, el propio fiduciario, que también puede nombrar albacea al ejecutar la fiducia, al menos cuando sea el cónyuge y ejecute la fiducia en testamento).

### 5. Caracteres del cargo de fiduciario.

El cargo de fiduciario es:

A. *Subsidiario de la voluntad del causante.* Conforme al art. 441 el fiduciario, cualquiera que sea la forma en que haya sido designado, y salvo expresa autorización del comitente, “no podrá modificar las disposiciones sucesorias del causante, sean anteriores o posteriores a su nombramiento”.

Partiendo del máximo respeto a la voluntad del causante, la norma establece que las facultades de los fiduciarios son subsidiarias de lo que sobre su propia sucesión haya podido ordenar el causante, tanto antes como después del nombramiento de fiduciario. Por tanto, y salvo que sea otra la voluntad del comitente, el nombramiento de fiduciario no revoca automáticamente las disposiciones realizadas por el causante con anterioridad. El nombramiento de fiduciario quedará limitado entonces a los bienes que queden sin asignar. Además, el comitente conserva todas las facultades de disposición sobre sus bienes, por lo que después del nombramiento de fiduciario puede otorgar de manera eficaz las disposiciones sucesorias que tenga por conveniente.

B. *Esencialmente revocable.* Dada la confianza en que se basa la designación de fiduciario, el comitente puede revocar el nombramiento en cualquier momento, siempre que lo haga en testamento o escritura pública. Se admite también la revocación tácita, mediante el nombramiento de un nuevo fiduciario (art. 443).

C. *Naturalmente gratuito.* Conforme al art. 440.3, el cargo de fiduciario es gratuito “salvo que el causante hubiera previsto que fuera retribuido”.

D. *Personalísimo.* “Las facultades del fiduciario se entenderá que tienen carácter personalísimo” (art. 440.3 i.f. CDDFA). En consecuencia, y dada la confianza que inspira la institución, el fiduciario debe ejecutar por sí no

solo la ordenación de la sucesión del causante sino, también, las demás incumbencias que puedan corresponderle como fiduciario (actos de administración, disposición o liquidación de la sociedad conyugal disuelta).

De la literalidad del precepto (*se entenderá*) se infiere que es ésta una regla interpretativa de la voluntad del causante y, por tanto, dispositiva, pudiendo el causante autorizar al fiduciario la delegación del ejercicio de alguna de sus facultades. En tal caso, será exigible un poder especialísimo.

E. *Voluntario*. El cargo de fiduciario es voluntario (art. 440.3), y puede ser renunciado, sin necesidad de alegar ninguna excusa.

## 6. Elementos personales.

A. *¿Tiene la fiducia carácter familiar?* La regulación de la fiducia vigente trasciende el carácter familiar que tenía la institución en la Compilación de 1967. De tal manera que pueden designar fiduciario no solo las personas casadas, sino también las solteras y, aun aquéllas, pueden designar fiduciarias a personas distintas de su cónyuge, sin que sea necesario que se trate de parientes e, incluso, para ordenar la sucesión a favor de extraños (con las limitaciones que resulten entonces de la regulación de la legítima de los descendientes, arts. 486 y ss. CDFa).

Pero el legislador ha sido consciente de que, conforme a una realidad arraigada, la fiducia puede seguir cumpliendo una finalidad familiar:

a) Así, frecuentemente, las personas casadas nombrarán fiduciario a su cónyuge, y se tiene en cuenta esta circunstancia a distintos efectos (arts. 440.2, 444.2, 457.3, 462.e), o se prevé la intervención del cónyuge como fiduciario en defecto de voluntad del causante (arts. 459.1, 461.1).

El art. 17 de la Ley relativa a parejas estables no casadas, de 26 de marzo de 1999, reconoció que: "Los miembros de la pareja estable no casada podrán ordenar la sucesión del otro mediante la fiducia de acuerdo con lo regulado en la legislación sucesoria aragonesa". Al elaborar el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, el Título VI del Libro II del CDFa, que incorpora la regulación de las parejas estables no casadas, no reproduce el contenido de ese precepto, sin duda por entender que, puesto que la fiducia individual no se limita a la del cónyuge, no resulta necesario un precepto específico para las parejas. Lo cierto es que no se equiparan legalmente los cónyuges y los miembros de una pareja, de modo que lo previsto en sede de fiducia para el cónyuge fiduciario no es aplicable sin más al miembro de la pareja no casada (sin perjuicio de que en algún caso proceda la aplicación analógica cuando se entienda que existe identidad de razón como sucede, por ejemplo, con lo previsto en el art. 457).

b) Cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes del causante la ley presume, salvo disposición en contra, que su voluntad será que el fiduciario ordene su sucesión exclusivamente a favor de ellos (art. 461.1).

c) La sucesión de la casa, salvo voluntad en contra del causante, debe recaer en uno de los hijos o descendientes y, en su defecto, en uno de sus parientes, con preferencia de los comprendidos hasta el cuarto grado (art. 461).

B. *Comitente*. Conforme al art. 439 (“*todo aragonés*”), quien otorga la fiducia debe ser aragonés sin que, en consecuencia, la institución de la fiducia pierda su validez aunque en el momento de fallecer tenga una vecindad civil distinta. No es seguro que esta conclusión pudiera deducirse de las reglas generales sobre conflictos de leyes, puesto que el art. 9º.8 Cc., al no tener presente la institución de la fiducia, solo se cuida de dejar a salvo las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley personal del momento de su otorgamiento, aunque sea otra la ley que rija la sucesión.

El art. 439 exige que el comitente tenga capacidad “*para testar*”. En principio, por tanto, y dada la naturaleza de la materia a que se refiere la fiducia (ordenar la sucesión) basta la capacidad general “*para testar*”: conforme al art. 408, ser mayor de catorce años y no carecer de capacidad natural. Ahora bien, y por coherencia con lo dispuesto en otros lugares de la ley, ello no permite nombrar fiduciario en testamento ológrafo o en pacto sucesorio a quienes, conforme a la capacidad exigida para otorgar esos actos, no sean mayores de edad (arts. 408.2 y 378).

C. *Fiduciario*. Atendiendo al número de fiduciarios, la fiducia puede ser individual o colectiva: a) La fiducia es *individual* cuando el causante haya nombrado a un fiduciario para que actúe individualmente o a varios fiduciarios para que actúen de forma sucesiva, para el caso de que el primer llamado no quiera o no pueda (por ejemplo, fallece, o es incapacitado, etc.) aceptar el nombramiento; b) La fiducia es *colectiva* cuando el causante ha nombrado a varios fiduciarios para que actúen conjuntamente. El art. 439 establece una regla interpretativa de la voluntad del causante, con arreglo a la cual, “*nombrados varios sin señalar cómo deben actuar, se entenderá que el llamamiento es conjunto*”. Ampliando el ámbito de la fiducia colectiva en la Compilación de 1967, el Derecho vigente no limita su existencia a los supuestos en que exista “*casa*”, entendida en el sentido tradicional como comunidad familiar y patrimonial, sino que cualquier aragonés puede designar una pluralidad de fiduciarios para que actúen conjuntamente.

En todo caso, conforme al art. 440.1: "El fiduciario habrá de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante". Parece de buen sentido la exigencia de plena capacidad de obrar en el fiduciario, dada la trascendencia que tiene la disposición de bienes ajenos.

Naturalmente que, por aplicación de las reglas generales de validez de los actos, el fiduciario deberá ser capaz al ejecutar la fiducia, pero al exigir la ley que tenga plena capacidad "*en el momento del fallecimiento del causante*" se excluyen situaciones de interinidad innecesarias que, al prolongar el tiempo en que el llamado puede ejecutar la fiducia provocarían incertidumbre e inseguridad jurídica (es un menor, por ejemplo: no podría ejecutar la fiducia hasta que alcance la mayoría de edad). La exigencia de que el fiduciario sea capaz en el momento del fallecimiento del causante resulta además coherente con todas las facultades de administración y disposición que, de acuerdo con la ley, pueden corresponder al fiduciario hasta el momento en que se ejecuta la fiducia (arts. 449 y ss.).

*D. El cónyuge fiduciario.* Presumiendo que esa será habitualmente la voluntad del comitente, establece el art. 440.2 que: "*Salvo disposición del comitente no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si, al fallecimiento de aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin*". La norma es subsidiaria de la voluntad del causante, que puede establecer el mantenimiento de la fiducia e, incluso, volver a reiterar el nombramiento. El legislador presupone que en los casos a que se refiere la norma se habrá perdido la confianza que está en la base de la institución, por lo que no es necesario que la revoque. No basta, en cambio, la separación de hecho, por lo que en este caso, para dejar sin efecto la fiducia será necesaria su revocación.

## **7. Nombramiento del fiduciario.**

*A. Contenido.* El nombramiento del fiduciario es el primer acto de ordenación de la sucesión del causante. La delación de la herencia no tendrá lugar, sin embargo, hasta el momento de ejecución de la fiducia por el fiduciario o hasta su extinción (art. 448.1).

El nombramiento del fiduciario es un negocio jurídico unilateral, aunque en el instrumento de su otorgamiento intervengan otras personas (pacto sucesorio, capitulaciones, testamento mancomunado), y por eso la ley establece que en todo caso es posible revocar el nombramiento (art. 443.1).

Al designar fiduciario el comitente puede, además, establecer instrucciones sobre la ejecución de la fiducia (destino de los bienes, entre quién deben distribuirse, de qué forma, plazo de ejecución, retribución del fiduciario) o administración y disposición de los bienes sujetos a ella (art. 442).

*B. Forma de designación.* Conforme al art. 442, la designación de fiduciario y las instrucciones del comitente, si las hubiere, “*deberán constar necesariamente en escritura pública o testamento*”. La forma se constituye así en un requisito de validez de la fiducia.

La escritura pública (documento público notarial) puede contener, además de la designación de fiduciario, otros negocios (capitulaciones matrimoniales, pacto sucesorio), o limitarse a contener la declaración de voluntad dirigida a nombrar fiduciario.

La ley muestra gran flexibilidad, al permitir otorgar fiducia en cualquiera de los tipos de testamento admitidos por el Derecho aragonés (unipersonal, mancomunado). Otorgado con arreglo a las formalidades legales (ológrafo, notarial abierto, cerrado, especiales, excepcionales), la designación de fiduciario valdrá aunque el testamento no contenga otras disposiciones (art. 405).

La misma forma se exige para las instrucciones sobre modo de ejecución, administración o disposición de bienes. La regla tiene la consecuencia de negar toda vinculación para el fiduciario de posibles instrucciones o facultades de disposición o administración que en otra forma haya podido darle el causante, lo que parece preferible en aras de la seguridad jurídica.

*B. Revocabilidad del nombramiento de fiduciario.* El art. 443 establece que sea cual sea la forma en que se ha producido la designación de fiduciario podrá revocarse en escritura pública o en cualquier clase de testamento (incluido, por tanto, el ológrafo).

La revocación será siempre una declaración de voluntad unilateral del comitente, al margen de que el nombramiento de fiduciario se hubiera efectuado en un instrumento con intervención de otras personas. De esta forma, queda en manos del comitente hasta el momento de su fallecimiento la subsistencia de la designación del fiduciario.

La norma es importante, porque elimina las dudas planteadas en este punto durante la vigencia de la regulación de la fiducia en la Compilación de 1967 y que, en la actualidad, siguen dividiendo a la doctrina en relación a instituciones semejantes a la fiducia aragonesa de otros ordenamientos (gallego, vasco).

Por otra parte, la norma afecta a lo establecido en otras disposiciones aragonesas, que deben interpretarse conforme al art. 443:

a) Hecha la designación de fiduciario en capitulaciones matrimoniales, el comitente no precisa para su revocación la intervención de ninguna de las personas que lo hicieron en su otorgamiento, aunque afecte a bienes y derechos recibidos (cfr. art. 28 Comp.; ahora, art. 200 CDEA). Tampoco la del otro cónyuge (cfr. art. 1.331 Cc.).

b) De la misma manera, es revocable de manera unilateral por el comitente, en cualquier clase de testamento o en escritura pública, la designación de fiduciario hecha en testamento mancomunado. Por ello, debe entenderse que a la revocación de la fiducia no le es aplicable lo dispuesto en el art. 421.4 (que exige la revocación en testamento abierto ante notario). Además, debe excluirse la posibilidad de atribuir a la designación de fiduciario el carácter de disposiciones correspectivas, dado que no tienen en sentido estricto contenido patrimonial (art. 420). En consecuencia, tampoco será de aplicación lo dispuesto en el art. 421.3 (limitación de la revocación a las causas de revocación del pacto sucesorio), siendo posible la revocación sin alegación de causa alguna.

c) Finalmente, y en coherencia con la naturaleza de confianza de la fiducia, parece de buen sentido que la revocación de la otorgada en pacto sucesorio no requiera la intervención de todos los que intervinieron en aquél e, igualmente, que no sean de aplicación los preceptos que establecen las causas de revocación unilateral de las disposiciones paccionadas (art. 401).

Cabe también la revocación tácita del fiduciario, mediante el nombramiento de un nuevo fiduciario. Pero en todo caso, debe prevalecer la voluntad del comitente. En este sentido se introduce una regla interpretativa conforme a la cual, el nombramiento de nuevo fiduciario producirá la revocación de los anteriormente designados, “a no ser que resulte clara la voluntad del causante de que actúen conjunta o sucesivamente” (art. 443.2).

D. *Acceso al cargo*. Al fallecimiento del causante, si el nombramiento sigue siendo eficaz (cfr. arts. 440.2 y 128), el fiduciario accede al cargo. Al ser un cargo voluntario (art. 440.3) se admite la renuncia (art. 462). El Código no establece una lista de excusas para renunciar al cargo, ni tampoco la pérdida de los beneficios que, en su caso, pudieran corresponderle en la herencia.

En particular, y conforme al art. 462.d): “Se considerará que renuncian a su condición de fiduciarios los que requeridos notarial o judicialmente por cual-

*quier persona con interés legítimo no la aceptaren pura y simplemente en igual forma en los sesenta días siguientes a la notificación*". La posibilidad de requerir al designado fiduciario para que acepte el cargo trata de evitar la prolongación de situaciones de incertidumbre, puesto que pueden existir interesados en conocer quién es el fiduciario o, incluso, si hay fiducia: por ejemplo, los terceros acreedores (cfr. art. 452.2), pero también los posibles beneficiados si el fiduciario renuncia y entra en juego la sucesión legal.

Aunque el art. 462 considera la renuncia como causa de "pérdida de la condición de fiduciario", como si esa se hubiera adquirido ya automáticamente, sin necesidad de aceptación, la buena fe impondrá en muchos casos la necesidad del requerimiento a que se refiere el precepto antes de dirigirse contra el nombrado fiduciario como representante de la herencia (arts. 449 y ss.).

### **8. La herencia pendiente de asignación.**

Desde que muere el causante hasta que se ejecuta la fiducia la herencia se encuentra pendiente de asignación y, en consecuencia, los bienes carecen de un titular actual. En este punto, la Ley de sucesiones de 1999 supuso una mejora notable respecto de lo previsto en la Compilación de 1967, que se limitaba a remitirse de forma genérica a las normas de la comunidad hereditaria. Para ello, se establecen reglas sobre la administración, representación y disposición del patrimonio hereditario así como las cargas y obligaciones que lo gravan. En consecuencia, se contempla el patrimonio sujeto a fiducia como algo dinámico y vivo, y se trata de impedir que el nombramiento de fiduciario suponga el entorpecimiento y la paralización del tráfico normal de los bienes.

Según el art. 451, con cargo al caudal relicto se pagarán: "*a) los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas; b) las cargas y deudas de la herencia; c) los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos así como las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, en cuanto no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario*".

De esta manera, y en primer lugar, los descendientes en situación de alimentos pueden cubrir sus necesidades con cargo al patrimonio hereditario, sin esperar a que se ejecute la fiducia. En consecuencia, y frente a la regla general (cfr. art. 150 Cc.), la muerte del causante no extingue el derecho a alimentos de sus hijos o descendientes con cargo a su patrimonio, que subsistirá en el caso de que no haya personas vivas a las que puedan

exigir alimentos (la pareja estable, art. 313 CDFA; los parientes, con arreglo a la legislación general; el viudo usufructuario, art. 298 CDFA o las personas del art. 515 CDFA).

Con cargo a la herencia, además, deben pagarse las cargas deudas de la misma, sin que deba esperarse a la ejecución de la fiducia. De esta forma, la ley trata de garantizar que el nombramiento de fiduciario no perjudique a los acreedores del causante.

En particular, la letra c) del art. 451 establece a cargo de la herencia todos los gastos que deriven de la gestión ordinaria de los bienes. Especial atención merece, por su trascendencia práctica, la referencia a las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, lo que debe ponerse en relación con las facultades que confiere al administrador en este ámbito el art. 452. No puede pasarse por alto que, como excepción, el Código excluye que deban pagarse con cargo al caudal relicto aquellos gastos que, como contrapartida del derecho de usufructo que puede corresponder al viudo, deba satisfacer este último conforme a los arts. 294 a 297.

## 9. Administración de la herencia.

*A. Sujetos a los que corresponde la administración.* Pendiente de ejecución la fiducia, la administración y representación del patrimonio hereditario corresponderá, conforme al art. 449.1: “1º. Al cónyuge viudo sobre todos los bienes y derechos del premuerto, mientras tenga la condición de administrador de la comunidad conyugal, o, en otro caso, solo sobre los bienes afectos al derecho de viudedad. 2º. Al fiduciario o fiduciarios”.

El Código atribuye en primer lugar al viudo, si lo hay, y sea o no fiduciario, la administración de los bienes y derechos del premuerto siempre que, con arreglo a lo previsto en otros lugares del ordenamiento aragonés, le corresponda tal administración.

En primer lugar, al cónyuge viudo le corresponde la administración de la comunidad legal hasta la partición con adjudicación de bienes, conforme al art. 253 CDFA. Producida la liquidación, o no siendo el régimen económico el de comunidad legal, el viudo tendrá solo la administración de los bienes afectos al derecho de viudedad (arts. 283 y ss. CDFA). De esta manera, la fiducia a favor de persona distinta del cónyuge viudo no supone una limitación de sus facultades.

Precisamente, pensando en la posibilidad de que el causante no haya nombrado fiduciario a su cónyuge, y tratando de posibilitar que el nom-

brado pueda entrar cuanto antes en la administración de los bienes, se legitima al fiduciario para solicitar la liquidación de la disuelta sociedad conyugal (art. 455; también art. 258). Si el cónyuge no quiere liquidar, nadie podría obligarle, pues los herederos del causante están indeterminados mientras no se ejercite la fiducia. De esta forma, al legitimar al fiduciario se facilita el ejercicio de la fiducia, pues con la liquidación se concretarán los bienes sobre los que recae. En particular, en los supuestos de viudedad limitada (cfr. arts. 272, 274, 275, 277 y 283.3) la liquidación de la comunidad conyugal permitirá determinar los bienes sobre los que recae la administración del viudo y la del fiduciario (para la determinación de las personas que deben intervenir en la liquidación, *vid.* art. 259.2 y 3). Además, debe entenderse que, en relación a los bienes hereditarios sujetos a usufructo viudal, el fiduciario podrá ejercer las facultades que el art. 292 atribuye a los nudo propietarios.

Si el cónyuge viudo es, además, el único fiduciario, será el administrador de todos los bienes, incluso de aquellos sobre los que no tenga viudedad.

Tratándose de fiducia colectiva la regla es la misma, si bien se permite que el causante haya designado un administrador, de forma que los fiduciarios solo serán administradores en defecto de designación por el causante (art. 449.2). La posibilidad del causante de nombrar administrador a un extraño solo se contempla en el Código para el caso de fiducia colectiva. De esta forma se podrán evitar las dificultades que implica la atribución de las facultades de administración a una pluralidad de personas, lo que requiere acuerdos por mayoría, conforme a las reglas de la comunidad. Naturalmente, el administrador designado por el causante solo estará llamado a desempeñar sus funciones en defecto del cónyuge viudo, cuando a éste no le corresponda la administración.

Aunque el art. 449.1 no lo contempla, con apoyo en el principio *standum est chartae* no debe descartarse la posibilidad de que el causante designe un administrador en los casos de fiducia individual, lo que tendrá sentido sobre todo en los casos de patrimonios complejos, quedando en manos del fiduciario únicamente la ordenación de la sucesión y las facultades de disposición (art. 453).

*B. Inventario.* a) El art. 450 establece la obligación del administrador de formalizar en escritura pública un inventario como garantía de los derechos de los beneficiarios, para clarificar la composición del patrimonio sujeto a fiducia y evitar que se distraigan bienes del patrimonio hereditario.

En defecto de plazo fijado por el comitente, el inventario debe confeccionarse dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento, si bien, mediando causa justificada puede acudir al Juez solicitando una prórroga (art. 450.2).

La regla se matiza para el cónyuge viudo que haya sido designado como único fiduciario. En este caso, por coherencia con lo dispuesto en el art. 285 para el usufructo viudal, se le exonera de la obligación de confeccionar el inventario salvo que expresamente lo haya exigido el causante o lo acuerde el Juez a instancias del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario.

*b)* Sanción para el caso de incumplimiento. Transcurrido el plazo para realizar el inventario sin que el administrador lo haya formalizado y, conforme al art. 449.5, cualquiera de los parientes del causante dentro del cuarto grado (grupo amplio de quienes, en última instancia, resultarían beneficiados en la sucesión legal), o cualquier otro interesado en la herencia (acreedores del causante, por ejemplo), pueden solicitar del Juez que requiera al administrador para que formalice el inventario. El Juez, previa audiencia del administrador, le concederá un nuevo plazo con apercibimiento de que, si no lo hace, lo realizará a su costa un tercero designado judicialmente, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir.

De esta forma, para el caso de incumplimiento de la obligación de confeccionar el inventario el Código opta por una solución moderada que, dotando de efectividad a la previsión legal, no tiene consecuencias negativas para la fiducia. En particular, el incumplimiento de la obligación de inventariar no extingue la fiducia, lo que podría dar lugar a la apertura de la sucesión legal, contra la voluntad del causante.

*C. Contenido de la administración.* Conforme al art. 452.1: “*El administrador satisfará las obligaciones y cargas a que se refiere el artículo anterior, gestionará los negocios que forme parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar cualesquiera otros actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir*”.

Partiendo del máximo respeto a la voluntad del causante, que puede haber establecido instrucciones concretas sobre la administración del patrimonio, el precepto pretende que el patrimonio sujeto a fiducia no quede paralizado tras la muerte del causante, lo que podría suceder si las facultades de administración no estuvieran claramente determinadas.

De esta forma se verán favorecidos tanto los terceros que tengan créditos pendientes como quienes finalmente resulten beneficiados tras el ejercicio de la fiducia, en la medida en que se incluye expresamente la posibilidad de que el administrador gestione los negocios o las explotaciones que constituyan el objeto de la fiducia.

*D. Representación de la herencia.* El art. 452.2, además, legitima activa y pasivamente al administrador para ejercitar las acciones necesarias para la defensa del patrimonio relicto, e impone a los acreedores la carga de dirigir su demanda contra él para hacer efectivos los créditos por obligaciones de las que deba responder el patrimonio pendiente de asignación (cfr. arts. 7º.5 y 798 Lec.). Se excluyen así los problemas prácticos tradicionalmente derivados de las demandas dirigidas contra la herencia yacente (demandas contra “herederos desconocidos de D<sup>a</sup> M.”, notificaciones por edictos, etc.) y que ahora trata también de solucionar de manera general el art. 324 CDFA.

## **10. Facultades de disposición.**

*A. Quién puede disponer de los bienes de la herencia.* El art. 453 reserva las facultades de disposición al fiduciario, también en los casos en que no le corresponda la administración de los bienes (por haber cónyuge viudo administrador, art. 449.1.1º, o por ser fiducia colectiva y haber designado el causante un administrador, art. 449.2). Pero entonces, “*el fiduciario o fiduciarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados*” (art. 453.3).

En las fiducias colectivas, a falta de instrucciones del causante, el acuerdo sobre la disposición se tomará por unanimidad (art. 453.1 i.f.).

*B. Supuestos en los que se puede disponer de los bienes de la herencia.* Las facultades de disposición que la ley reconoce al fiduciario se limitan a determinados presupuestos. En primer lugar, el fiduciario solo puede disponer a título oneroso (art. 453.1 al principio). Además, y en segundo lugar, para poder disponer de los bienes de la herencia deben concurrir alternativamente alguna de las siguientes circunstancias: (i) que medie autorización del comitente; (ii) que la disposición sea necesaria para atender al pago de las obligaciones y cargas señaladas en el art. 451; como dice la STSJA de 10 marzo 2006, el acto de disposición debe dirigirse a satisfacer obligaciones exigibles con cargo al caudal relicto (iii) que el fiduciario juzgue conveniente la disposición de los bienes hereditarios para sustituirlos por otros, por ejemplo, de mayor rentabilidad (art. 453.1).

C. *Destino de la contraprestación obtenida.* Con el fin de garantizar la subsistencia del patrimonio hereditario, la ley establece el destino de la contraprestación obtenida en la disposición de bienes. Así, conforme al art. 453.2, salvo que la contraprestación obtenida se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación, quedará subrogada en el lugar de los bienes enajenados.

D. *Disposición habiendo legitimarios.* Tratando de evitar perjuicios a los legitimarios, la ley impone algunas cautelas para la enajenación de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos. Si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de estos bienes se exige la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo todos los legitimarios menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente (art. 454).

Se trata de un control externo a las facultades de disposición del fiduciario en relación a los bienes de mayor trascendencia del patrimonio y que, transformados en dinero, serán de más fácil distracción.

El precepto es aplicable en todos los supuestos de disposición que afecte a tales bienes: por tanto, también cuando medie autorización del comitente. En todo caso, además, la contraprestación obtenida queda sujeta a lo dispuesto en el art. 453.2.

Parece razonable entender, por aplicación de la doctrina general, que serán los legitimarios o quienes los representen los que podrán hacer valer la ineficacia de la disposición realizada sin la preceptiva autorización. También que, si no hay legitimarios, los parientes con expectativas de ser llamados a la herencia podrían impugnar los actos dispositivos que defrauden la finalidad de la fiducia.

## **11. Plazo para el ejercicio de la fiducia.**

A. *Determinación del plazo.* Según el art. 444.1: “El fiduciario deberá cumplir su encargo en el plazo que expresamente le haya señalado el comitente”. 2. *A falta de señalamiento expreso, la fiducia deberá ejecutarse dentro del plazo de tres años, pero si el único fiduciario es el cónyuge del comitente, su nombramiento se entenderá hecho de por vida*”. El causante puede señalar un plazo para la ejecución de la fiducia en todo caso. Por eso, como dijo la STSJA de 26 enero 2005 no puede considerarse fraude de ley la fijación de un plazo de veinticinco años, que resulta coherente con la voluntad del causante de que la herencia fuera deferida incluso a descendientes suyos no concebidos al tiempo de su muerte.

Si el causante no estableció un plazo, y salvo que el cónyuge sea el único fiduciario, la ley establece el plazo de tres años. Partiendo del respeto a la voluntad del causante, el Código opta por la fijación, con carácter subsidiario, de un plazo para la ejecución de la fiducia. De esta manera, se pretende evitar que se prolongue excesivamente la situación de interinidad, tratando de conciliar la posibilidad de una correcta ejecución de la fiducia con la protección de los intereses de los sucesores y la seguridad del tráfico.

Esta regla, sin embargo, no es de aplicación a las fiducias pendientes de ejecución el 23 de abril de 1999 (fecha de la entrada en vigor de la norma), para las que no se produce la extinción de la fiducia aunque hayan pasado tres años (disp. trans. 21 CDFR, que excluye para estas fiducias la aplicación de los arts. 444 a 446).

El causante también ha podido señalar plazo al designar a su cónyuge como fiduciario. Pero si no lo hecho, y el cónyuge es el único fiduciario, "su nombramiento se entenderá hecho de por vida" (art. 444.2). La posibilidad de que el nombramiento del cónyuge como fiduciario se entienda hecha de por vida enlaza con una de las finalidades habitualmente perseguida con la institución: reforzar la posición del cónyuge viudo. Además, es coherente con la posibilidad de que el cónyuge fiduciario ejecute la fiducia en testamento cuando no tenga señalado un plazo para cumplir su encargo (art. 456.2).

Si no se ejercita la fiducia en plazo, se pierde la condición de fiduciario (art. 462.b) y, siendo fiduciario único, se extingue la fiducia (art. 463.1).

*B. Cómputo del plazo.* El plazo se computa desde el fallecimiento del causante. Pero si entonces existen legitimarios de grado preferente menores de edad, el plazo se empieza a contar desde que alcancen la mayoría de edad todos ellos (art. 445.a.): se entiende que en ese momento el fiduciario puede tener más datos para adoptar su decisión y cumplir su encargo.

En las fiducias sucesivas, el plazo se empieza a contar desde que legalmente sea posible su ejecución (por ejemplo, tras la muerte del primer fiduciario llamado, el segundo acepta el cargo). En los casos en que el llamamiento deba reiterarse (por no aceptar el beneficiario, por ser nula la atribución, cfr. art. 458.2) y haya caducado el plazo, el fiduciario deberá ejecutar su encargo en un nuevo plazo de dos años a contar desde que el anterior resulte ineficaz (arts. 444.3 y 445.c.).

*C. Prórroga y reducción del plazo.* Los plazos establecidos pueden prorrogarse o reducirse por el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

En primer lugar, y en previsión de la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible la ejecución de la fiducia, se prevé la posibilidad de que los fiduciarios soliciten del Juez, antes de que caduque el plazo establecido, su prórroga. El Juez podrá concederla, mediando justa causa, hasta un máximo de dos años (art. 446).

En segundo lugar, y salvo que el único fiduciario fuera el cónyuge viudo, cualquier persona con interés legítimo (legitimarios, eventuales favorecidos, los que serían llamados legalmente, acreedores de la herencia, etc.) puede solicitar del Juez que señale un plazo más breve del que en principio corresponda, si la situación de pendencia pudiera producir graves daños al patrimonio hereditario (art. 447).

## 12. Forma y eficacia de la ejecución.

*A. Regla general. a) Ejecución de la fiducia por acto inter vivos en escritura pública.* En atención a la trascendencia del acto, la ley impone la necesidad de su otorgamiento en escritura pública (art. 456.1). La exigencia de escritura pública es *ad solemnitatem*, es decir se trata de un presupuesto de la validez y eficacia de la ejecución de la fiducia. Es exigible también aun cuando, en acto de ejecución parcial de la fiducia, solo se disponga de bienes muebles (cfr. art. 632 Cc.)

Para su validez, la disposición del fiduciario no precisa en cambio la aceptación de los beneficiarios. Es válida como acto unilateral, sin perjuicio de que sea precisa la aceptación del beneficiario para la adquisición de la herencia. Nada impide, sin embargo, que también pueda ejercerse a través de pacto sucesorio.

*b) Eficacia.* El art. 458.1 establece que: "Los actos inter vivos que en ejecución de la fiducia realicen los fiduciarios serán irrevocables". El Código establece la irrevocabilidad al margen de que se haya producido o no la aceptación por el beneficiario e, incluso, de que haya llegado a su conocimiento la ejecución de la fiducia.

No obstante, si los beneficiarios llamados no pueden o no quieren aceptar la atribución, o esta es declarada nula (por otorgarse mediante violencia o dolo, o por incorrecta composición o ejecución de la fiducia colectiva, arts. 459 y 460), el Código permite que el fiduciario reitere el llamamiento (art. 458.2). La regla se basa en el respeto a la voluntad del causante que, al designar fiduciarios, quiso evitar la sucesión legal. La norma, que recoge la doctrina mantenida con anterioridad por la jurisprudencia, representa una excepción a lo dispuesto con carácter ge-

neral en el art. 323 para los casos de ineficacia del llamamiento voluntario, en un supuesto en el que la persona que ordena la sucesión, el fiduciario, vive y, por tanto, es posible que reitere el llamamiento.

*B. Cuando el cónyuge sea el único fiduciario. a) Cumplimiento de la fiducia en testamento.* Por excepción, y en atención a que su nombramiento habitualmente se producirá de por vida (art. 444.2), cuando se haya designado como único fiduciario al cónyuge, “*éste podrá cumplir su encargo también en testamento, salvo disposición contraria del causante o que la fiducia se haya sometido a plazo*” (art. 456.2). El cónyuge viudo designado único fiduciario puede (“*también*”), si quiere, ejecutar la fiducia, total o parcialmente, por acto *inter vivos* formalizado en escritura pública, conforme a la regla general del art. 456.1.

Para que pueda ejecutarse la fiducia en testamento son presupuestos: (i) que haya sido designado como único fiduciario el cónyuge; (ii) que el causante no haya prohibido la ejecución en testamento; (iii) que el causante no haya señalado al cónyuge viudo fiduciario un plazo de ejecución de la fiducia; si el comitente ha sometido a plazo la fiducia, el Código considera más ajustado a su voluntad que no quede abierta la posibilidad de que la ejecución de la fiducia llegue a ser ineficaz, lo que sucedería si, otorgándola en testamento, el cónyuge fiduciario no falleciera antes del vencimiento del plazo.

El Código refuerza la posición del viudo designado único fiduciario, porque no limita la posibilidad del cumplimiento del encargo en testamento a que solo queden descendientes comunes ni, tampoco, a que el viudo tenga usufructo viudal (que, de hecho, puede no corresponderle: renunció en vida; o el matrimonio nunca tuvo viudedad, art. 9º.2 Cc. y, al morir, el comitente no tiene vecindad aragonesa, art. 16.2 párr. 3 Cc.).

El testamento puede ser de cualquiera de los tipos admitidos en Derecho aragonés (unipersonal o mancomunado). En el mismo instrumento, el viudo puede disponer de sus propios bienes.

*b) Eficacia.* Conforme a la primera parte del art. 458.3: “*Los actos de ejecución de la fiducia en forma testamentaria son siempre revocables*”. La ley establece, por tanto, para los actos de ejecución de la fiducia en forma testamentaria, la libre revocación. Ahora bien, debe observarse que no se trata de un mero recordatorio de la regla que con carácter general establece el art. 431 para las disposiciones testamentarias. Por el contrario, de no atribuirle la ley expresamente el carácter de revocable sería discutible que lo fuera, puesto que se trata de la ordenación de la sucesión de una persona fallecida aunque el vehículo, el instrumento jurídico utilizado, sea

un testamento (cfr. con la solución legal para otro contenido “atípico” del testamento en el art. 431.4, o con el carácter irrevocable que a la ejecución en testamento le atribuye la doctrina en otros ordenamientos, o como hace algún tiempo interpretó la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a las fiducias).

También serán revocables libremente los actos de ejecución de la fiducia en testamento mancomunado, por ser el art. 458.3 norma especial que debe prevalecer frente a las normas generales sobre revocación del art. 421.

La regla de la revocabilidad implica que la ejecución de la fiducia en testamento no producirá efecto hasta la muerte del cónyuge viudo otorgante. También en los casos en que otorgue el testamento en escritura pública, por tratarse de un acto *mortis causa* (art. 458.1).

La ejecución de la fiducia en testamento no impide, por tanto, “*la eficacia de los actos de disposición realizados por el viudo fiduciario con posterioridad*” (art. 458.3 segunda parte). El precepto deja a salvo no solo la eficacia de los actos posteriores de ejecución de la fiducia sino también, y difícilmente podía ser de otra manera, la de los actos de disposición realizados por el fiduciario al amparo de lo dispuesto en el art. 453 (facultades de disposición).

### **13. Modo de ejecutar la fiducia.**

*A. Habiendo descendientes del causante.* El causante ha podido dar las instrucciones oportunas sobre la forma de distribución de los bienes. El único límite será, en su caso, el respeto a la legítima.

Para el caso de que el comitente se haya limitado a nombrar fiduciario, si en el momento de ejecutar la fiducia existen descendientes suyos, el art. 457 CDFEA establece que, “el fiduciario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad con que podría hacerlo el causante”. Es decir, el Código presupone que la voluntad del causante sería la distribución de los bienes entre sus descendientes, y por eso limita las facultades del fiduciario a la asignación de los bienes entre ellos. En este caso, al no existir en Derecho aragonés una legítima individual, el fiduciario podrá distribuir los bienes hereditarios de manera igual o desigual, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirselos a uno solo.

*B. Posibilidad de uso parcial de las facultades del fiduciario.* En el modo de ejecutar la fiducia, el Código mantiene la regla prevista en la Compilación

de 1967 al permitir al fiduciario el uso total o parcial, y aun en tiempos distintos, de sus facultades, a menos que el causante hubiera dispuesto otra cosa (art. 457.2). En el caso de ejecución parcial de la fiducia, y respecto de los bienes que queden sin asignar transcurrido el plazo de ejecución de la fiducia, o a la muerte del cónyuge fiduciario designado de por vida, se producirá la delación legal.

*C. Atribución de bienes de la comunidad conyugal.* El art. 457.3 establece que, cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste, en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes de la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación. La norma refuerza la posición del viudo fiduciario, que no debe liquidar para ejecutar la fiducia sobre bienes concretos.

Se recoge así expresamente el criterio defendido con anterioridad por la doctrina y por el A. del Presidente del TSJA de 3 de octubre de 1989. La regla se explica porque el cónyuge viudo fiduciario reúne todo el poder de disposición sobre los bienes comunes (es propietario de la mitad y, como fiduciario, tiene el encargo de disponer sobre la otra mitad), y no resulta precisa una liquidación para determinar los bienes de la herencia del causante.

*D. Fiducia colectiva. a) Integrantes de la fiducia colectiva.* En la fiducia colectiva, el causante habrá designado las personas que la integran y la forma de actuación. A estos efectos, el causante goza de la más amplia libertad, pues no se limita la fiducia colectiva a los parientes. Con carácter subsidiario, el art. 459 establece algunas reglas.

En primer lugar, si el causante no lo ha excluido expresamente, la ley llama a su cónyuge viudo a integrar la fiducia en el caso de que solo existan descendientes comunes (art. 459.1).

En segundo lugar, si se establece genéricamente la fiducia a favor de "parientes", en defecto de instrucciones del comitente o para completarlas, se entienden llamados, hasta un número de tres, los parientes que tengan capacidad para ser fiduciarios conforme al orden de prelación previsto en el art. 459.2: "1º. Ascendientes más próximos del causante de menor edad de una u otra línea. 2º. Hermanos que hayan convivido familiarmente con el causante, con preferencia del mayor sobre el menor. 3º. Los colaterales que dentro del cuarto grado nombre el Juez, oído el Ministerio Fiscal". De una parte, se da preferencia a los parientes más próximos. De otra, al limitar el llamamiento al cuarto grado de los colaterales se evitan las dificultades que en la redacción de la Compilación suscitaba la falta de limitación de

grado: si no existen tres dentro del cuarto grado, tendrá lugar la delación legal.

*b) Ejecución de la fiducia colectiva.* Por lo que se refiere a la ejecución de la fiducia colectiva habrá de estarse, en primer lugar, a lo dispuesto por el causante. A falta de instrucciones suyas, el art. 460.1 establece que “los acuerdos sobre ejecución total o parcial de la fiducia se tomarán por mayoría de los fiduciarios en acto al que habrán de ser convocados todos ellos”.

La fiducia colectiva necesariamente debe ejecutarse por acto *inter vivos* formalizado en escritura pública (art. 456). Conforme al art. 460.2: “Al otorgamiento de la escritura pública concurrirán todos los fiduciarios. No obstante, bastará con que concurra mayoría de ellos si los comparecientes manifiestan bajo su responsabilidad que la decisión se tomó tras deliberación a la que fueron convocados la totalidad de los fiduciarios”.

*E. Sucesión de la casa.* El art. 461 se ocupa expresamente de la “sucesión de la casa”, es decir, cuando la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, conforme a lo previsto por el causante. Si no se han determinado las normas para el nombramiento del heredero o cuando resulten de imposible cumplimiento la ley establece unas reglas sobre quién debe efectuar la elección y entre qué personas debe recaer la misma. Se trata de garantizar, de esta forma, el cumplimiento de la voluntad del causante, al propiciar la designación de un heredero y evitar la aplicación de la sucesión legal, aun en el supuesto de que el causante no hubiera nombrado fiduciarios.

En primer lugar, y conforme al art. 461.1, la elección debe efectuarse por el cónyuge sobreviviente y, en su defecto o cuando éste hubiera fallecido sin realizarla, por las personas llamadas a integrar la fiducia colectiva conforme al art. 459.

En segundo lugar, la elección debe recaer en uno de los hijos o descendientes del causante y, en su defecto, en uno de los parientes de éste, con preferencia de los comprendidos hasta el cuarto grado.

#### **14. Extinción de la fiducia.**

*A. Idea general.* La ley distingue la “pérdida de la condición de fiduciario”, como cualidad personal, de la “extinción de la fiducia” como institución.

En la fiducia individual, si el causante no previó un llamamiento sucesivo, la pérdida de la condición de fiduciario extingue la fiducia. Pero no

siempre la pérdida de la condición de fiduciario determina la extinción de la fiducia:

a) si el causante ha designado varios fiduciarios para que actúen sucesivamente, la pérdida de la condición del fiduciario del primer llamado permite al segundo cumplir el encargo, y así sucesivamente (ar.t. 463.1 primera parte);

b) para la fiducia colectiva, establece el art. 463.2 que: *“Cuando los fiduciarios sean varios, la pérdida de tal condición por alguno de ellos, una vez agotada la posibilidad de designación en el supuesto contemplado en el apartado 2 del artículo 459, no impedirá el incumplimiento del encargo por los restantes, aunque solo quede uno, salvo que sea el cónyuge no designado por el comitente o que éste haya dispuesto otra cosa”*.

La renuncia a los derechos sucesorios que pudieran corresponderles efectuada por dos de los tres hijos del causante no extingue la fiducia, pues el fiduciario podía favorecer, además de al tercer hijo a otros descendientes del causante (STSJA de 26 enero 2005).

*B. Pérdida de la cualidad de fiduciario.* Conforme al art. 462, *la condición de fiduciario se pierde:*

a) *Por las causas establecidas por el causante.* La admisión de que el causante establezca libremente los motivos por los que el fiduciario puede perder la condición de tal es consecuencia del respeto a la voluntad del causante, fundamento último de la institución.

b) *Por expirar el plazo establecido para su ejecución,* conforme a lo previsto en los arts. 444 a 447.

c) *Cuando el fiduciario fallezca, sea declarado ausente o fallecido, privado de la plena administración de sus bienes o incapacitado judicialmente.* Se recogen aquí causas distintas relacionadas con la existencia y plena capacidad requerida al fiduciario (art. 440). La norma resulta coherente con las facultades de administración y disposición que el Código atribuye al fiduciario (arts. 449 y ss.) y evidencia el deseo del legislador de evitar que se prolonguen excesivamente situaciones de incertidumbre (esperando a que el fiduciario reaparezca o se compruebe su muerte, en los casos de ausencia o declaración de fallecimiento; o a que sea rehabilitado, en los supuestos de concurso, quiebra o declaración de prodigalidad, o a que recupere su capacidad antes de que fallezca o de que expire el plazo de ejecución de la fiducia).

d) *Por renuncia del fiduciario.* Se considerará que renuncian a su condición de fiduciarios los que requeridos notarial o judicialmente por cual-

quier persona con interés legítimo no la aceptaren pura y simplemente en igual forma en los sesenta días siguientes a la notificación.

*e) Cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa.* Se recogen en este apartado distintas causas que pueden suponer pérdida de la confianza, que está en la base de la institución. Parece ponderado, sin embargo, permitir que el causante establezca la conservación de la fiducia, pues no siempre supondrán un obstáculo para el cumplimiento imparcial del encargo (por ej., si hay que repartir los bienes entre los hijos comunes).

*f) Por incurrir el fiduciario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder.* Las causas de indignidad (art. 328) y de desheredación (art. 510) tienen suficiente gravedad como para poner fin a la confianza otorgada.

*C. Efectos de la extinción de la fiducia.* Si la fiducia se extingue (porque siendo individual, el único fiduciario pierde su condición, o siendo colectiva no concurren las circunstancias a que se refiere el art. 463.2), se produce la apertura de la sucesión legal para los bienes que queden pendientes de asignar. La delación legal de la herencia tiene lugar al extinguirse la fiducia (art. 448).

Al ser posible la ejecución parcial de la fiducia (art. 457.2), el art. 463.1 deja a salvo la eficacia los actos de ejecución ya realizados. Se exceptúan los actos *“de disposición que el cónyuge viudo fiduciario hubiere efectuado en su testamento en los casos de las letras e) y f) del artículo anterior”*. Parece razonable que no se mantengan los actos que no desplegarían su eficacia hasta la muerte de quien los ha otorgado pero ha perdido la condición de fiduciario por razones relacionadas con la confianza.

En los demás casos, conservan su eficacia los actos de disposición otorgados por el fiduciario en su testamento (art. 463.1 *a contrario*): extinguida la fiducia, se produce la delación a favor de los designados por el viudo en su testamento, tanto en el caso de que fallezca como en los demás supuestos de la letras c) y d) del art. 462 (art. 448.1).

**BIBLIOGRAFÍA:** ZUBIRI SALINAS, Fernando, “De la fiducia sucesoria, artículos 110 a 118”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, vol. 3, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, págs. 353-468; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, Colección el Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994; CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “De la fiducia sucesoria”, en *Ley de Sucesio-*

nes. *Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*", Librería General, S.A., Zaragoza, 1999; PASTOR EIXARCH, Luis, "La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria", en *Actas del Foro de Derecho Aragonés, IX Encuentros*, Zaragoza, 1999; LATORRE Y MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, "De la fiducia sucesoria", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. XXXIV, vol. 1, Madrid, 2002, págs. 859-1029; LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, «De la fiducia sucesoria», en MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (coordinador), *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, SonLibros, Zaragoza, págs. 367-459; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, "La fiducia sucesoria aragonesa", en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, dirigido por María del Carmen Gete – Alonso y Calera y coordinado por Judith Solé Resina, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, págs. 843-869.



## § 22. NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS

*José Antonio Serrano García*

### **1. Planteamiento.**

El principio general de ordenación voluntaria de la sucesión del art. 318 es desarrollado en los Títulos II (sucesión paccionada), III (sucesión testamentaria) y IV (fiducia sucesoria); con adecuada sistemática, las “normas comunes a las sucesiones voluntarias” del Título V (arts. 464-485) completan esta regulación y son aplicables, por tanto, a todas las concretas formas en que la sucesión voluntaria puede ordenarse. Todas estas normas tienen su fundamento y justificación en el principio de libertad civil.

De los cuatro capítulos en que se divide el Título V, el tercero (“derecho de acrecer”) aborda en su integridad la materia de la que trata; el primero contiene también una regulación casi completa de la “designación de sucesor”, excepto en lo relativo a las sustituciones (vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisaria) y modalidades accesorias (condición, término y modo), materias en las que –a salvo lo dispuesto en el art. 476– son aplicables las normas del Derecho supletorio en cuanto estén en armonía con el sistema sucesorio aragonés. En contraste con estos dos capítulos, el segundo (“legados”) y el cuarto (“albacea”) sólo contienen algunas normas concretas: las de legados guardan relación con materias reguladas para la institución de heredero, con la primacía de la voluntad del disponente o con precedentes históricos; las del albacea, una es aplicación del principio general de ordenación voluntaria y la otra una especificación para el testamento mancomunado; en lo demás, en materia de legados y albaceazgo, es de aplicación supletoria la regulación del Código civil.

Excepto la norma sobre reserva de bienes del art. 464.3, que tiene su antecedente en el art. 139 Comp., los preceptos de este Título han sido

creados *ex novo* a partir de algunos precedentes históricos, la regulación del Derecho supletorio y la de otros Derechos de nuestro entorno, con la finalidad, expresada en el Preámbulo (núms. 35 y 30), de dotar a nuestras instituciones de un marco de normas generales en las que encuentren su acomodo natural y armónico, a la vez que para facilitar su engarce con el Derecho supletorio.

Del capítulo sobre “designación de sucesor”, los arts. 464 y 465 han sido contemplados al tratar de la ordenación voluntaria de la sucesión (art. 318) y los arts. 466 a 469 al hablar de los sucesores por causa de muerte (art. 319); las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (art. 475) han sido vistas a continuación de la indignidad sucesoria. Asimismo el Capítulo III sobre “derecho de acrecer” ha sido expuesto en la parte general después de la sustitución legal. Aquí veremos el resto de materias de este Título.

## 2. La designación de sucesor.

A. *Certeza de la designación.* El favorecido por una disposición por causa de muerte –como el favorecido por cualquier otra declaración de voluntad- ha de ser persona determinada o, al menos, determinable a partir de las condiciones o circunstancias señaladas por el disponente en el título sucesorio; incluso si el disponente ha indicado erróneamente la persona del heredero o legatario, pero de la interpretación del título sucesorio es posible concluir a qué persona pretendía referirse, la disposición vale relativamente a esa persona (*cfr.* art. 425); por ello, la regla general es que *se tendrá por no puesta* (por ser originariamente ineficaz) *toda disposición sucesoria (de un pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia) en favor de persona incierta, a menos que por algún evento pueda resultar cierta* (art. 470; el art. 750 Cc. habla, en cambio, de nulidad). El Código civil, en los arts. 772 y 773, contiene otras indicaciones sobre la certeza de la designación, poco claras e innecesaria en nuestro sistema sucesorio.

Los arts. 472 a 474 desarrollan el art. 470 para precisar quién debe entenderse llamado y en qué forma en casos de concurrencia de designados o de relativa indeterminación de la disposición. Son reglas supletorias o interpretativas de las disposiciones voluntarias.

B. *Concurrencia de designados.* Los casos de concurrencia los contempla el art. 472 que dice así: *En el llamamiento sucesorio a varias personas, salvo que otra cosa resulte del mismo, se aplicarán las siguientes reglas:*

a) *Los sucesores designados simultáneamente sin atribución de partes se entienden llamados por partes iguales. Por excepción, si se llama a los hermanos del causante sin hacerlo nominalmente, los de padre y madre toman doble porción que los medio hermanos.*

*b) Si se llama simultáneamente a varias personas, a unas individual y a otras colectivamente, se entiende que éstas lo son también individualmente.*

*c) Los designados conjuntamente se entienden llamados simultánea y no sucesivamente. Asimismo, cuando sean llamados a una sucesión una persona y sus hijos, se entienden todos instituidos simultánea y no sucesivamente.*

*d) Cuando se designa a los «hijos», «descendientes» o «hijos y descendientes» del causante o de otra persona, se entienden llamados en primer término los hijos, sustituidos por sus estirpes de descendientes conforme a las reglas de la sustitución legal.*

*e) Cuando se llama a un determinado grupo de parientes, como «hijos» o «hermanos», sean del causante o de otra persona, se entienden comprendidos los matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos que vivan o estén concebidos al tiempo en que se defiera la herencia.*

Los supuestos de los aps. c) y d) del art. 472 son diferentes: en el primero son llamados como sucesores una persona y sus hijos; en el segundo son sucesores los hijos o descendientes, o hijos y descendientes, de una persona que no ha sido llamada a la sucesión; el ap. e) no impide llamar a parientes no concebidos (permitido genéricamente en el art. 325.1), sino que se limita a interpretar la voluntad del disponente al utilizar una expresión determinada en la que nada se ha manifestado sobre los no concebidos: parece razonable limitar, en tal caso, el llamamiento a los parientes que estén concebidos al tiempo de deferirse la herencia por las complicaciones que la solución contraria representaría.

*C. Supuestos de relativa indeterminación.* El ap. 1 del art. 473 regula el destino de los bienes objeto de disposición a favor del alma (“para sufragios y obras pías”), cuando se haya hecho indeterminadamente y sin especificar su aplicación; dice que se ofrecerán por los albaceas a las instituciones beneficiarias y si alguna no los quisiera recibir en especie, se venderán por aquéllos, que entregarán la mitad del importe a la Iglesia o confesión religiosa legalmente reconocida a la que pertenecía el causante, para que los destine a los indicados sufragios y para atender sus necesidades, y la otra mitad a la Diputación General de Aragón para fines benéficos de la población o comarca correspondiente al domicilio del difunto o de alcance más general. El ap. 2 regula el destino que se debe dar a los bienes dejados a favor de los pobres en general o para obras asistenciales: la Diputación General de Aragón destinará los bienes, o el importe de su venta, a entidades asistenciales preferentemente de la población o comarca del domicilio del disponente. Ni las instituciones o entidades “beneficiarias” ni las personas físicas que finalmente puedan resultar favorecidas con estas disposiciones, tienen la condición de sucesores del causante.

El art. 474 para otros supuestos de relativa indeterminación contiene reglas supletorias e interpretativas de la voluntad del disponente: el ap. 1 dice que *la disposición a favor de parientes del disponente o de un tercero sin determinación de quiénes sean*, se considerará hecha a favor de los llamados a la sucesión legal y en la proporción resultante de ella, *pero sin limitación de grado y excluyendo al cónyuge*; el ap. 2 se refiere a la utilización de *expresiones como “herederos”, “herederos legales”, “herederos legítimos”*, para señalar que en tales casos se entenderán llamados quienes serían sus herederos legales y, por tanto, dentro del límite del cuarto grado y con llamamiento a favor del cónyuge.

*D. Motivación de la disposición.* Del art. 471 se deduce que la expresión del motivo que ha llevado al disponente a efectuar una determinada disposición, aunque resulte ser un motivo falso o ilícito, carece en principio de relevancia y no afecta a su eficacia; pero cuando el motivo expresado en el título sucesorio ha sido esencialmente determinante de la disposición y resulta ser falso o ilícito, la eficacia de la disposición sí queda afectada: es nula la disposición esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres (art. 424.1), mientras que la disposición esencialmente determinada por error, de hecho o de derecho, en los motivos es meramente anulable (art. 424.2).

*E. Modalidades en la designación de sucesor.* Aunque el Código no contiene una regulación de las modalidades accesorias en las disposiciones por causa de muerte, no hay duda de que la designación de sucesor puede hacerse a plazo -inicial o final-, bajo condición -suspensiva o resolutoria- o *sub modo* (STSJA 26 febrero 2009, SAPZ 8 junio 2009). El art. 476, después de declarar que *son válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o las buenas costumbres*, se limita a desplazar en dos supuestos concretos la aplicación supletoria del Código civil (arts. 793.1 y 794) porque las prohibiciones en ellos contenidas chocan con el principio aragonés de libertad civil: son pues válidas *tanto la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada como la de que el heredero o legatario haga alguna disposición mortis causa en favor del disponente o de otra persona*. Las primeras no son condiciones contrarias al *ius connubii* ni a las buenas costumbres y las segundas son típicas de los pactos sucesorios y testamentos mancomunados.

### 3. Los legados.

La Ley no regula los legados en general, ni las diversas clases de legados, materias en las que es aplicable el Derecho supletorio salvo en las concretas cuestiones previstas en nuestro Código (STSJA 26 febrero 2007).

*A. La adquisición del legado.* El legatario adquiere su derecho desde el momento de la delación, sin perjuicio de la posibilidad de repudiar el legado (art. 322.3): la adquisición del legado no precisa aceptación, de modo que si el legatario lo acepta lo que hace es consolidar su adquisición; pero, por otra parte, la adquisición automática no impide al legatario repudiarlo: en tal caso *se considerará que no ha tenido lugar la delación a su favor* (art. 477.2; *cfr.* art. 352).

Del ap. 1 del art. 477 resulta que el derecho que así adquiere el legatario puede ser: a) la propiedad en los legados de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario (legado con efecto real o *per vindicationem*); b) un derecho de crédito contra la persona gravada con el legado (legado con efecto obligacional o *per damnationem*).

*B. El derecho de transmisión.* El art. 478 regula, con carácter dispositivo y de forma muy similar a como lo hace el art. 354 para la herencia, la transmisión del derecho a aceptar o repudiar el legado. El resto de previsiones del art. 354 son aplicables también en esta sede. Como el legatario que fallece después de la delación ya es titular del legado, si bien provisionalmente pues tiene la facultad de repudiarlo, sus herederos lo adquieren, cada uno en proporción a su participación en la herencia del legatario, en las mismas condiciones que lo tenía el fallecido (salvo que se trate de legados de usufructo, de renta, de pensión vitalicia u otros de carácter personalísimo, que se extinguen a la muerte del legatario), pudiendo pues aceptarlo para confirmar en la parte que les ha correspondido la adquisición ya hecha por el legatario o repudiarlo para deshacerla con efectos retroactivos. La parte repudiada por uno de los herederos del legatario acrece preferentemente a los demás (art. 354.2); el derecho de viudedad del cónyuge del legatario fallecido se extiende con normalidad a los bienes adquiridos por los herederos de éste (ya estaban en el patrimonio del legatario), pero no a los que, por haber repudiado todos su parte en el legado, vuelvan a la herencia del primer causante (*vid.* art. 323).

*C. La posesión del legado.* El legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, a diferencia de lo previsto en el art. 885 Cc., puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación (art. 479). La escritura pública se exige únicamente para la obtención de la inscripción registral de los inmuebles legados.

La autoposesión introducida en este artículo es una gran novedad que pretende solucionar los numerosos problemas que la regulación del Código civil plantea al legatario que quiere tomar posesión del legado, recu-

perando a tal fin una norma existente en nuestro Derecho histórico (F. Único *De los legatarios* de 1592 y 30 *De apprehensionibus*) y recogida en el art. 271 del Proyecto de Apéndice de 1904 (“El legatario de cosa específica y determinada puede adquirir la posesión de ella por vía de interdicto, sin necesidad de pedirla al heredero o albacea”).

La posesión civilísima de los bienes que pueden ser objeto de autoposesión material parece que corresponde, no obstante, al heredero (art. 440 Cc.). En todo caso, los acreedores de la herencia mantienen su preferencia sobre este tipo de legatarios (art. 359.1) y, si no son descendientes y hay lesión de la legítima, los legitimarios de grado preferente pueden reclamar la reducción del legado (*vid.* arts. 494 y ss.).

*D. Prelación entre legatarios.* En el art. 480, que sustituye al art. 887 Cc., queda claro que es la voluntad del disponente (aunque hable de “causante”, no hay que excluir al fiduciario) la que marca la preferencia entre los legatarios cuando los bienes de la herencia no alcancen para cubrir todos los legados ordenados; en su defecto se sigue el orden señalado por el artículo. No obstante, en caso de lesión cuantitativa de la legítima, antes de aplicar el art. 480 hay que eliminar dicha lesión y, para ello, reducir a prorrata las liberalidades por causa de muerte (a título de herencia o de legado) hechas a favor de no descendientes, salvo cuando el disponente haya dispuesto otro orden (art. 495).

#### 4. El albacea.

En esta materia los arts. 484 y 485 sólo contienen dos precisiones, por lo que el Derecho supletorio tendrá aplicación en todo lo que no haya sido previsto por el disponente.

El art. 484 deja claro que el disponente puede establecer la ejecución de las disposiciones por causa de muerte con plena libertad de estructura y contenido, pudiendo señalar las condiciones, retribución, plazo, facultades, etc., en las que ha de desenvolverse el albacea.

A la capacidad para ser albacea se aplica el art. 893 Cc. que exige la mayoría de edad, de manera que no podrá serlo el menor mayor de catorce años, ni aun con la asistencia prevista en el art. 23.

Cuando los otorgantes de un testamento mancomunado han nombrado un albacea común, dice el art. 485 que el plazo para el ejercicio de su función *se contará, en cuanto a cada sucesión, desde la fecha de fallecimiento del respectivo causante.*

**BIBLIOGRAFÍA:** La misma del § 18.

## § 23. LA LEGÍTIMA

*Alfredo Sánchez-Rubio García*

### 1. Precisión del concepto.

Durante la vida de una persona su patrimonio varía como consecuencia de las adquisiciones y enajenaciones que lo aumentan y disminuyen. Las enajenaciones onerosas llevan consigo una contrapartida que las compensa mientras que las disposiciones a título gratuito suponen una reducción neta. El patrimonio que queda al final de la vida de su titular constituye el caudal relicto que se transmite a título gratuito a sus sucesores según lo ordenado por él o, en su defecto, según lo dispuesto en la ley.

A partir de esta secuencia de hechos advertimos que al fallecer una persona han consumido su patrimonio las donaciones realizadas durante su vida y las disposiciones que distribuyen el caudal relicto entre herederos y legatarios, todas ellas de naturaleza lucrativa, aquellas entre vivos y estas *mortis causa*. Si a la muerte del causante le sobreviven personas a las que la ley atribuye la condición de legitimarios es preciso que recaiga o haya recaído en ellos una parte de la suma teórica de todas las transmisiones lucrativas realizadas a costa de su patrimonio, porción que se denomina legítima en sentido material. La inexistencia de tales personas a la muerte del causante implica también la inexistencia de la legítima.

En el estudio de la legítima, como en otras instituciones sucesorias, el momento del *iter* sucesorio al que en cada caso se está haciendo referencia influye en el significado de las expresiones, cuyo sentido exacto hay que matizar; así, cuando la ley proclama que "*el que tenga legitimarios sólo puede disponer...*" incurre en contradicción, pues quien dispone de sus bienes está vivo y sólo quien ha muerto tiene legitimarios; otro precepto establece que la legítima *debe atribuirse en bienes relictos*, mas como puede

atribuirse por cualquier título lucrativo y las donaciones en favor de descendientes se imputan en la legítima, es patente que éstas no se atribuyen en bienes relictos. En estos casos, y en tantos otros similares, es obligado *ajustar* el sentido de las palabras e interpretarlas en función del momento o situación singular para el que están previstas, superando su significado literal.

Es preciso también superar formulaciones limitadas e inexactas que conciben la legítima como un límite al que han de sujetarse las disposiciones *mortis causa*, un título sucesorio, una porción concreta de los bienes relictos o, más frecuentemente, como el derecho que ostentan los legitimarios a recibir una parte de la herencia.

El art. 464.2 CDFA establece que “*El que tenga legitimarios sólo puede disponer de sus bienes con las limitaciones que se establecen en este Libro*”, texto similar al del art. 763 Cc. que, para su ámbito de aplicación, dispone: “*El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo*”. Disposiciones ambas inexactas, porque en el momento de disponer *mortis causa* el otorgante del testamento o pacto carece de legitimarios al estar vivo, ya que no existen legitimarios sino en relación a un causante que, por definición, ha fallecido. Quien tenga potenciales legitimarios al tiempo de otorgar sus disposiciones por causa de muerte puede testar o pactar con completa libertad porque la legítima no gravita sobre las facultades que ejercita en ese instante: no opera como prohibición al tiempo de disponer, sino como causa de *ineficacia* de las atribuciones sucesorias que la lesionen cuando, abierta la sucesión, hay legitimarios y existe infracción cuantitativa.

Cuando el causante no otorgó disposición sucesoria pero hizo en vida donaciones a no legitimarios, y a la apertura de la sucesión -nunca antes- se comprueba que tales liberalidades son inoficiosas por lesionar la legítima, es evidente que ésta no pudo ser límite a una libertad de disponer *mortis causa* de la que el donante-causante no hizo uso, sino únicamente motivo para reducir las donaciones inoficiosas.

Tampoco es la legítima un título sucesorio, porque las adquisiciones por causa de muerte se realizan a título de herencia o de legado (art. 319.2. CDFA y art. 660 Cc.), nunca a título de legítima; ni es tampoco una porción concreta de bienes de la herencia que deba atribuirse o repartirse, porque al tiempo de su apertura puede estar ya atribuida –quizá totalmente, e incluso con exceso- mediante donaciones.

En algunos ordenamientos la legítima atribuye a cada legitimario el derecho a recibir una cuota determinada de los bienes del patrimonio del causante, lo que no sucede en Aragón donde la legítima es colectiva, toda vez que el causante puede atribuirla según desee dentro del círculo de los legitimarios y, si así lo quiere, beneficiar a los de grado remoto sin dejar nada a los más próximos. Sólo los legitimarios de grado preferente tienen derecho a reclamar, en su caso, una parte alícuota de la porción en que la legítima colectiva haya sido lesionada, por lo que tampoco cabe afirmar que en Aragón los demás legitimarios ostentan derecho alguno, ya que nada pueden reclamar aunque exista lesión cuantitativa de la legítima colectiva.

Queda así la legítima como el límite a la efectividad de las disposiciones a título gratuito del causante *-inter vivos* o *mortis causa-* cuando quedan al tiempo de su muerte personas, denominadas legitimarios, a las que la ley concede derecho a recibir a título gratuito una determinada porción de su patrimonio.

Con el término *legítima* se designa en algunos ordenamientos un deber formal de naturaleza distinta a la que nos hemos venido refiriendo, que se encamina a asegurar la cita nominal de los legitimarios en la disposición sucesoria, ya con la simple mención, como en la *legítima formal* de la Compilación aragonesa; ya con una atribución simbólica, como los “cinco sueldos febles o carlines” por muebles y “cinco robadas de tierra en los montes comunes” por inmuebles, que la ley 267 Fn. considera expresamente carente de contenido patrimonial. Esta acepción de la legítima es, evidentemente, distinta a la que conlleva una atribución material.

## 2. Breve idea de su evolución histórica.

La legítima es el resultado de una evolución en la que convergen dos corrientes de sentido opuesto: la de origen romano que limita por *officium pietatis* la libertad omnímoda de disponer por causa de muerte, imponiendo al causante la obligación de dejar a los más allegados (*sui*) una porción mínima del caudal relicto para atender sus necesidades más elementales; la segunda, de corte germánico, introdujo la “parte de libre disposición”, de la que el causante puede disponer a su voluntad, como corrección a un sistema en el que el patrimonio estaba vinculado al grupo familiar, al que iba destinado a la muerte de su titular, que carecía de poder para disponer de él.

Se refleja la primera orientación en el art. 464.1 CDFA al decir que *“quien no tenga legitimarios puede disponer ... en favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder”*; y la segunda en el Code que no regula la legítima sino, bajo la rúbrica *“De la porción de bienes disponible y de la reducción”*, la parte del caudal de la que se puede disponer a título gratuito en favor de terceros, que varía según el parentesco de las personas que sobrevivan al causante, y sólo si no quedan personas con derecho a *reserva hereditaria*, puede disponer libremente de todos sus bienes (art. 916 Code).

### 3. Variabilidad de los regímenes legales de la legítima.

La noción de legítima es sustancialmente idéntica en los ordenamientos sucesorios que la regulan con contenido material, pero su régimen positivo varía notablemente de unos a otros, al no ser uniforme su tratamiento. Extienden unos la condición de legitimario a varias categorías de familiares (descendientes, ascendientes y cónyuge viudo lo son en los Códigos civiles español y francés) mientras en otros más restrictivos, como el ordenamiento aragonés, únicamente son legitimarios los descendientes (art. 486.1 CDFA, i.f.). Admitidos varios órdenes de legitimarios, en unos casos se excluyen mientras en otros concurren: en el Código civil español los descendientes excluyen a los ascendientes y el cónyuge concurre con ambos.

La porción legítima tampoco es la misma en los diferentes ordenamientos: asciende a un cuarto de su base de cómputo en Cataluña, a la mitad en Aragón y dos tercios para los descendientes en el Código civil español. Hay sistemas de cuota fija cualquiera que sea el número de legitimarios (Aragón, Cataluña, Cc. español) y otros en el que es variable según el número de legitimarios, como en el Código civil francés y en la Compilación de Derecho civil de Baleares (arts. 42 y 79). La cuota es la misma para toda clase de legitimarios en ordenamientos como el catalán o diferente, según el parentesco de los legitimarios con el causante, como en el Código civil español.

Unos ordenamientos atribuyen una cuota individual a cada sujeto, y en otros la legítima puede recaer en uno solo de los miembros de un grupo o distribuirse igual o desigualmente entre ellos; no faltando tampoco un sistema mixto. En Aragón la legítima es colectiva; en el Código civil catalán la legítima es individual e igualitaria, mientras que la legítima de los descendientes en el Código civil español es mixta, la mitad –o legítima estricta- es individual e igualitaria, y la otra mitad –mejora- es colectiva pudiendo atribuirse a cualquiera de los descendientes.

#### 4. Crítica de la institución.

Las críticas a la legítima proceden de los partidarios de la libertad absoluta de disponer por causa de muerte, en cuanto límite a tal libertad que estiman injustificado.

El debate sobre la legítima alcanzó su mejor momento a fines del siglo XIX, en el marco de un estado de opinión que en algún momento aspiró a redactar un Código civil español que fuera síntesis de los diferentes ordenamientos civiles vigentes en España, entre los que los llamados derechos forales establecían una mayor libertad de disposición *mortis causa* que el derecho de Castilla. Militaron contra la legítima juristas señeros como COSTA, y en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 la moción por la absoluta libertad de testar fue rechazada tal solo por tres votos.

La evolución de la sociedad desde estructuras agrarias a urbanas y de la familia patriarcal amplia a la nuclear más reducida, priva a los defensores de la legítima de muchos de sus argumentos tradicionales: los deberes paternos tienen su propio régimen legal, independiente de la sucesión; estadísticamente, el patrimonio del causante tiene cada vez un menor componente de procedencia familiar y existen normas especiales que, al margen de la legítima, regulan la transmisión de los bienes de esta procedencia (troncales, de abolorio); y, en definitiva, el cauce del deber de asistencia entre parientes son los alimentos.

Pese a todo, son muchos los ordenamientos sucesorios que mantienen la legítima aunque probablemente a causa de las aludidas corrientes de opinión tienden a reducirla, según se ha puesto de manifiesto desde la promulgación de la Ley de sucesiones aragonesa que redujo la cuota legitimaria a la mitad del caudal frente a los dos tercios que establecían tanto el Apéndice de 1925 como la Compilación de 1967.

#### 5. Antecedentes históricos de la legítima aragonesa.

La Compilación de Huesca tomó del Fuero de Daroca el principio de distribución igualitaria de la herencia entre los hijos, con un limitado margen para poder mejorar a alguno de ellos en bienes muebles. La norma no mantuvo su vigencia más allá del comienzo de la centuria siguiente cuando, reunidas Cortes en Alagón, sancionaron en 1307 el Fuero *de testamentis nobilium*, que permite la libre distribución de los bienes entre los hijos; poco después, los procuradores de villas y ciudades instaron la extensión de esta norma a todos los ciudadanos, lo que logran al sancionar las Cortes de Daroca, en 1311, el Fuero *de testamentis civium et aliorum hominum aragonum*.

Para evitar la preterición de los hijos no beneficiados, el causante solía hacerles una atribución simbólica bajo la fórmula usual de “diez sueldos jaqueses, cinco por muebles y cinco por inmuebles”, conocida como *legítima foral*, que hasta el último cuarto del siglo XIX sirvió también para amparar una auténtica libertad de testar, atribuyendo toda la herencia a extraños y la legítima foral a todos los descendientes, siguiendo una práctica que, en opinión de LACRUZ, deriva de una interpretación correctora e inadecuada de los Fueros. Aunque la disposición de todos los bienes en favor de auténticos extraños no fuese frecuente sí era habitual la institución universal recíproca entre cónyuges, asignando a todos los hijos la legítima foral.

Los proyectos de Código civil del siglo XIX recogían la regulación legitimaria del derecho de Castilla y por mimetismo -dice LACRUZ- se habla primero en Aragón del quinto de libre disposición, y luego del tercio cuando el Código civil fija en dos tercios la legítima de los descendientes, aunque ninguno tienen su raíz el derecho aragonés.

Durante la segunda mitad del siglo XIX, las sentencias de la Audiencia de Zaragoza y del Tribunal Supremo se muestran vacilantes -e incluso contradictorias- admitiendo unas la validez de la legítima formal o simbólica, mientras otras otorgan amparo a los hijos no favorecidos en su pretensión de obtener un suplemento de legítima en proporción al caudal del causante.

El art. 30 del Apéndice foral aragonés de 1925, fijó la legítima en los dos tercios del haber hereditario que, distribuida igual o desigualmente entre ellos, debía recaer en los descendientes de grado más próximo al testador. El legitimario no favorecido “...que por la distribución resulte en caso legal de pedir alimentos, tendrá expedito el ejercicio de este derecho arregladamente al artículo 142 del Código, contra los sucesores del ascendiente, en proporción con las respectivas participaciones en la herencia forzosa.”. La Compilación mantuvo la legítima en los dos tercios de la base de cálculo fijada según el art. 818 Cc., atribuible a los descendientes de cualquier grado, sin excluir los más próximos, o “descendientes sin mediación de persona capaz de heredar”, a los más remotos, aunque aquellos debían ser nombrados en el testamento que los excluyera para evitar la preterición, siendo los únicos que podían pedir alimentos a cargo de los sucesores.

## 6. Derecho aragonés vigente.

La Ley de sucesiones por causa de muerte, hoy refundida en el Código del Derecho Foral de Aragón, derogó el Libro II de la Compilación,

dedicando a la legítima su Título VI, que pasó a ser el Título VI del Libro Tercero del CDFa .

Fiel al principio de libertad de disponer por causa de muerte, manifestación sucesoria de la libertad civil que informa el derecho de Aragón, el art. 464.1 CDFa dispone que “*Quien no tenga legitimarios puede disponer, por pacto o testamento, de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder*”.

### **7. La cualidad de legítimo en Aragón.**

Según el art. 486 CDFa en Aragón los descendientes del causante son los únicos legitimarios, sin que en sede de legítima contenga otra precisión acerca de quienes tienen la condición de descendientes del causante, que hay que precisar.

Sin lugar a dudas son legitimarios, como descendientes, los hijos del causante, y al no quedar limitada la condición de legítimo al grado de parentesco más próximo, lo son también los descendientes de los hijos, nietos, biznietos, tataranietos, etc.

Aunque la legítima no pertenece exclusivamente al ámbito de la sucesión voluntaria, el apartado e) del art. 472 CDFa, dentro de las “Disposiciones comunes a las sucesiones voluntarias”, interpreta que cuando el llamamiento se hace a favor de determinados grupos de parientes “... *se entienden comprendidos los matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos que vivan o estén concebidos al tiempo en que se defiera la herencia.*”; enumeración útil a nuestros fines, ya que parece indudable que los descendientes que conforme al art. 486.1 CDFa son legitimarios pueden ser de las clases que menciona el art. 472 e) del Código.

La equiparación de los descendientes matrimoniales y no matrimoniales es de rango constitucional y no requiere mayor comentario; en cuanto al *nasciturus*, es legítimo tanto si es póstumo del causante como si lo es de cualquiera de sus descendientes, según la doctrina general del art. 29 Cc. y lo dispuesto en el art. 325.1 CDFa. Norma específica del Código aragonés es la de su art. 325.2, a cuyo tenor al nacido dentro del plazo de 300 días contados desde el fallecimiento del causante –plazo de igual duración que el señalado en el art. 116 Cc.- le alcanza la presunción *iuris tantum* de estar ya concebido en aquel momento.

El *concepturus*, descendiente aún no concebido, comprende un supuesto general y el que resulta de los casos de fecundación asistida *post mortem*. Con alcance general, el inciso final del 325.1 CDFa permite disponer válidamente en la sucesión voluntaria a favor de los no concebidos

que sean hijos de persona viva al tiempo de la apertura de la sucesión. En caso de que tales personas vivas, futuros progenitores del instituido, sean descendientes del disponente, los futuros concebidos y luego nacidos son descendientes de aquel causante que dispuso *mortis causa* en su favor y, por tanto, legitimarios, aunque por no serlo en ningún caso de grado preferente carecen de derecho a reclamar en la sucesión del causante, si bien es imputable a la legítima lo que este haya dispuesto en su favor.

El descendiente que es fruto de la fecundación asistida *post mortem* con material reproductor del causante en los términos prevenidos en el art. 325.3 CDFR es hijo del causante y, por tanto, legitimario de grado preferente. Es descendiente del causante, y también legitimario en su sucesión quien es fruto de la fecundación asistida *post mortem* con material reproductor de un descendiente del causante que le haya premuerto, ya que el efecto descrito en el art. 325.3 es que el así nacido se entiende concebido al tiempo de la muerte de su progenitor, que fue anterior a la del causante, existiendo una ficticia coexistencia de causante y causahabiente. Al haber muerto el progenitor del así nacido -porque es consustancial al planteamiento del supuesto- su hijo es legitimario de grado preferente del causante.

En el ámbito de la adopción son legitimarios sin duda alguna los hijos adoptivos del causante, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 56 del Código foral; pero como la condición de legitimario no se detiene en el primer grado de los descendientes, pueden existir adoptados por los descendientes del causante que, en principio, parece que deben considerarse incluidos también entre los descendientes del causante si han sido adoptados al amparo del régimen de adopción vigente, tras la reforma de 11 de noviembre de 1.987, aunque algunas sentencias (23 de mayo de 1991 del Tribunal Supremo y 19 de julio de 1.993, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña) entendían que el adoptado sólo podía considerarse descendiente de los ascendientes del adoptante cuando un precepto expreso -como el antiguo art. 176 Cc. suprimido por la Ley de 13 de mayo de 1.981 y repuesto por la Ley de 24 de octubre de 1.983- disponía que la adopción causaba parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante, pero no cuando -como sucede en el texto actual- falta un precepto de similar alcance.

De otra parte, hasta la instauración del régimen vigente que unificó la adopción, había dos clases de ella (plena y menos plena o plena y simple), y en el Código civil siempre hubo un precepto que para ambas clases de adopción proclamaba la *inexistencia de parentesco entre el adoptado y la fami-*

*lia por naturaleza del adoptante.* Subsistiendo muchas de aquellas adopciones, hay que establecer si tales adoptados tienen la condición de descendientes y, por tanto, legitimarios de los ascendientes de su adoptante, habida cuenta también que, si bien la adopción produce hoy ruptura de todo vínculo con la familia de procedencia dejando de ser los adoptados parientes de sus familiares por naturaleza en las anteriores adopciones no era así, por lo que se podría llegarse a la conclusión de que tales adoptados son legitimarios de sus ascendientes biológicos, además de serlo del adoptante y los ascendientes de este.

Aunque el problema de derecho transitorio que plantean estas situaciones es complejo y opinable, la consideración de la adopción como constitutiva de un estado civil –al menos a partir de la reforma de 1.958– resulta útil para resolverlo, en la medida en que los efectos de las relaciones jurídicas constitutivas de un estado civil se desligan de la voluntad de los sujetos intervinientes en el negocio que las creó, y producen consecuencias que afectan a personas distintas a los intervinientes en él, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito contractual. A partir de esta idea, el régimen aplicable a las relaciones que conforman el estado civil de hijo adoptivo es el que en cada momento determina la legislación vigente, y no el que regía al tiempo de constituirse, y si la adopción vigente determina un *status familiae* y no sólo el *status filii* entre adoptante y adoptado, cabe entender que hoy todos los adoptados por los descendientes del causante tienen relación de parentesco con aquel y son legitimarios en la sucesión de los ascendientes de su adoptante.

La disposición transitoria 1ª de la Ley 11/1.981, de 13 de mayo, al establecer que “*La filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada.*” permite apoyar la misma solución, si se interpreta en el sentido de entender que el momento de determinación legal de la filiación incluye también el momento en que se constituyó la adopción, y ello con mayor razón si se tiene en cuenta el *iter* legislativo de esta norma que, previendo en el proyecto de ley al que estaba incorporada un art. 108 Cc. que igualaba sólo las filiaciones matrimonial y no matrimonial, el texto de la disposición transitoria contemplaba únicamente tales filiaciones; la filiación adoptiva fue finalmente añadida a la equiparación del art. 108, pero no se tuvo en cuenta la modificación en la redacción de la normativa transitoria, que se aprobó sin modificar el texto del proyecto.

Finalmente, cabe entender que la reforma del régimen de la adopción establecido por la Ley de 11 de noviembre de 1.987 tiene el efecto retroactivo tácito o implícito que la doctrina reconoce a las normas que pretenden establecer un régimen nuevo y uniforme para determinada institución, pues tal finalidad era confesadamente buscada por dicha reforma. En tal caso, y en la medida que se entienda que la adopción actual confiere al adoptado el mismo *status familiae* que a los hijos por naturaleza, también lo confiere a quienes fueron adoptados al amparo de las leyes derogadas.

La exclusión de otras personas de la condición de legitimarios es tradicional en el derecho aragonés, en el que nunca lo han sido los ascendientes. El usufructo vidual del cónyuge sobreviviente sobre los bienes del premuerto no es un derecho sucesorio, sino derivado del matrimonio, aunque su efectividad dependa del fallecimiento del cónyuge.

Son potenciales destinatarios de la legítima todos los descendientes aunque ninguno acredita individualmente derecho a percibir porción alguna de ella -salvo que el descendiente sea uno solo- ya que el causante puede repartirla igual o desigualmente entre ellos o adjudicarla a uno sólo, cualquiera que sea su grado, según dispone el art. 486 del Código y aclara el párrafo segundo del apartado 36 del actual Preámbulo del Código aragonés, al decir que el causante puede “... *dejar los bienes a uno sólo de ellos (obviamente, también al nieto viviendo el hijo)*”.

### **8. Clases de legitimarios. Legitimarios de grado preferente.**

Si bien todos los descendientes tienen en principio la condición de legitimarios, la regulación legal dispensa un tratamiento diferenciado a los llamados “legitimarios de grado preferente”. Según el art. 488 CDEFA, son legitimarios de grado preferente “*los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes*”. No lo son quienes renuncian a la legítima, ni sus descendientes, por lo que el renunciante es el único descendiente vivo que pierde la condición de legitimario de grado preferente y excluye de esta condición a su estirpe de descendientes, quienes siguen siendo simples legitimarios, en cuanto descendientes del causante.

En suma, los hijos son siempre legitimarios de grado preferente y si han premuerto al causante, han sido desheredados o declarados indignos se produce la sustitución legal en la legítima que dispone el art. 339.1 CDEFA. También hay sustitución en la legítima, según establecen los arts. 339.2 y 513.2 del Código, cuando el legitimario de grado preferente que tiene descendientes ha sido excluido absolutamente en la sucesión.

La condición de grado preferente distingue a esta clase de legitimarios de los restantes descendientes en tres aspectos: 1º) si no son materialmente beneficiados o mencionados en la disposición sucesoria, resultan preteridos; 2º) son los únicos que pueden ejercitar la acción para obtener la reducción de liberalidades en caso de lesión cuantitativa de la legítima, salvo que hayan sido desheredados o excluidos absolutamente; y 3º) son los únicos que, también salvo desheredación, pueden pedir alimentos a los sucesores, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 515 CDFA.

### **9. El derecho de alimentos de los legitimarios de grado preferente.**

En la sucesión voluntaria aragonesa ha sido tradicional imponer al instituido heredero universal la carga de dotar *“al haber y poder de la casa”* a los demás descendientes del causante -por lo general, sus hermanos- en términos que vienen a ser equivalentes a la obligación romana de atender a los *sui por officium pietatis*.

El art. 515.1 CDFA, siguiendo el precedente que iniciara el Apéndice, dispone que *“los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les correspondieran, como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos”*, obligación de carácter subsidiario, pues el apartado 2 del propio artículo establece que *“estos derechos de alimentos sólo procederán en la medida en que no esté obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general”*.

La prestación de alimentos, si procede según las normas transcritas, se ajustará al régimen de los alimentos entre parientes de los arts. 142 ss. Cc., teniendo la condición de alimentantes todos los sucesores del causante, y no solo los legitimarios materialmente favorecidos, y su contenido el propio de los alimentos a favor de descendientes.

El desheredado no tiene derecho a reclamar los alimentos del art. 515, porque desde la desheredación carece de la condición de legitimario (art. 511.1 CDFA. mientras que el excluido absolutamente conserva este derecho según el art. 339.2 del mismo Código.

### **10. El legitimario único.**

El legitimario único no es una categoría legalmente diferenciada, pero se singulariza por desdibujarse algunas de las peculiaridades más características de la legítima colectiva aragonesa, al ser el único posible destinatario de la legítima material.

En principio, ningún descendiente acredita en Aragón derecho individual a recibir una participación efectiva en la sucesión de su causante, dado el carácter colectivo de la legítima, pero esto solo sucede si a la apertura de la sucesión quedan varios descendientes, porque si el causante deja uno solo es imposible distribuir la cuota legitimaria no atribuida por liberalidades entre vivos, ni elegir su destinatario. El legitimario único -necesariamente de grado preferente- unifica la expectativa sucesoria que en otro caso correspondería al grupo, quedando en posición similar a la del legitimario individual de otros ordenamientos, por ejemplo, del Código civil español.

El legitimario único tiene derecho a la totalidad de la cuota legitimaria pendiente de asignar a la apertura de la sucesión, aunque el *quantum* total puede estar reducido por liberalidades *inter vivos* en favor de otros descendientes premuertos, incapaces de suceder, luego desheredados o renunciantes, las cuales se imputan a la legítima según el art. 487.1 CDFA. Pierde su derecho por desheredación con causa legal, conforme a los arts. 509 y 510 CDFA, quedando entonces extinguida la legítima de acuerdo con el art. 511.2 del propio Código. No le afecta ningún tipo de exclusión ya que el art. 513.3 CDFA le faculta en todo caso para reclamar la legítima frente a terceros.

### **11. Pérdida voluntaria de la condición de legitimario: La renuncia.**

Existiendo varios descendientes del causante cualquiera de ellos puede ser excluido de la sucesión por el simple hecho de atribuir toda la legítima a los otros, pero también puede serlo por voluntad propia en caso de renuncia, o por la del causante, en los casos de desheredación, preterición o exclusión, reguladas en el Código foral vigente.

Según el art. 492 CDFA, puede renunciarse a la legítima en acto unilateral del legitimario o como contenido de un pacto sucesorio. La renuncia anterior a la delación puede ser unilateral o paccionada; la posterior solo unilateral, porque el pacto de renuncia sólo puede celebrarse con el futuro causante (art. 399.1 CDFA.) y, deferida la sucesión, ya no es posible porque ha muerto.

Los requisitos de capacidad y forma de la renuncia dependen del momento en que se realice: según el art. 492.2 CDFA, la renuncia posterior a la delación exige los requisitos de la repudiación de la herencia (arts. 346 y 351 CDFA.) y la anterior los del pacto sucesorio, sin que el precepto deje margen a la duda de que la forma y capacidad de la renuncia unilateral anterior a la delación son las de los arts. 377 y 378 CDFA para el pacto sucesorio, así como el carácter personalísimo que impone el artículo 379.

Como, según el art. 399.2 del Código, el pacto de renuncia puede ser oneroso o transaccional, si el legitimario renunciante recibe a cambio alguna contraprestación del futuro causante su valor se computa en la base de cálculo de la legítima, a cuyo pago es también imputable (art. 490.1 *in fine* CDFa). La renuncia del legitimario puede limitarse estrictamente a la legítima o estar enmarcada en una renuncia sucesoria más amplia: si se limita a la legítima no lleva consigo, salvo declaración en contrario, la pérdida de los derechos que puedan corresponder al renunciante en la sucesión voluntaria ni en la legal del causante. Si el descendiente ha renunciado a cualquier atribución patrimonial por causa de muerte, se entiende incluida en ella la renuncia a la legítima.

Como quedó dicho, el renunciante a la legítima priva también a sus descendientes de la condición de legitimarios de grado preferente, aunque como descendientes del causante siguen siendo simples legitimarios y potenciales destinatarios de la legítima.

## 12. Preterición.

Desde Roma se entendió necesario que quien otorga sus disposiciones sucesorias tenga cabal conocimiento de quienes son sus legitimarios y lo demuestre citándolos expresamente, aunque las normas que regulan su sucesión le permitan no hacer atribución material alguna en su favor. Se considera preterido aquel legitimario no beneficiado ni citado en el testamento, pacto o acto de ejecución de la fiducia.

La preterición tiene especial relevancia en un ordenamiento que, como el aragonés, concede al causante amplia libertad para disponer de la legítima entre del círculo de sus descendientes; en el derecho histórico, la llamada *legítima foral* cumplía la función de evitar la preterición de los no beneficiados materialmente, y en la Compilación se conocía como *legítima formal* la obligada mención de los legitimarios de grado preferente allí llamados “legitimarios sin mediación de persona capaz de heredar”.

Los legitimarios favorecidos a título gratuito en vida del causante, o que lo sean en la sucesión legal, nunca se consideran preteridos; los de grado preferente que nada hayan recibido en vida, ni lo reciban del caudal relictivo, resultan preteridos si no son mencionados en el testamento, pacto o acto de ejecución de la fiducia, según disponen los arts. 503 y 504 CDFa. Sin embargo, los legitimarios que ostenten grado preferente por sustitución de otro legitimario que no haya sido preterido, no se consideran preteridos aunque ellos mismos no sean mencionados, ya que no estaba preterido aquel cuyo lugar ocupan.

Frente al criterio de la última jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón aplicando la Compilación, el Código entiende mención suficiente la hecha en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura, con o sin atribución material, o aunque sea simbólica o irrelevante.

Respecto a los descendientes no nacidos al otorgarse la disposición sucesoria, y los que erróneamente se creen muertos, dispone el art. 504 CDFa que no es mención suficiente de los primeros las expresiones no referidas especialmente a ellos, ni tampoco las que aluden a los segundos como fallecidos, cuando viven. Tampoco evita la preterición la mención como extraño del descendiente porque el causante o el fiduciario ignoraban su condición de legitimario (art. 505.1 *in fine* CDFa).

El pacto sucesorio con institución de heredero universal anterior al nacimiento o determinación de la filiación del legitimario de grado preferente impide beneficiarle si no es modificando el pacto con intervención del instituido; si este no accede, será difícil evitar la preterición porque el futuro causante sólo puede hacerle una donación u otorgar testamento al solo efecto de mencionarle. La donación exige la aceptación del donatario, y es dudosa la eficacia del testamento *ad hoc* ya que, según el art. 504.1 CDFa la mención debe constar, precisamente, “en el que se ordena la sucesión”.

El ordenamiento vigente distingue entre preterición intencional y no intencional, de distintos efectos, presumiendo *iuris tantum* que toda preterición es intencional (art. 505.2 CDFa). Se entiende intencional la preterición cuando el otorgante del pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia conocía la existencia y condición del legitimario de grado preferente no mencionado; y no intencional cuando desconocía estas circunstancias. Aclara el art. 506 CDFa que, en particular, es no intencional la que se produce “por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo”. El párrafo transcrito atribuye el error únicamente *al causante*, pero los anteriores preceptos citan al *disponente*, y el art. 503.1 CDFa alude también al acto de ejecución de la fiducia, siendo indudable que también pueden incurrir en preterición no intencional el fiduciario o fiduciarios al ejecutar la fiducia.

Al preterido intencionalmente no le asiste otro derecho que el de reclamar frente a tercero si hay lesión en la legítima colectiva.

Las consecuencias de la preterición no intencional son distintas según sea singular, por afectar solo a alguno de los legitimarios de grado preferente, o total, por ser preteridos todos o el único legitimario de tal grado. En el primer caso, salvo que el disponente haya previsto otra cosa, corres-

ponde al preterido o preteridos una porción *del caudal relicto* igual a la que, después de la reducción realizada para obtenerla, corresponda al menos favorecido de los legitimarios. La parte del preterido se obtiene reduciendo proporcionalmente las participaciones de los demás legitimarios, con aplicación de las normas del art. 496 CDFa sobre reducción por lesión cuantitativa de la legítima. Los sujetos pasivos de la reducción pueden pagar al preterido su parte en metálico, sin estar obligados a hacerlo en bienes relictos.

Si al decir del propio precepto, se reducen *“las participaciones de los restantes legitimarios”*, que han podido recibirlas a título de donación que se reduce por causa de la preterición, no es exacta la mención del *caudal relicto* del art. 508.1 CDFa para que la porción del legitimario singular y no intencionalmente preterido se extraiga de él.

Cuando la preterición no intencional es total, es decir, alcanza al único o a todos los legitimarios de grado preferente, y no se ha instituido a otro descendiente de ulterior grado, dispone el art. 508.2 CDFa la delación legal de todo el caudal relicto.

Salvo el caso de legitimario nacido después del otorgamiento, la preterición no intencional la origina el error del disponente, por lo que se conoce como *“preterición errónea”* en otras leyes (vgr. art. 451-16.2 el Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones) y pone de manifiesto el art. 506 CDFa describiendo el falso conocimiento que tenía el disponente al decir que la preterición no intencional tiene lugar *“cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo”*. No obstante, siguiendo las pautas tradicionales, el supuesto se regula en sede de legítima y no en el Capítulo III del Título III del propio Libro de las sucesiones que regula la invalidez e ineficacia de los testamentos.

La solución legal no consiste en este caso en privar de validez al testamento o a una disposición testamentaria por causa de error, sino en deferir la sucesión según un criterio ajeno a la voluntad del disponente, concediendo al preterido el derecho a percibir toda la herencia, lo que excede de los efectos propios de la mera invalidez por causa de error, pues si fuera inválido el testamento no habría revocado otro eventual testamento anterior, que devendría entonces eficaz para deferir la sucesión.

La solución legal no responde a la tutela de la legítima material -propia del régimen de la preterición- ni tampoco *“a suplir la voluntad hipotética abstracta de un testador medio”* que hubiera beneficiado a los pre-

teridos si hubiera conocido su existencia o su condición, sino a la injustificada idea de que el causante habría beneficiado al preterido con todo el caudal, ya que deja ineficaces todas las disposiciones de contenido patrimonial aunque quepan en la parte libre. Con ello, se contraviene la voluntad del testador cuando no era su deseo disponer de todo el caudal en beneficio del legitimario preterido, como en el caso de quien instituye herederos por mitad a su esposa y a su hijo, al que después se declara fallecido, otorgando el padre nuevo testamento en que instituye heredera universal a la esposa. Si muerto el testador regresa el hijo, hay preterición total no intencional del art. 506 CDFA, y el hijo será heredero legal único, alcanzándose una consecuencia contraria a la voluntad del causante que solo deseaba beneficiarle con la mitad del caudal, al igual que a su esposa que ya nada recibe.

### **13. Desheredación.**

En Aragón la desheredación tiene escasa utilidad práctica, salvo que se pretenda privar de la legítima al único legitimario o a todos ellos; en otro caso, la libertad de distribuir la legítima permite privar de ella a cualquier descendiente sin necesidad de desheredarle.

Pueden desheredar el disponente por causa de muerte y el fiduciario; deben hacerlo en el testamento, pacto o acto de ejecución de la fiducia, y fundarla en las causas del art. 510 CDFA que son: a) las de indignidad para suceder, relacionadas en el art. 328 del Código; b) la negación de alimentos sin motivo legítimo al ascendiente que deshereda; c) el maltrato de obra o las injurias graves de palabra al causante o a su cónyuge, si también es ascendiente del desheredado; y, d) la privación judicial de la autoridad familiar sobre descendientes del causante por sentencia fundada en incumplimiento del deber de crianza y educación. Si el desheredado y sus hijos no son aragoneses las referencias deberán entenderse a la patria potestad y sus obligaciones.

La causa de la desheredación ha de ser cierta y si el desheredado la niega, la carga de probar su certeza pesa sobre los herederos del causante. De no ser cierta la causa, o cuando la desheredación no cumple alguno de los requisitos del art. 509 CDFA produce los efectos de la exclusión absoluta (art. 513.1 CDFA). La desheredación que cumple los requisitos del art. 509 del Código priva al desheredado de su condición de legitimario y de cualquier atribución en la sucesión del causante, excepto las ordenadas voluntariamente después de la desheredación por el ascendiente que desheredó.

La desheredación alcanza únicamente al desheredado, a quien sustituyen sus descendientes en la condición de legitimarios de grado preferente (art. 339.1 CDFA). Si el desheredado era simple legitimario no hay sustitución, porque sus descendientes ya eran legitimarios por derecho propio.

La reconciliación del ascendiente con el descendiente desheredado deja sin efecto la desheredación y le impide desheredarle posteriormente por la misma causa.

#### 14. Exclusión.

Si el fundamento preferente de la vocación sucesoria es la voluntad del causante, entendida comúnmente en el sentido positivo de disponer una atribución *mortis causa* a favor de un sujeto capaz de suceder, es evidente que quedan excluidos de la sucesión todos los no favorecidos en ella con alguna atribución, por lo que para excluir a alguien bastará al disponente con no incluirle entre los beneficiados.

Sin embargo, la exclusión supone algo más que la no disposición voluntaria a favor de alguien, pues cuando hay exclusión el disponente, futuro causante, manifiesta expresamente su voluntad en sentido negativo: es decir, más allá de no beneficiar al excluido con atribución alguna, manifiesta su deseo de que el excluido no participe en la sucesión, disposición que únicamente tiene sentido si una norma atribuye algún derecho sucesorio a quien se pretende excluir, por lo que la exclusión entraña una “interferencia de la sucesión voluntaria en la legal”, terminología debida a VALLET, mucho más congruente con la naturaleza de la exclusión, aunque menos extendida que la utilizada por el texto legal y la doctrina, ya que la voluntad del disponente se dirige precisamente a impedir la aplicación de la norma legal de la que derivarían derechos sucesorios a favor de la persona que desea excluir.

En la legítima y en la sucesión legal la ley atribuye derechos sucesorios al margen de la voluntad del causante. Si la privación de la legítima es la desheredación –en definitiva una exclusión fundada en causa legal– que el Código regula en sede de legítima, sería lo adecuado regular la exclusión en el marco de la sucesión legal, en la que en último término pretende interferir, aunque la Ley de sucesiones por causa de muerte, que introdujo la exclusión en el ordenamiento aragonés, la ubicó en el Título de la legítima, en el que la mantiene el vigente Código, proclamando su art. 512.1 que “*el disponente puede excluir a los legitimarios de grado preferente aunque no concurren los requisitos del artículo 509 y aun sin alegación de causa alguna*”, aunque nada impide excluir (ni tampoco desheredar) a

descendientes de grado ulterior, porque sólo al tiempo de la apertura de la sucesión puede determinarse quienes son legitimarios de grado preferente: la exclusión puede afectar a cualquier potencial sucesor.

Aunque la Ley no exige ningún requisito formal para excluir, lo habitual será hacerlo en testamento o pacto sucesorio; pero si se consignase en un documento exclusivamente dirigido a este fin, deberá cumplir los requisitos formales de cualquiera de las formas de testamento, al tratarse de una disposición por causa de muerte.

El Código alude en su art. 513 a la exclusión absoluta sin calificar a la que no es tal, que denominaremos exclusión simple, cuyo efecto es únicamente privar al excluido de participar en la sucesión voluntaria del causante, pero no en la legal, ni tampoco del derecho a reclamar frente a terceros por lesión en la legítima colectiva. De ello se sigue que como, lógicamente, no cabe pensar que causante haya incurrido en el absurdo de beneficiar en su testamento o pacto al mismo al que excluye, la exclusión simple carece de cualquier función y utilidad porque no priva al excluido de derecho alguno.

Cuando la exclusión es absoluta, el descendiente excluido no sólo carece de cualquier derecho en la sucesión voluntaria del causante, sino también en la legal, y de la acción para reclamar frente a tercero en caso de lesión cuantitativa de la legítima colectiva, salvo que sea el único legitimario o se haya excluido a todos, en cuyo caso conserva estos derechos, pues de otro modo se trataría de una desheredación. Como vimos, la desheredación que incumple algún requisito del art. 509 CDFA produce los efectos de la exclusión absoluta.

El Código no exige alegar la causa de la exclusión que, antes bien, su art. 512 *in fine*, dispensa de citar; pero de haberla expresado y ser errónea, si ha sido determinante de la exclusión se producen para los legitimarios de grado preferente excluidos los efectos de la preterición no intencional (art. 524 CDFA), y si no ha sido determinante se tiene por no puesta. Así es posible corregir los efectos del error que ha movido al causante a excluir, equiparando sus consecuencias a las de la preterición no intencional, que procede de otro error: el de ignorar la existencia del legitimario o su condición de tal.

## 15. Cuantía y valoración.

La legítima asciende a la mitad del caudal calculado según las reglas del art. 479 CDFA, que acoge el sistema tradicional de formar una masa ideal de bienes sumando *donatum* y *relictum*, valorados según normas propias.

De las donaciones excluye “*las liberalidades usuales*” y “*los gastos de alimentación, educación y asistencia en enfermedades de parientes dentro del cuarto grado que estén en situación de necesidad, aunque el causante no tuviera obligación legal de prestarles alimentos. Los gastos de educación y colocación de los hijos sólo se computarán cuando sean extraordinarios*”. Quedan fuera, en suma, las atenciones ordinarias realizadas no solo en cumplimiento de una obligación legal, sino también de deberes sociales o de solidaridad familiar en favor de un círculo de parientes que alcanza al cuarto grado.

Para la valoración, el art. 489 CDFa. toma el valor de los bienes relictos “...*al tiempo de liquidarse la legítima*”, y el que tenían los donados en el momento de la donación, actualizando su importe al tiempo de liquidarse la legítima. El CDFa se separa del criterio generalmente utilizado por otros ordenamientos que casi sin excepción valoran los bienes -relictos y donados- en el momento de fallecer el causante (art. 818, en relación con el art. 654, del Cc. español; art. 355 del Código de sucesiones catalán; art. 922 del *Code*; art. 81.4 Comp. balear...etc.)

Ciertamente, cuando la valoración del caudal se hace en el momento de liquidarse la legítima se alcanza una solución más justa que valorando los bienes cuando falleció el causante, si entre la apertura de la sucesión y el pago de su haber a los legitimarios su valor ha variado apreciablemente.

La regla legal es de difícil aplicación cuando la *liquidación* de la legítima no se realiza en el momento de la partición porque ya estaba satisfecha en vida por donación, caso en el que según el art. 489 CDFa habría que valorar el caudal relicto en el tiempo pretérito en que *se liquidó* la legítima al realizar la donación. La situación es prácticamente insoluble si las donaciones a los descendientes se hicieron en diferentes fechas porque no hay un momento único en que valorar el caudal base de cálculo de la legítima, *liquidada* parcialmente en momentos distintos. En este caso lo más adecuado sería valorar los bienes al tiempo de la muerte del causante, momento central de la sucesión, según se infiere entre otros de los arts. 320.1, 321.1, 329.1, 343.1 y Disposición Transitoria Decimotercera, de los que puede extraerse por *analogía legis* un criterio aplicable al caso.

Para valorar las donaciones, el Código dispone la actualización del valor de los bienes donados -no una nueva valoración de dichos bienes- que normalmente consistirá en aplicar al valor que tenían al tiempo de la donación el Índice de Precios al Consumo (IPC).

## 16. Atribución e imputación. Carácter colectivo de la legítima aragonesa.

En la cuota legitimaria se integran todas las disposiciones a título lucrativo hechas en favor de descendientes –que, según el art. 487.1 CDFA son título de atribución de la legítima- salvo las no computables en la base de cálculo y las que el causante haya excluido de imputación (art. 491 CDFA). Como las atribuciones excluidas de imputación por el causante se computan en la base de cálculo, la exclusión supone un aumento de la cuota legitimaria por el mismo valor de la liberalidad excluida, lo que conduce a una situación límite si exceden de la mitad de la base de cálculo de la legítima, pues el resto de la masa no alcanzaría para pagar la legítima. Esto es, si las liberalidades excluidas de imputación valen 100 y el caudal relicto 50, la base de cómputo de la legítima es de 150 y la cuota legitimaria de 75, pero no quedan sino 50 para atenderla. En tal caso, no cabe otra solución que entender reducida la legítima al resto del caudal libre, ya que las liberalidades dispensadas de imputación han recaído en descendientes, y de otro modo se daría la incongruencia de reducir por inoficiosas liberalidades hechas en favor de legitimarios.

El art. 486.2 CDFA permite al causante distribuir la legítima con total libertad entre los descendientes sin necesidad de atribuir a los no beneficiados la simbólica *legítima foral* ni excluirlos expresamente de la sucesión. Por excepción, habiendo solo un descendiente acredita individualmente el derecho a recibir la legítima íntegra.

El inciso final del citado art. 486.2 CDFA -introducido por una enmienda parlamentaria-, según el cual *“si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente, conforme a las reglas de la sucesión legal”*, carece de utilidad porque si el causante ha dispuesto de todos sus bienes según su voluntad es patente que los *“ha distribuido o atribuido de otra manera”* que la prevista en el precepto y si no ha dispuesto en todo o en parte de sus bienes las normas que regulan la sucesión legal llaman en primer término a los descendientes que son también los únicos legitimarios en Aragón, con lo que la norma tampoco añade nada. Si el causante hubiera ordenado, sin otra precisión, que debe respetarse la legítima o que la legítima debe satisfacerse a los legitimarios, la norma interpretativa del art. 472 a) CDFA dispone que *“Los sucesores designados simultáneamente sin atribución de partes se entienden llamados por partes iguales”*, por lo que la solución sería la misma.

La precisión *“conforme a las reglas de la sucesión legal”*, añadida al refundir la Ley de sucesiones por causa de muerte en el Código, sirve para

aclarar el caso en que los legitimarios de grado preferente son de distinto grado, supuesto en el que según las normas de la sucesión legal no acreditan partes iguales en la herencia del causante.

El afirmado carácter colectivo de la legítima aragonesa es una forma de expresar la libertad de que goza el causante para distribuirla entre sus descendientes, pero no determina un *derecho colectivo o del grupo*. El conjunto de legitimarios carece de personalidad y por tanto no puede ser titular de derechos colectivos; sus integrantes, los legitimarios, sólo tienen derecho para reclamar a extraños si existe lesión y son de grado preferente, pero no reclaman para el grupo sino para sí mismos, y no la totalidad de la lesión sino una fracción individual. El legitimario de grado no preferente, carece de cualquier derecho, y solo es un eventual destinatario de atribuciones gratuitas imputables en la legítima.

Como la legítima se puede atribuir por cualquier título lucrativo, *inter vivos* o por causa de muerte, no es obligado instituir heredero al legitimario, y así lo indica el art. 487 CDFA. Salvo las liberalidades que no se computan en la base de cálculo de la legítima y las exceptuadas por voluntad del causante, se imputan en la legítima las hechas en favor de descendientes, incluso los premuertos, renunciantes, incapaces de suceder o legalmente desheredados; es decir, descendientes que al tiempo de abrirse la sucesión no son legitimarios o ni siquiera suceden. La parte del caudal que, en su caso, se haya deferido abintestato en favor de cualquier descendiente se imputa también en la legítima, y todas las liberalidades se valoran a efectos de imputación según las reglas del art. 489 CDFA.

### **17. Intangibilidad cuantitativa.**

Dado que la mitad del caudal fijado según el art. 489 debe recaer en descendientes, si el valor de lo recibido por el conjunto de ellos por cualquier título lucrativo no alcanza dicho importe se infringe cuantitativamente la legítima. Frente a tal infracción, si no es otra la voluntad del causante, pueden reclamar los legitimarios de grado preferente los que, siendo varios, tiene derecho cada uno de ellos a *una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal* (art. 494.2 CDFA). De este modo, tras la lesión nada queda del carácter colectivo de la legítima, y la acción *ad supplementum* funciona de forma similar a los sistemas de legítima individual. Si alguno de los legitimados renuncia a su derecho o no lo ejercita, se extingue, porque ni les sustituyen sus descendientes ni acrece a los restantes legitimarios de grado preferente (art. 494.3 CDFA).

Según la sentencia del TSJA de 22.09.2011, la aplicación de las reglas de la sucesión legal no puede conducir a que el importe total de las cuotas que se pueden reclamar por lesión cuantitativa resulte inferior al montante total de la cuota legitimaria.

Los arts. 495 y 496 CDFA regulan la reducción de liberalidades y el orden de prelación si son varias. Si el causante no dispuso otra cosa, primero se reducen a prorrata las liberalidades por causa de muerte, cualquiera que sea su título de atribución; si no fuera suficiente, se reducen las liberalidades entre vivos comenzando por las más modernas hasta las más antiguas y las de la misma fecha a prorrata.

El art. 496 CDFA permite al cónyuge viudo pagar en metálico al legitimario la diferencia que haya de percibir a causa de la reducción, sin tener que hacerlo en bienes recibidos del causante. El apartado 2 del mismo artículo, concede al no legitimario que sea sujeto pasivo de la reducción la facultad de elegir los bienes que restituye, cuando recibió varios del causante, en tanto los elegidos cubran el valor reclamado. El tercer y último apartado del art. 496 regula el supuesto en que el objeto de la reducción sea un bien o conjunto de ellos que no admita cómoda división: a falta de acuerdo de los interesados, si la reducción no absorbe la mitad del valor queda para el que hubiera recibido la liberalidad, y en caso contrario para el legitimario, debiendo compensarse la diferencia en metálico en ambos casos. Dada el tenor del texto legal, cuando la reducción absorbe exactamente la mitad la elección corresponde al legitimario.

### **18. Intangibilidad cualitativa. Atribución en bienes relictos.**

El Código protege también la intangibilidad de la legítima ante la lesión en la calidad de los bienes atribuidos a los legitimarios, lesión cualitativa que puede producirse por dos causas: no atribuir la legítima en bienes relictos, o gravar las atribuciones legitimarias a descendientes con cargas no permitidas.

Según el art. 497.1. CDFA, *“la legítima debe atribuirse en bienes relictos”*, mandato que debe entenderse aplicable únicamente a las atribuciones *mortis causa* en favor de legitimarios, porque si han sido objeto de donación entre vivos, nunca pudieron hacerse precisamente con bienes relictos, aunque si eran bienes pertenecientes al patrimonio del donante, luego causante. Sin duda, la finalidad de la norma es evitar que el heredero universal no descendiente haga suyos todos los bienes del caudal relicto pagando la legítima en metálico; por ello, como es evidente que el descendiente beneficiario de una liberalidad entre vivos ha recibido bienes del

patrimonio del causante, el texto está redactado para aplicarse únicamente a las liberalidades por causa de muerte. El párrafo 2 del propio art. 497 CDFA, al hablar de "...atribuir en bienes relictos *lo que falte* para alcanzar la cuantía de la legítima...", se expresa en términos más adecuados en este orden de cosas.

Los legitimarios afectados por la infracción cualitativa pueden pedir que la parte proporcional de lo no atribuido en tales bienes les sea entregada en bienes relictos, renunciando en favor de los no legitimarios -que son los sujetos pasivos de esta acción- al equivalente en los otros bienes. Según el art. 497.3 CDFA, no se aplica la norma si el no descendiente beneficiado es el cónyuge viudo del causante, a quien, como hemos visto, el art. 496 CDFA permite pagar en metálico el suplemento de legítima, y retener los bienes relictos. La determinación de los bienes afectados por esta permuta se rige por las mismas reglas que las ya citadas del art. 496 CDFA para practicar la reducción de disposiciones que resulten inoficiosas.

Los *legitimarios afectados*, no son en este caso sólo los de grado preferente como en la lesión cuantitativa, sino cualquier descendiente beneficiado en la sucesión que total o parcialmente haya recibido la legítima en bienes no pertenecientes al caudal relicto, y su derecho consiste en la permuta forzosa por su equivalente de bienes del caudal relicto.

### 19. Cargas y gravámenes.

Los bienes con que se paga la legítima deben estar libres de cargas, y por ello el art. 498.1 CDFA no permite al causante imponer gravámenes sobre los bienes relictos que atribuya a sus descendientes salvo que el valor de los atribuidos libres de gravamen más el de las donaciones imputables, cubra el importe de la legítima colectiva.

Constituye gravamen, según el art. 498.2 CDFA, "*toda carga, condición, término, modo, usufructo, obligación, prohibición o limitación impuestos en el título sucesorio que disminuya el valor de los bienes relictos o la plenitud de la titularidad o del conjunto de facultades que correspondían al causante*". No se tienen en cuenta los gravámenes que ya pesaban sobre los bienes en vida del causante, pues no los impone él al legitimario, ni minoran las facultades que ostentaba el causante, a quien ya afectaba el gravamen.

La existencia de alguno de estos gravámenes inhabilita completamente al bien afectado para satisfacer la legítima, ya que el art. 490.2 CDFA, al regular la imputación, dispone que "*no se deducirá del valor de las liberalidades por causa de muerte el de los gravámenes impuestos por el causante a los descendientes, los cuales tendrán el derecho que les confiere el artículo 499...*",

por lo que no es preciso calcular el valor relativo de la atribución gravada para deducirlo del valor del bien, sino que queda excluido por completo. Por eso, resulta obligada la precisión del inciso final del art. 498.2 CDFA a cuyo tenor “*no se consideran gravámenes los legados en titularidad plena de bienes ciertos con que el causante hubiera gravado a un descendiente*”, porque el valor de estos legados sí constituye una deducción neta de la atribución hecha al descendiente gravado.

No obstante, el Código permite la imposición de ciertos gravámenes. Según su art. 501, no producen infracción cualitativa los siguientes: “1.º *Aquellos dispuestos en beneficio de otros descendientes, presentes o futuros, dentro de los límites de las sustituciones fideicomisarias; 2.º Los establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y sólo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiere dispuesto; 3.º Los establecidos con justa causa, que esté expresada en el título sucesorio o en documento público, conforme a lo previsto en el artículo siguiente; y 4.º Los demás previstos por la ley.*”

Los del apartado 1º responden al carácter colectivo de la legítima y a la cualidad de legitimario que tienen todos los descendientes, por lo que no hay lesión si la carga favorece a otros descendientes, ya que lo que soporta el legitimario gravado lo recibe otro legitimario; igual criterio se advierte en el gravamen del art. 502.2 del Código según el cual, “*si el gravamen impusiera una obligación cuyo incumplimiento produzca la transferencia de los bienes heredados por el gravado a otra persona, sólo será válido cuando esa persona sea otro descendiente*”. Los gravámenes del apartado 2º del art. 501 CDFA no limitan las facultades del legitimario, que puede disponer de los bienes como desee.

Los establecidos con justa causa requieren que esta se exprese en el título sucesorio u otro documento público. Para la Ley, “*sólo es justa la causa que busca un mayor beneficio del legitimario gravado o de los demás legitimarios*”. En general serán prohibiciones temporales de enajenar o de partir el caudal para evitar la depreciación del patrimonio o un perjuicio semejante. Según el art. 502 CDFA la causa expresada goza de la presunción *iuris tantum* de ser justa.

Los gravámenes que impone la ley no infringen la legítima porque no se deben a la voluntad del causante. Entre ellos el más relevante es el usufructo viudal universal.

Según el art. 499 CDFA, el legitimario gravado con una carga contraviniendo lo dispuesto en el art. 498 puede tenerla por no puesta, y si es parcial la vulneración, el gravamen se tendrá también en parte por no puesto, salvo que por su naturaleza sea imposible dejarlo parcialmente

sin efecto. Si afecta el gravamen a varios descendientes se reparte entre ellos la parte que deba quedar sin efecto, en igual proporción en que hayan sido favorecido en las disposiciones por causa de muerte; y si se han impuesto varios gravámenes a un legitimario, él decide el orden en que deben quedar sin efecto.

## 20. Cautelas de opción compensatoria.

Bajo el título *cautelas de opción compensatoria*, regula el art. 500 CDFA la opción conocida tradicionalmente como *cautela socini* – o *sociniana*-, mediante la que se ofrece al legitimario elegir entre una atribución libre de cargas que cubre la legítima y otra más cuantiosa pero gravada. Sujeta el Código su validez a la concurrencia de estos requisitos: “a) *Que si se optara por la atribución libre de gravamen, no haya lesión en la legítima colectiva.* b) *Y que si se optara por la atribución gravada, el conjunto de liberalidades recibidas por los legitimarios cubra además la mitad de la parte de libre disposición.*”

Es inherente a la naturaleza de estas disposiciones que una de las alternativas de la opción cubra el importe de la legítima, de suerte que la exigencia del requisito del apartado a) de art. 500.1 CDFA parece ociosa, ya que si ninguna de las alternativas cubre la legítima no se trata de una auténtica cautela de esta clase. En cuanto al segundo requisito, el incremento de la cuota legitimaria hasta la mitad de la parte de libre disposición es arbitrario, porque no guarda proporción con la entidad del gravamen, y cabe una carga de escasa entidad aunque la atribución gravada no alcance el mínimo del apartado b) y, al contrario, una atribución de valor muy superior a dicho mínimo, con un gravamen tan oneroso que llegue a anular totalmente su valor.

La sanción de ineficacia de la cláusula que cumple el requisito a) del art. 500.1 pero no cumple también el del apartado b) es contraria al principio de libertad civil pues, cualquiera que sea la entidad del segundo elemento de la alternativa pertenece al ámbito de decisión del descendiente al que se concede la opción, pudiendo interesarle aceptar la gravada aunque no alcance el límite del apartado b). Late en esta exigencia un afán reglamentista poco justificable en Aragón, que vulnera –al hacerla ineficaz- la voluntad del disponente que cumple con el mandato legal al ofrecer al legitimario una alternativa de la opción ajustada estrictamente al *quantum* de la cuota legitimaria.

Las consecuencias de la infracción de los requisitos citados se encuentra en el art. 500.2 CDFA literalmente aplicable, “a la opción que incumpla

los requisitos del apartado 1"; y como en dicho apartado están recogidos ambos, la previsión legal es aplicar la consecuencia invalidante tanto si la atribución libre no deja a cubierto la legítima colectiva como si la gravada no alcanza el mínimo del apartado b), previendo para ambos caso que la opción *"es ineficaz y al gravamen impuesto se le aplicarán las reglas previstas en el artículo anterior"*, con lo que si se incumple el apartado a) la consecuencia es también la ineficacia de la opción, pese a que tal caso es realmente de infracción cuantitativa y su régimen congruente de impugnación de la acción *ex art. 494.2 CDFA*.

El inicio del art. 500.1 citado *"para que sea válida"*, y el párrafo 2 del mismo artículo, al sancionar la ineficacia, se refieren a la opción en su conjunto y no exclusivamente a la atribución gravada, por lo que en principio lo inválido e ineficaz es la opción en conjunto, integrada por ambas atribuciones y no una de ellas. Decía LACRUZ, en relación con la sociniana en general, que si la cláusula de opción fuera toda ella inválida *—en ambos términos de la alternativa—* quedaría anulada y *"se deferiría la sucesión conforme a las otras disposiciones válidas o a la ley"*; sin embargo, el art. 500.2 CDFA prevé una solución diferente, que es *"la aplicación de las reglas previstas en el artículo anterior"*, el 499 CDFA que, al menos *prima facie*, permitirá al legitimario afectado tener el gravamen por no puesto, violentando a todas luces la voluntad del causante.

## 21. Prescripción de acciones.

El art. 493 del Código establece un plazo de prescripción de cinco años para las acciones reguladas en el Título VI del Libro III, que dedica a la legítima. El plazo se comienza a contar *"desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si ésta se produce con posterioridad"*, y si el legitimado es menor de catorce años al iniciarse el cómputo, el plazo finaliza para él cuando cumple diecinueve años, lo que equivale a iniciar el cómputo cuando cumple la edad de catorce años.

La norma no prevé la posibilidad de que el legitimario pueda ejercitar la acción a partir del momento en que se establece su filiación -que podría desconocer al fallecer el causante- dado que la condición de legitimario deriva de la de descendiente, de suerte que si la filiación se establece transcurridos los cinco años desde que falleció el causante las acciones legitimarias estarán prescritas porque el art. 1.969 Cc., dispone que el *dies a quo* se cuenta desde que la acción pudo ejercitarse cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, pero el art. 493 CDFA si contiene disposición expresa del inicio del cómputo.

En tal caso, si la herencia se defirió a título voluntario el descendiente carece de cualquier acción frente al heredero o herederos, aunque si se defirió al amparo de las normas de la sucesión legal le asiste la acción de petición de herencia a la que, no estando amparada en el Título VI del Libro III, no le es aplicable el plazo de prescripción de cinco años del art. 493.1 CDFA sino el de prescripción de la acción de petición de herencia que no tiene plazo señalado en el Código aragonés ni en el Código civil, pero que la Jurisprudencia ha venido estimando en 30 años siéndole de aplicación, además, el art. 1.969 Cc. en cuanto al inicio del cómputo desde que la acción pudo ejercitarse.

El plazo de cinco años del art. 493.1 CDFA es de prescripción, no de caducidad, y por tanto susceptible de interrupción.

**BIBLIOGRAFÍA:** BATALLA GONZÁLEZ, Manuel, *La preterición en Aragón*, PSDA, 1942, págs. 87-91; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena. *La legítima formal aragonesa, la preterición y la STSJ de Aragón de 30 de septiembre de 1993*, RDCI, 1994, págs. 1253-1291 y *La preterición*. Actas X Encuentros Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza. 2000; BIESA HERNÁNDEZ, María: *La legítima foral a través de la jurisprudencia*, RDCA, II-nº 2, 1966, p. 61; CALATAYUD, Adolfo, *Las legítimas en Aragón*, Actas III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1994, págs.49-82; GARCÍA ATANCE, Manuel, *Libertad de testar y legítimas en Aragón*, ADA, XIII, 1965-67, págs. 445-447; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales*. Comares, Granada, 2004; GIL NOGUERAS, Luis A., “*Las legítimas en Aragón*”, Actas III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1994, págs. 49-82; GÓMEZ CALLE, M<sup>o</sup>. E. *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*. Monografías Thomson-Civitas. 2007; ISÁBAL BADA, Marceliano, *Cuestiones de Derecho foral. La legítima*, RDP, T. II, 1915, págs. 289-295; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de sucesiones por causa de muerte (De la legítima. De la sucesión intestada. Normas comunes a las diversas clases de sucesión)*, BCAA, núm. 26, 1967, págs. 145-194; *Las legítimas en la Compilación*, RCDI, XLIV, 1968, págs. 505-541; *Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente*, ADC, 1968, págs. 513-549; LALINDE ABADÍA, Jesús: “*Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa*”, AHDE, núm. 55,1985, págs. 333-387; MARTÍNEZ LASIERRA, Ignacio “*Las legítimas en Aragón*”, Actas III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1994, págs. 49-82; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *Comentarios críticos a la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón*. Lunes Cuatro Treinta, Revista de Asuntos Registrales, núm. 257, págs. 22 y ss; MONER, Joaquín Manuel, *Legítimas aragonesas*, RGLJ, núm. 24, 1864, págs. 232-238; MOREU BALLONGA, J. L., *El sistema legitimario en la Ley aragonesa de sucesiones*. Actas XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza, 2006. págs. 149-417; OTTO Y CRESPO, Nicolás de, *Cuantía de la legítima de los hijos en Aragón*, RGLJ, núm. 29, 1866, págs. 281-286; PALÁ MEDIANO, Francisco,

*Dictamen* (sobre legítimas en Aragón), ADA, XII, 196364, págs. 367-377; RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, *La preterición*. Actas X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Zaragoza. 2000; SERRANO GARCÍA, José Antonio: *La legítima en Aragón*. RDCA, XVI, Año 2010. Zaragoza, 2011, p. 67 ss. y con el mismo título en Tratado de Derecho de Sucesiones dirigido por M<sup>a</sup>. C. Gete Alonso, Civitas, 2011, T. II págs. 1.959-2027; SORIA MONEVA, Ana. *La preterición*. Actas X Encuentros del Foro de D. A. Zaragoza. 2000; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, I, *Las legítimas*, 2 vols., INEJ, Madrid, 1974.

## § 24. LA SUCESIÓN LEGAL EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

*María Martínez Martínez*

### 1. Cuestiones previas.

Los artículos 516 a 536 CDFA recogen el núcleo de las normas sobre sucesión legal o abintestato, y comprenden el Título VII. En el capítulo primero, arts. 516 a 520, entre las disposiciones generales, merece destacarse la previsión del núm. 2 del art. 518 que prevé expresamente la posibilidad de varias declaraciones de herederos legales en la sucesión de una misma persona, caso que se dará si hay en el caudal bienes troncales y no troncales, como el precepto prevé o también, por ejemplo, si se da el supuesto del art. 531.2 CDFA. En la sucesión abintestato se aplica la sustitución legal en los términos de los artículos 334, 335, 338, 340 y 341 CDFA. Interesa asimismo tener en cuenta el artículo 216 CDFA, tratándose de causante que estuvo casado en consorcio conyugal.

El CDFA acoge una nueva terminología, distinta a la utilizada por la Compilación del Derecho Civil de Aragón, para aludir a la delación a falta de disposición voluntaria del causante: *sucesión legal*. Se trata de una novedad justificada por la posibilidad que las personas con vecindad civil aragonesa tienen en Derecho aragonés de otorgar pactos sucesorios además de testamento para ordenar voluntariamente su sucesión *mortis causa*.

El CDFA prevé expresamente que la apertura de la sucesión legal puede tener lugar tanto por defecto total como por defecto parcial de sucesión ordenada voluntariamente por el causante que sea válida y eficaz (art. 516). El párrafo 2 del artículo 317 CDFA declara expresamente que son compatibles entre sí los distintos modos de delación, es decir, la pac-

cionada, la testada y la legal en una misma sucesión. Para conocer los supuestos en que procede la apertura de la sucesión legal en Derecho civil aragonés ha de hacerse una interpretación conforme al CDFa, sin necesidad de acudir a precepto alguno del Código Civil español. Así se aplica el sistema de fuentes establecido en el art. 1º CDFa.

En Derecho aragonés, en algunos supuestos, el momento de apertura de la sucesión legal puede producirse tiempo después del momento de fallecimiento del causante. Así sucederá, por ejemplo, en el supuesto de fiducia sucesoria ordenada por el causante y que queda incumplida, ya sea total o parcialmente. Si el fiduciario capaz no quiere o no puede realizar el encargo o si expira el plazo establecido para la ejecución de la fiducia, quedará la misma extinguida (vid. arts. 462 y 463 CDFa. y, si quedan bienes todavía en el caudal sobre los que no se ha dispuesto, procederá efectuar sobre los mismos el llamamiento a la sucesión legal.

Merece destacarse como singularidad en el CDFa que, entre las *Normas comunes a las sucesiones voluntarias*, se establecen criterios interpretativos de la voluntad del causante tomando como referencia las normas sobre sucesión legal, en concreto, en los arts. 472 y 474. Así, los arts. 472, letra d) y 474, párs. 1 y 2 remiten a las normas de la sucesión legal, incluida la sustitución legal, del CDFa como criterio interpretativo e integrador de la voluntad del causante cuando el mismo haga disposición a favor de sus hijos, descendientes, de sus parientes, herederos, herederos legales o herederos legítimos, sin más precisión. Aunque la letra d) del art. 472 remite a *las reglas de la sustitución legal* para la interpretación de la voluntad del causante cuando llama a la sucesión a sus «hijos», «descendientes» o «hijos y descendientes», hay que entender que se trata de las reglas aplicables a la sucesión legal, entre las que se han de incluir las relativas a la sustitución legal.

El art. 472, letra a), proposición segunda, previsto para interpretar la voluntad del causante, acoge el mismo criterio de la relevancia del doble vínculo de parentesco entre los hermanos (arts. 532 y 533) previsto en el CDFa para el llamamiento a la sucesión legal, para el supuesto de llamamiento sucesorio voluntario *a los hermanos del causante sin hacerlo nominalmente*.

El mismo precepto, en la letra e) insiste en reconocer la aplicación del principio de no discriminación por razón de filiación en los supuestos en que haya de integrarse la voluntad del causante cuando llama a grupos de parientes como «hijos» o «hermanos», ya sean suyos o de otra persona (como el artículo 521 CDFa).

## 2. Sucesión de los descendientes.

El primer orden de llamados a la sucesión legal es el de los descendientes.

Son llamados ilimitadamente y sin discriminación alguna por razón de sexo, edad o filiación (art. 521 CDFA, concordante con los arts. 14 y 39 Const. —vid. también el art. 472, letra e) CDFA—).

La delación a su favor se produce en primer lugar y sobre todo el caudal del causante sin excepción. Quedará siempre a salvo, en su caso, el usufructo viudal del cónyuge, si lo hay, en los términos de los artículos 283 ss. y cc. CDFA.

Los hijos del causante son, pues, llamados sin distinción en primer término y por partes iguales a la sucesión legal (art. 522 CDFA).

En caso de premoriencia al causante, declaración de ausencia, indignidad para suceder, desheredación o exclusión total de la herencia de alguno de los hijos o de todos ellos procederá la aplicación de la sustitución legal a favor de sus respectivos descendientes, que tendrán derecho a recibir la porción que hubiese correspondido recibir al ascendiente al que sustituyen (art. 523.1, en relación con los arts. 334, 335, 338 y 340 CDFA).

Como indica el art. 340.2 CDFA, para que opere la sustitución legal no es necesario que quien sustituye llegue a heredar al sustituido. Esto es, bien puede ocurrir que el sustituto sea indigno para suceder al sustituido y herede por sustitución legal; respecto de quien no podrá ser indigno para que proceda la sucesión por sustitución legal será respecto del causante.

Dado que los descendientes del causante son los únicos legitimarios en Derecho aragonés (*vid.* art. 486 CDFA, pueden afectarles las causas de desheredación como presupuesto de aplicación de la sustitución legal.

Si se aplica la sustitución legal, la distribución de los bienes se hará por estirpes (art. 340). Dentro de cada estirpe, la distribución de los bienes se hará en partes iguales o, lo que es igual, por cabezas.

Por tanto, si todos los hijos del causante han fallecido antes que él, son llamados sus nietos, por sustitución legal y, además, distribuyen la herencia por estirpes. El art. 519.3 CDFA dice que *los parientes de la misma línea y grado heredan por cabezas o a partes iguales, salvo previsión legal en contrario*. El art. 523.1 es la *previsión legal en contrario* a que alude el art. 519.3; por tanto, los nietos o ulteriores descendientes del causante que heredan por sustitución legal no distribuyen los bienes por cabezas o en partes iguales, sino por estirpes. Y, dentro de cada estirpe, por cabezas aunque

sólo concurren descendientes no hijos del causante y tengan todos, respecto de él, el mismo grado de parentesco. Así será si tiene lugar la sustitución legal en la línea recta descendente, cuyo régimen jurídico en general se establece en el Capítulo III del Título Primero del Libro III CDFa.

En cambio, si el descendiente llamado a la herencia la repudia o renuncia a ella, no se aplica la sustitución legal (art. 341 CDFa). Es una importante diferencia del CDFa en relación con el derogado art. 141 Comp., que, tanto antes como después de la reforma de 1985, preveía la aplicación de la sustitución legal en caso de repudiación del llamado.

Por tanto, si cuando se produce la vocación a un descendiente del causante, éste repudia, repudiará para sí y para su estirpe de descendientes, que ya no podrá suceder por sustitución legal a dicho causante.

No obstante, si repudian la herencia todos los descendientes más próximos del causante, del mismo orden llamados a la sucesión legal o el único, si sólo es uno, tendrá lugar el llamamiento a los descendientes del grado siguiente, por su propio derecho y no como sustitutos del repudiante (art. 523.2 CDFa). En este caso, pues, si solo concurren descendientes de grado ulterior del causante que tengan el mismo grado respecto de él, distribuirán los bienes en partes iguales.

El supuesto de renuncia del único llamado o de todos los llamados es, según se deduce del texto del art. 523 CDFa, el único en que los descendientes no hijos del causante del mismo grado heredan en partes iguales. Según lo dispuesto en el pár. 1 del art. 523, los nietos y demás descendientes heredan, en los supuestos previstos en el Capítulo III del Título Primero, Libro III CDFa, por sustitución legal, y, en consecuencia, distribuyen los bienes por estirpes.

La disposición transitoria decimosexta, número 1 CDFa establece expresamente que la renuncia a la herencia que se haga con posterioridad al 23 de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley de Sucesiones por causa de muerte 1/1999 y de la introducción de dicha novedad legislativa en derecho aragonés, no es causa de sustitución legal. Por tanto, así será incluso en sucesiones abiertas con anterioridad a dicha fecha, siempre que la renuncia se produzca después. El CDFa declara expresamente a salvo, en la misma disposición transitoria decimosexta, número 2, los supuestos en que el causante hubiese previsto expresamente en pacto sucesorio o en testamento la aplicación del régimen contenido en el derogado art. 141 Comp.; en estos casos, por tanto, podrá tener lugar la aplicación de la sustitución legal en caso de renuncia o repudiación del llamado y se cumplirá así la voluntad expresa del causante en tal sentido.

Desde el 23 de abril de 1999, el *disponente*, al que aludía el derogado art. 19 Lsuc., es el único que puede excluir la aplicación de la sustitución legal para su propia estirpe o para la estirpe de un tercero. Disponente es el causante de la sucesión. Es otra novedad introducida por la Ley de Sucesiones: en modo alguno puede hacer uso de dicha facultad el causahabiente, como sucedía bajo la vigencia del derogado art. 141 Comp.

### 3. Recobro de liberalidades.

En defecto de todos los descendientes (es decir, si todos ellos no pueden o no quieren heredar), los ascendientes del causante sin límite de grado, los hermanos del mismo y los hijos y nietos de los hermanos por sustitución legal, tienen derecho a recibir preferentemente los bienes (tanto muebles como inmuebles) que hubiesen donado al causante y que todavía se encuentren en el caudal en el momento del llamamiento a la sucesión legal (art. 524 CDFa).

Para la aplicación del recobro de liberalidades son necesarios los siguientes requisitos:

1. Donación previa de bienes del recobrante al causante durante su vida.

2. Existencia de los mismos bienes donados en el caudal hereditario en el momento de ejercicio del recobro.

3. Ser ascendiente, hermano y, si cabe la aplicación de la sustitución legal, sobrino o sobrino nieto del causante.

Se aplica, si procede, la sustitución legal a favor de los hijos y nietos de los hermanos que donaron bienes al causante. No cabe ejercitar el recobro por sustitución legal por parte de los descendientes de los ascendientes donantes. La sustitución legal no tiene lugar en la línea recta ascendente ni siquiera para el ejercicio del recobro de liberalidades (regla coherente con el art. 335.2 CDFa). Es decir, la sustitución legal se aplica en el recobro, sólo a favor de los descendientes de hermanos del causante también en el recobro de liberalidades, según establece el pár. 2 del art. 524 (del mismo modo que se aplica en la sucesión de los colaterales, troncal y no troncal, como se dirá).

El recobro de liberalidades puede ejercitarse cuando los bienes hayan recaído en descendientes del primer donatario y con los mismos requisitos indicados (art. 525); recobro habiendo descendientes que también procedía durante la vigencia del Libro II Comp.

Queda siempre a salvo, en su caso, el derecho de usufructo viudal a favor del cónyuge viudo del primer donatario, y si procede la aplicación

del art. 525 CDFA, el del cónyuge viudo del primer donatario y el que corresponda a los cónyuges de los sucesivos descendientes asignatarios de los bienes (art. 525.3 CDFA).

En el supuesto de haber procedido los bienes que se donaron al causante de la comunidad conyugal del donante, cuando se recobren, los bienes se recibirán por cada recobrante (donante) como bienes privativos y para su propio patrimonio (art. 524.4). Piénsese en el supuesto de donación de bienes al causante por su padre y madre, procedentes de su comunidad conyugal. Si procede la aplicación del recobro al fallecer dicho hijo donatario, los bienes serán recibidos por mitades indivisas por cada progenitor y para su respectivo patrimonio privativo.

Conforme a lo dispuesto en la última proposición del art. 374.3 CDFA, el derecho de recobro es preferente al derecho de acrecer en el consorcio foral. Esta regla es una novedad en el Derecho positivo aragonés. El legislador ha recogido así tanto las opiniones de la doctrina como la solución que dio la Jurisprudencia al caso de conflicto entre crecimiento consorcial y recobro de liberalidades durante la vigencia del Libro II Comp. (vid. SAPZ, Sección 4ª, 26 febrero 1993; en nuestra opinión, el CDFA acoge la misma solución de dicha sentencia pero sin compartir la motivación de la misma, pues en ella, la Audiencia mantiene que resuelve en favor de la aplicación del recobro de liberalidades porque el consorcio no nace hasta el fallecimiento del ascendiente donante, conclusión que no creemos deducible del CDFA). Pensemos en el supuesto de donación de bienes inmuebles hecha por un ascendiente a sus descendientes. En tal caso, mientras subsiste la situación de indivisión, queda establecido el «consorcio o fideicomiso foral» (art. 373.1 CDFA). En el supuesto de que fallezca uno de los consortes y sea aplicable el recobro de liberalidades por estar vivo todavía el ascendiente donante y ser capaz de suceder, el ejercicio del recobro de liberalidades es preferente y no se aplica el crecimiento a favor de los demás consortes (art. 374.3, última proposición).

Por lo demás, el recobrante es un sucesor a título particular por disposición legal (art. 319.2 CDFA). Parece razonable que, en relación con la adquisición de la posesión de los bienes recobrables, pueda utilizar, por analogía, el derecho que asiste al legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario consistente en que, por sí solo, pueda tomar posesión de la cosa y, si es inmueble, obtener la inscripción de su titularidad en el Registro de la Propiedad, en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación (art. 479 CDFA).

El recobrante responde de las deudas del causante y de la sucesión en último lugar, después de los herederos voluntarios y de los legales, troncales y no troncales. Su responsabilidad estará siempre limitada a las fuerzas de la herencia como para cualquier sucesor aragonés (arts. 355 y siguientes CDFa).

No hay obstáculo en el CDFa para que el llamado a recobrar, que también sea llamado a suceder a título universal como heredero troncal y/o no troncal, pueda aceptar únicamente el recobro y repudiar la porción que se le defiere como heredero troncal o no troncal o ambas.

#### 4. Sucesión troncal.

La Ley establece —como el derogado Libro II Comp.— un destino sucesorio específico para ciertos bienes del caudal del causante en atención a su origen familiar. Tales bienes son los troncales simples y los troncales de abolorio, diferenciados en la Ley.

*A. Bienes troncales simples y troncales de abolorio.* Los bienes troncales simples tienen los siguientes requisitos:

a) Se los han tenido que transmitir al causante ciertos parientes: bien alguno de sus ascendientes sin límite de grado o bien algún pariente colateral dentro del sexto grado de parentesco con él.

b) Transmisión al causante a título gratuito, que podrá haberse producido tanto *inter vivos* como *mortis causa* (art. 528.1 CDFa).

El art. 528.2 CDFa recoge una norma novedosa que excluye la consideración de bienes troncales para aquellos bienes cuyo cauce sucesorio natural, iría hacia el padre o madre del causante si no hubiera normas sobre sucesión troncal. El legislador ha pretendido así favorecer al ascendiente del causante frente a los parientes colaterales con derecho a la sucesión troncal respecto de ciertos bienes (pensando en dar preferencia a los ascendientes que carecen de derecho de recobro sobre el bien concreto). Basta que el bien recibido por el fallecido, haya procedido de la comunidad conyugal de sus padres, para que no se apliquen las reglas de la sucesión troncal, sino, las de la sucesión no troncal; esto es, en lugar de producirse la delación a favor de los colaterales del causante, será llamado a recibir los bienes el progenitor del fallecido. El precepto no puede aplicarse, siguiendo su tenor literal, sino en caso de proceder el llamamiento sucesorio a favor del padre o madre del causante (no se aplicará cuando corresponda heredar a ulteriores ascendientes).

Son bienes troncales de abolorio, los que tengan los siguientes requisitos:

a) Procedencia al causante de cualquier familiar suyo. Aunque expresamente no se recoge este requisito en el art. 527 CDFA, la exigencia del pár. 2 del precepto no admite otra interpretación.

b) Permanencia de los bienes en la familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya. Carece de relevancia el número de transmisiones intermedias de los bienes hasta llegar al causante y el parentesco del transmitente de los bienes. Se cumple este requisito siempre que los bienes hayan pertenecido a algún pariente de la generación de los abuelos del causante (abuelo, tíos abuelos, en mi opinión, primos de los abuelos, etcétera) o también más alejada. La STSJA 1 octubre 2007 niega que existan bienes troncales de abolorio si no hubo ascendiente común propietario de los bienes, algo injustificado en el texto de la ley.

c) Transmisión inmediata de los bienes al causante por cualquier título, tanto oneroso como gratuito y tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

*B. Parientes troncales.* Las personas llamadas a suceder con preferencia en este tipo de bienes, si están en el caudal, conforman tres grupos llamados jerárquicamente; no pueden suceder los parientes del segundo grupo si los hay del primero ni los del tercero si pueden y quieren suceder los del segundo. Son los siguientes *ex art. 526*:

1º.— *Parientes troncales colaterales privilegiados. Hermanos, hijos y nietos de hermanos del causante que pertenezcan a la línea de procedencia de los bienes.* Se trata de un llamamiento que concede preferencia en la sucesión a los hermanos del causante y a su stirpe de descendientes siempre que estén dentro del cuarto grado de parentesco con el fallecido. En este llamamiento tiene lugar la aplicación de la sustitución legal en caso de premoriencia, declaración de ausencia del llamado, indignidad, o exclusión absoluta de la herencia, conforme a lo previsto en los arts. 334, 335 y 338 CDFA. En caso de repudiación del llamado, no se aplica la sustitución legal (art. 341). Si todos los miembros de esta parentela que concurren a la sucesión troncal tienen el mismo grado de parentesco con el causante, la distribución de los bienes se hará en partes iguales y no se aplica la sustitución legal conforme al art. 526, letra a), segunda proposición: *los hijos y nietos de hermanos suceden por sustitución legal o por derecho propio conforme a lo dispuesto en el artículo 532*, es decir, “por cabezas” (como indicaba, en mi opinión, con mayor corrección y claridad el derogado artículo 211.1º Lsuc.). El precepto concuerda con el art. 519.3. En cambio, si concu-

rran a la sucesión troncal colaterales de esta parentela de grados diferentes con el causante y procede la aplicación de la sustitución legal, distribuirán los bienes por estirpes. Si bien, en este supuesto hay que tener en cuenta la modificación introducida en el art. 526, letra a) *in fine* que remite al art. 532 (se entiende, núms. 2 y 3) y que, clarificando los términos de los arts. 211.1º, 217 y 218 Lsuc., lleva a interpretar que si concurren hermanos con descendientes de otros hermanos, la herencia se distribuye por estirpes; y si concurren solo hijos y nietos de hermanos sustituidos, los primeros dividen por cabezas y los segundos por estirpes. Si concurren solo hijos o solo nietos de hermanos, dividen la herencia en partes iguales.

2º.— *Padre o madre según la línea de donde los bienes procedieron al causante.* El llamamiento no se extiende a otros ascendientes no mencionados en el precepto.

Aunque de la lectura de la letra b) del artículo 526 CDFa parece deducirse que sólo podrá concurrir a este llamamiento el padre o la madre del causante —pues se utiliza la partícula disyuntiva— es claramente posible que padre y madre sean llamados conjuntamente a la sucesión troncal. Así sucederá, por ejemplo, cuando ambos sean parientes entre sí, por ejemplo, primos. También serán llamados ambos a suceder conjuntamente a la sucesión troncal en los supuestos en que la transmisión de los bienes al causante se haya verificado por un hermano de doble vínculo o por los descendientes de dicho hermano del causante que sean parientes del mismo dentro del sexto grado. En tales supuestos, ambos —el padre y la madre del causante— pertenecen sin duda a la línea de donde los bienes procedieron al causante (pues, además de ser padre o madre del causante, son ascendientes de quien le transmitió los bienes).

3º.— *Resto de parientes troncales o colaterales troncales no privilegiados.* Dentro del tercer grupo de llamados a la sucesión troncal en el art. 526 CDFa pueden distinguirse, a su vez, dos subgrupos de llamados también ordenados entre sí jerárquicamente. En este llamamiento hay, además, que distinguir en razón de que los bienes sean troncales simples o troncales de abolorio.

a) *En bienes troncales simples.* Conviene recordar que, para que tenga lugar este llamamiento, no puede haber parientes que puedan y quieran heredar de los mencionados en las letras a) y b) del artículo 526, pues tienen preferencia en todo caso. El llamamiento en este tipo de bienes se da a favor de los siguientes grupos de personas que, en todo caso, deberán ser parientes colaterales del causante y no podrán estar más alejados del cuarto grado de parentesco con él —insisto, a su vez, ordenados jerárquicamente—.

Primero.— Si los bienes pertenecieron a algún ascendiente del causante, son llamados preferentemente los más próximos colaterales del causante elegidos entre los que sean descendientes de dicho ascendiente común (ascendiente común con el causante) que fue propietario de los bienes.

Segundo.— Si los bienes troncales simples no pertenecieron a ningún ascendiente del causante o, bien, no existen personas que puedan y quieran suceder siguiendo el llamamiento primero que acabo de exponer, se llamará al pariente de mejor grado de la persona de quien hubo los bienes el causante. Es decir, se elige entonces, entre los parientes colaterales de cuarto grado del causante, al que sea más próximo pariente del transmitente de los bienes. En este llamamiento segundo del art. 526, letra c) CDFR, la proposición segunda prevé el supuesto de que las personas más próximas con el causante tengan el mismo grado de parentesco con el causante y con la persona que transmitió los bienes al causante; en tal caso, la norma establece la preferencia en el llamamiento a favor de los sobrinos del transmitente respecto de los tíos del mismo. Un ejemplo ayudará a comprender el principio recogido en la proposición segunda del art. 526, letra c). Piénsese que el causante deja al fallecer sin pacto ni testamento un cuadro que le regaló durante su vida un tío suyo (recordemos, tercer grado de parentesco con el causante). Si pueden y quieren heredar un tío abuelo del causante (cuarto grado con el causante y tercero con el transmitente de los bienes —que era tío del causante—) y un primo del causante (cuarto grado también con el causante y tercero con el transmitente de los bienes, pues es tío tanto del causante como de su primo) tendrá preferencia en la sucesión el primo del causante (sobrino del transmitente) respecto del tío abuelo del causante (tío del transmitente). Así, este último, teniendo idéntico grado de parentesco civil con el causante (cuarto grado) y con el transmitente de los bienes al causante (tercer grado) queda excluido en el llamamiento a la sucesión troncal por el primo del causante por ser éste sobrino del transmitente. De este modo se concede preferencia sucesoria a un pariente que pertenece a una parentela más cercana al causante y al transmitente de los bienes (el primo del causante) respecto de otro que pertenece a parentela más alejada (el tío abuelo del causante). Y que, en teoría, será más joven.

*b) En bienes troncales de abolorio.* Para este tipo de bienes, el límite de grado de llamamiento a la sucesión es el del sexto grado de parentesco (y no rige ya la ilimitación de grado de parentesco para el llamamiento a la sucesión troncal de abolorio como sucedía durante la vigencia del derogado art. 133 Comp.).

Hay que insistir en que únicamente son llamados en este grupo 3º del art. 526.c) CDFA a recibir los bienes troncales de abolorio los parientes colaterales del causante; nunca sus ascendientes.

Para recibir estos bienes hay que hacer nuevamente una distinción entre los mismos dos grupos que son llamados jerárquicamente y que he citado en la letra a). Las únicas cuestiones específicas que han de tenerse en consideración en este llamamiento son las siguientes:

1— Dado que el límite de llamamiento es el del sexto grado (en lugar del cuarto, como rige para los bienes troncales simples), pueden concurrir a recibir estos bienes los parientes de quinto y sexto grado pertenecientes a la parentela de los hermanos del causante. Nótese que no están llamados en la letra a) del art. 526; sin embargo, están dentro del sexto grado de parentesco y pueden concurrir a la sucesión en virtud de lo dispuesto en la letra c) del mismo precepto. Evidentemente, no pueden concurrir a la sucesión por sustitución legal (pues la sustitución legal sólo se admite a favor de hijos y nietos de hermanos del causante, es decir, no pueden concurrir por sustitución legal parientes más alejados del cuarto grado de parentesco con el causante: art. 338.2 CDFA). Sin embargo, si no quedan otros parientes colaterales del causante de grado más próximo que ellos (pues rige en este llamamiento —como en toda la sucesión legal— el principio de preferencia por proximidad de grado de parentesco conforme al art. 519 CDFA, podrán concurrir a la sucesión en bienes troncales de abolorio por extenderse el llamamiento para estos bienes hasta el sexto grado.

2— Para el llamamiento al segundo grupo de personas llamadas en el art. 526, letra c), es decir, los parientes de mejor grado de la persona de quien hubo los bienes el causante, es preciso que dicha transmisión de bienes troncales de abolorio se haya producido al fallecido a título gratuito. Recordemos que, conforme al art. 527, los bienes troncales de abolorio pueden ser tanto los recibidos por el causante a título oneroso como gratuito. Dado que el art. 526.c) lo indica expresamente, el segundo llamamiento que contempla, sólo procederá cuando se haya producido la transmisión de los bienes troncales de abolorio al causante gratuitamente (evidentemente, podrá ser tanto transmisión *inter vivos* como *mortis causa*, pues la norma no distingue). Así se deduce de la siguiente proposición del 526.c): *y, en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito.*

C. *Deber de contribución a las deudas.* El heredero troncal, como tal heredero, tiene el deber de responder de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que

reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario, conforme a lo dispuesto en los arts. 355 y siguientes. El art. 355.1 CDFA, por si alguna duda podía haber, menciona expresamente al heredero troncal entre los responsables del cumplimiento de tales obligaciones. No hay razón para considerar que el legislador ha modificado el criterio respecto a lo dispuesto en el derogado art. 134 Comp.: los herederos troncales contribuirán a las deudas en proporción a los bienes que reciban.

*D. Llamamiento a título universal y declaración de herederos legales.* Los herederos troncales son herederos a título universal, conforme al art. 518.1 (vid. también art. 319 CDFA).

Conforme al pár. 2 del mismo precepto, en la declaración de herederos legales, se hará constar si dicha declaración se refiere sólo a los bienes troncales o sólo a los bienes no troncales o a ambos. Si se hace en ella referencia a bienes troncales, habrá que indicar de qué línea proceden.

En el supuesto de que no se haga constar el carácter de los bienes, se presumirá que la declaración se ha limitado a los bienes no troncales y podrá instarse una nueva declaración referida a los bienes troncales. Cabe pensar que la presunción a que se refiere el art. 518.2 admite prueba en contrario.

No hay óbice en la Ley para que, si cualquiera es llamado a suceder como heredero troncal y no troncal, acepte sólo uno de los llamamientos y repudie el otro.

El usufructo del viudo, si procede conforme al CDFA, está a salvo en todo caso y aunque no se indique expresamente en la declaración de herederos legales.

*E. Pérdida de la condición de bien de origen familiar por ingreso en el patrimonio común del consorcio conyugal.* El art. 216 CDFA establece lo siguiente: *Cuando por cualquier título ingrese en el patrimonio común algún bien procedente de la familia de uno de los cónyuges, se considerará que el bien ha salido de la familia de procedencia y que ningún otro bien o derecho ha adquirido por subrogación su condición de bien de origen familiar.* El precepto excluye la consideración de bien de origen familiar (tanto troncal como troncal de abolorio) a los bienes que el causante haya podido dejar en su caudal si durante su vida dichos bienes ingresaron en cualquier momento en el patrimonio común de su consorcio conyugal (arts. 210 y ss. CDFA). No se aplica tampoco la subrogación real.

## **5. Sucesión de ascendientes.**

Los ascendientes son llamados a la sucesión legal no troncal sin límite de grado, en defecto de miembros pertenecientes a toda la línea recta

descendiente del causante y de personas con derecho a recibir preferentemente bienes recobrables y troncales. Evidentemente, también serán llamados si las personas a cuyo favor se producen las vocaciones anteriores, no pueden ni quieren heredar. Sobre los bienes que reciban, si procede, recaerá el usufructo vidual a favor del cónyuge.

*A. Ascendientes llamados a la sucesión. a) El padre y la madre del causante.* Son llamados a la sucesión con preferencia a los demás ascendientes y heredan en partes iguales. Si falta uno de ellos, su parte, dice la norma, *acrecerá al otro progenitor* (art. 529.2 CDFA). Por tanto, corresponde en tal caso heredar todo al que sobreviva; lo mismo si aun sobreviviendo uno de ellos, no puede o, pudiendo, no quiere heredar.

Como se indicó, conforme a lo dispuesto en el art. 528.2 CDFA, el progenitor inmediato del causante tiene derecho a recibir los bienes que le fueron transmitidos y que procedían de la comunidad conyugal de ambos progenitores, cuando según las reglas de la sucesión no troncal le corresponda heredar al otro progenitor. O sea, la Ley excluye de la aplicación de las reglas de la sucesión troncal los bienes que el causante hubiese recibido procedentes de la comunidad conyugal de sus padres y siempre que se encuentre ante el supuesto en que el progenitor transmitente o el progenitor consorte del transmitente pueda y quiera heredar dichos bienes.

*b) Los demás ascendientes.* Si no se consuma el llamamiento al padre y la madre del causante, son llamados los demás ascendientes conforme al principio de proximidad de grado de parentesco y según las siguientes reglas:

1. La sustitución legal no se aplica nunca en la línea recta ascendente (arts. 335.2 y 338.2 CDFA).

2. El caudal o porción de él deferido a los ascendientes se ha de distribuir en dos líneas: paterna y materna y por mitades. Cada mitad se distribuye entre los ascendientes pertenecientes a cada línea en partes iguales. Así, si concurren a la sucesión los dos abuelos paternos del causante y sólo la abuela materna (por ejemplo, porque el abuelo materno premurió al causante), de la totalidad del caudal, corresponderá al abuelo paterno un cuarto, a la abuela paterna otro cuarto y a la abuela materna la mitad del caudal. En este supuesto no podrá concurrir a la sucesión ningún bisabuelo del causante aunque esté vivo, pueda y quiera suceder, puesto que es excluido por los abuelos, que son parientes más próximos al causante (vid. art. 530.2 CDFA, que es la *previsión legal en contrario*, que impide la aplicación de la distribución igualitaria a igualdad de grado prevista en

el art. 519.3). Sólo si todos los ascendientes de una línea no quieren o no pueden aceptar, su parte *acrecerá* (dice la última proposición del núm. 3 del art. 530 CDFa. a los ascendientes del mismo grado de la otra línea. En el ejemplo propuesto, sólo heredará todo el caudal la abuela paterna si no quieren y pueden suceder los dos abuelos maternos. En tal caso, aunque sobreviva un bisabuelo paterno, no podrá ser llamado a la sucesión por aplicación de la última regla indicada, y dado que no se aplica la sustitución legal.

3. En la línea recta ascendente no hay límite de grado de llamamiento. El límite lo pone la naturaleza.

*B. Los ascendientes y la indignidad para suceder.* Como para todo llamado a la sucesión legal, es necesario que el ascendiente no incurra en causa de indignidad para que pueda suceder al causante. Los ascendientes pueden incurrir en todas las causas de indignidad previstas en el art. 328 CDFa. Están específicamente pensadas para ellos, las causas de las letras a) y c) del precepto.

## **6. Sucesión del cónyuge viudo.**

*A. Posición sucesoria del cónyuge en el conjunto de llamados a la sucesión legal.* Después de la línea recta ascendente, es llamado, si lo hay, el cónyuge del causante.

El cónyuge mantiene en el CDFa su posición sucesoria preferente respecto de los parientes colaterales en la sucesión no troncal, tal como sucedía en Derecho aragonés desde la reforma del Código Civil de 1981 (recuérdese que, dada la remisión dinámica de la Compilación al Código Civil español, entonces en vigor, al anteponerse el cónyuge en el llamamiento a la sucesión intestada en el Código en 1981, quedó también antepuesto en Derecho aragonés, en la sucesión no troncal, respecto de los parientes colaterales del causante).

Pero, además, puede decirse que el cónyuge ha mejorado su posición respecto de la legislación derogada puesto que en la sucesión en bienes troncales de abolitorio, la Ley ha limitado el llamamiento a los parientes colaterales al sexto grado de parentesco con el causante. Durante la vigencia del Libro II Comp., el llamamiento a la sucesión troncal de abolitorio era ilimitado para los parientes colaterales conforme a lo dispuesto en su art. 133; en la Ley de Sucesiones, no puede pasar del sexto grado de parentesco. Es cierto que no prosperó la propuesta que hizo el Portavoz del Grupo Parlamentario Mixto, en representación de los diputados de Chunta Aragonesista, durante la tramitación parlamentaria de la Ley de

Sucesiones, para que el cónyuge fuese llamado con preferencia a todos los ascendientes del causante, en defecto de descendientes. Hay que tener en cuenta que el cónyuge aragonés tiene el usufructo viudal universal. Con todo, se encuentran firmes muestras de mejorar la posición sucesoria del cónyuge viudo en la política legislativa más reciente. Así, en el apartado VIII del Preámbulo de la Ley de Sucesiones se explicaba cómo la reducción de la porción legitimaria a la mitad del caudal, en lugar de los dos tercios en que consistía con anterioridad responde a las voces que demandaban mayores posibilidades de favorecer al cónyuge con los bienes que se adquirieron durante el matrimonio. El cónyuge aragonés puede ser también favorecido siendo nombrado fiduciario. Por lo demás, en el CDFa no rige la limitación que imponía al usufructo viudal el art. 73 Comp. cuando el cónyuge concurría con descendientes no comunes con el causante. La disposición transitoria undécima del CDFa respeta las situaciones nacidas con anterioridad al 23 de abril de 2003, fecha de entrada en vigor de la Lrem.

*B. Exclusión del derecho a suceder del cónyuge.* Evidentemente, no hay cónyuge en caso de divorcio o nulidad del matrimonio. El cónyuge separado por sentencia judicial no puede suceder legalmente a su consorte; tampoco el cónyuge separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente [SSTSJA 28 marzo 2003 y 25 junio 2007].

No hay norma escrita en Aragón que excluya de la sucesión legal al cónyuge meramente separado de hecho, con independencia de que proceda la aplicación, en su caso, de la tesis del abuso de derecho *ex art. 7* Código civil español [*ad ex.* STS 13 junio 1986, que consideró contraria a la buena fe y abuso de derecho la pretensión de la viuda al usufructo aragonés llevando más de cuarenta años separada de hecho (RJ 1986, 3549)].

Conforme al art. 531 CDFa, el llamamiento al cónyuge sobreviviente no tiene lugar si al fallecimiento del causante se encontraran en trámite, *a instancia de uno o ambos cónyuges*, los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación.

Parece razonable mantener que será suficiente y necesario que se haya, al menos, admitido a trámite la demanda de separación, nulidad o divorcio, para considerar que se *encuentran en trámite* dichos procedimientos.

La STSJA 20 junio 2005 ha aplicado por analogía la norma al supuesto de ruptura de la convivencia de hecho antes del fallecimiento del testador.

Aparte, conforme a los arts. 328 y cc. CDFa, como todo llamado a la sucesión legal, el cónyuge puede ser declarado incapaz de suceder por causa de indignidad.

C. *Llamamiento a los parientes del cónyuge premuerto al morir el cónyuge supérstite que fue heredero legal del primero*: El art. 531.2 CDEFA. En el pár. 2 del art. 531, se prevé la aplicación de un llamamiento a favor de los parientes del cónyuge primeramente fallecido. La norma implica la extensión de los efectos del derogado art. 108.3 Comp. (que preveía este llamamiento cuando la transmisión de bienes entre cónyuges se había producido a consecuencia de una institución recíproca de herederos) al supuesto de producirse la adquisición de los bienes que pertenecieron al cónyuge fallecido en primer lugar por el cónyuge que le sobrevivió por sucesión legal.

Este tipo de llamamiento, se reproduce en términos similares en los arts. 395.3 y 419.3 CDEFA, para los supuestos de haber existido transmisión *mortis causa* de bienes de un cónyuge a otro a consecuencia de una institución

recíproca de herederos por pacto sucesorio o por testamento mancomunado (no se ha previsto para el supuesto de transmisión de bienes entre cónyuges mediante testamento unipersonal). En dichos preceptos se establece un llamamiento a la sucesión específico y distinto al de la sucesión legal que podemos denominar *general* en la Ley de Sucesiones puesto que se prevé un llamamiento a los parientes del cónyuge primeramente fallecido (el que transmitió en su día los bienes por sucesión legal al cónyuge que ahora fallece); un llamamiento a parientes dentro del cuarto grado de parentesco, sin incluir el llamamiento a la Comunidad autónoma. Si no quedan parientes del cónyuge premuerto dentro del cuarto grado de parentesco, los bienes quedarán reintegrados en el caudal del cónyuge supérstite, último que fallece [vid. STSJA 30 septiembre 2005 y STSJA 22 junio 2009].

En principio, los llamados a suceder por esta norma no podrán ser parientes más alejados del cuarto grado de parentesco porque para que tenga lugar el llamamiento del art. 531.2 CDEFA es necesario que haya heredado los bienes el cónyuge supérstite (que ahora fallece y es causante de esta sucesión), y eso, en general, no habrá podido suceder si existían bienes troncales o troncales de abolorio y hubo parientes con derecho preferente a recibir dichos bienes cuando falleció el primer cónyuge. No obstante, hay que tener en cuenta que el llamamiento del 531.2 tiene lugar en momento diferente al de la muerte del primer cónyuge (pariente de los ahora llamados) y no es descartable que pueda entonces haber algún pariente troncal sobrevenido; en estos eventuales supuestos no deja de ser también cierto que la transmisión de bienes por sucesión legal entre cón-

yuges puede considerarse que ha provocado la pérdida de la naturaleza troncal o troncal de abolorio del bien si nos atenemos a la última transmisión. En mi opinión, es razonable tener en cuenta en estos supuestos el carácter troncal de los bienes, pues me parece una solución respetuosa con el espíritu de la norma. Habrá que tener también en cuenta lo dispuesto en el art. 216 CDFA, que limitará seguramente en la práctica estos supuestos. Para cuestiones de derecho transitorio, vid. A. APZ, Sección 4<sup>a</sup>, 14 noviembre 2002].

Los requisitos para que tenga lugar la delación son los siguientes:

a) Adquisición de bienes del cónyuge primeramente fallecido por parte del cónyuge supérstite como heredero legal.

b) Permanencia de los mismos bienes transmitidos por sucesión legal en su día, en el caudal del cónyuge supérstite en el momento del fallecimiento de este último.

c) Falta de disposición sobre dichos bienes por parte del cónyuge supérstite cuando fallece. Hay que insistir en que el art. 531.2 no recoge ninguna *reserva* de bienes a favor de los parientes del cónyuge premuerto. Se trata de un llamamiento a la sucesión legal, aplicable, pues, si procede, sobre tales bienes, la delación legal. Evidentemente, sobre dichos bienes, el cónyuge que los recibió como heredero legal, tiene durante su vida plenos poderes de disposición.

Si se dan los requisitos indicados, se producirá el llamamiento a la sucesión sobre dichos bienes a favor de los parientes del cónyuge primeramente fallecido. Únicamente serán llamados los parientes. Si no pueden y quieren heredar, los bienes quedarán reintegrados en la herencia del cónyuge sobreviviente, como indica la última proposición del art. 531.2 CDFA.

No es, pues, llamada la Comunidad Autónoma de Aragón (vid. STSJA de 30 de septiembre de 2005).

En los arts. 395.3; 419.3 Y 531.2 CDFA se establece expresamente que los parientes del cónyuge premuerto son llamados *como herederos de éste* (del cónyuge premuerto, se entiende) y como *sustitutos de aquél* (es decir, del cónyuge supérstite), respecto del que tendrán el correspondiente parentesco y no así con el supérstite al que sustituyen.

*D. No se aplican las normas sobre sucesión legal a las parejas estables no casadas de los artículos 303 a 315 CDFA ni a las parejas de mero hecho. El CDFA no establece equiparación en el llamamiento a la sucesión legal entre el cónyuge y la pareja estable no casada (regulada en sus artículos 303 a 315)*

ni entre los miembros de parejas de mero hecho. Sí se prevé en el artículo 311 CDFA que el supérstite de la pareja estable no casada que regula, tiene, en caso de fallecimiento del otro y con independencia de otras disposiciones voluntarias, derecho al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar; también, e independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyan, se le reconoce el derecho a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante un año. Aunque en el Proyecto de la Ley 6/1999 de parejas estables se preveían derechos a la *sucesión intestada*, dichas propuestas se desecharon durante la tramitación parlamentaria.

## 7. Sucesión de los parientes colaterales.

En defecto de descendientes, ascendientes y cónyuge del causante, son llamados a la sucesión legal los parientes colaterales. Podemos diferenciar dos grupos de colaterales que son llamados jerárquicamente. El primer grupo, al que podemos denominar *colaterales privilegiados*, es el de los hermanos, los hijos y los nietos de los hermanos del causante. El segundo grupo, el de los *colaterales ordinarios*, es el del resto de parientes colaterales no más alejados del cuarto grado.

*A. Los colaterales privilegiados. a) Parientes llamados.* En primer lugar, son llamados los hermanos del causante y los hijos y nietos de hermanos por sustitución legal, si bien, con las precisiones que se harán (art. 532, núms. 1 y 3). Dichos parientes colaterales heredan con preferencia al resto de colaterales (art. 532.1). Es decir, si concurren a la sucesión un tío del causante (tercer grado de parentesco con él y pariente colateral ordinario) y un nieto de un hermano del causante (cuarto grado de parentesco con el causante, pero pariente colateral privilegiado), tiene preferencia en el llamamiento este último, aunque sea más alejado en grado de parentesco. Se da así preferencia a la parentela más próxima al causante.

*b) Distribución de los bienes.* Los bienes son distribuidos en partes iguales entre los hermanos del causante. También heredan en partes iguales o por cabezas los hijos de hermanos y los nietos de hermanos cuando concurren todos del mismo grado, si bien, para la distribución de los bienes entre estos llamados pueden incidir la aplicación de la sustitución legal y el vínculo de parentesco doble o sencillo.

*c) Aplicación de la sustitución legal.* La sustitución legal es indudablemente aplicable en este llamamiento, si se dan los demás presupuestos,

conforme a lo dispuesto en los arts. 335 y 338 CDFA, esto es, premoriencia, ausencia, exclusión de la herencia o indignidad para suceder. Los arts. 335.2 y 338.2 concuerdan con la regla prevista en los números 3 y 4 del art. 532, todos CDFA. Es decir, la sustitución legal se aplica cuando concurren parientes colaterales privilegiados de grados diferentes, pero hay que tener en cuenta lo dispuesto en el número 4 del art. 532. Se trata de una aclaración importante respecto de la regulación de la Lsuc. derogada por el CDFA que ha acogido la aplicación jurisprudencial.

A tenor de lo dispuesto en el art. 532.3 y 4 CDFA, cuando concurren hermanos del causante junto con descendientes de otros hermanos del causante (sean hijos o nietos de hermanos del fallecido) la herencia se distribuye por estirpes, de modo que el sustituto o sustitutos legales ocupan el lugar que habría correspondido al sustituido si no hubiera concurrido causa de sustitución (art. 340.1 CDFA).

Pero si concurren solamente hijos y nietos (y necesariamente ambos tipos de parientes) de hermanos del causante fallecido por falta de hermanos (por premoriencia, indignidad, desheredación, exclusión), los primeros (los hijos de hermanos del causante, sobrinos del causante) distribuyen la herencia por cabezas y los segundos (nietos de hermanos del causante, sus sobrino-nietos) dividen por estirpes. La regla es concordante con lo dispuesto expresamente en el art. 338.2 CDFA y también con la regla de distribución de bienes troncales del art. 526, letra a). Esta regla especial es aplicable, prescindiendo de lo dispuesto en el art. 520 CDFA, no exactamente concordante, pero que no ha de considerarse sino una norma general.

Si solo concurren nietos de hermanos del causante (sobrino-nietos del fallecido) dividen la herencia en partes iguales.

*d) El doble vínculo de parentesco.* La posible existencia de doble vínculo de parentesco (paterno y materno) tiene relevancia en la sucesión entre hermanos. Los hermanos pueden ser germanos o de doble vínculo (de padre y madre, y teniendo en cuenta hoy que es posible la filiación conjunta por personas del mismo sexo); uterinos: solo de madre; consanguíneos: solo de padre. Conforme al art. 533.1 CDFA, en caso de concurrencia de hermanos de doble vínculo con hermanos de vínculo sencillo con el causante, los de doble vínculo son llamados a doble cuota de herencia que los de vínculo sencillo. En mi opinión, lo razonable es aplicar la regla de la proporcionalidad del derecho a doble cuota individualizadamente, de modo que en todo caso, cada uno de los hermanos de doble vínculo que concurra a la sucesión legal, reciba el doble que cada uno de los hermanos de vínculo sencillo.

Esta última solución parece más razonable por varias razones. El pár. 1 del art. 533 CDFA permite mantener esta solución.

Es también compatible con el criterio establecido para la interpretación de la voluntad del causante en la proposición segunda del art. 472, letra a) CDFA. Este precepto, además, parece hacer mayor hincapié en la comparación individualista de los hermanos de padre y madre respecto de los medio hermanos para atribuirles dice *doble porción*. No tendría demasiado sentido aplicar una solución cuando se trate de seguir un criterio interpretativo de la voluntad del causante y otra diferente para la distribución de los bienes en la sucesión legal; no hay dato en el CDFA que indique el interés del legislador en mantener dos soluciones diferentes.

Por otro lado, la solución propuesta, da relevancia real en la práctica y para todos los supuestos al doble vínculo de parentesco. Es decir, con esta solución, es independiente el número de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo que concurren a la sucesión legal, pues, en todos los supuestos posibles, todo hermano de doble vínculo recibirá siempre doble cuota que cualquier hermano de vínculo sencillo. De otro modo, la recepción individual por parte de cada hermano de doble vínculo de doble cuota, dependerá del número de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo que concurren a la sucesión, lo que no parece ser la intención del legislador que ha previsto dar relevancia al doble vínculo de parentesco.

Se puede añadir que es la solución mayoritariamente admitida para el Código Civil por la doctrina, al interpretar el art. 949, que presenta parecidas dudas interpretativas.

*e) La aplicación conjunta de la sustitución legal y el doble vínculo de parentesco en el orden de los colaterales privilegiados.* Las modificaciones introducidas en el art. 532 núms. 3 y 4 CDFA clarificando lo dispuesto en el art. 217.3 y 4 de la derogada Lsuc. de 1999 permiten mantener las siguientes interpretaciones para los variados supuestos de concurrencia de descendientes de hermanos de grados diferentes, concurriendo además descendientes de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo. Es decir, los supuestos en que entran en juego conjuntamente los arts. 533 y 532. El art. 533.2 remite "a las reglas establecidas para los descendientes de hermanos de doble vínculo", es decir, a lo dispuesto en los números 3 y 4 del art. 532.

1. Concurrencia solo de hermanos de doble vínculo o solo de hermanos de vínculo sencillo: heredan todos en partes iguales (arts. 532.2 y 533.2 CDFA).

2. Concurrencia de hermanos de doble vínculo y de vínculo sencillo: los primeros son llamados a doble cuota de la herencia (art. 533.1). En mi opinión y por las razones expuestas *supra*, debe tenerse en cuenta este derecho individualizadamente.

3. Concurrencia de hermanos del causante de doble vínculo con hijos de hermanos de vínculo sencillo y/o nietos de hermanos del causante de vínculo sencillo. Se aplica la sustitución legal y los bienes se distribuyen por estirpes, dado que “se refleja” en los hijos y nietos de hermanos del causante el derecho preferente a doble cuota por doble vínculo de los hermanos del causante (arts. 532.3, 533.1 y 338.2 CDFA). Vale la misma interpretación pero a la inversa, en caso de concurrencia de hermanos del causante de vínculo sencillo con hijos y nietos de hermanos que tenían vínculo sencillo con el causante. Evidentemente, el vínculo sencillo solo puede predicarse de los hermanos, pero la aplicación de los preceptos indicados lleva a esta solución.

4. Concurrencia solo de hijos de hermanos del causante o solo de nietos de hermanos del causante, siendo algunos descendientes de hermanos que tenían vínculo doble con el causante y otros descendientes de hermanos de vínculo sencillo del fallecido. En mi opinión, en estos supuestos cabe interpretar que no se puede “reflejar” el derecho a doble cuota por doble porción, dados los términos de los arts. 533.3 y 532.4 CDFA. Se aplicará lo dispuesto en el art. 532.4 sin distinción alguna basada en el posible doble parentesco con el causante de los hermanos que no están concurriendo a la sucesión legal. Conviene prescindir de lo dispuesto en el art. 520, reglas generales, y estar a las nuevas normas de los preceptos señalados, 532 y 533.

*f) Efectos de la repudiación de los llamados.* En caso de repudiación no se aplica la sustitución legal (art. 341 CDFA). No obstante, si repudian todos los llamados o el único llamado perteneciente al orden de los colaterales privilegiados, se llamará a los descendientes de dichos repudiantes *por su propio derecho* (ex art. 520).

Por último, conviene recordar que lo dispuesto en el art. 520.1, letra b) no ha de despistar al intérprete. En la sucesión legal es difícil mantener la posibilidad de aplicar el derecho de acrecer; en realidad no existe. El art. 352 CDFA establece que *a todos los efectos legales, se entenderá que el que repudia la herencia deferida a su favor no ha sido llamado nunca a ella*. Por tanto, en el supuesto de que alguno de los llamados a la sucesión legal perteneciente al orden de los colaterales privilegiados repudie, procederá el llamamiento *por derecho propio* a los demás, sin que deba aplicarse

acrecimiento alguno, ni plantearse si tienen derecho preferente a *acrecer* los descendientes de hermanos de la misma estirpe.

*B. Los colaterales ordinarios.* En defecto de los que he denominado colaterales privilegiados, son llamados a la sucesión los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, según dispone el pár. 1 del art. 534 CDFa. Evidentemente, no están comprendidos en este llamamiento los hermanos, los hijos ni los nietos de los hermanos del causante; todos ellos son parientes colaterales privilegiados del causante y están llamados con preferencia, como quedó dicho.

Entre estos llamados no se aplica la sustitución legal ni tiene aplicación alguna la eventual existencia de doble vínculo de parentesco, pues así lo dispone expresamente el pár. 2 del art. 534.

Si, por ejemplo, concurren a la sucesión un primo del causante, hijo de un tío del causante, y un tío del causante, tiene preferencia el tío porque es pariente de tercer grado del causante y el primo es pariente también colateral pero de cuarto grado del causante. En este caso, se aplicará lo dispuesto en el pár. 1 del art. 519 CDFa: principio de proximidad de grado sin más.

Los primos del causante no son descendientes de los hermanos del causante, sino de los tíos del causante. Por ello, conforme a lo dispuesto en el art. 338.2 CDFa no se les aplica la sustitución legal. Tampoco tiene relevancia el doble vínculo de parentesco, previsto para los colaterales *privilegiados* en el art. 532.2, por lo que si concurren a la sucesión un tío del causante que sea hermano de doble vínculo del padre del causante y otro tío del causante que sea medio hermano del padre del causante, recibirán ambos tíos la misma porción de bienes en la sucesión de su sobrino (causante que tomamos como referencia), puesto que tienen el mismo grado de parentesco con él (tercero) y no tiene relevancia en este orden de llamados el doble vínculo de parentesco.

## **8. Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

El art. 535 CDFa llama en último lugar, a la sucesión del fallecido con vecindad civil aragonesa y a falta de parientes dentro del cuarto grado de parentesco con el causante (o del sexto si hay bienes troncales de abolorio) y de cónyuge, a la Comunidad Autónoma. Una cláusula de cierre de la sucesión legal que excluye el llamamiento al Estado español similar a la de otras Comunidades con derecho civil propio.

La Diputación General —o Gobierno de Aragón, *ex arts.* 53 y siguientes EAA de 2007— tiene la obligación de destinar los bienes así recibidos o el producto de los mismos, si son enajenados, a los establecimientos de

asistencia social de la Comunidad autónoma. Tienen preferencia los establecimientos del municipio aragonés donde el causante hubiese tenido su último domicilio (dentro de Aragón, cabe entender, si fallece con dicho domicilio fijado fuera de la Comunidad autónoma, lo que bien puede suceder siempre que el causante mantenga en el momento de su fallecimiento vecindad civil aragonesa).

Es un destino similar al previsto en el art. 473.2 CDFA, para los bienes del causante que hace disposición a favor del alma o a favor de los pobres.

Por si alguna duda podía haber, es precisa la previa declaración de herederos abintestato judicial, sin que sea posible la declaración notarial.

Parece posible la repudiación, de la herencia por parte de la Comunidad Autónoma, en los mismos términos que se mantiene por buena parte de la doctrina para el Estado, pero, en tal supuesto, no será llamado este último.

La Comunidad Autónoma, como todos los herederos en Derecho aragonés, tiene su responsabilidad limitada a las fuerzas de la herencia, conforme a los arts. 355 ss. CDFA [*vid.* art. 21 de la Ley 5/2011, de 10 de marzo, del Patrimonio de Aragón].

### **9. Sucesión a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.**

El Hospital de Nuestra Señora de Gracia hereda a los enfermos fallecidos en él con los mismos presupuestos que el CDFA establece para la sucesión de la Comunidad Autónoma. Así lo prevé el art. 536 en la redacción definitiva. El núm. 2 del precepto indica que la Diputación General de Aragón (Gobierno de Aragón) destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital. Es una norma coherente con la actual naturaleza del Hospital que carece de personalidad jurídica propia y está adscrito al Servicio Aragonés de Salud. También debe ser declarado heredero mediante declaración judicial de herederos.

Se mantiene así la tradicional facultad para el Hospital, que no ha dejado de estar en vigor en el Derecho aragonés desde la concesión por Acto de Corte de 1626; subsistió en el Apéndice de 1925 y en la Compilación de 1967, incluso tras su reforma de 1995.

La Ley de Sucesiones de 1999 había introducido nuevamente el llamamiento al Hospital cuando falleciesen enfermos en establecimientos dependientes del mismo, una previsión que había sido suprimida en la reforma de 1995, que volvió a suprimirse en 2003, y que ya no se encuentra en el CDFA al carecer el Hospital de establecimientos dependientes.

El enfermo fallecido en el Hospital ha de tener vecindad civil aragonesa y la declaración de herederos abintestato habrá de ser necesariamente judicial.

La Ley obliga a que los bienes heredados o su producto si son enajenados, se destinen a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.

Ante una eventual repudiación, será llamada a suceder la Comunidad Autónoma de Aragón. El Hospital heredará, como los demás herederos en Derecho aragonés, con limitada responsabilidad a las fuerzas de la herencia (arts. 355 y ss. CDFA).

**BIBLIOGRAFÍA:** MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, *La sucesión legal en el Derecho Civil aragonés*. Dos volúmenes. Volumen I: "Antecedentes. La Sucesión Intestada en el Derecho Aragonés Histórico". Volumen II: "La Sucesión Legal en la Ley de Sucesiones por causa de muerte". Edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000; *La Sucesión Troncal*, Ponencia publicada en las Actas de los Duodécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón", Zaragoza, 2002; "El cónyuge separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. Excepción al llamamiento a la sucesión legal en el art. 216.1 Ley de Sucesiones por causa de muerte (Comentario a la Sentencia del TSJA de 28 de marzo de 2003)", RDCA, 2001-2002, VII-VIII, págs. 233-249; "Aplicación en el tiempo del llamamiento a la sucesión legal del art. 216.2 de Sucesiones por causa de muerte de 1999 (Comentario al Auto de Declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza de 19 de marzo de 2002 y al de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, de 14 de noviembre de 2002)", RDCA, 2001-2002, VII-VIII, págs. 251-265; "La institución recíproca de herederos", en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, págs. 13-71; "Recobro de liberalidades en la Ley de Sucesiones aragonesa por causa de muerte", JADO, Boletín de la Academia Vasca de Derecho, AVD-ZEA, Bilbao, diciembre de 2007, n° 14, págs. 139-148 (<http://www.avd-zea.com/descargas/articulos/161pdf>); "Sucesión legal y usufructo vidual de cónyuge separado de hecho (Comentario a la STSJA 25 junio 2007)", RDCA, 2008, págs. 193-218.

## **V.- DERECHO PATRIMONIAL**



## § 25. RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES EN EL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN

*José Luis Argudo Périz*

El Libro IV, *Derecho Patrimonial*, del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA), refunde el contenido de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, regulando en su Título I las relaciones de vecindad (arts. 537 a 550) y en el Título II las servidumbres (arts. 551 a 587), y desarrolla el contenido del Libro III de la Compilación de 1967, sobre Derecho de bienes, dividido también en dos títulos, *de las relaciones de vecindad* (arts. 143 y 144), y *de las servidumbres* (arts. 145 a 148).

El legislador aragonés ha utilizado su competencia, en esta ocasión y por razones de oportunidad, de forma parcial en materia de derechos reales, para desarrollar instituciones como son las relaciones de vecindad y servidumbres, aunque incluyendo materias conexas sobre comunidades (medianería [arts. 540.2 y 543] y comunidades de pastos y adempios [arts. 585 a 587]), que necesitaban de este desarrollo legislativo para evitar la indebida injerencia de las normas del Derecho supletorio estatal que responden a principios y criterios distintos, para dar coherencia y completar las instituciones concretas reguladas y conexas, establecer su régimen general, actualizar normas, dar pautas de interpretación y resolver puntos controvertidos prácticos señalados por la doctrina y jurisprudencia.

La importancia de la nueva regulación no es solo en número de artículos, pasando de seis en la Compilación a cincuenta y uno en el nuevo Código, sino en su contenido normativo, ya que en relaciones de vecindad se completa el régimen de árboles y plantaciones y se aclara y

actualiza el de luces y vistas, incluyendo otras relaciones de vecindad de eficacia real sobre aguas pluviales y construcciones, entre las que cabe destacar la regulación del uso de paredes medianeras (art. 543) que refleja un concepto de comunidad integral de la medianería de origen foral y consuetudinario. Lo anterior se completa con unas disposiciones generales (arts. 537 y 538) que establecen un marco común y mínimo de las relaciones de vecindad, necesario en el Derecho aragonés, del que cabe destacar la regla general del art. 538, «del uso adecuado de los inmuebles o sitios», que servirá de principio general de las relaciones vecinales, y al que habrá que reconducir también situaciones y relaciones jurídicas no contempladas expresamente por el Código aragonés como criterio de solución.

En materia de servidumbres (Título II) las novedades son mayores, incluyendo las disposiciones sobre régimen general que afectan al propio concepto de servidumbre, que serán exclusivamente las reales pasando las personales a encuadrarse bajo la nueva denominación y régimen de «derechos reales de aprovechamiento parcial» (art. 555), refleja en su clasificación la importancia de la distinción entre aparentes y no aparentes (art. 552.2), y actualiza los caracteres clásicos de permanencia o indivisibilidad. También el legislador ha considerado necesario incorporar disposiciones generales sobre el contenido de las servidumbres, destacando la regulación del ejercicio *civiliter* (art. 557), que busca equilibrar la obtención de utilidades de la finca dominante con el menor perjuicio de la finca sirviente, y tiene reflejos concretos en la modificación de las servidumbres (art. 560.1) y en las servidumbres forzosas.

En la constitución de servidumbres, ya se contemplan todos los modos de constitución de las mismas (art. 561, respetando la regulación de la Compilación sobre usucapación [arts. 568 a 570]), se amplía la legitimación para constituir las a los titulares de derechos reales posesorios, se regula la servidumbre sobre finca indivisa y finca propia, por su utilidad práctica, y se incorpora al Derecho aragonés la servidumbre denominada tradicionalmente «por destino del padre de familia» y ahora «por signo aparente» (art. 566), reforzando la coherencia del régimen aragonés de servidumbres. Con este propósito también se prohíbe la constitución por usucapación de las servidumbres negativas (art. 567).

El nuevo Código ya no establece solo las causas de extinción de las servidumbres, concordes algunas de ellas con el Código civil pero resul-

tado otras de las innovaciones normativas (art. 571), sino también las de extinción parcial por división o segregación de la finca dominante o sirviente (art. 572).

Entre las servidumbres típicas, siguen regulándose las voluntarias de luces y vistas fundadas en los voladizos como signo aparente representativo y negando la posibilidad de usucapión a las servidumbres no aparentes, y se abren nuevos capítulos para las servidumbres forzosas de paso, que contaba con antecedentes forales, y de acceso a red general (arts. 577 a 581), para permitir una utilización «normal» de la finca dominante, pagando la correspondiente indemnización.

Y el Capítulo V contempla los diversos derechos de pastos y adempios aragoneses en su configuración de servidumbres, derechos reales de aprovechamiento parcial y comunidades (arts. 582 a 587), expandiendo el contenido del art. 146 de la Compilación, comprendiendo la alera foral, otras servidumbres de pastos y los derechos reales personales de adempios, que también pueden constituirse como comunidades, en mancomún o *pro diviso*.

Este es un ejemplo de que no se ha pretendido por el legislador una regulación completa de la comunidad de bienes (Preámbulo, 41), así como de otros derechos reales, pero las instituciones contempladas incluyen, por lo general, regulaciones completas para evitar controversias comparativas sobre puntos concretos o supletoriedad no deseada por el legislador aragonés, aunque haya materias como medianería o aguas, de escasa regulación, que tienen presencia en el nuevo Código por conexión con otras instituciones, resultando necesaria la supletoriedad del Derecho civil estatal, «siempre interpretado de acuerdo a los principios del Derecho aragonés y en lo que sea compatible con los mismos» (Preámbulo, 41).

Entre los principios generales cabe destacar la ausencia de una traducción normativa legal de la Observancia 1ª *De aqua pluviali arcenda*, por la que cualquiera podía utilizar la posesión ajena con tal que no lo hiciera en daño del poseedor, y que no superó la tramitación parlamentaria de la Ley de Derecho Civil Patrimonial, que incluía un artículo tercero, bajo el título «del uso inocuo de la posesión ajena» en el proyecto de Ley (BOCA, nº 203, 22 febrero 2010). En la tramitación parlamentaria y en las alegaciones de instituciones y colegios profesionales no se negó la vigencia de tal principio general y la controversia versó sobre su regulación y aplicación, por lo que sigue siendo un principio general tradicional, reconocido como tal por la jurisprudencia de forma ininterrumpida y muy coherente con la función social de la propiedad (art. 33 CE), que inspira el ordenamiento

patrimonial aragonés, no solo las relaciones de vecindad en el que va unido indisolublemente a la aplicación de la Observancia 6ª del mismo título en materia de luces y vistas, sino también en servidumbres, de forma evidente en los aprovechamientos de pastos y ademprios y de forma matizada en el ejercicio de los derechos de los titulares de las fincas.

El principio «*Standum est chartae*» ha posibilitado la configuración de nuevas relaciones jurídicas reales y, junto al resto de fuentes, permite generalizar la previsión del Preámbulo del Código aragonés de «dar cauces más seguros a la posible constitución de estos derechos que tenga lugar de ahora en adelante».

**BIBLIOGRAFÍA:** La misma del § 27.

## § 26. LAS RELACIONES DE VECINDAD

*José Luis Argudo Périz*

### **1. Relaciones de vecindad. Disposiciones generales**

El Título primero del Libro IV lleva por título «De las relaciones de vecindad» y se divide en cinco capítulos: disposiciones generales (arts. 537 y 538), árboles y plantaciones (arts. 539 a 541), construcciones (arts. 542 y 543), aguas pluviales (art. 544), y luces y vistas (arts. 545 a 550).

Las relaciones de vecindad son una limitación normal al dominio. Señalaba HERNÁNDEZ GIL que el derecho de vecindad es el «conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fundos vecinos», pero el ejercicio de los derechos afecta a los «vecinos» (art. 537.1), que el art. 538 concreta en «los propietarios de inmuebles o sitios y los titulares de cualquier otro derecho real o personal de uso y disfrute de los mismos», que verán sometidos sus respectivos derechos a determinados límites por razón de vecindad.

FERNÁNDEZ URZAINQUI distingue dos clases de relaciones vecinales: a) las limitaciones de contenido típico y eficacia real, de carácter general y recíproco, que conforman el régimen normal u ordinario de la propiedad inmobiliaria, y cuya transgresión legitima para exigir el restablecimiento de la situación inmobiliaria al estado determinado por la ley; y b) las relaciones de contenido obligacional, cuya infracción permite solicitar el cese del uso anormal o de la actividad perjudicial, y la indemnización por los daños causados.

Las relaciones de vecindad con eficacia real entre fundos se regulan en el Código aragonés en los arts. 539 a 550 y vienen precedidas por las re-

glas generales del art. 537, con amplio contenido obligacional pero de eficacia real, que permiten su regulación por pacto y establecen rasgos propios, diferenciables de las servidumbres.

Las reglas específicas de las relaciones de vecindad recogidas en el art. 537 son:

*Regulación privada de las relaciones de vecindad.* La primera regla del art. 537 establece la facultad de autorregulación privada en materia de relaciones de vecindad, en aplicación del principio «*Standum est chartae*» (art. 3 CDFA, ordenando convencionalmente o modificando el régimen legal siempre que afecte exclusivamente a intereses privados, obligando «únicamente a quienes las acordaron», y no a intereses públicos, cuyas normas son inderogables. La regulación convencional puede mantener el marco de reciprocidad que caracteriza las relaciones de vecindad, o suponer la quiebra del régimen normal de propiedad inmobiliaria y la subordinación de las relaciones fundiarias, constituyendo una servidumbre (art. 561.a y 576).

*Los actos de «mera tolerancia» en las relaciones de vecindad.* El deber de tolerancia se entiende como un límite al derecho de exclusión del titular de la finca vecina con un criterio de reciprocidad, pero el art. 537.2 se refiere tanto a los actos «soportados» como «realizados» en el ámbito de las relaciones de vecindad, que «se presumen de mera tolerancia» posesoria (arts. 444 y 1942 Cc.), y aunque las limitaciones legales al derecho de dominio intentan prevenir conflictos y facilitar una buena convivencia vecinal, no por ello atribuyen derechos sino facultades inherentes al dominio, y como indica el Preámbulo (39): «las conductas permitidas y las situaciones toleradas de acuerdo con las reglas de vecindad no son expresión o consecuencia de un particular derecho subjetivo ni propician su adquisición» o consolidación. La jurisprudencia ha venido reiterando en aplicación del art. 144 Compilación, que la apertura de huecos para luces y vistas no es más que un acto tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza ni obligación en quien lo soporta ( STS 3 febrero 1989 y SSTSJA 13 noviembre 2002, 23 febrero 2005 y 30 noviembre 2009). Ante posibles dudas interpretativas de si se trata de auténticos derechos o facultades (STSJA 4 febrero 2009), el Preámbulo (39) aplica las consecuencias del art. 537.2 a las luces y vistas, que «no son un derecho de quien las disfruta ni una limitación para la propiedad vecina», aunque ha hecho fortuna la expresión doctrinal de que en esta materia y bajo la Compilación se trataba de una tolerancia «legalmente debida» (STSJA 30 noviembre 2009), interpretación que corrige el nuevo Código con los arts. 538 y 550.

*Imprescriptibilidad de las facultades.* el Código aragonés reafirma la regla clásica de que en las facultades no cabe prescripción y la aplica genéricamente a las acciones para exigir la correcta observancia de las relaciones de vecindad (art. 537.3), y expresa y específicamente a las acciones para suprimir voladizos (art. 548.3) y colocar protecciones (art. 549.2), frente a algunas interpretaciones doctrinales y sentencias de Audiencias que no siguen las SSTSJA 22 abril 2008 y 30 noviembre 2009, deduciéndose también su aplicación a las distancias en plantaciones (art. 540).

*El «uso adecuado de los inmuebles o sitios».* El art. 538 señala un límite general al ejercicio de los derechos de cualquier titular de un derecho uso y disfrute de inmuebles «o sitios», prohibiendo ocasionar riesgo o más perjuicio o incomodidad «que los que resulten del uso razonable de la finca», por razón de vecindad, que origina el cumplimiento recíproco de deberes de respeto y tolerancia. Este principio general de las relaciones vecinales, aunque con mayor aplicación a las de contenido o eficacia obligacional, guarda gran similitud con el formulado en la ley 367 a) del Fuero Nuevo navarro, y cuenta también con precedentes en los Códigos civiles suizo, austriaco, portugués e italiano, inspirados especialmente en la teoría de IHERING del uso normal y normal tolerancia (LACRUZ). Los arts. 590 y 1908 Cc. han servido para construir por inducción una prohibición general de toda inmisión perjudicial y el resarcimiento de daños basado en la responsabilidad extracontractual del art. 1902 Cc. (STSJA 14 julio 2008), utilizando frecuentemente los Tribunales civiles los mecanismos de heterointegración con las disposiciones administrativas.

En el Código aragonés el «uso razonable» es un concepto jurídico indeterminado, como en el texto legal navarro, que no cabe determinarse desde la subjetividad del que lo ejercita, sino que debe completarse con criterios objetivos indicados en el propio precepto, y viene determinado también por la licitud de la actuación de quien la ejerce respetando las exigencias de la buena fe, principio que en el art. 538 preside todas las relaciones vecinales, ya que se regula especialmente el uso del derecho por el titular activo de la relación vecinal apreciando conjuntamente los criterios o factores variables de la naturaleza y destino de la finca, las condiciones generales del entorno y los usos del lugar, es decir la calificación urbana o rústica y los usos a los que se destina o puede destinarse, considerando también las actividades generales del entorno y el modo de utilización o aprovechamiento de las fincas según los usos sociales, pues la referencia es a los «usos del lugar» y no a la costumbre. La consecuencia es que el vecino no debe tolerar ni soportar más inmisiones que las que

deriven del uso razonable de la finca que las emite, pudiendo accionar no solo para suprimir las inmisiones o actividad -o para la adopción de las medidas correctoras que las reconduzcan a límites tolerables-, sino también cuando se trate de peligro de inmisiones sin causación de un perjuicio efectivo que produzca un mero riesgo (« no pueden causar riesgo»). Se desvincula también la tutela vecinal de la responsabilidad por daños del Código civil tanto por contemplar situaciones de mero riesgo, como por no exigir necesariamente un daño constatable, ya que la norma aragonesa menciona que el inmitente no puede causar perjuicio «o incomodidad» por uso irrazonable, e independizar las acciones de cesación de inmisiones de la resarcitoria de daños.

En el lado pasivo de la relación vecinal, la no causación de riesgos y la debida y normal tolerancia vecinal ha de medirse también por el respeto a los valores y normas constitucionales como el respeto a la dignidad (art. 10), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1), a la propiedad con su función social (art. 33)- coherente con el principio general del «*ius usus innocui*» de la Observancia aragonesa-, la tutela de la salud (art. 43), y del medio ambiente y calidad de vida (art. 45) que, para ALONSO PÉREZ, son derechos que informan constitucionalmente las relaciones de vecindad.

## 2. Árboles y plantaciones.

En el capítulo II (art. 539 a 541), bajo el título «árboles y plantaciones» se regulan las relaciones de vecindad sobre esta materia de forma completa, sin dar lugar a la aplicación supletoria del Código civil (arts. 591 a 593). El art. 143 Compilación no podía resolver nuevas situaciones y conflictos, e incluso una interpretación extensiva del precepto mostraba sus claros límites, necesitando del auxilio del Derecho civil estatal, inspirado en otros principios (SSTSJA 7 noviembre 2001 y 6 julio 2005).

A. *Distancias en plantaciones.* Las distancias de arbustos y árboles (art. 540.1 CDFA) son las mismas que en el art. 591 Cc., cincuenta centímetros en arbustos y dos metros en árboles -cuya medición se realiza desde la línea divisoria de las fincas-, pero solo se aplicará a predios destinados a plantación o cultivo, por lo que no afecta a ámbitos urbanos, en los que regirá el art. 539. Las distancias en zonas periurbanas con fincas de diferente uso, urbano y agrario (STSJA 6 julio 2005), son también las del art. 540.1, ya que las distancias operan «en» plantaciones y no solo entre fincas del mismo uso.

No establece el Código aragonés las consecuencias del incumplimiento de distancias como establece el párrafo 2º del art. 591 Cc., aplicándose

el art. 537.3 para exigir su correcta observancia, permitiendo que las distancias se cumplan cortando, arrancando o retirando sin daño los arbustos o árboles, en aplicación de los principios que rigen el Derecho aragonés, y el art. 540.1 ha de entenderse referido a nuevas plantaciones y exclusivamente en predios rústicos.

Las citadas distancias legales se aplican en defecto de costumbre u ordenanzas del lugar, especificando que las ordenanzas son las del «lugar» y no las Ordenanzas generales que ha aplicado la jurisprudencia, como las administrativas aprobadas por los Decretos 2360/1967, de 19 de agosto, y 2661/1967, de 19 de octubre, que rigen las plantaciones forestales. Por ello el art. 540 agota el sistema de fuentes, estableciendo en su apartado tercero, como especialidad, que «en las plantaciones forestales se estará a lo dispuesto por la legislación especial».

Tampoco afectan tales distancias legales a los árboles existentes en seto vivo medianero (art. 540.2), en el límite entre fincas, que se presumen medianeros (*cfr.* art. 572.3° Cc.), estableciendo el Código aragonés que no pueden ser arrancados sino de común acuerdo entre los colindantes. El Derecho aragonés generaliza esta regla de la comunidad medianera, pero permite a cualquiera de los colindantes exigir el arranque de los árboles medianeros si originan un perjuicio grave al condueño solicitante, ya que los condueños pueden acordar las medidas para evitar daños futuros (*cfr.* art. 575 Cc.)

B. *Inmisión de raíces y ramas y árboles que amenazan caerse.* La inmisión de raíces y ramas del art. 539 contempla el supuesto foral de árboles frutales, regulado ya en el art. 143 Compilación, pero lo amplía al resto de los árboles, eliminando la aplicación del art. 592 Cc. Es aplicable a fincas urbanas y rústicas, ya que en fincas urbanas el Derecho aragonés no establece distancias legales de árboles por la diversidad de situaciones y concurrencia de normas sobre estas relaciones de vecindad, y en las fincas rústicas puede producirse la invasión de raíces o ramas en la finca vecina observándose o no las distancias legales, o por regularse por pacto o norma distinta.

La invasión de ramas o raíces sobre la finca vecina, permite al titular de esta exigir el corte de ramas o cortar por sí mismo las raíces invasoras en ejercicio de la facultad de autotutela. El Derecho aragonés ha ofrecido siempre una solución menos traumática al corte de ramas cuando el árbol es frutal, cual es la participación en los frutos de las ramas invasoras, originando una comunidad especial sobre dichos frutos entre el titular del árbol y el de la finca invadida por el vuelo de las ramas. El supuesto

foral se regula en el art. 539.2, concediendo el derecho a la mitad de los frutos al titular de la finca vecina, «salvo pacto o costumbre distinta», contemplando la diversidad territorial, desde el Derecho histórico aragonés, de participación distinta en los frutos.

En toda clase de árboles el Derecho aragonés determina que es necesaria una «justa causa» para exigir el corte de ramas o cortar las raíces que, en el caso de árboles frutales, se concreta -en la segunda parte del art. 539.2- en ocasionar un perjuicio a la finca vecina. La facultad del corte de ramas y raíces se modera en el Código aragonés respondiendo a los principios tradicionales que inspiran esta regulación y a la justa causa exigida, comprendiendo razones económicas y de equidad, riesgo de daños o menoscabo de la utilidad de la finca (art. 538), de apreciación judicial. La obtención de frutos puede compensar las molestias o perjuicios normales, pero cabe considerar otros intereses por los distintos ámbitos en que pueden encontrarse los árboles.

El apartado tercero amplía las facultades de autotutela al corte de ramas, que cuenta con el precedente del parágrafo 910 del Código alemán, sin llegar a establecer un derecho incondicionado como el art. 546-6 del Código catalán, al permitir que, realizada la reclamación extrajudicial para que el propietario o poseedor del árbol corte las ramas, pueda ejercitar el titular de la finca invadida la facultad de autotutela semejante al corte de raíces, si el titular del árbol no lo hiciera en un tiempo razonable y suficiente («prudencial»), para evitar la persistencia del perjuicio. Ello no impide acudir a la tutela jurisdiccional en defensa de sus derechos o pretensiones.

El ejercicio de la acción de autotutela en cualquiera de los supuestos anteriores, debe realizarse «en la época y con las técnicas más adecuadas para la conservación del árbol», como establece el art. 539.4, para que la evitación del perjuicio a la finca vecina ocasione el menor daño posible al desarrollo del árbol. En tal sentido lo interpretaba la doctrina foral aragonesa medieval (PÉREZ DE PATOS), y que el Derecho catalán -art. 546-6 de su Código- expresa deberá hacerse «de la forma generalmente aceptada en el ejercicio de la jardinería, agricultura o explotación forestal».

El art. 541 CDFA, sobre árboles que amenazan caerse, obliga al dueño de cualquier árbol – y no solo a los «corpulentos» (art. 390 Cc.)- a arrancarlo y retirarlo si puede causar daños a una finca vecina o a los transeúntes por vía pública o particular, ejecutándose por la autoridad pública en caso de incumplimiento de la obligación por el dueño, que responde por los daños causados por la caída de los árboles, y exonerándose de la responsabilidad exclusivamente por causa de fuerza mayor.

### 3. Construcciones y aguas pluviales.

En los arts. 542 y 544 se regulan dos supuestos concretos de relaciones de vecindad, referidos al tránsito por razón de obras por finca ajena y el paso natural del agua pluvial, que en el Código civil se consideran servidumbres. En el art. 542 el Código aragonés traslada el contenido del art. 569 Cc., y permite la ocupación temporal de una finca para el paso de materiales o colocación de andamios para la construcción, que el titular debe tolerar, recibiendo la indemnización correspondiente por los perjuicios que le produzcan. El art. 544 obliga, como el art. 552 Cc., a los titulares de fundos inferiores a recibir las aguas naturales pluviales de fundos superiores, sin que puedan impedir los primeros ni agravar los segundos el discurrir de las aguas. No se ha regulado, sin embargo, la caída de aguas pluviales por desagüe de edificios (art. 586 Cc.), de honda tradición foral, por ser un supuesto que está sometido progresivamente a control administrativo, y puede subsumirse su contenido en el art. 538 CDFA.

### 4. Luces y vistas.

Las luces y vistas cuentan con una doble regulación en el nuevo Código, siguiendo la sistemática de la Compilación, diferenciando las que se encuadran en el ámbito de las relaciones de vecindad (arts. 545 a 550) que forman un capítulo independiente (V) y el más extenso del Título I, de las que originan servidumbres de luces y vistas que se regulan en el Título II sobre servidumbres, en los arts. 574 a 576.

A. *El régimen normal de luces y vistas.* El capítulo V del Título I reproduce las disposiciones del art. 144 Compilación, que había supuesto la «reconstitución a fondo del sistema histórico» aragonés (SANCHO REBULLIDA), superando la deficiente redacción del Apéndice de 1925, y alcanzando una gran claridad y excelente técnica (DELGADO), que ha permitido consolidar una línea homogénea de aplicación e interpretación durante su vigencia. El nuevo Código cumple la función de completar y aclarar lo establecido por la Compilación, resolviendo algunas cuestiones controvertidas y estableciendo criterios firmes de aplicación. El Preámbulo (39) reafirma que «estas luces y vistas no son un derecho de quien las disfruta ni una limitación para la propiedad vecina, cuyo titular podrá ejercitar todas las facultades dominicales como estime conveniente, con los límites genéricos del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo» de forma coherente con la regla del art. 537.2.

Las nuevas disposiciones precisan la colocación de protecciones, las distancias y las formas de medirlas, los huecos en pared medianera, el

concepto de voladizos, o el derecho a edificar y proteger la privacidad del titular de la finca vecina, permitiendo un amplio campo de aplicación a la interpretación extensiva y a la analogía, y también a los principios generales que inspiran el Derecho aragonés, que diseñan, como interpretaba la STS 30 octubre 1983, «las reglas convenientes para una buena convivencia pacífica, manifestación del “*ius usus innocui*” lejos de un rígido ejercicio de los derechos dominicales como exclusivos y excluyentes, por vía de equidad y buen sentido, incluso económicamente favorables para la edificación, y el mejor aprovechamiento y reparto del hoy llamado “medio ambiente” (luz y paisaje)».

El art. 545 reproduce el art. 144 Compilación en sus dos primeros apartados, ya sin remisión a la legislación civil estatal, estableciendo el contenido sustancial foral aragonés sobre luces y vistas, que le diferencia de otros ordenamientos. El ap. 1º del art. 545 determina que tanto en pared propia como en pared medianera pueden realizarse huecos para luces y vistas, que no están sujetos a dimensiones determinadas. Al recoger el art. 545 el amplio principio de libertad del Derecho aragonés en la apertura de huecos en cualquier clase de pared, se separa claramente de la regulación de los arts. 580 y 581 Cc., ya que no es necesario el consentimiento del condueño para abrir huecos en pared medianera, tales huecos en pared medianera y propia pueden ser para «luces y vistas» -aunque pueden abrirse solo para luces- y no están sujetos a dimensiones ni sometidos a restricciones en su situación en la pared. Esta permisibilidad se refiere tanto a la conservación de los huecos practicados, como a la nueva apertura de otros distintos y a la ampliación y modificación de los existentes.

Y el apartado 2º establece que los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, si no hay dos metros de distancia en vistas rectas entre la pared en que se abran y el límite de la finca vecina, o sesenta centímetros de distancia en vistas de costado u oblicuas.

Los huecos dentro de las distancias señaladas deben carecer de balcones y otros voladizos que sirvan para proyectar vistas. En caso de infracción de la norma, no se consideran como signo aparente de servidumbre (art. 574) y no prescribe la acción para exigir la supresión de los voladizos sobre fondo propio (art. 548.3). La protección de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre ha sido una cuestión debatida históricamente en el Derecho aragonés, por carecer de antecedentes legales claros y por una jurisprudencia contradictoria. El Apéndice foral incluyó

la obligatoriedad de colocar protecciones (art. 15) y finalmente, a pesar de opiniones contrarias y discusiones previas, también la Compilación, eliminando el tamaño de las mallas que aparecía en el Apéndice y obligando a su instalación solo dentro de las distancias señaladas. A la exigencia de protección metálica añadió ya el Seminario de la Comisión Compiladora la posibilidad de sustituirla por otras protecciones semejantes o equivalentes que se incorporó al art. 144.2 Compilación y ahora al art. 545.2 del Código aragonés. En este sentido, en la SATZ de 15 de noviembre de 1966, comentada por LACRUZ y DELGADO, ya se equipara el uso de materiales traslúcidos a la protección equivalente a reja y red, y esta configuración abierta, como señala la STSJA de 23 de febrero de 2005, «hace posible su adaptación a las novedades constructivas que vayan apareciendo, siempre que se obtenga el fin de protección para el que está dictada».

Pero la cuestión que plantea el uso de materiales traslúcidos supera la mera aplicación como protecciones para entrar en el de su consideración como huecos. Si bien los diversos materiales constructivos vítreos y opacos constituyen un muro y no un hueco, y no precisarían de protecciones en el Derecho aragonés, las dudas surgen cuando el material vítreo del muro es transparente y permite la inspección de la finca vecina. En estos y en otros supuestos similares debe considerarse que en las distancias señaladas en el art. 545.2 se produce una afección más intensa sobre la finca vecina, que no ocurre si las luces y las vistas se toman «iure proprietatis» de la finca propia o sobre el propio vuelo o cielo como en el caso de claraboyas y tragaluces, por lo que es necesario tomar en cuenta los intereses ajenos de seguridad y privacidad (STSJA 23 febrero 2005) deducibles como finalidad de la norma. Por ello, aunque el art. 545 permite no colocar protecciones donde no hay «hueco», la jurisprudencia territorial ha exigido sin embargo en determinadas situaciones la asunción de medidas protectoras para evitar el incumplimiento de los fines de la norma (STSJA 13 noviembre 2002), con cierta flexibilidad en la naturaleza de las protecciones (SAP Zaragoza 6 julio 2004).

Debatida ha sido también la consideración como huecos de terrazas, azoteas, galerías y otros elementos constructivos, que no vuelan sobre fundo ajeno pero permiten vistas sobre dicha finca. No se regulan estos supuestos en el nuevo Código, para permitir una solución adecuada al caso concreto por vía de interpretación finalista, en la medida de la afección a la privacidad en la finca vecina, o por aplicación analógica con los supuestos regulados. Varias resoluciones judiciales han tratado las terra-

zas o azoteas como un hueco más, que por tanto ha de protegerse con reja y red, y en este sentido cabe citar las SSTS 23 noviembre 1983 y 12 diciembre 1986, que siguen mayoritariamente las Audiencias de Huesca y Teruel. Otro criterio ha consistido en darles un tratamiento diferenciado que las excluye de la necesidad de toda protección, por no considerarlas «huecos» a los efectos de aplicación de las distancias ahora del art. 545.2 CDFA, como defiende mayoritariamente la Audiencia de Zaragoza. Las protecciones señaladas en el art. 545.2 deberán colocarse sin sobresalir o sobrevolar la finca vecina no pudiendo invadirla, como dispone el art. 549.1, que establece una regla más restrictiva para las protecciones en pared medianera que hay que colocar no más allá de su eje, criterio práctico pero incoherente con su naturaleza y uso (art. 543).

Y resolviendo una cuestión controvertida desde que SANCHO REBULLIDA comentase la posibilidad de que prescribiese la acción para exigir la colocación de protecciones en el plazo de treinta años del art. 1963 Cc., el Código aragonés, en coherencia con la regla general del art. 537.3, dispone en el art. 549.2 que no prescribe la acción para exigir la colocación de protecciones (STSJA 30 noviembre 2009).

Las distancias de dos metros en vistas rectas y sesenta centímetros en vistas oblicuas, que obligan a colocar protecciones a los huecos y sin voladizos, se miden conforme lo indicado en el art. 546, que integra el contenido del art. 583 Cc., y para las vistas rectas se toma de referencia la línea exterior de la pared en que no haya voladizos y la línea de estos donde los haya, y la línea de separación de las dos propiedades para las vistas oblicuas o de costado. Estas limitaciones y protecciones no afectan a los huecos abiertos sobre una vía de uso público (art. 545.3 CDFA), comprendiendo todas aquellas que no sean de uso particular y en los que los huecos se abran «sobre» calle o vía, tomando luces y vistas de tales vías, aunque el terreno colindante no esté edificado y todos los huecos estén en la misma línea de fachada.

B. *Paredes medianeras. Huecos para luces y vistas.* No establece el nuevo Código un régimen completo de medianería, como hace el Código civil en los arts. 571 a 579 bajo el título de «servidumbre de medianería», pero refleja aspectos distintivos del Derecho aragonés aplicables al régimen de luces y vistas, que indican una tradición jurídica distinta. Por ello el 543, con antelación a los correspondientes del régimen de luces y vistas, bajo el título de «uso de pared medianera», destaca la naturaleza de comunidad indivisible y de uso común de la pared medianera y no una propiedad de la mitad de la pared de cada condueño deducible del art. 579 Cc.

El derecho de cada copropietario para usar y aprovechar libremente la pared medianera está limitado por la naturaleza, características y estado de la pared y el aprovechamiento de los otros condueños, no mencionando el precepto aragonés la necesidad de obtener el consentimiento previo de los demás medianeros, además de prever la indemnización de los perjuicios causados, que ya figuraba en el Proyecto de Apéndice de 1904.

La aplicación de estas facultades de uso del comunero sobre el total de la pared se refleja en los arts. 545 y 547 CDFA, que contemplan la medianería vertical (paredes) pero aplicable también a la medianería horizontal (comunidad de techo y suelo superior, STSJA 4 febrero 2009). Del art. 545.1 cabe deducir que también en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas de cualquier dimensión, sin que esta facultad permita la destrucción de la pared al estar limitada por el destino de la pared y el uso respectivo de los condueños (art. 543). Tales huecos no son signos contrarios a la condición de medianera de la pared (art. 547.2), evitando la supletoriedad de los arts. 573.1º y 580 Cc.

No son paredes medianeras las paredes unidas, pegadas o adosadas de dos edificaciones y el Derecho aragonés no permite practicar huecos para luces y vistas en paredes ajenas y tampoco en pared común cuando tiene adosadas al otro lado edificaciones o construcciones, permitiéndose dichos huecos solo por encima del punto común de elevación, tal como establece el art. 547 -y antes el art. 15 Apéndice-, que no «miren» al interior de un edificio en razón de la privacidad de tales espacios.

C. *Voladizos*. Los voladizos en el ordenamiento aragonés de luces y vistas desempeñan un papel fundamental para diferenciar relaciones de vecindad y servidumbres. Son los únicos signos aparentes, salvo por título, para constituir una servidumbre de luces y vistas cuando invaden la finca vecina y, en contraposición, permanecen en el ámbito regulatorio de las relaciones de vecindad los voladizos sobre fondo propio (art. 574), que no pueden construirse ni exceder las distancias señaladas en el art. 545.2, y cuya infracción permite en cualquier momento exigir su supresión, ya que la acción para exigir esta medida no prescribe (art. 548.3).

Por ello el nuevo Código realiza, en el art. 548, una delimitación positiva («los balcones y demás salientes que sobresalen suficientemente del paramento de la pared, están colocados debajo de un hueco de la misma y permiten asomarse, apoyarse o moverse por el saliente y mirar la finca vecina» y negativa («no se consideran voladizos los aleros, los elementos arquitectónicos de la pared ni otros elementos salientes existentes en la finca») de los voladizos.

Esta delimitación conceptual ha sido resultado de una intensa labor de interpretación jurisprudencial del art. 145 Compilación, que plasma el nuevo Código (STS 20 octubre 1987, SAT Zaragoza 11 diciembre 1985, SSTSJA 4 febrero 2004 y 22 abril 2008). El modelo de voladizo aragonés es el balcón (art. 545.2), pero puede comprender otros elementos, siempre que sobresalgan suficientemente de la pared (STSJA 27 septiembre 2007), y estén colocados debajo de un hueco que sirva para prospectar las finca vecina (vistas), guardando relación el voladizo con el hueco del que emerge y con la finalidad de obtener vistas del predio que sobrevuela, y permitiendo la acción de las personas, de menos a más, de asomarse, apoyarse y moverse por el mismo, incompatible con una simple ventana.

En la delimitación negativa, los Tribunales aragoneses han generalizado la prohibición, partiendo de los aleros de tejados o de la parte superior de huecos, a cualquier otro elemento saliente de la construcción, sea de obra o colocado por los titulares (SSTSJA 27 septiembre 2007, 22 abril 2008, 14 julio 2008), «si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas, frontal y lateral, sobre el predio sirviente»(STSJA de 4 febrero 2009).

D. *El derecho a edificar o construir y la limitación de vistas por protección de vida privada.* El art. 550 CDFa traslada y desarrolla el contenido del art. 144.3 Compilación al nuevo Código, como facultad inherente al derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él, aunque con ello obstruya o cierre los huecos abiertos para luces y vistas del vecino. El art. 550.1 establece que esta facultad de abrir huecos para luces y vistas no limita, y tampoco «altera ni modifica» el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna «y como estime conveniente», ampliando las posibilidades de dicho propietario frente a interpretaciones que imponían ciertas restricciones al ejercicio de este derecho, siempre que el ejercicio de estas facultades no produzca una situación de abuso del derecho al cerrar los huecos.

Por ello se contemplaban también los materiales utilizados en la construcción junto a la finalidad de obtener una utilidad legítima de la finca (STS 3 febrero 1989), pero esta utilidad puede ser ya ornamental (SAP Zaragoza, Sec. 5ª, 19 noviembre 2004) y lo que es más importante, encuadra la facultad edificatoria o constructiva como una más de las facultades dominicales que comprende el uso y disfrute normal de su predio, o uso razonable con los criterios del art. 538, aunque limite, reduzca o anule los huecos del vecino sin taparlos o cerrarlos (GUTIÉRREZ CELMA), y todo ello «como estime conveniente» con el límite genérico del abuso del derecho.

El derecho a edificar o construir tapando huecos para luces y vistas tiene especial sentido en el supuesto originario de la Observancia 6<sup>a</sup> *De aqua pluviiali arcenda* referido a paredes comunes, medianeras o divisorias, perdiendo intensidad cuando las paredes están distanciadas o no hay pared en el fundo vecino, al ser imposible entonces «cerrar» los huecos pero sí limitar o reducir las vistas con la construcción o con otros actos de uso normal de la finca, y por ello en la Memoria de FRANCO Y LÓPEZ y en el art. 44 del Proyecto de Apéndice de 1899 («y aun sin edificar podrá oponerse a que por ellas se domine el predio, si lo destinase a huerto o jardín») se habilitaban nuevos medios para evitar el registro visual a determinadas partes de la finca, que no incorporaron el Apéndice y la Compilación.

A la finalidad de conservación íntegra de la facultad edificatoria, que diferencia relaciones de vecindad de servidumbres (art. 576), se superpone la protección de la privacidad contemplada en el art. 550.2 al señalar que «también podrá, sin necesidad de edificar o construir, obstaculizar o limitar las vistas a espacios utilizados para su vida personal y familiar», que es una aplicación en relaciones vecinales prediales del art. 18 CE sobre protección de la privacidad e intimidad, tal como indica la STSJA 23 enero 2008, que subraya la doctrina constitucional sobre vinculación de los derechos fundamentales también a los particulares en sus relaciones de derecho privado. En un régimen de relaciones de vecindad como el aragonés basado en una amplia y mutua tolerancia vecinal, los vecinos pueden también ejercer las facultades de exclusión que hagan cesar las inmisiones visuales o tomar medidas correctoras para rebajar y reconducir las inmisiones a los límites de la razonabilidad y la normal tolerancia, y todo ello «conforme al principio de buena fe» (art. 538).

**BIBLIOGRAFÍA:** La misma del § 27.



## § 27. LAS SERVIDUMBRES

*José Luis Argudo Périz*

El Código aragonés incluye un amplio régimen general de servidumbres en el Título II del Libro IV para poder definir algunos rasgos propios del Derecho aragonés, reflejados también en la regulación de especialidades de origen foral y consuetudinario, incorporar como normas propias las del Derecho civil estatal aplicadas habitualmente por los Tribunales aragoneses para dar coherencia a un sistema antes muy fragmentario, completando, adaptando y aclarando todas ellas, e introducir novedades significativas -en aplicación del principio de libertad de configuración de derechos reales- en instituciones que deben responder a las necesidades actuales del tráfico inmobiliario, en línea convergente con otros ordenamientos civiles modernos.

### **1. Concepto, caracteres y clases.**

*A. Concepto.* El Derecho foral aragonés comparte con el Derecho navarro y catalán y gran parte de la doctrina científica el criterio técnico-jurídico de considerar servidumbres exclusivamente a las prediales o reales, y por ello el art. 551.1 destaca el aspecto de relación entre fincas en que la servidumbre consiste. También opta, como el Derecho navarro, por anteponer el aspecto activo frente al meramente pasivo que refleja el Código civil (art. 530) como carga o gravamen y calificar dogmáticamente la servidumbre como un derecho real limitado de goce establecido sobre una finca. El presupuesto de ajenidad de las fincas se excluye del concepto legal del art 551.1, al admitir el nuevo Código la coincidencia parcial de titulares de ambas fincas y la constitución de servidumbre sobre finca propia (art. 564).

La relación fundiaria en que la servidumbre consiste entre las fincas dominante y sirviente, como aclara el art. 551.2, otorga al titular de la finca dominante un determinado uso de la finca sirviente, porque la servidumbre se constituye a favor de un predio para proporcionar una utilidad exclusiva a la finca dominante (art. 553.1). Y no incluye el requisito de vecindad de las fincas, para que pueda darse la relación de uso directo entre predios, aunque se deduce la cercanía o proximidad entre fincas en función de la utilidad o comodidad que la servidumbre proporciona.

*B. Caracteres: utilidad, inseparabilidad, permanencia e indivisibilidad.* Dado que la utilidad de la finca se refiere exclusivamente a la finca dominante, el art. 553.1 establece que la servidumbre es inseparable de dicha finca, aunque corresponde también a la finca sirviente (art. 534 Cc.). La inseparabilidad significa que la servidumbre es una parte integrante de la finca y se vincula al derecho del propietario sobre ella, de tal modo que no puede disponerse de la servidumbre separadamente de la finca dominante, ni hipotecarla, a menos que se hipoteque juntamente con el predio dominante (art. 108.1 Ley Hipotecaria). Añade el art. 553.1 la posibilidad de establecer servidumbres recíprocas entre diversas fincas, que serán a la vez y simultáneamente dominantes y sirvientes, frecuentes en ámbito urbano y de urbanizaciones privadas (LACRUZ/LUNA). En el Derecho histórico aragonés se configuraba como recíproca la servidumbre de alera foral, pero el art. 582.1 permite también las unilaterales.

Las servidumbres son permanentes salvo si se constituyen bajo término o condición (art. 553.2), y el principio de indivisibilidad viene contemplado en el art. 554, en el mismo sentido que el art. 535 Cc., como una aplicación de que la utilidad de la servidumbre es posible (LACRUZ/LUNA), considerando el conjunto de fincas, y sin que le afecte las modificaciones registrales de la finca dominante o sirviente. Por ello el art. 554 establece que la modificación objetiva, por división o segregación de una parte de la finca sirviente, no altera o fracciona la servidumbre, que permanece inalterada a la división del objeto, aunque se multipliquen los titulares pasivos, que deberán tolerar la servidumbre en la parte que les corresponda. Y en cuanto a la finca dominante, la integridad de la servidumbre no entra en colisión con la división o segregación de la finca, señalando el art. 554.2 que cada uno de los titulares de las fincas resultantes puede usar por entero de la servidumbre. En el caso de división, o de modificación de la titularidad sobre una parte de ella, los nuevos titulares pueden utilizar por entero de la servidumbre, pero sin alterar el lugar de su uso ni agravarla de otro modo, aunque cabe su extinción parcial (art. 572).

C. *Clases de servidumbres*. El art. 552.1 distingue entre servidumbres aparentes y no aparentes, positivas y negativas, y continuas y discontinuas, aunque dicha clasificación tiene diversos efectos y transcendencia, por ser la distinción entre aparentes y no aparentes la que destacó la Compilación y la única aplicable a efectos de usucapión.

a) *Servidumbres aparentes y no aparentes*. La importancia de la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes en Derecho aragonés (Preámbulo, 40), se manifiesta calificando con más detalle las características de los signos exteriores, frente al concepto general del art. 532 Cc., que configuran las servidumbres aparentes en el art. 552.2 CDFa: « *Es aparente la servidumbre que se anuncia por signos exteriores, visibles, materiales, objetivos y permanentes que revelan el uso y aprovechamiento de la misma, siendo servidumbres no aparentes todas las demás*».

La apariencia, según los signos exteriores, se refiere a aquellos datos, marcas y señales que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan y evidencian objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro. Estos signos exteriores atribuyen a las servidumbres aparentes una publicidad equivalente a su inscripción en el Registro inmobiliario, y por ello surten efecto contra el adquirente del fondo gravado, aunque no resulte del Registro la existencia de tal servidumbre (LACRUZ/LUNA). Por esta vía cabe adquirir la servidumbre positiva de luces y vistas ejercitada desde balcones y otros voladizos que caigan sobre fondo ajeno, ya que son signos aparentes de servidumbre de acuerdo con el art. 574 CDFa.

Toda servidumbre que no reúna los requisitos legales de las aparentes, aunque presente algún signo exterior de su existencia, será considerada como no aparente (art. 552.2), por configurarse éstas como categoría residual respecto a las aparentes, y se registrará en su posible usucapión por el art. 569 CDFa.

b) *Servidumbres positivas y negativas*. El art. 552.3 CDFa, como la ley 393 de la Compilación navarra, distingue las positivas de las negativas desde el aspecto activo de la relación, en que el derecho real del titular se manifiesta respectivamente en un *facere* o un *prohibere* (FERNÁNDEZ URZAINQUI). Es positiva la servidumbre que tiene por objeto el ejercicio de un determinado uso de la finca sirviente y negativa la que limita alguna de las facultades de su titular. La distinción en el Código aragonés se basa en el contenido del derecho y no, como en el art. 533 Cc., en la conducta debida por el titular de la finca sirviente.

Esta distinción originó especial conflictividad en el Derecho aragonés de luces y vistas, referida a la adquisición por usucapión de servidum-

bres, recogida en el Apéndice a través del reconocimiento del acto obstructivo (art. 14). El Seminario de la Comisión Compiladora no tomó una posición clara respecto a la usucapión de las servidumbres negativas, optando por ligar su admisión a la posedibilidad de la servidumbre, criterio que se reflejó en el art. 148 Compilación. Para mayor claridad y coherencia, el legislador ha restringido su aplicación en el nuevo Código, prohibiendo constituir las por usucapión (art. 567.1) y, en consecuencia, no se tiene en cuenta esta distinción para el cómputo de la posesión en la usucapión de servidumbres (art. 570), ni para la prescripción por no uso (art. 571.1.a).

c) *Servidumbres continuas y discontinuas*. La distinción entre continuas y discontinuas sigue en el art. 552.4 del Código aragonés el criterio y contenido del art. 532 Cc., optando por la supresión del requisito de continuidad en relación con la prescripción adquisitiva de las servidumbres, ya que en las servidumbres discontinuas lo discontinuo es el ejercicio pero no la posesión (LACRUZ), pero manteniendo esta clasificación a efectos de la prescripción extintiva por no uso (art. 571.a)

## **2. Los derechos reales de aprovechamiento parcial.**

Los “derechos reales de aprovechamiento parcial” son derechos reales de goce parcial en finca ajena constituidos sobre alguna de sus utilidades concretas en beneficio de una o varias personas determinadas, o de una comunidad, con total abstracción o independencia de cualquier relación predial, conservando la misma configuración que las servidumbres personales del Código civil (art. 531), aunque con distinta denominación, ya que en el Código aragonés las únicas “servidumbres” son las prediales. El art. 555 CDFA se limita a expresar que los derechos reales de aprovechamiento parcial no consisten en una relación entre fincas como las servidumbres prediales, sino en un derecho real subjetivamente personal ya que las utilidades las perciben los titulares del derecho -personas físicas, jurídicas o comunidades-, que no lo son por su relación con una finca concreta, estableciendo a continuación que el régimen sustancial de tal derecho viene definido por su título constitutivo, salvándose las posibles lagunas del mismo en lo que sea compatible con las normas que establecen el régimen general de las servidumbres Y al igual que en el Código civil existen servidumbres personales típicas, en relación de género a especie, en la legislación aragonesa son los “tradicionales” ademproios, regulados en el art. 584, incluidos en el marco general de este derecho real.

Los derechos reales de aprovechamiento parcial se contemplan en los Derechos navarro (ley 394 FN) y catalán (arts. 563-1 a 563-4 de su Código civil), pero por fidelidad a su tradición jurídica romanista establecen su régimen jurídico supletorio por remisión, fundamentalmente, al usufructo. El Derecho civil aragonés sigue su propia tradición jurídica, no opuesta al Código civil, pero inspirada también en ordenamientos más similares como son los germanos (parágrafo 1.090 del Código alemán y en los Códigos austriaco y suizo).

### 3. Contenido y ejercicio de las servidumbres.

*A. Contenido de las servidumbres.* El contenido de la servidumbre vendrá determinado por el título, o por el modo en que se haya constituido como el signo aparente o la posesión en las adquiridas por usucapión, que determinan, según el art. 556.2, los derechos de la finca dominante y las obligaciones de la sirviente, igual que en el art. 598 Cc. Puede faltar concreción en el título constitutivo, y por ello se aplican supletoriamente las disposiciones del Título II, relativo a servidumbres, pero en dicho contenido se debe incluir todo lo necesario para usar la servidumbre, como indica el art. 556.1, en especial los derechos y facultades expresamente determinados, pero también los accesorios o derivados que permitan realizar la utilidad de la servidumbre.

El acto constitutivo rige y disciplina el contenido de la servidumbre, y supletoriamente otras disposiciones sobre servidumbres, pero si resultan insuficientes y a falta de acuerdo entre los interesados, el art. 556.3 determina que cualquiera de ellos puede instar la determinación judicial del contenido de la misma, atendiendo a «los signos aparentes, las circunstancias de las fincas y la costumbre del lugar».

A su vez, la modificación de la servidumbre puede producirse también por prescripción extintiva y usucapión, tal como establece el art. 560.2 – y el art. 547 Cc.-, ya que la posesión y el transcurso del tiempo puede ampliar el contenido de la servidumbre por usucapión (arts. 568 y 569), o reducir dicho contenido o las facultades del titular del fundo sirviente por prescripción extintiva.

*B. Ejercicio "civiliter".* El uso o ejercicio *civiliter* de las servidumbres, cuenta con numerosos precedentes en el Derecho extranjero, se hace mención al mismo en los arts. 543-2º y 545-1º Cc., y en los Derechos civiles autonómicos. En el Código aragonés se regula de forma general en el art. 557, que trata de las modalidades de ejercicio de la servidumbre de modo íntimamente unido al contenido, ya que la servidumbre se ejercita de la

manera más adecuada para obtenerla y, a la vez, de la forma menos incómoda y lesiva para la finca sirviente, que puede justificar eventualmente la modificación en la forma y lugar de prestación de la servidumbre (art. 560.1), estableciendo un prototipo de conducta en el ejercicio del derecho de servidumbre, que supone una justa moderación de los intereses opuestos en el aprovechamiento de ambas fincas, permitiendo obtener la utilidad en que consiste la servidumbre para la finca dominante, pero sin anular el destino de la sirviente, como una aplicación del principio de la buena fe en el ejercicio de toda servidumbre (REBOLLEDO).

También el ejercicio *civiliter* está contemplado para las servidumbres forzosas, de forma general en el art. 565, y con manifestaciones concretas en las de paso (art. 577.2) y de acceso a red general (art. 581.3), pero la aplicación del principio en esta clase de servidumbres ha de entenderse de forma más restrictiva, primando el uso de la servidumbre que menor perjuicio cause en la finca sirviente, permitiendo la utilidad normal de la servidumbre aun que no sea de la forma más provechosa.

C. *Contenido accesorio: obras y trabajos en las fincas.* El Código aragonés regula en el art. 558 las obras en las fincas sujetas a servidumbre como una expresión del contenido de las servidumbres, como derechos necesarios para el uso de la servidumbre concedidos al establecerse la misma (art. 556.1). El Código civil las incluye, en los arts. 543 y siguientes, bajo el título «derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente».

La realización de obras y trabajos puede ser necesaria para el inicio del ejercicio de la servidumbre o posteriormente para su conservación o reparación posibilitando la continuidad de su uso. El Código aragonés se preocupa de señalar a quién corresponde el coste de tales obras y de prohibir la alteración de la servidumbre, sin necesidad de añadir, como hace el art. 543-2º Cc., la forma de realización, que es una aplicación del ejercicio *civiliter* del art. 557. Tampoco especifica el art. 558 que las obras y trabajos se realicen en la finca sirviente, pero así como no cabe que el titular de la finca sirviente realice obras en la finca dominante (art. 558.4), el titular de la finca dominante podrá realizar en su propio fundo las obras que considere convenientes para la mejor utilidad de la servidumbre, y además realizar las necesarias en la finca sirviente, con el límite general de no hacer más gravosa la servidumbre.

Las obras, trabajos y gastos corresponden al titular de la finca dominante, y el titular de la finca sirviente está obligado a soportar tales actividades en su finca y, como obligación accesorio, permitir la ocupación

temporal, parcial o total, de su finca para la ejecución de obras (art. 558.1). El título constitutivo puede establecer otra distribución de los gastos entre los titulares de la fincas dominante y sirviente. Si son varias las fincas dominantes, sus titulares están obligados a contribuir al desembolso de gastos en proporción al beneficio que obtengan de la obra, y pueden eximirse a tal contribución renunciando a la servidumbre (art. 558.2). La renuncia no se produce en provecho de los demás titulares, como expresa el art. 544-1º Cc., indicando que es una renuncia abdicativa y no necesariamente traslativa, lo que es más coherente con la existencia de varios titulares de fincas dominantes y, probablemente, varias servidumbres que se ejercitan en forma o lugar comunes, que no se verán reducidas en una parte ideal proporcional por la renuncia, pudiendo ocasionar, al ser una causa de extinción de las servidumbres (art. 571.1.c), un beneficio futuro en el uso de la servidumbre para los demás titulares.

El titular de la finca sirviente debe contribuir proporcionalmente a los gastos, en función de los beneficios que obtenga de las obras, si le reporta una utilidad efectiva a su finca, aunque por pacto puede establecerse una proporción distinta (art. 558.3). Pero si se ha comprometido al constituirse la servidumbre a costear dichas obras, puede liberarse de esta carga abandonando su finca al titular de la dominante (art. 559). Como en el art. 599 Cc., para liberarse de esta obligación *propter rem* accesoria de forma definitiva, basta abandonar unilateralmente la titularidad del inmueble, aunque la carga seguirá gravando a los sucesivos titulares de la finca sirviente (LACRUZ/LUNA).

A su vez, el titular del fundo sirviente no puede realizar obras que menoscaben, limiten o dificulten el uso de la servidumbre (art. 558.4), pero si su ejercicio le resulta excesivamente gravoso o incómodo, puede exigir a su cargo las modificaciones convenientes en la forma y lugar de prestarla (*ius variandi*), siempre que no disminuyan su valor o utilidad (art. 560.1).

#### **4. Constitución de las servidumbres.**

Los modos de constitución de las servidumbres se establecen en el art. 561, que comprende la constitución voluntaria de las servidumbres, la constitución forzosa de las mismas, la adquisición por usucapión, y por signo aparente o destino del padre de familia. Los artículos siguientes desarrollan aspectos concretos sobre legitimación para constituir servidumbres (art. 562), constitución de servidumbres sobre finca indivisa (art. 563) y finca propia (art. 564), constitución forzosa de servidumbres

(art. 565) y por signo aparente (la tradicional servidumbre por destino del padre de familia) (art. 566), usucapión de servidumbres (Sección IV, arts. 568 a 570), y prohibición de constituir por usucapión las servidumbres negativas y modo de constitución de las mismas (art. 567).

*A. Constitución voluntaria y forzosa de las servidumbres.* La constitución por voluntad de los titulares de las fincas dominante y sirviente, como expresa el art. 561.a), por negocio jurídico bilateral *inter vivos*, tendrá su expresión más habitual en el contrato, que puede tener como finalidad principal la constitución de la servidumbre o comprenderse en un negocio jurídico más amplio, o tratarse de un negocio conexo o complementario (LACRUZ/LUNA). También las disposiciones testamentarias, u otro acto de última voluntad, pueden establecer servidumbres, ya que es título hábil para su constitución, pero requieren la titularidad y capacidad de disposición sobre los predios en los que se va a constituir la servidumbre, como ocurre con el titular de la finca sirviente, en la servidumbre por signo aparente (art. 566) y sobre finca propia (art. 564).

Frente al carácter voluntario de constitución de la letra a) del art. 561, el siguiente modo de constitución (letra b) se refiere a las servidumbres forzosas o legales. La constitución de una servidumbre con carácter forzoso para el titular de la finca sirviente por voluntad del titular del fundo dominante, cuando la ley así lo conceda, quedará determinada en su contenido y forma de ejercicio por el juez, cuando no haya acuerdo entre los titulares de ambas fincas, que la fijará de la forma menos gravosa para la finca sirviente, de acuerdo con el ejercicio *civiliter* (art. 557) aplicado a las servidumbres forzosas, bajo la exigencia general de que la constitución debe establecerse mediante el pago de la correspondiente indemnización (art. 565). Esta disposición general, inspirada en criterios de equidad, se aplicará no solo para las servidumbres forzosas tipificadas en el Código aragonés (arts. 577 a 581), sino también a las establecidas por ley autonómica o estatal (Preámbulo CDFa, 40).

*B. Constitución por signo aparente.* La constitución de la servidumbre con signo aparente, o «por destino de padre de familia» según la doctrina tradicional, de un servicio fundiario entre dos inmuebles pertenecientes al mismo dueño, se regula en el art. 568 CDFa, que difiere del art. 541 Cc., ya que el Código aragonés no sigue la tesis doctrinal voluntarista de adquisición de la servidumbre, sino la legalista que determina la constitución de la servidumbre por la ley al cumplir los requisitos de existencia de un signo revelador del servicio establecido entre las dos fincas por su propietario y separación de la propiedad de ambas. Por ello el art. 568

C DFA se refiere a la constitución de la servidumbre, y no a la continuación de la misma, como en el Cc.

El contenido de la servidumbre que surja vendrá determinado por la existencia del signo aparente y el estado o relación de servicio establecido en el mismo fundo antes de la división. Los signos aparentes son los que señala el Código aragonés, superando algunas interpretaciones que la remisión expresa del art. 145 Compilación al art. 541 Cc., en sede de servidumbres de luces y vistas había ocasionado, y sobre las que -como señala el Preámbulo del Código- la jurisprudencia «tuvo que sentar finalmente un criterio estable y acertado» en las SSTSJA 4 febrero 2004 y 16 diciembre 2005. El precepto aragonés dispone que el propietario que enajena una parte de la finca original puede oponerse al nacimiento de la servidumbre a través de la manifestación en contrario en el título de la enajenación, sin necesidad de añadir -como en el art. 541 Cc.- que también se considera acto contrario a la servidumbre hacer desaparecer el signo aparente antes del otorgamiento de la escritura, ya que se deduce del texto legal aragonés que dicho signo existe en el momento de la enajenación.

El apartado 2º de este artículo aclara que al no existir dos fincas antes de constituirse la servidumbre, la misma regla se aplica cuando el signo aparente existe sobre una finca que es objeto de división o segregación.

C. *Constitución por usucapión.* El último modo que señala el art. 561 de constitución de servidumbres (letra d) es por usucapión. Los arts. 568 y 569 reproducen los arts. 147 y 148 Compilación, y la Sección IV sobre usucapión de servidumbres se completa con el art. 570 sobre cómputo del plazo de usucapión. También se refieren a la usucapión de servidumbres el art. 567 para prohibirla en el caso de las servidumbres negativas, o para negar expresamente la posibilidad de la usucapión de las servidumbres no aparentes de luces y vistas, por no ser susceptibles de posesión, el art. 575.

No era sencillo, como indicaba ya para la Compilación SANCHO REBULLIDA, determinar el régimen aragonés de usucapión de servidumbres. Por ello, el Seminario de la Comisión Compiladora realizó una lectura de los antecedentes forales, compaginando la fidelidad histórica con la apuesta por las nuevas tendencias doctrinales (LACRUZ) De lo anterior deriva la declaración del Preámbulo de la Compilación de 1967 sobre clasificación de las servidumbres a efectos de usucapión, prescindiendo «de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas en base de la distinción entre servidumbres aparentes o no aparentes, conservando respecto de estas

*últimas, además, la presunción de prescripción adquisitiva por posesión inmemorial», que resume lo esencial del régimen aragonés (STS 12 julio 1984).*

Un tratamiento conjunto de los arts. 568 y 569 nos permite distinguir como en la Compilación y siguiendo a SANCHO REBULLIDA, entre usucapación ordinaria, usucapación extraordinaria y la posesión inmemorial de las servidumbres.

En cuanto al cómputo del plazo de la usucapación, establece el art. 570 que comenzará a contar el tiempo de la posesión desde que «el titular de la finca dominante hubiera comenzado a ejercerla sobre la finca sirviente», regla que ya contemplaba el párrafo 2º del art. 14 del Apéndice de 1925 para las servidumbres continuas y aparentes, pero que no pasó a la Compilación. También coincide con lo establecido en la primera parte del art. 538 Cc. sobre usucapación de las servidumbres positivas, que es aplicable a las servidumbres aparentes y no aparentes en Aragón, pues todas ellas han de ser positivas para poder usucapirse.

a) *Usucapación ordinaria y extraordinaria.* Ya que el plazo para la adquisición de las servidumbres es idéntico para la usucapación ordinaria y extraordinaria, la diferencia radica en la exigencia o no de buena fe y justo título. El nuevo Código establece la diferenciación entre servidumbres aparentes y no aparentes (art. 552.2), pero debe acudir al Código civil para la interpretación de otros conceptos utilizados, como ausentes (art. 1958 Cc.), justo título (art. 1952 Cc.) y buena fe (art. 1950 Cc.).

La usucapación ordinaria se produce por la posesión «*ad usucapionem*» de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título. La usucapación ordinaria es aplicable en Aragón a todas las servidumbres no aparentes (art. 569 CDFR), continuas o discontinuas indistintamente, susceptibles de posesión al expresarlo el art. 569, y a las aparentes porque si son susceptibles de usucapación sin título ni buena fe, con mayor razón lo serán cumpliendo estos requisitos.

La susceptibilidad de la posesión, como requisito explícito en las no aparentes, exige una posesión en sentido propio, eliminando los actos meramente tolerados. Tales actos no producen dudas cuando se producen de forma aislada, intermitente y ocasional, pero las plantean cuando perduran en el tiempo y concurren otras circunstancias (SSTSJA de 14 de julio de 2004 y 8 de marzo de 2006). Por ello, el art. 575 expresa que no son susceptibles de posesión, y por tanto de usucapación, las servidumbres no aparentes de luces y vistas. El justo título y la buena fe son requisitos acumulativos, por lo que deben concurrir en la usucapación de las servidumbres no aparentes (art. 569) conjuntamente.

La usucapión extraordinaria sólo exige como requisito la posesión «*ad usucapionem*» ininterrumpida de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, aplicable a todas las servidumbres aparentes (art. 568), sean continuas o discontinuas..

b) *La posesión inmemorial*. La posesión inmemorial daría lugar también a una usucapión extraordinaria, al no requerir buena fe ni justo título (SAT Zaragoza 30 junio 1902), aunque debe ser «*pacífica y no interrumpida*» (art. 569 CDFA), pero en la actualidad tiene la doble vertiente de presuntiva de título (en derechos de pastos y adempios) y de prescripción adquisitiva de servidumbres (art. 569 CDFA).

Tras los textos forales, el Apéndice en el último párrafo del art. 14, y el art. 148 Compilación contemplaron la posesión inmemorial como modo de adquirir las servidumbres. Históricamente se aplicaba especialmente a las servidumbres discontinuas, aparentes o no, «*que no se adquirirían en fuerza de una posesión regular*» (DEL PLANO), y por ello tiene mayor sentido como usucapión extraordinaria de las no aparentes. Las Observancias indicaban que la posesión inmemorial es aquella de cuyo origen se ha perdido la memoria de los hombres, sin constar noticia en contrario, criterio deudor del Derecho común medieval. En la doctrina foral histórica la posesión inmemorial era la testimoniada por personas de más de cincuenta años, con más de cuarenta de memoria, que puedan narrar lo vivido por ellos y lo visto u oído de sus padres, o, como señalaba el art. 343 de la Compilación catalana de 1960, «*cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición de la anterior, haya conocido otro estado de cosas*». DIESTE añadía que la posesión inmemorial no se vicia por instrumento cuya antigüedad exceda de cien años después de haber sido probada.

c) *Prohibición de constitución por usucapión de las servidumbres negativas*. El art. 567 viene a cerrar definitivamente la posibilidad abierta por el art. 14 del Apéndice foral de usucapir las servidumbres negativas de luces y vistas y que el texto de la Compilación no prohibió expresamente, pero ligó su usucapión a la posedibilidad de la servidumbre en el art. 148. El art. 567 extiende esta prohibición a todas las servidumbres negativas.

El apartado 2º del art. 567 establece, como el art. 540 Cc., que «la falta de título constitutivo de las servidumbres negativas únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño de la finca sirviente». No añade el Código aragonés la referencia del art. 540 al reconocimiento por sentencia firme por innecesaria, ya que no se trata de una declaración judicial respecto a servidumbres forzosas y la resolución judicial simplemente declara que se ha probado la existencia del negocio jurídico constitutivo, aunque no exista título documental.

*D. Legitimación para constituir servidumbres.* Legitimación activa para constituir las servidumbres concede el art. 562.1 CDFA a los propietarios de las fincas dominante o sirviente y a los titulares de los derechos reales posesorios, con el alcance y duración de sus derechos en este último caso. Es aplicable este precepto, que sirve de regla general, tanto a las servidumbres voluntarias como a las forzosas, y por ello el Código aragonés se refieren generalmente a los «titulares», salvo en algún caso como el art. 566 que menciona expresamente al «propietario» para la constitución de servidumbre por signo aparente. En cuanto al usufructo, el art. 562.2 prevé el establecimiento de servidumbres en fincas sobre las que recae un derecho de usufructo. El nudo propietario puede constituir una servidumbre sobre la finca usufructuada que no perjudique el derecho de usufructo y sin consentimiento del usufructuario, por lo que *a sensu contrario* necesitará de su consentimiento si afecta a los derechos del usufructuario.

*E. Constitución de servidumbres sobre finca indivisa y finca propia.* En caso de cotitularidad o titularidad compartida sobre la finca a gravar con servidumbre se requiere el consentimiento de los demás interesados (LA-CRUZ LUNA), y por ello el art. 563.1 CDFA, y el art. 597 Cc., imponen el consentimiento de todos los titulares para constituir una servidumbre sobre finca indivisa. El art. 563.2 dispone que la concesión hecha solamente por algunos de los cotitulares quedará en suspenso hasta el momento en que la otorgue el último de ellos, porque el consentimiento de los cotitulares no tiene necesariamente que producirse de forma simultánea, manteniendo la constitución de la servidumbre en una situación de pendencia o suspensión hasta que no concurra la voluntad unánime de todos los cotitulares.

El art. 597 Cc. cuenta con un tercer párrafo que indica que la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido, norma sin correspondencia en el Código aragonés, por poder interpretarse como la conversión en derecho real de una obligación meramente personal sin acceso al Registro de la Propiedad, y fuente de problemas doctrinales.

El art. 564, bajo el título «servidumbre sobre finca propia», contempla la denominada «servidumbre del propietario» y la servidumbre en la que existe una coincidencia parcial de los titulares de las fincas dominante y sirviente. Si en el supuesto del art. 563 se establecía una servidumbre sobre una finca de titularidad común, pudiendo ser beneficiaria de la servidumbre la finca de titularidad exclusiva de uno de los cotitulares, en el

art. 564.2 la servidumbre beneficia a una finca en comunidad gravando otra finca de titularidad exclusiva de uno de los comuneros, y en ambos casos se requiere que el derecho de propiedad sea insuficiente para obtener la utilidad en qué consiste la servidumbre, por lo que es necesaria para ejercerla frente a los demás cotitulares o por éstos frente a uno de ellos (REBOLLEDO).

Esta modulación de la regla de ajenidad entre fundos, «nemini res sua servit iure servitutis», se excepciona aun más en el caso de la «servidumbre de propietario», rechazada por la jurisprudencia pero admitida por un amplio sector doctrinal, de tal forma que el propietario de una o varias fincas puede establecer servidumbres sobre ellas, tal como se regula en el art. 564.1 CDFA. También la contemplan los Derechos alemán y suizo y el Derecho catalán, ya que el requisito de la distinta titularidad de las fincas dominante y sirviente que exige el art. 530 Cc. no viene establecido en la definición legal de servidumbre (art. 551.1 CDFA), y las previsiones normativas de los arts. 563 y 564 CDFA se consideran necesarias para contemplar supuestos de pisos de propiedad exclusiva y elementos comunes en propiedad horizontal y otras situaciones de propiedad ordinaria, hereditaria y conyugal del Derecho aragonés respondiendo a nuevas exigencias económicas que modulan o matizan el carácter de ajenidad de las fincas en la servidumbre (STS 19 noviembre 2002 y SAP Zaragoza 18 marzo 1995).

El efecto que determina el art. 564 es distinto en cada uno de los casos, ya que cuando la titularidad de ambas fincas pertenece únicamente a la misma persona la eficacia de la servidumbre se subordina a la transmisión de una de ellas, mientras que si la titularidad de ambas fincas pertenece solo de forma parcial a una persona, la servidumbre produce sus efectos desde su constitución.

## **5. Extinción y modificación de las servidumbres.**

En cuanto a los modos de extinguirse las servidumbres fue una opción del legislador en 1967 no incluirlos, posibilitando la aplicación supletoria del art. 546 Cc., pero algunas novedades incluidas en el nuevo Código y la aclaración de algunas causas de extinción aplicables al régimen aragonés de servidumbres, han llevado a regular una Sección V bajo el título «extinción y modificación de las servidumbres» en los arts. 571 a 573, contemplando tanto la extinción total de las servidumbres como la extinción parcial por modificación de las fincas.

*A. Modos de extinción de las servidumbres.* La primera causa de extinción de las servidumbres señalada en el art. 571.1 es «el no uso durante vein-

te años». Coincide con el Código civil, y también el computo del plazo, que comienza a contarse en las servidumbres discontinuas «desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre», y en las continuas «desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre», añadiendo como excepción que no se aplicará a la servidumbre sobre finca propia, ya que por su propia configuración, presupone la falta de uso. También se aplica esta causa de extinción a las servidumbres adquiridas por posesión inmemorial (art. 569) (SAP Teruel 20 julio 1998).

Y el art. 573 traslada al Derecho aragonés el contenido del art. 548 Cc., de tal modo que los actos realizados por un comunero aprovechan a todos en su condición y ejercicio de copropietario y, por tanto, la actuación de uno impide la situación de no uso o interrumpe la prescripción, aunque se produzca una inactividad por parte de los demás, evitando la prescripción extintiva del derecho de servidumbre para todos ellos.

También referida a la servidumbre sobre finca propia (art. 564), pero en un supuesto distinto al de su constitución, se establece como excepción a la extinción de la servidumbre en el art. 571.2 que «la reunión en una misma persona de la propiedad de las fincas dominante y sirviente solo será causa de extinción de la servidumbre si el titular de ambas declara su voluntad en tal sentido». La extinción por consolidación o confusión establecida en el art. 546.1º Cc. no se aplica en el Derecho aragonés, ya que el titular de ambas fincas puede decidir el mantenimiento de la servidumbre o la extinción unilateral, y obtener la cancelación registral sin perjuicio de tercero.

Otras causas de extinción de las servidumbres están vinculadas al título constitutivo de la servidumbre (letras b y e). El cumplimiento del plazo o la realización de la condición extinguen la servidumbre, en coherencia con su carácter no permanente (art. 553.2), añadiendo que el término y condición han de ser resolutorios (SAP Zaragoza 21 febrero 2002). Y los titulares de derechos reales posesorios pueden constituir servidumbres que tienen el alcance y duración de sus derechos (art. 552.1), que determinan también su causa de extinción (art. 571.1.e).

También existe una conexión entre la renuncia del titular de la finca dominante (letra c) y la redención convencional como causas de extinción de las servidumbres. La renuncia es la declaración unilateral del titular de la finca dominante mediante la que se considera extinguida la servidumbre. La jurisprudencia y la doctrina admiten que la renuncia puede ser tácita, y también gratuita o mediante algún tipo de compensación, que le aproxima en este último caso a la redención. La redención convencional

indica un supuesto de convenio o acuerdo extintivo de la servidumbre entre los titulares activo y pasivo de la servidumbre. Cabe tanto la extinción de la servidumbre por acuerdo de los interesados como la redención unilateral, por parte del titular del fondo sirviente, y forzosa para el titular del dominante, si se pactó esa posibilidad en el momento de establecerse el gravamen (LACRUZ/LUNA), pero ya no se aplica en el Derecho aragonés la redención coactiva de los arts. 603 y 604 Cc. para las servidumbres de pastos y ademprios (arts. 582 a 584 CDFa).

La última causa de extinción de servidumbres (letra f) es «la pérdida total de la finca sirviente o de la dominante», que difiere del contenido del art. 546. 3º Cc., («cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre»). La pérdida total puede afectar a ambas fincas y representa su destrucción material o el advenimiento de circunstancias que impiden su función o destino económico (LLÁCER), permitiendo extinguir la servidumbre sin necesidad del transcurso del plazo de veinte años, que exige la causa más amplia del Código civil cuando no se da una imposibilidad transitoria de uso (SAP Zaragoza 9 julio 1993).

*B. Extinción parcial por modificación de las fincas.* Los supuestos previstos en el art 572, bajo el título «extinción por modificación de las fincas», no pueden considerarse como una imposibilidad parcial del ejercicio de la servidumbre, por ser una manifestación del principio de la indivisibilidad de las mismas (art. 554), planteándose como una excepción al principio y provocando una extinción parcial de la servidumbre, que debe mantenerse sobre las fincas resultantes de la originaria por la utilidad que les reporta. Si producida la división o segregación de la finca dominante la servidumbre solo resulta útil para alguna de las fincas resultantes, los titulares de la finca sirviente pueden exigir la extinción de la servidumbre respecto a las fincas resultantes para las que no sea necesario el uso de la misma, e igual ocurre en caso de división o segregación de la finca sirviente, que faculta a los titulares de las fincas resultantes que no proporcionen ninguna utilidad a la dominante a exigir la extinción de la misma respecto a estas fincas.

## **6. Servidumbres de luces y vistas.**

Los arts. 574 a 576 CDFa regulan las servidumbres de luces y vistas, al igual que el anterior art. 145 Compilación, como servidumbres voluntarias, diferenciando este derecho real limitado nítidamente de las relaciones de vecindad de luces y vistas, tratando el legislador de evitar equívocas zonas de contacto e imposibilitando que las servidumbres negativas y no aparentes puedan adquirirse por usucapión.

El art. 574 CDFA impone una limitación anormal sobre el predio ajeno que configura la servidumbre de luces y vistas. Si en el art. 545.2 CDFA se prohíben los balcones y voladizos a menos de dos metros en vistas rectas o de sesenta centímetros en vistas oblicuas del límite de la finca vecina, su existencia sobre fundo ajeno –decía el Informe del Seminario de la Comisión Compiladora– «implica una violación aparente de las normas reguladoras del régimen ordinario de las relaciones de vecindad y, por lo tanto, signo aparente de verdadera servidumbre, susceptible, en principio, de ser adquirida por usucapión y por título y, en ambos casos, voluntaria, nunca legal».

La existencia, como «únicos» signos aparentes, como reafirma el art. 574 CDFA, de los «voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno», es indicativo de la existencia de una servidumbre a favor del predio de donde surgen los voladizos. Al negar el Código aragonés el carácter de signo exterior a los huecos no protegidos y a los voladizos sobre fundo propio, se separa, por su régimen de vecindad más permisivo, claramente del régimen del Código civil que permite, prácticamente, adquirir una servidumbre de luces o vistas por cualquier infracción de lo que técnicamente se deben considerar relaciones de vecindad.

La servidumbre luces y vistas que se inicia por el sobrevuelo de balcones sobre el fundo vecino se regirá, en defecto de otro título, por las disposiciones del Código aragonés en cuanto a su constitución, ejercicio y extinción (arts. 556 a 573 CDFA), salvando la anterior supletoriedad del Código civil. Por usucapión, al adquirirse una servidumbre aparente, se producirá en los plazos señalados por el art. 568 CDFA, ya que no quedará constituida hasta el agotamiento de dichos plazos.

El Código aragonés resuelve también una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la posible adquisición por usucapión de las servidumbres no aparentes (que en Aragón serían negativas), al establecer el art. 575 que la servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión.

Pueden constituirse por título toda clase de servidumbres de vistas directas, como expresa el art. 576 CDFA y también el art. 585 Cc. -que ha perdido su función supletoria en el Código aragonés-, aunque no se ejerciten desde balcones o miradores en virtud de la libertad de pacto del Derecho aragonés (art. 3 CDFA), por lo que podrán adquirirse a favor de ventanas u otros huecos en fundo dominante. También pueden constituirse por signo aparente, por destinación del padre de familia en expresión clásica, (art. 566), pero despojado ya de la confusa remisión que al art. 541 Cc. realizaba el art. 145 Compilación, por lo que los signos aparentes de luces y vistas son únicamente los voladizos (arts. 548 y 574 CDFA).

El contenido legal de la servidumbre, a falta de otra determinación por título, consiste en que el titular del fundo dominante podrá disfrutar de las vistas sobre el predio colindante, con la consecuencia de que el titular del sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de la línea del voladizo, de acuerdo con el art. 546 CDFEA, o desde la línea exterior de la pared donde no los haya.

### **7. Servidumbres forzosas de paso y acceso a red general.**

La constitución forzosa de servidumbres (arts. 561.b y 565) se completa con la regulación de dos servidumbres concretas: la de paso y la de acceso a red general, siendo aplicable el Derecho civil estatal en otras posibles servidumbres legales.

El capítulo III (arts. 577 a 580) regula la servidumbre forzosa de paso. El derecho a exigir su constitución se extiende a los titulares de derechos reales posesorios (art. 562), y se requiere que se trate de una finca enclavada entre otras ajenas a la que se quiere acceder, y que carezca de salida o la salida sea insuficiente a una vía pública, pudiendo exigirse el paso por las fincas vecinas, pagando la correspondiente indemnización.

Los requisitos del art. 577 CDFEA son más flexibles que los del art. 564 Cc., ya que la constitución de la servidumbre puede exigirse cuando no haya salida a vía pública, pero también cuando tal salida sea insuficiente, considerando a tal efecto que la anchura y características de la servidumbre de paso serán «las adecuadas para la utilización normal de la finca dominante» (art. 577.3), y no el criterio más restrictivo de las que basten a las necesidades del predio dominante del art. 566 Cc., aunque en la determinación del punto de paso se tenga en cuenta el menor perjuicio o incomodidad a las fincas sirvientes compatible con el beneficio de la finca dominante (art. 577.2), en aplicación de la regla de ejercicio *civiliter* de las servidumbres (art. 557).

La constitución forzosa de la servidumbre de paso exige también el pago de la correspondiente indemnización y, aunque no se expresa -como hace el Código civil- que el pago sea previo, se deduce en el caso de resolución judicial (art. 565). En cuanto al montante de la indemnización, el art. 578 lo establece en función de si se constituye o no una vía permanente, estableciendo en el primer caso que la indemnización equivaldrá al valor del terreno que se ocupe y a los perjuicios que se ocasionen a la finca sirviente, mientras que si el paso no establece una vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que se ocasione.

Si el aislamiento de la finca se produce como efecto de adquisición de la finca por partición u otro título, se entiende que esta situación no puede

perjudicar a terceros colindantes, y por ello el art. 579 obliga al coparticipe o transmitente a facilitar el paso a la vía pública de la nueva finca enclavada sin derecho a indemnización, salvo pacto en contrario. Al ser una servidumbre forzosa, una causa de extinción es la señalada en el art. 580 al desaparecer la necesidad del paso por haber adquirido el titular de la finca dominante una finca colindante con vía pública, o en caso de abrirse una nueva vía de acceso, por lo que el titular de la finca sirviente podrá solicitar la extinción de la servidumbre «devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización».

En el capítulo IV, el art. 581 regula una nueva modalidad de servidumbre forzosa, la de acceso a red general, que cuenta con el precedente del art. 566-8 del Código catalán. Responde a las nuevas necesidades inmobiliarias con la finalidad de amparar el acceso a los servicios generales que se suministran a través de redes generales o de saneamiento. Pueden ser de saneamiento, agua, energía, comunicaciones y nuevas tecnologías de la información, y se añade una expresión abierta a otros servicios semejantes. Estas necesidades justifican la posibilidad de exigir coactivamente la constitución de la servidumbre de acceso a red general pagando, al igual que en la servidumbre forzosa de paso, la correspondiente indemnización.

El requisito para que pueda constituirse esta servidumbre es que el titular de la finca no tenga acceso a una red general y no pueda contar con dicha conexión de otro modo o por otro sitio que a través de las fincas contiguas sin ocasionarle unos gastos desproporcionados, pero aplicando también el principio del uso *civiliter* de las servidumbres, de tal forma que la conexión se realice por el punto menos perjudicial para las fincas gravadas y a la vez, si es compatible, por el más beneficioso para la finca dominante, con respeto –en todo caso– a la legislación aplicable al tipo de red.

## **8. Derechos de pastos y adempríos.**

Los «derechos de pastos y adempríos» se regulan en los arts. 582 a 587, que forman el Capítulo V del Libro IV. Suponen el desarrollo del art. 146 Compilación que, de forma comprimida, contenía un elenco de derechos de pastos y adempríos bajo el epígrafe «Alera foral y adempríos» y sustentaba el régimen jurídico de diversas servidumbres y comunidades de aprovechamientos. El nuevo Código distingue servidumbres y comunidades «para adaptarse mejor a la rica variedad y complejidad que muestra la experiencia» (Preámbulo, 41).

A. *La alera foral y otras servidumbres de pastos.* De los arts. 582 y 583 se deduce que la alera foral no es el único tipo de servidumbres de pastos en Aragón, pero es la única que tiene un especial régimen derivado de su regulación foral (art. 582.1). El art. 582 CDFA singulariza a la alera foral como “servidumbre de pastos de día”, expresando su límite foral temporal de ejercicio. Entre los caracteres que destaca FAIRÉN de la alera foral, podemos mencionar que es una servidumbre voluntaria, real, unilateral o recíproca, aparente o no, positiva, y con aspectos de Derecho público. Los caracteres básicos de la alera foral no se diferencian de los de su amplio régimen foral y de los deducibles de la definición doctrinal del profesor FAIRÉN, que tomaba en cuenta los elementos forales que permanecían en el siglo XX: «Conócese en Aragón con el nombre de alera foral cierta especialidad de pastos extendida por todo el Reino, caracterizada por el aprovechamiento por parte de los ganados de un pueblo, de los existentes en una parte del término de otro pueblo colindante, por donde ambos confrontan, y hasta sus eras: debiéndose ejercer tal derecho -que unas veces es recíproco y otras no- con sujeción a determinadas limitaciones, a fin de evitar abusos; limitaciones contenidas sintéticamente en el apotegma “de sol a sol y de era a era”», aunque la limitación espacial de las eras no es definitiva en la actualidad.

Se separan en el nuevo Código foral las fuentes de originación de la alera foral, que son las señaladas en el art. 583, de las fuentes de su régimen jurídico que son las indicadas en el art. 582.1, «se regirá por lo estatuido en el título, por la costumbre local o comarcal y por las concordias, pactos y otros actos jurídicos».

El art. 582 fija los elementos esenciales de la institución de pastos foral en la actualidad y aplica su régimen como supletorio a otras servidumbres de pastos con las que guarde semejanza (art. 582.2). Y el art. 583 reconoce la posible existencia de otras servidumbres prediales de pastos distintas de la alera foral y figuras afines, que han ido configurando regímenes particulares, modulados en su ejercicio por el título, la posesión y la costumbre, transformándose en otros derechos de pastos distintos, o que nacieron como servidumbres distintas (SATZ 23 mayo 1983, SAPH Huesca 20 noviembre 2000, SAPT 1 febrero 2005, entre las recientes).

Para todas las servidumbres de pastos, el art. 583 completa su régimen civil. Establece, en su apartado primero, las fuentes de originación de cualquier servidumbre de pastos, consignando que pueden constituirse por título o por usucapión. Del título no se establece que haya de ser escrito, como determinaban los arts. 16 Apéndice y 146 Compilación,

pero lo será generalmente y puede ser, en una rica variedad, de carácter judicial o contractual (FAIRÉN). Además del título escrito (documento), cabe incluir en el concepto la posesión inmemorial, como título presunto, de larga tradición foral.

En los extremos que no contemplen el régimen especial de las servidumbres de pastos, serán supletorias las disposiciones generales sobre servidumbres del Título II (arts. 551 a 571), que permite aplicar un régimen pacífico en Aragón. Por ejemplo, la redención forzosa de la alera foral y otras servidumbres de pastos era una institución que no casaba con los principios del Derecho aragonés, y que mantenía una jurisprudencia vacilante desde la STS 11 diciembre 1923 por aplicación supletoria de los arts. 603 y 604 Cc., pero que el nuevo Código excluye.

El apartado segundo del art. 583 permite cerrar la finca gravada por una servidumbre de pastos, siempre que habilite un acceso suficiente que permita el acceso del ganado que aprovecha la servidumbre. Y el apartado tercero establece la posible adquisición del derecho a abrevar como una servidumbre accesorias y vinculada a la de pastos, aunque puede ser también una facultad accesorias, por título o posesión, incluida en el contenido de la servidumbre.

*B. Los adempríos como derechos reales de aprovechamiento parcial.* Los tradicionales adempríos forales se configuran como derechos de aprovechamiento parcial, con una configuración semejante a las servidumbres personales, lo que facilita aplicarles un régimen propio en el art. 584 que complementa el general del art. 555.

Los adempríos pueden configurarse como derechos reales de aprovechamiento parcial (art. 584 CDFR) o como condominios (art. 586 CDFR), guardando un cierto parentesco con la institución de las corralizas de la ley 379 del Fuero Nuevo de Navarra. En la regulación aragonesa se establece como institución típica aragonesa los «adempríos», cuyos titulares son personas determinables o miembros de una comunidad vecinal que realizan un uso o aprovechamiento en finca ajena, por lo que no se establece como relación entre fincas. No se enuncian los usos o aprovechamientos posibles, y la referencia es a los derechos de pastos y leñas «y demás adempríos», expresión utilizada en el art. 146 Compilación, pero estos tradicionales derechos comprenden al menos los «adempríos» forales, que Miguel del MOLINO concretaba en los derechos de pastos, leñas, escalios (roturaciones), aguas y caza. La doctrina foral destacaba que los aprovechamientos en que consistían los adempríos se realizaban para las necesidades personales o de uso del hogar, como en el § 1091 del

Código civil alemán (BGB): «La extensión de una servidumbre personal limitada es determinada, en caso de duda, por las necesidades personales del titular del derecho».

En relación con el régimen jurídico, el art. 584, junto al título escrito como modo de constitución, menciona la posesión inmemorial, que ha suplido al título escrito en la doctrina foral aragonesa, por haberse perdido el título originario. Título escrito o posesión inmemorial determinan también el régimen jurídico de los adempios, estableciendo el art. 584.1 como fuente supletoria la costumbre y, en su defecto, se aplicará el régimen general de las servidumbres (art. 555).

El segundo apartado del art. 584 establece la presunción del carácter vitalicio de los adempios, salvo pacto en contrario, y esta presunción es de carácter indefinido en su duración para las comunidades, siguiendo la tradición foral aragonesa.

C. *Las comunidades*. La Sección II sobre comunidades regula fundamentalmente dos tipos de comunidad: la comunidad en mancomún, de "tinte" germánico, aplicable a un número amplio de mancomunidades aragonesas, y la comunidad *pro diviso* con la yuxtaposición de titulares dominicales sobre aprovechamientos ejercitados sobre la misma finca. No evita, sin embargo, la supletoriedad del Código civil para la comunidad *pro indiviso*, y parcialmente en otras comunidades, utilizando el prisma de los principios del Derecho aragonés y su posible compatibilidad (Preámbulo, 41).

a) *Mancomunidades*. El art. 585 CDEFA desarrolla algunos rasgos de las mancomunidades de pastos y adempios reguladas anteriormente en el art. 146 Compilación. La constitución de estas mancomunidades se produce por título, incluyendo el documental y la posesión inmemorial, y su régimen viene determinado por el título y por la costumbre, de acuerdo con el art. 587.

Existe comunidad por la concurrencia de titulares dominicales que comparten un aprovechamiento, o varios, en el terreno común y que benefician a todos los comuneros, y los aprovechamientos ejercitables no diferirán de los tradicionales adempios tratados en el artículo anterior. Tanto en la ley 377 de la Compilación navarra como en el precepto aragonés se reflejan algunos de los rasgos de la comunidad germánica, pero sin su pureza histórica, ya que no se permite ejercitar la acción de división, pero cabe el acuerdo unánime en contrario, y la imposibilidad de disposición unilateral no es absoluta sino sometida a la voluntad comunitaria. Ambos preceptos se refieren a la «parte» del comunero, lo que contradi-

ce la inexistencia de cuotas en la comunidad germánica pero es una indicación de la medida que corresponde a cada partícipe en caso de abandono o disolución de la comunidad.

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

b) *Las comunidades “pro diviso”*. El art. 586 regula las comunidades de aprovechamientos, de ademprios, como expresión de un condominio especial sobre el objeto, conocido doctrinal y jurisprudencialmente como “propiedad separada” o “propiedad dividida”, que sigue teniendo una cierta importancia para la vida de algunos pueblos. GARCÍA AMIGÓ considera la comunidad *pro diviso* como un condominio especial porque no corresponde a la comunidad ordinaria, consecuencia de la desintegración del dominio pleno en su objeto. Esta configuración permite hablar de la concurrencia de titulares dominicales sobre aprovechamientos de la finca, con derechos de propiedad independientes y autónomos, de idéntica naturaleza jurídica, que permitiría atribuir a todos los condóminos la titularidad de otros posibles aprovechamientos, distintos de los específicamente separados por los correspondientes derechos yuxtapuestos. Han vivido al amparo de la autonomía de la voluntad y del derecho consuetudinario, y la jurisprudencia del TS ha realizado un esfuerzo en delimitar los derechos separados que ofrece una enorme dificultad en la práctica expresando la naturaleza de la institución, y ha aplicado el retracto de comuneros por considerarla una relación jurídica análoga a la comunidad ordinaria del Código civil.

No se expresa que sea una comunidad indivisible al afirmar el principio de transmisibilidad y no el derecho de acrecer de los comuneros. La transmisión *inter vivos* o *mortis causa* requiere que los derechos sean de naturaleza privada. Se contempla la aplicación del retracto de comuneros, prefiriéndose al titular del aprovechamiento de la misma naturaleza que el enajenado, como en la ley 382 FN, pero sin considerar un aprovechamiento como principal, para propiciar la reducción del número de titulares.

En el apartado tercero, se requiere el acuerdo unánime de los copartícipes para dividir la comunidad, y supletoriamente por decisión judicial,

cuando considere el Juez gravemente lesiva la permanencia en la comunidad, como en las comunidades faceras (ley 387 FN), respondiendo a un criterio de equidad y permitiendo dar soluciones a distintas situaciones. La decisión de los comuneros, o judicial, también permite habilitar mecanismos para realizar la concentración de la propiedad, para mayor utilidad o rendimiento de la finca. No cabe, por otra parte, descartar otras causas de extinción como la renuncia de los comuneros.

c) *Régimen de las comunidades*. El art. 587 establece el régimen común de las comunidades en mano común y *pro diviso* de ademprios, que se originan por título escrito o posesión inmemorial, y que se rigen por el título y la costumbre local o general. El contenido y los límites del derecho vendrán también determinados en cada caso por el ejercicio del aprovechamiento que realice cada comunero, en toda la extensión que consienta el disfrute correspondiente al ejercicio de los demás titulares, y sujetos a los límites generales del ejercicio de los derechos (art. 7 Cc.). Como en la comunidad en mancomún pueden no existir cuotas de participación, cada comunero puede tener un derecho sobre el entero bien que solo está limitado por los idénticos derechos de los otros partícipes, y en la comunidad *pro diviso* la distribución de los aprovechamientos no se produce por cuotas, sino ejercitando cada titular una determinada faceta del disfrute como dueño, existiendo limitaciones recíprocas en el aprovechamiento de los respectivos derechos para no impedir o perjudicar el derecho del propietario yuxtapuesto (SSTS 22 enero 1953, 8 abril 1965 y 29 octubre 1993).

**BIBLIOGRAFÍA:** ALONSO Y LAMBÁN, M.: “Anotaciones a las Observancias 6<sup>a</sup> «De aqua pluviali arcenda» y 7<sup>a</sup> «De praescriptionibus»”, *Universidad*, 1960, págs. 606-662; ARGUDO PÉREZ, J. L.: “La delimitación de las mancomunidades de pastos aragonesas. Legislación y competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón”, *Derecho Agrario Español y de todas las Comunidades Autónomas. Congreso internacional e iberoamericano de Derecho Agrario*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, págs. 327-336; «Los derechos de pastos aragoneses de origen foral. (Competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón, legislación y últimas resoluciones judiciales)», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, V (1999), núm. 2, págs. 137-168; «Parte sexta. Las servidumbres en el Derecho aragonés», en *Tratado de servidumbres*, 2<sup>a</sup> ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 1249-1411; “Los derechos reales de aprovechamiento parcial en la Ley de Derecho civil patrimonial”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XVI (2010), págs. 177-211; BANDRÉS Y SÁNCHEZ CRUZART, J. M.: “Derecho de bienes. Artículos 143 y 144”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. 2º, EDERSA, Madrid, 1988, págs.193-234; DELGADO ECHEVARRÍA, J.: “Sentencia de 30 de octubre de 1983”,

C.C.J.C., núm. 3, septiembre-diciembre 1983, págs. 1041-1048; y “Sentencia de 3 de febrero de 1989”, C.C.J.C., núm. 19, enero-marzo 1989, págs. 159-167; FAIRÉN GULLÉN, V., *La Alera Foral*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1951; “El régimen de pastos de alera foral en la actualidad”, *Homenaje a la memoria de Don Juan Moneva*, E.D.A., Zaragoza, 1954, págs.303-319; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Parte séptima. Las servidumbres en el Derecho navarro», en *Tratado de servidumbres*, 2ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 1415-1565; *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, págs. 467-571; GARCÍA AMICÓ, M., “Condominio pro diviso o propiedad separada”, *RDP*, 1974, págs. 175-201; GUTIÉRREZ CELMA, G. y otros: “El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres”, *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, págs. 8-104; LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes”, *R.G.L.J.*, XXIX (1954), págs. 521-586; “La interpretación histórica y el Derecho aragonés de luces y vistas”, *A.H.D.E.*, 1961, págs. 187-194; “La aplicación de material vítreo a la construcción de luces y vistas”, *Temis. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza*, núm 22, 1967, págs. 57-62; LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A., *Elementos de Derecho Civil*, t. III. *Derechos reales*, vol. 2º, Madrid, Dykinson; LLÁCER MATAACÁS, M. R., «Parte cuarta. Relaciones de vecindad y derecho de servidumbre en el Libro Quinto del Código Civil Catalán», en *Tratado de servidumbres*, 2ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 819-1028; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. B.: “Un acercamiento al derecho aragonés de luces y vistas”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, I, 1995, nº 1, págs. 63-112; MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: “Artículos 145 a 148”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, págs. 235-262; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Parte primera. Régimen general de las servidumbres» y «Parte segunda. Las servidumbres legales», en *Tratado de servidumbres*, 2ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 65-770; SANCHO REBULLIDA, F. de A.: “Derecho de bienes. Relaciones de vecindad, servidumbres. Derecho de obligaciones. Del Derecho de Abolorio o de la Saca (Artículos 143 a 152 inclusive, de la Compilación)”, *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 26 (1967), págs. 195-218; “Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón”, *RCDI*, XLIV (1968), págs. 541-582.

## § 28. EL DERECHO DE ABOLORIO

*Aurora López Azcona*

### **1. Introducción.**

El derecho de abolorio constituye uno de los derechos familiares de adquisición preferente que rigen en la actualidad en algunos Ordenamientos Jurídicos territoriales españoles. Ello contrasta con la situación normativa del Derecho civil estatal donde no es posible encontrar manifestaciones legales similares, ya que el retracto gentilicio castellano, como otros retractos, fue excluido del Código civil, de acuerdo con la ideología propia del movimiento codificador.

En los Derechos civiles territoriales donde se regula esta institución se utilizan diferentes denominaciones para su identificación: derecho de abolorio en Derecho aragonés, retracto gentilicio en Derecho navarro, saca foral en Derecho vizcaíno y derecho de tornería en Derecho catalán, aunque circunscrito territorialmente al Valle de Arán. Obviamente, entre estos derechos existen importantes diferencias de regulación, siendo la saca foral vizcaína la que presenta mayores peculiaridades tanto en orden a su mecanismo de actuación como a sus efectos. En cualquier caso, todos ellos obedecen a la misma finalidad, que radica en evitar la enajenación de determinados bienes a personas extrañas a la familia de donde proceden.

### **2. Evolución normativa.**

El derecho de abolorio es una institución estrechamente vinculada a la tradición jurídica aragonesa.

En efecto, su primera regulación se encuentra en el Fuero (extenso) de Jaca, donde se configura como un derecho de tanteo y retracto subsidia-

rio a favor de los hermanos coherederos cuando, tras la disolución del consorcio foral, uno de ellos pretende vender o ya ha vendido la parte que le ha correspondido en la partición de la heredad familiar.

Con posterioridad se ocupa de la institución la Compilación de Huesca de 1247 (fueros 4º y 5º *De communi dividundo*), donde deja de contemplarse exclusivamente como una preferencia adquisitiva de antiguos miembros del consorcio foral para convertirse en un derecho de tanteo y retracto que se extiende a los parientes por la línea de procedencia de los bienes.

Durante el siglo XIX, el retracto gentilicio no se incorpora al Código civil, por lo que deja de regir en los territorios del llamado Derecho común. Por el contrario, los territorios con Derecho propio abogan por mantener sus preferencias adquisitivas familiares. Con todo, en lo que atañe al derecho de abolorio en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 se propone su supresión y en la Memoria de Franco y López no se incluye entre las instituciones aragonesas a conservar excepcionalmente. No obstante, superado este primer momento inmediatamente anterior a la aprobación del Código civil, el derecho de abolorio se incluirá en todos los Proyectos de Apéndice, así como en el propio Apéndice de Derecho foral de Aragón de 1925 (art. 77), si bien como mero retracto, eliminando la posibilidad de tanteo previo.

El mismo criterio favorable al mantenimiento del derecho de abolorio se adopta en la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 (arts. 149 a 152), aunque lo cierto es que su tenor definitivo, fruto de la Comisión General de Codificación, se separa notablemente de la redacción que propuso la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, la cual destacaba por su mayor superioridad técnica y por recoger con mayor acierto los perfiles propios de la institución. En cualquier caso, importa señalar que la Comp. ofrece una regulación de la institución más detallada que el Apéndice, estableciendo, además, importantes innovaciones de régimen jurídico. Como aspecto más significativo, recupera la posibilidad de ejercitar el derecho como tanteo y retracto subsidiario. Por añadidura, incorpora una norma preventiva frente la utilización abusiva del derecho, en tanto que reconoce a los órganos judiciales la facultad moderadora.

La aprobación de la CE en 1978 supone el inicio de una nueva etapa en el proceso de renovación del Derecho civil aragonés, toda vez que en su art. 149.1.8ª posibilita la asunción de competencias sobre "la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan". Al amparo de dicha

competencia, en fechas recientes las Cortes de Aragón han dotado al derecho de abolorio de una regulación bastante exhaustiva en virtud de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial. La importancia de esta Ley resulta indudable, ya que, tal y como puede leerse en su Preámbulo, con la misma “se culmina el el proceso de reformulación y actualización del Derecho civil aragonés” iniciado con la Lsuc. de 1999. En lo que aquí interesa, la LDCP, según declara expresamente su Preámbulo, opta por el mantenimiento del derecho de abolorio, ya que “responde a intereses y concepciones familiares dignos de protección”. Partiendo de esta premisa, ofrece una nueva regulación más detallada de la preferencia adquisitiva en sus arts. 54 a 64, presidida por el criterio de mantenerla con sus rasgos esenciales, tal como fueron fijados en la Compilación, y aclarar y completar aspectos debatidos en aras de la seguridad jurídica.

Transcurrido menos de un año, la LDCP ha sido refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el Código del Derecho Foral Aragonés aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Decreto Legislativo de 22 marzo 2011, pasando a integrar su libro IV bajo la rúbrica *Derecho patrimonial* (arts. 537 a 599). El régimen jurídico del derecho de abolorio se contiene, en concreto, en su título III, intitulado *Del derecho de abolorio o de la saca* e integrado por los arts. 588 a 598.

### 3. Concepto y naturaleza jurídica.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 588, el derecho de abolorio puede definirse como un derecho que, bajo determinadas condiciones, concede la ley a ciertos parientes para adquirir preferentemente inmuebles familiares cuando su dueño pretenda su enajenación o ya los haya enajenado a extraños o parientes en grado posterior.

La naturaleza jurídica del derecho de abolorio viene especificada en el mismo precepto, en cuanto que lo incluye en la categoría de los derechos de adquisición preferente y, más concretamente, en la de los de origen legal. A partir de su inclusión en la categoría genérica de los derechos de adquisición preferente, el CDFA lo configura como un derecho con dos posibles fases de ejercicio que, en principio, se articulan de modo subsidiario: el tanteo y el retracto, en función de que la enajenación de los bienes haya sido (o no) efectuada.

Así, el derecho de abolorio es ejercitable como tanteo cuando el dueño notifique fehacientemente a sus parientes su intención de enajenar a un tercero bienes de abolorio, así como las condiciones esenciales de la enajenación proyectada. Según resulta del art. 594.2, tal notificación no se

trata de un mero aviso del propósito de enajenar a un tercero, sino que se configura como una verdadera oferta de carácter vinculante y, por ende, irrevocable durante el plazo que tienen los parientes notificados para ejercitar el tanteo.

En cambio, en fase de retracto, el derecho de abolorio, en principio, sólo es susceptible de ejercicio subsidiario, esto es, en el caso de haber sido vulnerado en fase de tanteo, lo que sucederá, de acuerdo con el art. 594.4, no sólo en el supuesto de ausencia de notificación de la intención de enajenar, sino también cuando la notificación haya sido incompleta o carezca de *fehaciencia* o cuando la enajenación se haya efectuado en condiciones diferentes a las notificadas. Asimismo, con arreglo al art. 594.2, puede hablarse de vulneración de tanteo cuando, una vez efectuada la notificación previa a los parientes, el dueño proceda a la enajenación de los bienes de abolorio sin que haya transcurrido el plazo del tanteo.

Por contra, si los parientes fueron notificados previamente de la enajenación proyectada y dejaron transcurrir el plazo del tanteo sin ejercitarlo, de efectuarse la enajenación en el año siguiente a la notificación previa en idénticas condiciones a las notificadas, aquellos no podrán ejercitar el retracto, porque en tal caso no habrá habido vulneración del tanteo, sino renuncia al mismo y, por ende, al retracto. En cambio, si la enajenación se lleva a cabo transcurrido un año desde la notificación previa, podrá ejercitarse el retracto, aunque propiamente no haya habido vulneración del tanteo, en cuanto que el art. 594.3 limita la eficacia de la notificación previa al plazo de un año.

#### **4. Estatuto aplicable.**

El CDEFA delimita el ámbito de aplicación del derecho de abolorio, cuestión ésta no contemplada en la anterior regulación, lo que generó no poca confusión en la práctica. En concreto, el legislador aragonés ha optado por el estatuto territorial, que requiere la ubicación en Aragón de los inmuebles de abolorio (art. 589.1). No exige, sin embargo, la vecindad civil aragonesa de los titulares del derecho, sino que, por contra, el art. 590.1 lo reconoce a ciertos parientes del enajenante, "cualquiera que sea su vecindad civil".

#### **5. Elementos constitutivos.**

*A. Elementos personales.* Desde una perspectiva subjetiva, en el derecho de abolorio -al igual que en todos los derechos de adquisición preferente- debe distinguirse, por una parte, el titular del derecho o sujeto activo y, por otra, la persona contra quien debe ejercitarse el derecho o legitimado pasivo.

a) *Titulares del derecho*. El art. 590.1 CDFR reproduce la previsión del art. 149.1 Comp., según la cual eran titulares del derecho de abolorio los parientes colaterales del enajenante hasta cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes. No obstante, como novedad, reconoce, asimismo, legitimación a los parientes en línea recta, tanto ascendientes como descendientes, si bien en términos muy restrictivos.

a') *Los colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes*. El art. 590.1 mantiene la legitimación de los parientes colaterales con los mismos condicionantes que contemplaba la Comp. Así, de una parte, fija el cuarto grado como límite de parentesco entre aquéllos y el enajenante; y, de otra, exige su pertenencia a la línea familiar de donde proceden los bienes, lo que se justifica en atención a la finalidad perseguida por este derecho, que no es otra que la de mantener los bienes en la familia de origen, entendiendo por tal los parientes pertenecientes a la misma línea parental.

b') *Los ascendientes, respecto de los bienes de abolorio que hayan donado al enajenante*. Junto a los colaterales hasta el cuarto grado, el art. 590.1 reconoce el derecho de abolorio a los ascendientes del enajenante, aunque de modo muy limitado, toda vez que, por aplicación de la regla del recobro de liberalidades del art. 524, únicamente les faculta para ejercitarlo respecto del bien o bienes de abolorio que hayan donado al enajenante, cuando éste pretenda enajenarlos o ya los haya enajenado.

c') *Los descendientes mayores de catorce años titulares de bienes de abolorio*. También los descendientes del enajenante han sido incorporados novedosamente a los titulares el derecho, pero siempre que reúnan dos requisitos adicionales a que se refiere el art. 590.1. El primero de ellos tiene que ver con la edad, ya que se exige que sean mayores de catorce años, presupuesto éste con el que parece se pretende evitar fraudes de ley en la representación de los hijos por los progenitores en el ejercicio del derecho, pero cuya adecuación al principio de igualdad puede cuestionarse, al no existir una restricción similar para los restantes titulares. Por añadidura, han de ser titulares de bienes de abolorio de idéntica procedencia a la de los bienes enajenados, requisito que, igualmente, resulta cuestionable, al no afectar a los demás titulares del derecho y que *de facto* limita considerablemente las posibilidades de ejercicio del derecho por parte de los descendientes.

d') *Naturaleza del parentesco*. En orden a la naturaleza del parentesco, resulta claro, sin necesidad de mención legal expresa, que sólo el parentesco consanguíneo legitima el ejercicio del derecho de abolorio, de

acuerdo con la propia finalidad del derecho que no es otra que la conservación de los inmuebles en su familia de origen. Por tanto, quedan excluidos de su ejercicio los parientes afines del enajenante y, en particular, su cónyuge.

Por añadidura, a los efectos del derecho de abolorio resulta indiferente la naturaleza matrimonial o no matrimonial, biológica o adoptiva del parentesco, en atención al principio de igualdad de las filiaciones que rige en nuestro país desde la CE de 1978 y que recogió expresamente el Derecho aragonés en virtud del art. 53 LDper. (actual art. 56 CDFa).

e') *Concurrencia de titulares*. Puede suceder que dos o más parientes concurren en el ejercicio del derecho de abolorio frente a una misma enajenación, debiendo determinarse el criterio de atribución de los bienes. El art. 590.2 resuelve este conflicto, atribuyendo preferencia a los descendientes frente a cualquier otro titular del derecho de abolorio. Planteándose la colisión entre varios descendientes, el Código aragonés acude al criterio de proximidad de parentesco con el enajenante. En defecto de descendientes y únicamente respecto de aquellos bienes de abolorio que hayan sido donados al enajenante por un ascendiente o hermano, será preferido el donante. El tercer lugar en este orden jerárquico corresponde al pariente colateral más próximo del enajenante por la línea de los bienes. Finalmente, en caso de concurrir en el ejercicio del derecho parientes de igual grado, el CDFa da prioridad al primero en ejercitarlo.

b) *Legitimado pasivo*. El derecho de abolorio, en atención a su eficacia *erga omnes*, ha de actuarse contra el dueño actual de los bienes, siendo decisivo el momento en que se ejercite; esto es, en fase de tanteo su titular debe dirigirse contra el pariente dueño de los bienes cuya enajenación pretende y en fase de retracto, contra el adquirente de los mismos. De acuerdo con la jurisprudencia (SAP de Zaragoza de 23 junio 1989 y SAP de Huesca de 7 junio 1993), tras la enajenación no es necesario retraer contra el enajenante.

Si dentro de los plazos de ejercicio del derecho en fase de retracto se han producido sucesivas transmisiones del inmueble o inmuebles en litigio tras la originadora de aquél, la jurisprudencia exige demandar conjuntamente al primer adquirente y a todos los posteriores, siempre que se tenga conocimiento de su existencia ya sea en el momento de la presentación de la demanda o durante el periodo expositivo del juicio, originándose de este modo una situación de litisconsorcio pasivo necesario (SAT de Zaragoza de 28 abril 1970 y SAP de Huesca de 4 abril 1992). Por añadidura, interesa advertir que, a efectos de la operatividad del derecho de

abolorio, resulta indiferente que los subadquirentes tengan la condición de terceros hipotecarios, toda vez que, con arreglo al art. 37.3º LH, el retracto legal afecta a los terceros adquirentes, aunque estén protegidos por la fe pública registral que consagra el art. 34 LH.

En cualquier caso, cuando el derecho de abolorio se ejercite en fase de retracto, el art. 588 supedita su viabilidad a que la enajenación se verifique a favor de “quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes”. Esta fórmula legal debe interpretarse en el sentido de que el derecho de abolorio podrá prosperar cuando el adquirente sea una persona ajena a la familia de donde provienen los bienes (incluidos los parientes afines), un pariente consanguíneo de distinta línea a la de los bienes o un pariente consanguíneo de la misma línea en quinto o ulterior grado. Por el contrario, no será factible frente al adquirente que sea pariente en línea recta o colateral del enajenante dentro del cuarto grado por la línea de los bienes, y ello aunque el retrayente sea pariente del enajenante en grado más próximo.

*B. Elementos objetivos.* a) *Bienes objeto del derecho.* a') *Bienes de abolorio.* En atención a lo dispuesto en el art. 589, tres son los elementos que delimitan la condición de los bienes de abolorio: su naturaleza inmobiliaria, la procedencia familiar y la necesaria ubicación en Aragón.

La restricción a los inmuebles, procedente del Derecho histórico, se encuentra plenamente justificada, ya que tales bienes continúan poseyendo en la actualidad las notas de afección e identificabilidad familiar que requiere el objeto de la institución. Los bienes muebles quedan, por consiguiente, excluidos del derecho de abolorio. No obstante, no todos los bienes inmuebles están sujetos al derecho de abolorio, toda vez que el art. 589.1, con ánimo de evitar el uso especulativo del derecho, circunscribe su objeto a los inmuebles de naturaleza rústica y a los edificios o parte de ellos.

El segundo requisito a cumplir por los bienes es el relativo a su procedencia familiar, requisito también presente a lo largo de toda la historia de la institución. En concreto, el art. 589.1 exige para poder calificar los inmuebles de abolorio su permanencia en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del enajenante. Acto seguido, el mismo precepto en su aptdo. 2º clarifica el significado que debe darse a esta expresión legal: “se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que sea el número de trans-

misiones intermedias". Del precepto transcrito resulta, por consiguiente, que la condición de abolorio se predica de los inmuebles que hayan sido incorporados a la familia, al menos, por el abuelo del enajenante o por un pariente de la generación del mismo -esto es, un tío abuelo- y ulteriormente no hayan salido de la familia hasta la enajenación originadora del derecho de abolorio, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias. En cualquier caso, en atención a los términos en que se expresa el art. 589.1, resulta indiferente el título en virtud del cual haya recibido los bienes el enajenante ("cualquiera que sea el título de adquisición inmediato"), así como el pariente que se los haya transmitido, siempre que pertenezca a la línea de los bienes ("cualquiera que sea su procedencia inmediata").

Como tercer y último requisito, el art. 589.1 exige explícitamente la necesaria ubicación de los inmuebles en Aragón, delimitando así el ámbito de aplicación del derecho de abolorio.

b') *Enajenación de cuota indivisa y de pluralidad de inmuebles.* También en relación a los bienes objeto del derecho, el CDFA ofrece solución legal a dos cuestiones hasta ahora carentes de regulación y que habían planteado no pocos problemas en la práctica. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de ejercitar el derecho de abolorio sobre cuotas indivisas de bienes de abolorio, ya lo sean en su totalidad o parcialmente; y la segunda, al ejercicio del derecho en las enajenaciones de pluralidad de inmuebles.

La primera de las cuestiones enunciadas es resuelta por el art. 592 en sentido favorable al ejercicio del derecho de abolorio, siempre que se enajene, no la totalidad del inmueble, sino una o varias porciones indivisas -entiéndase familiares-. Por el contrario, cuando se enajene la totalidad del inmueble, habrá de ejercitarse el derecho sobre todo él. Con esta fórmula se trata de evitar situaciones de comunidad de bienes no existentes de antemano, adoptando así el criterio de la jurisprudencia (STS de 17 febrero 1954). Ahora bien, admitida la posibilidad de ejercitar el derecho sobre cuota indivisa, de concurrir en tal caso el derecho de abolorio con el retracto de comuneros, el art. 498 otorga prioridad a éste último.

Asimismo, el CDFA fija unas pautas de ejercicio del derecho de abolorio para el supuesto de que se enajenen una pluralidad de inmuebles. En concreto, el art. 593 admite el ejercicio del derecho sobre alguno o algunos de los bienes de abolorio enajenados (por tanto, no necesariamente sobre todos los bienes de abolorio objeto de transmisión) y ello aunque la contraprestación sea única.

b) *Enajenaciones originadoras*. La efectividad del derecho de abolorio, en su doble condición de tanteo y retracto, presupone que el actual dueño de los inmuebles familiares proyecte su enajenación a favor de una persona distinta del titular de aquel derecho o que ésta ya haya sido consumada. Pues bien, en orden a las enajenaciones que dan lugar al derecho de abolorio, el art. 591, ha optado, en línea con sus antecedentes normativos, por una fórmula muy restrictiva, permitiendo únicamente su ejercicio “en toda venta o dación en pago”. De la literalidad del precepto resulta, por consiguiente, la exclusión de cualquier otra enajenación onerosa diferente a las mencionadas legalmente -en particular, de la permuta salvo que encubra una venta-, así como de las transmisiones gratuitas, ya sean *inter vivos* o *mortis causa*.

Por añadidura, el art. 591 incorpora una previsión específica en la que, de modo coincidente con la jurisprudencia (STSJ de Aragón de 26 abril 2002), se admite la viabilidad del derecho en las enajenaciones forzosas, ya sean verificadas mediante subasta judicial o extrajudicial, o mediante las otras formas de realización de bienes en procedimiento de apremio que contempla el art. 636 Lec. En las expropiaciones forzosas, sin embargo, no resulta posible el ejercicio de esta preferencia adquisitiva, al estar subordinada la enajenación a la correspondiente causa de utilidad pública o interés social.

c) *Elementos formales*. El ejercicio del derecho de abolorio se encuentra condicionado a los requisitos de índole formal que prescriben los arts. 594 y 595.1 y 2: plazo, y entrega o consignación del precio.

A las dos formalidades precitadas, exigibles tanto judicial como extrajudicialmente, ha de añadirse otra específica que sólo debe observarse cuando se actúe el derecho en vía judicial: la justificación documental del título en que se funde el retracto, así como de la consignación o caución prestada, prevista en el art. 595.3.

a') *Plazos de ejercicio*.

El art. 594 distingue a efectos del plazo de ejercicio entre las dos fases de ejercicio del derecho, esto es, el tanteo y el retracto.

i) *Plazo de ejercicio en fase de tanteo*. De acuerdo con el aptdo. 1º del mencionado precepto, el plazo de ejercicio del derecho en fase de tanteo es de treinta días, a contar desde la notificación fehaciente de la intención de enajenar, sin que pueda atribuirse este carácter a la notificación verbal o telefónica (SAP de Zaragoza de 23 junio 1989 y SAP de Huesca de 14 enero 1991) ni tampoco a la verificada por carta, salvo que así se admita

por el ejercitante del derecho de abolorio (SAT de Zaragoza de 16 abril 1970). Asimismo, dicha notificación ha de ser completa, en el sentido de que debe expresar “el precio y las demás condiciones esenciales del contrato”, por lo que no puede aceptarse la manifestación, aún pública, de la intención futura de enajenar sin precisar precio ni condiciones (SSAP de Huesca de 4 marzo 2005 y de 2 febrero 2006).

En cualquier caso, tal notificación previa a la enajenación no se configura legalmente como una obligación jurídica en sentido estricto, sino más bien como una carga para el dueño que pretende enajenar, toda vez que su no realización sólo implicará que no empezará a correr el plazo del tanteo y que, adicionalmente, quedará abierta la posibilidad de ejercer el retracto en el caso de consumarse la enajenación.

Con todo, el art. 594.2 prevé que, una vez realizada la notificación previa, el dueño que pretende enajenar quedará obligado frente al pariente o parientes destinatarios de aquélla durante los treinta días que tienen éstos para ejercitar el tanteo, aunque desista de su intención de enajenar. Tal previsión parece que debe ser interpretada en el sentido de que el titular o titulares del derecho que hayan sido notificados de la intención de enajenar podrán exigir al dueño que efectúe la enajenación a su favor en las condiciones notificadas y ello aunque éste haya desistido de su intención de enajenar. No parece, sin embargo, que el hecho de realizar la notificación previa prive al notificante de la facultad de enajenar a quien quiera y en las condiciones que quiera antes de que transcurra el plazo del tanteo, si bien en este caso el pariente o parientes notificados podrán ejercitar el derecho en fase de retracto, entiendo que en las condiciones notificadas, aunque la enajenación se haya realizado en condiciones diferentes.

Por añadidura, el CDFA fija un límite temporal a la eficacia de la notificación previa, toda que en su art. 594.3 dispone que los efectos de la misma caducarán si la enajenación proyectada no se realiza en el plazo de un año. De ello resulta que, de efectuarse la enajenación una vez transcurrido este plazo, los parientes previamente notificados podrán ejercitar el retracto, aunque propiamente no haya habido vulneración del tanteo.

ii) *Plazos de ejercicio en fase de retracto.* El art. 594.4 contempla dos plazos de ejercicio del derecho en fase de retracto, en función de que la enajenación haya sido (o no) notificada fehacientemente a los titulares del derecho.

En concreto, el art. 594.4.a. dispone que, cuando se notifique fehacientemente la enajenación, con indicación del precio y demás condiciones esenciales del contrato, el plazo de ejercicio del retracto será de treinta

días. Dos son, por tanto, los requisitos a cumplir por la notificación para que determine el inicio del cómputo de los treinta días: que sea fehaciente y completa; requisitos coincidentes con los exigidos a la notificación previa que determina el ejercicio del tanteo.

En defecto de notificación de la enajenación o si ésta carece de *fehaciencia*, es incompleta o incorrecta, el art. 594.4.b. concede un plazo más amplio de noventa días, a contar desde el conocimiento por parte del retrayente de la enajenación y de sus condiciones esenciales, ya sea por los medios de información previstos en la legislación hipotecaria, en el caso de inscripción registral de la enajenación, o por cualquier otro medio. Se prescinde así de la inscripción registral que contemplaba adicionalmente el antiguo art. 150 Comp. para fijar como único *dies a quo* aquél en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales. Esta opción, en principio, parece adecuada, por cuanto la inscripción registral se trata de una publicidad formal que no garantiza necesariamente el conocimiento de la enajenación por los titulares del derecho de abolorio, pero no por ello puede obviarse la problemática, principalmente de índole probatorio, que genera el criterio del conocimiento.

iii) *Plazo máximo de caducidad.* Junto a los plazos de treinta y noventa días, el art. 594.5 establece, por razones de seguridad jurídica, un plazo máximo de caducidad de dos años a contar desde la consumación de la enajenación. Ello significa que, una vez agotado este límite temporal, el derecho se extingue automáticamente sin distinción de hipótesis; es decir, siendo irrelevante que con posterioridad la enajenación sea notificada fehacientemente al pariente o conocida por aquél e, incluso, aunque ésta haya sido ocultada maliciosamente a los titulares del derecho de abolorio.

iv) *Naturaleza de los plazos.* Según clarifica el art. 594 en sus aptdos. 1º y 4º, los plazos mencionados son de caducidad y, por consiguiente, no admiten interrupción alguna. Asimismo, son plazos de naturaleza civil, de tal manera que, de acuerdo con el art. 5 Cc, habrán de contarse desde el día siguiente, incluyéndose en su cómputo tanto los días hábiles como los inhábiles.

b') *El pago o consignación del precio.*

La segunda formalidad esencial para el ejercicio del derecho de abolorio, ya se ejercite en fase de tanteo o retracto, viene constituida, en atención a lo dispuesto en el art. 595. 1 y 2 por el pago o consignación del precio.

El pago o la consignación debe verificarse dentro de los plazos de ejercicio del derecho (art. 595.1) y en favor del actual propietario (STS de 5 julio 1980). La cuantía a entregar es el precio de venta -o el importe de la

deuda en la dación en pago-, no el valor real del inmueble vendido (SAT de Zaragoza de 14 enero 1981). La consignación podrá realizarse no sólo en metálico, sino también a través de un medio de garantía como es el aval cambiario o el cheque conformado (art. 595.1).

En todo caso, el cumplimiento de este requisito se supedita al conocimiento por parte del ejercitante del derecho de abolorio del precio de venta o, en general, de la contraprestación pactada. En cambio, si lo desconoce, cumple, a efectos del ejercicio del derecho, con consignar o garantizar el precio en que estime que se ha verificado la enajenación, aunque el Juez podrá ordenarle que complete la cantidad consignada o garantizada si la considera insuficiente (art. 595.2).

Por lo demás, quedan excluidos de la consignación los gastos útiles y necesarios hechos en la cosa vendida y los gastos del contrato que prevé el art. 596.2. En efecto, aunque dichos gastos deban reembolsarse al adquirente en caso de ejercitarse con éxito el derecho de abolorio, no constituyen objeto de la consignación (STSJ de Aragón de 22 enero 1990 y SAP de Huesca de 17 octubre 1996).

*c') Documentos a aportar con la demanda.*

Conforme a lo dispuesto en el art. 595.3, la demanda debe acompañarse de un principio de prueba documental que acredite la condición de pariente del actor y el origen familiar de los inmuebles objeto del derecho, para así evitar demandas infundadas.

Del mismo precepto resulta la obligación de acompañar con el escrito de la demanda el documento que justifique la consignación del precio o la prestación de la garantía. Con ello se pretende garantizar al demandado que será reembolsado de las cantidades a que se refiere el art. 596.2, en caso de prosperar la demanda.

En cualquier caso, la aportación de los documentos indicados se requiere como requisito de admisibilidad de la demanda, de tal modo que, por aplicación de los arts. 269.2 y 403.3 Lec., su falta de presentación conllevará la inadmisión a trámite de toda demanda de derecho de abolorio.

## **6. Efectos.**

*A. Efectos comunes a todos los derechos de adquisición preferente.* Válidamente ejercitado el derecho de abolorio en tiempo y forma se derivan los efectos propios de los derechos de adquisición preferente, concretamente en sus modalidades de tanteo y retracto. Tales efectos se encuentran regulados en el art. 596.1 y 2.

En cuanto derecho de adquisición preferente, el principal efecto que genera el derecho de abolorio es de carácter adquisitivo, produciéndose la adquisición de la propiedad del inmueble o inmuebles familiares por parte del ejercitante en las mismas condiciones en que se han pretendido enajenar o ya se han enajenado; efecto al que se refiere el art. 596.1. De ello resulta que el retrayente sólo estará obligado a soportar las cargas y gravámenes constituidos sobre el bien o bienes de abolorio antes de consumarse la enajenación, pero no los que imponga posteriormente el adquirente.

Adicionalmente, el ejercitante del derecho de abolorio debe satisfacer al adquirente los gastos ocasionados por el contrato transmisivo, siempre que se haya hecho cargo de los mismos y, junto a éstos, los gastos necesarios y útiles que el adquirente haya efectuado en el bien o bienes adquiridos (art. 596.2).

*B. Efecto específico del derecho de abolorio: la prohibición de disponer del bien adquirido por derecho de abolorio.* Como efecto singular del derecho de abolorio, el art. 596.3 establece una prohibición legal de enajenar por acto voluntario *inter vivos*, ya sea a título oneroso o gratuito, el inmueble adquirido por derecho de abolorio durante un plazo de cinco años, incluso a parientes, y salvo que se llegue a una situación de "peor fortuna". La naturaleza imperativa de la norma la convierte en indisponible y conlleva como sanción a su cumplimiento la nulidad de la enajenación, salvo que se trate de una enajenación forzosa o voluntaria *mortis causa*.

## **7. La renuncia.**

Otra de las cuestiones que resuelve novedosamente el CDFA es la relativa a la renuncia del derecho de abolorio. En concreto, el art. 597 reconoce la validez de la renuncia previa y genérica del derecho de abolorio, esto es, sin contemplación a una determinada enajenación, aunque debe estar referida necesariamente a bienes de abolorio concretos. Dicho precepto no arbitra, sin embargo, un mecanismo de notificación o publicidad de la renuncia, lo que quizá hubiese sido aconsejable por razones de seguridad jurídica, para evitar así que la renuncia quede al arbitrio del renunciante.

## **8. Colisión con otros derechos de adquisición preferente.**

El derecho de abolorio puede concurrir con otros derechos de adquisición preferente en su ejercicio sobre un mismo bien, originándose una colisión de titularidades que encuentra solución en el art. 598. En este

punto el CDFA ha optado por desvincularse de la fórmula del antiguo art. 152 Comp. que atribuía preferencia absoluta al derecho de abolorio sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente, para supe-ditarlo tanto a los derechos de adquisición preferente reconocidos a los entes públicos como al retracto de comuneros. Este nuevo orden de pre-lación resulta, a mi juicio, plenamente fundado. Así, la prioridad de los derechos de adquisición correspondientes a los entes públicos es incues-tionable, habida cuenta de la preminencia que, entiendo, ha de darse, en todo caso, al interés público que subyace en el reconocimiento de tales preferencias adquisitivas. Por su parte, la prevalencia otorgada al retrac-to de comuneros también se encuentra justificada, en atención a la finali-dad que inspira esta modalidad de retracto. Y es que de concurrir un pa-riente y un comunero en la venta de cuota o cuotas indivisas de bienes de abolorio, parece razonable dar preferencia al comunero al objeto de favo-recer la salida de la indivisión.

**INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA:** GARCÍA CANTERO, G., “El derecho de abolorio en Aragón”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 25, 1998, págs. 151-243; DOMÍNGUEZ PÉREZ, M. “La facultad moderadora y la finalidad del derecho de abolorio”, en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Jus-ticia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 115-121; LÓPEZ AZCONA, A., *El derecho de abolorio*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007, y “El derecho de abolorio en la Ley de Derecho Civil Patrimonial”, en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, págs. 75-114; MA-ZANA PUYOL, J. “El elemento objetivo del derecho de abolorio: Sobre qué bienes recae. Análisis del artículo 53 de la Ley de Derecho Civil Patrimonial de Aragón”, *idem*, págs. 123-130; MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *El derecho de abolorio aragonés*, Insti-tución Fernando el Católico, Zaragoza, 1980; SÁINZ DE VARANDA, R., “El retracto gentilicio”, *Anuario de Derecho Aragonés*, t. III, 1946, págs. 223-335; y VV.AA., *Memento experto: Derecho foral de Aragón*, Eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 577-592.

## § 29. LOS CONTRATOS DE GANADERÍA

*Aurora López Azcona*

### **1. Introducción.**

En Aragón, hasta fechas muy recientes y en comparación con otros territorios, la agricultura y la ganadería han ocupado un papel central en la economía, por lo que resulta lógico que el Ordenamiento civil aragonés haya acogido y acoja regulaciones que tienen por objeto relaciones jurídicas vinculadas a actividades agropecuarias.

En efecto, al amparo de la libertad de pactos se han formalizando a lo largo del tiempo numerosos contratos, con una gran riqueza de variedades y tipologías, en materia de ganadería. La utilización reiterada de estos contratos por los aragoneses ha cristalizado en una serie de usos y prácticas que han pasado a formar parte del Derecho consuetudinario, cuya importancia en el sistema de fuentes constituye, como resalta Joaquín Costa en su obra *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, uno de los ejes del Derecho aragonés y una de sus señas de identidad.

### **2. Antecedentes.**

Tal y como se ha señalado en el epígrafe anterior, el Derecho aragonés sobre contratos de ganadería tiene fundamentalmente base consuetudinaria, de manera que los diversos contratos acuñados con el paso del tiempo han permanecido prácticamente al margen del Derecho escrito.

*A. El Cuerpo legal de Fueros y Observancias.* Desde esta perspectiva, resulta significativo que los Fueros y Observancias se ocupasen únicamente de solventar ciertas cuestiones referidas a determinados tipos contractuales. En particular, el fuero único *Commodati* y el fuero 2º *Locati et*

*Conducti*, ambos de 1247, establecían en materia de comodato y arrendamiento de bestias unas normas de responsabilidad para el supuesto de pérdida del animal prestado o alquilado. Por su parte, la observancia 9ª *De Privilegio Generali*, en relación a la compraventa de bestias, formulaba la regla de la irrevindicabilidad de la bestia comprada en feria.

B. *El Apéndice Foral de Aragón de 1925*. La derogación del Cuerpo de los Fueros y Observancias por el Apéndice foral de Aragón de 1925 supuso la introducción de una regulación general relativa a los contratos de ganadería. En efecto, posiblemente por influjo de Costa -quien en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 había defendido la inclusión en un futuro Código Civil aragonés del régimen de los contratos de ganadería- los redactores del Apéndice incorporaron un precepto de amplio contenido sobre esta materia.

En concreto, el Apéndice dedicó a los contratos de ganadería su artículo 77, integrado por dos párrafos. El primero, en el que se fijaba, de modo prácticamente idéntico a la legislación actual, las normas de regulación de este tipo de contratos. Así, se establecía que, en defecto de pacto expreso, estos contratos se regirán por “los usos consuetudinarios que tengan actual observancia en el lugar de cumplimiento” del contrato y, subsidiariamente, por “las normas ordinarias de la ley común”.

El segundo contenía una enumeración descriptiva de diversos contratos de ganadería, a los que había de aplicarse el sistema de fuentes del párrafo anterior. Lo criticable de este precepto radica en que formulaba una lista cerrada de tipos contractuales -sin duda, inspirada en el Proyecto de Apéndice de 1904 elaborado por Gil Berges-, en la que quedaban excluidos otros contratos que se venían celebrando, asimismo, en Aragón, tales como el ejercicio mancomunado de la ganadería del que se había ocupado Costa en su obra *Derecho consuetudinario y economía popular de España*. Esta exclusión suponía, en consecuencia, la existencia de dos tipologías de contratos de ganadería en Aragón, cada una con su propio sistema de fuentes, toda vez que, en una interpretación literal del precepto, sólo se sujetarían al sistema de fuentes del párr. 1º del art. 77 los contratos expresamente contemplados en el párr. 2º.

En cualquier caso, interesa dar cuenta de los tipos contractuales acogidos expresamente por el Apéndice, debido a que, como se verá, la regulación vigente en la materia es mucho más sucinta, ya que no incluye relación alguna. A estos efectos y en atención a la sistemática del Proyecto de 1904, los contratos enunciados en el Apéndice pueden ser clasificados en función de su pertenencia (o no) a la categoría de la aparcería pecuaria.

Son aparcerías pecuarias: 1) la *aparcería de ganados destinados a la reproducción*: contrato por el cual el dueño de reses de vientre las entrega a otro para que las cuide y destine a la reproducción, repartiéndose entre ambos las crías. 2) la *aparcería de ganados susceptibles de granjería*: contrato por el cual el dueño de un ganado lo entrega a un aparcerero para que lo alimente y lo conserve hasta su venta, bajo condición de repartir el precio obtenido de su venta. 3) la *tornayunta*: contrato en virtud del cual dos agricultores propietarios cada uno de una res de labor se la prestan alternativamente para formar una yunta (pareja) y así poder labrar sus tierras respectivas. 4) la *conyunta* presenta dos variantes: en una primera modalidad, el dueño de un animal de labor lo cede a otro individuo, dueño de otro animal de igual clase, para que, formando pareja, utilice ambos todo el año, salvo determinado número de días que deberá labrar las fincas del cedente; también se contrae conyunta cuando varios condueños de una bestia de labor se asocian con quienes poseen otro animal en idénticas condiciones para constituir yunta, distribuyéndose los días de trabajo en proporción a la cuota que tiene cada uno en la propiedad del animal.

Otros contratos diferentes a la aparcería pecuaria son: 1) el *arrendamiento de ganado*: contrato por el cual el dueño de un animal de labor, montura o tiro cede su uso a otra persona a cambio de precio o prestación de servicios. 2) la *dación como préstamo a diente o a mota*: contrato por el que el dueño de reses lanares o cabrías entrega a otra persona un cierto número de reses para que las destine a lo que tenga por conveniente, con la obligación de retribuir anualmente al dueño en dinero o en especie y de devolverle, al finalizar el contrato, el mismo número de reses de igual edad y condiciones o el valor de éstas. 3) el *seguro mutuo de ganado*: contrato por el cual varios propietarios de ganado vacuno apto para la labor se obligan a responder mancomunadamente de la pérdida o siniestro que cada uno de ellos pueda sufrir en sus respectivas cabezas de ganado. 4) el *pupillaje de animales, conlloc o invernil*: contrato por el cual el dueño de ganado caballar, mular o vacuno de recría que carece de hierba o heno para alimentarlo en los establos durante el invierno confía su cuidado a otra persona que dispone de pienso abundante, pagándole por el pupillaje una cantidad determinada.

C. *La Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967*. En la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 la materia de los contratos de ganadería se regulaba en el art. 153, precepto que se limitaba al establecimiento de su sistema de fuentes, sin que se procediese a enumerar o definir contrato alguno, en un planteamiento diferente al del Apéndice.

La concreta opción del legislador en este punto merece algún comentario, habida cuenta de que tal precepto se ha mantenido sin modificaciones sustanciales en la reforma de que ha sido objeto el Derecho aragonés de obligaciones en virtud de la Ley 8/2010 de Derecho Civil Patrimonial.

En primer lugar, el art. 153 Comp. fijó, de modo similar al Apéndice de 1925, las fuentes reguladoras de los contratos de ganadería que no eran otras que las estipulaciones de las partes, los usos observados en el lugar de cumplimiento del contrato y la legislación común.

En relación con la segunda cuestión enunciada, interesa señalar que la Compilación adoptó una fórmula muy amplia para definir el ámbito de aplicación del precepto, aludiendo genéricamente a “cualesquiera contratos relativos a la ganadería”. La mencionada expresión legal junto a la ausencia de una lista de concretos contratos de ganadería permite entender que posiblemente la voluntad del legislador estuviese orientada a dar amparo normativo en la legislación aragonesa a todos los contratos en materia de ganadería que se celebrasen en Aragón, tanto los tradicionales -hubiesen sido o no recogidos en el Apéndice de 1925- como los nuevos tipos contractuales que pudiesen surgir en la práctica.

D. *La Ley de Derecho Civil Patrimonial de 2010*. Como se indica en su propio Preámbulo, la Ley 8/2010 de Derecho Civil Patrimonial ha culminado el proceso de reformulación y actualización del Derecho civil aragonés, desarrollando el contenido de los libros III y IV Comp., dedicados respectivamente al Derecho de bienes y al Derecho de obligaciones.

No obstante por lo que se refiere a los contratos de ganadería, la Ley renuncia a regular *in extenso* esta materia, dedicándole, por contra, un solo precepto, el art. 63, que reproduce con mínimas variantes el antiguo art. 153 Comp. Ciertamente esta opción de política legislativa puede resultar cuestionable, en cuanto que esta parquedad normativa difícilmente armoniza con el amplio desarrollo normativo de que han sido objeto las restantes instituciones objeto de la Ley y, en especial, las relaciones de vecindad y servidumbres. Con todo, interesa destacar que en el Preámbulo de la Ley se reconoce expresamente la competencia del legislador aragonés sobre esta materia, competencia ésta incuestionable al amparo de los arts. 148.1.7 y art. 149.1.8 CE de 1978 y del art. 71.1 y 17 Estatuto de Autonomía de Aragón, dejando para el futuro su regulación específica, probablemente mediante ley especial, como se ha hecho en Cataluña en virtud de la Ley 21/1984 de Contratos de Integración, sustituida posteriormente por la Ley 2/2005 del mismo título.

### 3. Régimen vigente: El art. 599 del Código del Derecho Foral de Aragón y su deseable desarrollo

El CDFA regula la materia de los contratos de ganadería en el art. 599, único precepto integrante del título IV (*De los contratos sobre ganadería*) del libro IV (*Derecho patrimonial*) y que, en orden a su contenido, reproduce el art. 63 LDCP sin modificación alguna.

El art. 599 se limita a enunciar las fuentes reguladoras de los contratos de ganadería, en línea con lo que prevé el art. 1, relativo a las fuentes del Derecho Civil aragonés. En efecto, dicho precepto determina las normas a las que deberá acudir ante las lagunas de las estipulaciones que las partes pueden acordar en aplicación del principio *standum est chartae*. Para colmar estas omisiones, será preciso acudir, en primer lugar, a los usos observados en el lugar de cumplimiento del contrato. Dos matizaciones pueden hacerse a este respecto: la primera tiene que ver con la utilización del término “usos”, lo que -de acuerdo con la interpretación que ofrece Lacruz del art. 1287 Cc- quizá permita entender comprendidos en la mención legal no sólo las costumbres, sino también los llamados “usos del tráfico”. En segundo término, cabe constatar la importancia que el Código otorga a la costumbre, lo que debe interpretarse conjuntamente con el régimen del sistema de fuentes del Derecho civil aragonés, en el que se invita a los órganos judiciales a investigar las costumbres existentes (art. 2.2).

El art. 599 observa que, en defecto de los referidos usos, es aplicable el Derecho general del Estado. Sin embargo, surge la duda de si, con carácter previo, será oportuno indagar sobre la existencia de principios generales del Ordenamiento civil aragonés, de modo que, sólo en defecto de tales principios, pueda traerse a colación la norma estatal. Aunque la cuestión no está expresamente resuelta, parece que la actual redacción del sistema de fuentes del Derecho civil aragonés abona una interpretación que da entrada a los principios generales, aunque sólo sea a la hora de interpretar la normativa civil estatal. Con independencia de la cuestión anterior, importa destacar que la regulación estatal directamente aplicable no es muy profusa, encontrándose prácticamente reducida al art. 1579 Cc. donde se regula el contrato de aparcería en general y a ciertos preceptos de la Ley 8/2003 de Sanidad Animal, relativos a los contratos de integración (arts. 7.2 y 16.2). En cualquier caso, esta remisión deberá entenderse subsistente en tanto la Comunidad Autónoma de Aragón no disponga de una regulación propia en la materia.

Por lo demás, interesa señalar que el art. 599, en línea con la Compilación y a diferencia del Apéndice, renuncia a hacer una lista de contra-

tos de ganadería, optando, en su lugar, por una fórmula muy amplia para definir el ámbito de aplicación del precepto, en cuanto alude genéricamente “a cualesquiera contratos relativos a la ganadería”. El carácter abierto del precepto analizado merece un juicio positivo, en cuanto posibilita que tengan amparo normativo las nuevas relaciones contractuales surgidas como consecuencia de las actuales condiciones de la actividad pecuaria, que se caracteriza esencialmente por el auge de la ganadería intensiva y por la eliminación de las pequeñas explotaciones y su concentración en unidades económicas más competitivas. En consonancia con estos cambios experimentados por la ganadería, cabe constatar que, junto a la desaparición de algunos de los contratos tradicionales (el seguro mutuo de ganado) y la adecuación de otros a las nuevas circunstancias socio-económicas (así, la conyunta y tornayunta tienen por objeto tractores), el fenómeno más importante ha consistido en la transformación de las antiguas formas de aparcería pecuaria en los contratos de integración, hoy en día los más habituales en Aragón, en detrimento de los demás contratos de ganadería que resultan más bien escasos.

Ante esta nueva realidad, no cabe duda de que el legislador aragonés tendrá que valorar la oportunidad de desarrollar el precepto analizado dentro de la necesaria labor de actualización del Derecho civil aragonés que deben continuar los poderes públicos autonómicos, adoptando, en su caso, una regulación propia en materia de contratos de integración, como hizo hace ya tiempo el Parlamento de Cataluña con la Ley 21/1984 de Contratos de Integración, sustituida posteriormente por la Ley 2/2005. Para ello, y como ya se ha indicado, la Comunidad Autónoma de Aragón cuenta con plenas competencias sobre el desarrollo del Derecho civil propio, así como en materia de ganadería, existiendo una realidad social a la que razonablemente es preciso proporcionar el marco jurídico adecuado, dado el elevado número de contratos de este carácter que se formalizan en nuestro territorio. De hecho, en nuestra Comunidad Autónoma la integración ya alcanza más del 80% de la producción porcina y el 100% de la producción aviar.

**INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA:** Con anterioridad a la Compilación de 1967, COSTA, J., *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, t. I, en *Obras de Joaquín Costa*, Ed. Guara, Zaragoza, 1981; y DE LA FUENTE PERTEGAZ, P., *Contratos especiales sobre cultivo y ganadería*, Madrid, 1916. Vigente la Compilación de 1967, BERGUA CAMÓN, J., “Ganadería y pastos”, *Anuario de Derecho Aragonés*, t. XIII, 1965-1966-1967, págs. 469-470, y voz “Ganadería, contratos sobre”, *Gran Enciclopedia Aragonesa*, t. VI, p. 1485; y MERINO HERNÁNDEZ, J.L., en *Comentarios al*

*Código civil y Compilaciones forales*, dtor. M. Albaladejo, t. XXXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, págs. 302-309. Vigente el Código de Derecho Foral de Aragón, VV.AA., *Memento experto: Derecho foral de Aragón*, Eds. Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 593-594. Un análisis de los contratos de integración, en concreto, de la regulación catalana, puede verse en LUNA SERRANO, A., “El contrato de integración en la legislación catalana”, en *La agroindustria. Decimas Jornadas Cooperativas*, Lérida, 1992, págs. 183-206; MALUQUER DE MOTES, C., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dtor. M. Albaladejo, t. XXX, Edersa, Madrid, 1987, págs. 744-774; NÚÑEZ ZORILLA, M<sup>a</sup>. del C., *El contrato de explotación ganadera. Análisis jurídico de la integración pecuaria*, Ed. Iustel, Madrid, 2009; y VILALTA NICUESA, A.E., *Contratos de integración ganadera: de los primeros pactos ganaderos a la Ley de Cataluña 2/2005, de 4 de abril, de Contratos de integración*, Barcelona, Ed. Bosch, 2006.