

**LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN
DEL DERECHO EXPECTANTE DE
VIUDEDAD EN LA LEY 2/2003,
DE 12 DE FEBRERO, DE RÉGIMEN
ECONÓMICO MATRIMONIAL
Y VIUDEDAD**



María del Carmen Biesa Hernández

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2010

Tesis que, para la colación de grado de doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, presenta **MARÍA DEL CARMEN BIESA HERNÁNDEZ**, bajo la dirección de la **Dra. Dña. MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ**.

Título: Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad

Autora: María del Carmen Biesa Hernández

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z. 1369-10

I.S.B.N.: 978-84-92606-15-3

Imprime: Cometa, S.A.

A mis padres y a Jorge, por todo lo que tengo y lo que soy
A Carmen, por su generosidad y paciencia infinitas

“La riqueza consiste mucho más en el disfrute que en la propiedad”, Aristóteles (384-322 A.C.)

ÍNDICE

PRÓLOGO	23
ABREVIATURAS	25
INTRODUCCIÓN	29

CAPÍTULO I

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA VIUDEDAD EN LA LREM

1. Antecedentes legislativos y doctrinales.....	33
2. La naturaleza del derecho de viudedad en la Lrem.	47
2.1. Las posturas de los miembros de la Comisión Aragonesa de Dere- cho Civil.....	47
2.1.1. Las propuestas de política legislativa.....	48
2.1.1.1. Posiciones contrarias al expectante.....	49
2.1.1.2. Posiciones favorables al expectante.....	59
2.1.2. El debate de elaboración de la Lrem.	62
2.1.2.1. Posiciones contrarias al expectante.....	64
2.1.2.2. Posiciones a favor del expectante.....	66
2.1.2.3. La regulación final: el mantenimiento del expectante en todos los bienes.....	71
2.1.2.4. Conclusiones.....	72
2.2. La calificación familiar de la viudedad en la Lrem.	74
2.3. Análisis de la pervivencia de la calificación familiar en coordina- ción con el resto de la regulación.....	81
2.3.1. Planteamiento: las consecuencias de la renuncia del expect- tante hasta el fallecimiento de uno de los cónyuges.....	81
2.3.1.1. Desaparición de la reipersecutoriedad.....	83
2.3.1.2. Debilitación del carácter oneroso de la viudedad.....	85
2.3.1.3. Preponderancia de las necesidades del tráfico jurí- dico.....	85

ÍNDICE

2.3.2. Propuestas alternativas de calificación: el derecho de viudedad como derecho sucesorio, disociado o mixto ...	87
2.3.2.1. Derecho sucesorio	87
2.3.2.2. Derecho disociado con dos fases: familiar (expectante) y sucesoria (usufructo).....	88
2.3.2.3. Derecho mixto	89
2.3.3. Opción por el mantenimiento de la calificación familiar. Justificación	94
2.3.4. Conclusiones	97
3. Repercusiones de la Lrem. en el usufructo sucesorio del art. 16.2.III Cc. Cuestionamiento de su vigencia	98
3.1. Introducción	98
3.2. Antecedentes legislativos del art. 16.2.III Cc.	99
3.2.1. Los problemas de la privación y superposición de beneficios viduales.....	99
3.2.1.1. Superposición de beneficios	100
3.2.1.2. Privación de beneficios	101
3.2.2. La promulgación del vigente art. 16 Cc. El usufructo vidual del art.16.2.III	102
3.2.2.1. El <i>iter</i> legislativo del art. 16 Cc.	102
3.2.2.2. Las soluciones del art. 16 Cc. a la superposición y privación de beneficios. El <i>favor viduitatis</i> como criterio inspirador.....	103
3.2.2.3. El usufructo vidual del art. 16.2.III Cc. Los problemas de calificación. Su ajuste a la Compilación aragonesa de 1967	106
3.2.3. La reforma del Cc. de 15 de octubre de 1990. El artículo 9.8 Cc. y sus consecuencias para el usufructo del 16.2.III	110
3.2.3.1. El nuevo apartado del artículo 9.8 Cc. La promulgación simultánea del 16.2.III.....	110
3.2.3.2. Las desiguales consecuencias de la aplicación de los artículos 16.2.III y 9.8 Cc. en la privación de beneficios. Las implicaciones para el expectante	112
3.2.3.3. Los problemas competenciales	114
3.3. La promulgación de la Lrem. Argumentos para la defensa de la aplicación del 16.2.III Cc.	119
3.3.1. Los debates de elaboración de la Lrem. El criterio de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil	120
3.3.2. Opción por el art. 16.2.III Cc. Justificación	122

ÍNDICE

CAPÍTULO II LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE SOBRE BIENES INMUEBLES REGULADAS EN EL ARTÍCULO 98 LREM.

1. Causas de extinción del derecho expectante. Orígenes y delimitación.....	129
2. Los supuestos de extinción del artículo 98 Lrem.	138
2.1. Artículo 98.1.a): 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.....	141
2.1.1. Antecedentes históricos.....	141
2.1.1.1. Las Observancias	141
2.1.1.2. Instituciones de Franco y Guillén.....	144
2.1.1.3. Memoria de Franco y López	145
2.1.1.4. Proyecto Ripollés	146
2.1.1.5. Proyecto Gil Berges.....	147
2.1.1.6. Apéndice	149
2.1.1.7. Compilación de 1967	152
2.1.1.8. Reforma de la Compilación de 1985	164
2.1.2. La regulación de la renuncia en la Lrem.	166
2.1.2.1. Modo de efectuar la renuncia.....	168
2.1.2.2. Renuncia exclusiva del derecho expectante (90.2 y 92.2 Lrem.) o de forma conjunta con el derecho de viudedad (90.1 y 92.1 Lrem.)	169
2.1.2.3. Momento y forma.....	173
2.1.2.4. Por pacto o por voluntad unilateral	176
2.2. Artículo 98.1.b): Enajenación válida de un bien consorcial.....	178
2.2.1. Antecedentes históricos.....	178
2.2.1.1. Las Observancias	178
2.2.1.2. Instituciones de Franco y Guillén.....	182
2.2.1.3. Proyecto Ripollés	184
2.2.1.4. Proyecto Gil Berges.....	185
2.2.1.5. Apéndice de 1925	185
2.2.1.6. Recopilación de D. Marceliano Isábal.....	187
2.2.1.7. Anteproyectos de la Compilación de 1967	191
2.2.1.8. Reforma de la Compilación de 1985	192
2.2.2. La regulación de la Lrem. Del consentimiento a la enajenación a la enajenación válida de bien consorcial. Supuestos.....	195
2.2.2.1. Art. 48.d) Lrem.: Actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones señaladas en el art. 36.1.a).....	197

ÍNDICE

2.2.2.2. Art. 49 Lrem.: Actos de disposición incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio del cónyuge disponente.....	201
2.2.2.3. Art. 52 Lrem.: Autorización judicial.....	206
2.2.2.4. Actos realizados en aplicación de los artículos 58 (atribución de la gestión a uno sólo de los cónyuges), 59 (privación de la gestión) y 60 (concreción automática de facultades) Lrem.	211
2.2.2.5. El especial supuesto del artículo 53 Lrem.: la ausencia de consentimiento en actos a título oneroso.....	219
2.3. Art. 98.1.c): Enajenación de bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio	246
2.3.1. Antecedentes legislativos	246
2.3.2. Presupuestos de hecho del precepto	251
2.3.2.1. Clase de enajenación	251
2.3.2.2. Objeto de la enajenación	252
2.3.3. Consecuencias para el expectante del no disponente.....	253
2.4. Art. 98.1.d): Partición y división de bienes, incluso con exceso de adjudicación, respecto de aquéllos que no se adjudiquen al cónyuge.....	254
2.4.1. Antecedentes legislativos	254
2.4.2. Presupuestos de hecho del precepto	261
2.4.2.1. Partición o división de bienes privativos	261
2.4.3. Consecuencias para el expectante.....	262
2.5. Art. 98.1.e): Enajenación de bienes por el cónyuge del declarado ausente.....	264
2.5.1. Antecedentes legislativos	264
2.5.2. Presupuestos de hecho del precepto	271
2.5.2.1. La enajenación como causa extintiva.....	272
2.5.2.2. Clase de bienes	275
2.5.2.3. Declaración judicial de ausencia.....	277
2.5.3. Consecuencias para el expectante del no disponente.....	280
2.5.3.1. Ausencia y expectante. Supuestos posibles	280
2.5.3.2. Valoración de la norma	282
2.6. Art. 98.1.f): Expropiación o reemplazo por otros en virtud de procedimiento administrativo.....	283
2.6.1. Antecedentes legislativos	283
2.6.2. Presupuestos de hecho del precepto	287
2.6.2.1. Expropiación o reemplazo en virtud de procedimiento administrativo.....	287

ÍNDICE

2.6.2.2. Clase de bienes a los que se aplica la norma	287
2.6.3. Consecuencias para el expectante del no disponente.....	288
2.7. Art. 98.2 Lrem.: Concurrencia de ambos cónyuges a la enajenación.....	290
2.7.1. Antecedentes legislativos	290
2.7.2. Examen del precepto	293
2.7.2.1. La concurrencia a la enajenación de un bien: ¿común, privativo o ambos?	294
2.7.2.2. Consecuencias para el expectante: ¿Criterio general en toda la Lrem. o particular en sede de expectante?.....	297
2.8. Art. 98.3: El acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia.....	304
2.8.1. Antecedentes legislativos	304
2.8.1.1. Los Anteproyectos de la Compilación.....	304
2.8.1.2. La reforma de 1985 y el segundo inciso del art. 76.2 de la Compilación. Justificación e interpretación.....	306
2.8.2. Presupuestos del precepto	313
2.8.2.1. Legitimación activa.....	314
2.8.2.2. Autoridad competente	315
2.8.2.3. Clase de bienes a los que se aplica la norma	317
2.8.2.4. Momento: antes o después de la enajenación.....	318
2.8.2.5. Causa: en razón de las necesidades o intereses familiares.....	319
2.8.3. Consecuencias para el expectante del no disponente.....	328
2.8.3.1. En bienes consorciales	328
2.8.3.2. En bienes privativos	330
2.9. Artículo 98.4 Lrem.: Extinción registral.....	331
2.9.1. Presupuestos de hecho del precepto	332
2.9.1.1. El contexto matrimonial de aplicación de la norma: las dificultades en la comunicación entre cónyuges. Ejemplos prácticos	332
2.9.1.2. Ámbito objetivo de aplicación	336
2.9.1.3. La notificación	337
2.9.1.4. Cómputo del <i>dies a quo</i>	342
2.9.2. Consecuencias para el expectante del no disponente.....	345
2.9.2.1. Manifestaciones del no disponente	345
2.9.2.2. Valoración de la norma	347
2.10. Cuadro-resumen de la evolución de las causas de extinción del art. 98 Lrem.	348

ÍNDICE

CAPÍTULO III EXTINCIÓN DEL EXPECTANTE Y VIVIENDA FAMILIAR

1. Introducción.....	351
2. La vivienda familiar en la Lrem.	352
2.1. El concepto de vivienda familiar.....	352
2.2. La protección de la vivienda familiar.....	354
2.2.1. El reflejo indirecto en los principios generales de la Lrem. ...	354
2.2.1.1. Obligación de vivir juntos (art. 1.2º Lrem.).....	355
2.2.1.2. Determinación de la vivienda familiar (art. 2 Lrem.)...	355
2.2.1.3. Dirección de la vida familiar (art. 4 Lrem.).....	355
2.2.1.4. Dedicación de los bienes al uso familiar (art. 5.1º y 2º Lrem.).....	355
2.2.1.5. Deber de información recíproca (art. 6 Lrem.)	355
2.2.2. Consecuencias de la aplicación de los principios generales..	356
2.2.2.1. Determinación de una vivienda familiar	356
2.2.2.2. Afección al interés familiar	356
2.2.2.3. Deber de información recíproca y toma conjunta de decisiones	357
2.2.3. La <i>ratio legis</i> del art. 8 Lrem.	357
3. El artículo 8 Lrem.....	358
3.1. Características generales del precepto.....	358
3.2. Análisis de la extinción del derecho expectante en el artículo 8	360
3.2.1. El apartado 1º. Los presupuestos de extinción del expectante.....	360
3.2.1.1. Actos de disposición voluntaria	363
3.2.1.2. Derechos que a uno de los cónyuges correspondan.....	366
3.2.1.3. Vivienda habitual.....	368
3.2.1.4. De la familia.....	369
3.2.1.5. Consentimiento del otro	372
3.2.1.6. Autorización judicial	374
3.2.2. El apartado 2º. Acción de nulidad y expectante.....	375
3.2.2.1. Momento de la extinción del expectante.....	375
3.2.2.2. Expectante y cómputo de la acción de anulabilidad. La importancia del momento del conocimiento del acto impugnado.....	377
3.2.2.3. Conclusiones.....	382
3.2.3. El apartado 3º. El adquirente de buena fe a título oneroso y la manifestación del disponente del carácter no familiar de la vivienda en relación con el expectante	384

ÍNDICE

3.2.3.1. La improcedencia de la anulación.....	384
3.2.3.2. Consecuencias para el expectante del no disponente.....	391
3.3. Conclusiones finales.....	392

CAPÍTULO IV ENAJENACIÓN JUDICIAL DE BIENES INMUEBLES Y DERECHO EXPECTANTE

1. Antecedentes históricos.....	395
1.1. Introducción.....	395
1.2. Deudas anteriores al matrimonio.....	398
1.2.1. Observancias.....	398
1.2.2. Memoria de Franco y López.....	405
1.2.3. Proyecto Gil Berges.....	407
1.2.4. Apéndice 1925.....	408
1.3. Deudas posteriores al matrimonio.....	411
1.3.1. Deudas contraídas por el marido.....	411
1.3.1.1. Observancias.....	412
1.3.1.2. Memoria de Franco y López.....	415
1.3.1.3. Apéndice.....	417
1.3.2. Deudas comunes.....	420
1.3.2.1. Observancias.....	420
1.3.2.2. Apéndice.....	422
1.3.3. Deudas contraídas por la mujer.....	424
1.3.3.1. Observancias.....	424
1.3.3.2. Apéndice.....	427
1.3.4. Deudas conjuntas o contraídas por un cónyuge con el consentimiento del otro.....	429
1.3.4.1. Observancias.....	429
1.3.4.2. Apéndice.....	430
1.3.4.3. Anteproyectos de la Compilación.....	431
1.3.4.4. Compilación.....	438
1.4. Sucesiones y donaciones.....	440
1.4.1. Observancias.....	440
1.4.2. Apéndice.....	443
1.4.3. Anteproyectos de la Compilación.....	444
1.4.4. Compilación.....	444
2. El artículo 99 Lrem.....	446
2.1. Los criterios para la extinción del expectante.....	446
2.1.1. La calificación de la deuda.....	447
2.1.2. La notificación de la demanda.....	450

ÍNDICE

2.1.3. La opción del art. 99: el retorno a los Anteproyectos de la Compilación. La naturaleza mixta del precepto.....	451
2.2. Análisis de los supuestos de extinción del expectante	453
2.2.1. Deudas de cargo o responsabilidad común	453
2.2.2. Deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones.....	456
2.2.3. 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.....	459
2.2.3.1. Deudas contraídas por uno de los cónyuges (distintas de las enumeradas en el apartado anterior)	459
2.2.3.2. Notificado el embargo del bien común o privativo (...) al otro cónyuge	460
2.2.3.3. No manifiesta (...) su voluntad de conservarlo	467
2.3. Aplicación práctica. Problemas que plantea.....	470
2.3.1. Determinación de los presupuestos para la aplicación: régimen económico matrimonial, prueba del estado civil, acceso al contenido de un eventual pacto sobre el expectante y tipos de enajenación	470
2.3.1.1. Régimen económico matrimonial.....	470
2.3.1.2. Dificultades de la prueba del estado civil de los titulares de bienes privativos	477
2.3.1.3. El acceso al contenido de un pacto sobre el expectante	480
2.3.1.4. Tipos de enajenación	487
2.3.2. Cuestiones Procesales	495
2.3.2.1. Calificación procesal de la “manifestación de la voluntad de conservar el expectante”: el incidente de viudedad aragonesa	495
2.3.2.2. La notificación	497
2.3.2.3. Valoración del impacto del expectante en el bien embargado.....	504
3. Conclusiones.....	508
3.1. Bienes comunes.....	509
3.1.1. Notificación.....	509
3.1.2. Consecuencias para el expectante.....	590
3.2. Bienes privativos.....	509

ÍNDICE

3.2.1. Notificación.....	509
3.2.2. Consecuencias para el expectante.....	509
3.3. Vivienda habitual de la familia.....	510
3.3.1. Notificación.....	510
3.3.2. Consecuencias para el expectante.....	510
4. Cuadro resumen.....	511

CAPÍTULO V EL DERECHO EXPECTANTE EN LOS BIENES MUEBLES

1. Antecedentes históricos.....	513
1.1. La extensión de la viudedad en los Fueros y Observancias	513
1.2. Los proyectos Ripollés, Gil Berges y el Apéndice de 1925. Viudedad legal <i>versus</i> viudedad universal.....	523
1.2.1. El Proyecto de 1899 (Proyecto Ripollés)	524
1.2.2. El Proyecto de 1904 (Proyecto Gil Berges).....	525
1.2.3. El Apéndice de 1925.....	526
1.2.3.1. El confuso criterio del Apéndice. Su interpretación	526
1.2.3.2. El alcance del expectante sobre bienes muebles en el Apéndice	530
1.3. Las corrientes favorables a la extensión legal de la viudedad en los bienes muebles	533
1.3.1. La viudedad legal universal	534
1.3.1.1. El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880 ...	534
1.3.1.2. Los Proyectos de Apéndice de Franco y López.....	536
1.3.1.3. La postura de Azpeitia Esteban: usufructo foral en inmuebles y legítima del Código Civil en los muebles	539
1.3.2. La viudedad legal limitada a determinados muebles. Los criterios de la Comisión Compiladora de 1947 y de la doctrina contemporánea	540
1.3.2.1. La Comisión compiladora de 1947.....	540
1.3.2.2. Doctrina y viudedad legal limitada	541
1.4. Los Anteproyectos de la Compilación.....	543
1.4.1. Anteproyecto del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses nombrada por el Ministerio de Justicia (1961)	545
1.4.2. Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses nombrada por el Ministerio de Justicia (1962).....	547
1.4.3. Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses nombrada por el Ministerio de Justicia (1963).....	548

ÍNDICE

1.4.4. Anteproyecto de Compilación redactado por la Sección especial de la Comisión General de Codificación (Texto para revisión, Madrid, julio 1965).....	551
1.4.5. Anteproyecto de Compilación redactado por la Sección especial de la Comisión general de Codificación (Texto presentado al Pleno, Madrid, 1966).....	552
1.5. La Compilación de 1967	555
1.5.1. La legalización de la viudedad universal. Justificación e interpretación	555
1.5.1.1. Los argumentos de la Exposición de Motivos.....	555
1.5.1.2. La variación del sentido del principio <i>favor viduitatis</i>	557
1.5.2. La regulación de la Compilación	558
1.5.2.1. El sentido del párrafo 4º del artículo 76	558
1.5.2.1. Las ventajas del sistema.....	559
1.5.3. Las dudas sobre la vigencia práctica del derecho expectante en los bienes muebles. El cuestionamiento de su existencia....	561
1.5.3.1. El derecho de viudedad del apartado 4 del artículo 76 Comp. aragonesa	562
1.5.3.2. El mecanismo de protección del expectante de los bienes muebles	565
1.5.3.3. Conclusiones.....	569
2. Derecho expectante y bienes muebles en la Lrem.	570
2.1. La continuidad en la universalidad de la viudedad	570
2.2. La regulación del derecho expectante sobre los bienes muebles ...	572
2.2.1. Extensión y estructura del derecho de viudedad.....	573
2.2.2. Mención específica del Preámbulo y del art. 100 Lrem.	573
2.2.2.1. Preámbulo (XII).....	573
2.2.2.2. Art. 100 Lrem.	573
2.2.3. Protección constante matrimonio del art. 100 Lrem., <i>in fine</i> ...	574
2.2.4. Posibilidad de renuncia o pacto de exclusión del expectante en los bienes inmuebles (arts. 90.2 y 92.2 Lrem.) y asimilación de su régimen al de los bienes muebles.....	574
2.2.5. Conclusiones	574
2.3. La gestión de los bienes muebles y el fraude al derecho de viudedad	575
2.3.1. Patrimonio común.....	576
2.3.1.1. Actos <i>inter vivos</i> a título lucrativo.....	576
2.3.1.1. Actos a título oneroso.....	578
2.3.2. Patrimonio privativo.....	593

ÍNDICE

2.3.2.1. Régimen consorcial.....	593
2.3.2.2. Régimen de separación de bienes	594
2.4. El supuesto especial del mobiliario ordinario de la familia.....	594
2.4.1. Carácter de la norma	595
2.4.2. El objeto de la norma: el mobiliario ordinario.....	597
2.4.2.1. Bien mueble	597
2.4.2.2. Uso familiar	598
2.4.2.3. Uso ordinario.....	599
2.4.3. Ámbito de aplicación.....	599
2.4.3.1. Régimen consorcial.....	599
2.4.3.2. Régimen privativo	602
2.4.4. Consecuencias para el expectante.....	602

CAPÍTULO VI

LA EFICACIA ESPACIAL DEL EXPECTANTE SOBRE BIENES INMUEBLES. EL PÁRRAFO II DEL ARTÍCULO 16.2 Cc.

1. Antecedentes.....	605
1.1. El párrafo II del artículo 16.2 Cc. Origen y justificación.....	605
1.2.1. Publicidad y expectante: publicidad legal y publicidad regis- tral.....	608
1.2.1. La eficacia legal del expectante y las dudas sobre su alcance. Las resoluciones de la DGRN de 25 de septiembre de 1925 y 11 de julio de 1929.....	608
1.2.1.1. Resolución de 25 de septiembre de 1925.....	609
1.2.1.2. Resolución de 12 de julio de 1929.....	611
1.2.1.3. Doctrina común a ambas resoluciones. Su relación con la eficacia legal del expectante.....	612
1.3. La decisiva influencia doctrinal. Pelayo Hore y Simó Santonja	615
1.3.1. Las tesis de Pelayo Hore. La relativización de la publicidad legal del expectante.....	615
1.3.1.1. Los sistemas inmobiliarios españoles y sus excepcio- nes: la publicidad legal y la buena fe.....	616
1.3.1.2. La publicidad legal del derecho de viudedad frente a la registral	617
1.3.1.3. La relativización de la publicidad legal del expec- tante frente a tercero de buena fe	619
1.3.1.4. El sistema de presunciones favorables a la viuede- dad	620
1.3.1.5. Las críticas de Sancho Rebullida	622
1.3.2. Las tesis de Simó Santonja	623

ÍNDICE

1.4. De las tesis de Pelayo Hore al apartado segundo del artículo 16.2 Cc.	624
2. Estudio del artículo 16.2.II Cc.	629
2.1. Análisis individual de los requisitos.....	629
2.1.1. La consecuencia final: la inoponibilidad del expectante del cónyuge del transmitente.....	630
2.1.2. Requisitos del comprador: a título oneroso y buena fe.....	631
2.1.2.1. A título oneroso	631
2.1.2.2. Buena fe.....	632
2.1.3. Requisitos del objeto: bien ubicado fuera de territorio aragonés.....	633
2.1.3.1. Bienes.....	633
2.1.3.2. Que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho	634
2.1.4. Requisitos del contrato: celebración fuera de Aragón sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente	636
2.1.4.1. Contrato celebrado fuera de Aragón	636
2.1.4.2. Sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente	640
2.2. Análisis conjunto de los requisitos: su carácter obligatorio para el resultado de la inoponibilidad.....	646
2.3. Valoración crítica	647
2.3.1. Limitación territorial al derecho expectante	648
2.3.2. Desconocimiento del Derecho aragonés en general y del expectante en particular fuera de Aragón	650
2.3.3. Cuestionamiento de la necesidad de la protección	654
2.3.4. El favorecimiento indirecto a las situaciones de fraude del expectante.....	655
2.3.4.1. El párrafo II del art. 16.2 Cc. como cauce para defraudar el expectante del cónyuge del transmitente.....	655
2.3.4.2. La presunción implícita de la buena fe del transmitente.....	656
2.3.4.3. La solución de Merino Hernández: la aplicación analógica de la regulación del fraude para los bienes muebles del párrafo 3 del artículo 76 Comp. aragonesa	657
2.3.5. La inadecuación de la inoponibilidad a la naturaleza jurídica del expectante	662
2.3.5.1. Significado de la inoponibilidad.....	662

ÍNDICE

2.3.5.2. Fundamento de la inoponibilidad: la protección del adquirente como justificación única.....	663
2.3.5.3. La incompatibilidad de la protección del adquirente con la naturaleza familiar y la publicidad legal del derecho expectante	665
2.3.5.4. Los efectos de la inoponibilidad para el titular del expectante en el tráfico jurídico: ¿Excepción o extinción?	669
3. Vigencia actual del art. 16.2.II Cc.: la notable reducción de su ámbito de aplicación	676
3.1. La modificación de 1992 del artículo 51.9 del Reglamento Hipotecario. La obligatoriedad de la consignación en la inscripción registral del régimen económico matrimonial	677
3.2. La modificación de 2007 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado. La obligatoriedad de la consignación en la escritura del régimen económico matrimonial.....	679
4. Conclusión	682
CONCLUSIONES FINALES.....	683
EPÍLOGO	695
BIBLIOGRAFÍA	703

PRÓLOGO

Nuestra tradición jurídica ha sido una de las señas de nuestra identidad como pueblo, quizás la más importante, y entre los derechos propios originarios, la viudedad es una de las instituciones más arraigadas. Tradicionalmente se ha pensado en Aragón que el dolor que supone la pérdida del esposo o esposa no debería ir acompañado de un grave detrimento económico de supérstite, con esa finalidad se instituyó el usufructo universal en beneficio de toda la casa y como un elemento teóricamente fundamental para su conservación, aunque no siempre en la práctica lo ha favorecido. Se ha dicho que era preferible ser viuda en Aragón que Reina en España.

Su regulación actual se recoge en la Ley 2/2003, de 12 de febrero de régimen matrimonial y de viudedad, ley que no trata de derogar ni sustituir los preceptos reguladores de esta materia en la Compilación, sino de actualizar y adaptar las normas para que, de forma respetuosa con la esencia del derecho, responder a las necesidades actuales de la sociedad aragonesa.

El libro que presentamos, escrito por María del Carmen Biesa Hernández, sobre “Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad aragonés” realiza un profundo y completo estudio examinando las soluciones concretas en las que se ha plasmado la norma, así como sus consecuencias prácticas.

PRÓLOGO

La autora inicia su trabajo realizando un estudio de la tradicional naturaleza familiar de la institución, plantea los problemas que suscita el derecho Interregional y, además de un estudio detallado e individualizado de las diferentes causas de extinción recogidas en la Ley, estudia la eficacia espacial del expectante y lo completa incluyendo en cada apartado, los antecedentes legislativos y doctrinales.

Es muy interesante este trabajo porque el derecho expectante es polémico. Para algunos es fundamental en aras a evitar el fraude del derecho de viudedad. Para otros es excesivamente garantista dificultando el tráfico y la seguridad jurídica. Por eso tratar de concretar sus límites y extensión es importante.

Quiero dar las gracias a María del Carmen Biesa Hernández por el trabajo serio y riguroso que ha realizado, su trabajo facilitará el de otros y el funcionamiento de la institución.

FERNANDO GARCÍA VICENTE
JUSTICIA DE ARAGÓN

ABREVIATURAS

- AAMN Anales de la Academia Matritense del Notariado
AAVV Autores varios
AC Actualidad Civil
ADA Anuario de Derecho Aragonés
ADC Anuario de Derecho Civil
AHDE Anuario de Historia del Derecho Español
APH Audiencia Provincial de Huesca
APT Audiencia Provincial de Teruel
APZ Audiencia Provincial de Zaragoza
ATZ Audiencia Territorial de Zaragoza
BOA Boletín Oficial de Aragón
BOE Boletín Oficial del Estado
BCAZ Boletín del Real e Ilustre Colegio Abogados de Zaragoza
BCRE Boletín del Colegio de Registradores de España
Cc. Código Civil español de 1889
CCAA Comunidades Autónomas
CCJC Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CE Constitución Española de 1978
CF Código de familia catalán
Cfr. Confróntese
cit. Citado/citada
Comp. aragonesa Compilación aragonesa de 1967

- Coord. Coordinador, coordinado, coordina
- CSIC Consejo Superior de Investigaciones Científicas
- Dec. Decisión
- Dir. Dirige
- DGA Diputación General Aragón (Gobierno de Aragón)
- DGRN Dirección General de los Registros y Notariado
- EEA Estatuto de Autonomía de Aragón
- Ed. Editorial, edita
- Lau. Ley de Arrendamientos urbanos
- Lef. Ley de Expropiación forzosa
- LDp. Ley aragonesa de Derecho de la Persona
- Lec. Ley de Enjuiciamiento Civil
- Loc. Lugar
- LOPJ Ley orgánica del Poder judicial
- Lh. Ley hipotecaria
- Lrc. Ley del Registro Civil
- Lrem. Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad
- Lsrl. Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
- Lsuc. Ley aragonesa de sucesiones
- Núm. Número
- Obs. Observancia
- Op. Opus (obra)
- P. Página
- PP. Páginas
- RAE Real Academia Española
- RAAP Revista Aragonesa de Administración Pública
- RCDI Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
- RDGRN Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
- RDCA Revista de Derecho Civil Aragonés

ABREVIATURAS

RDN	Revista de Derecho Notarial
Rh.	Reglamento hipotecario
RDP	Revista de Derecho Privado
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNo	Revista Jurídica del Notariado
Rn.	Reglamento notarial
Rrc.	Reglamento del Registro Civil
S.	Sentencia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJA	Tribunal Superior de Justicia de Aragón
Vid.	Vídere (ver, véase)

INTRODUCCIÓN

Afirma la Exposición de Motivos del Estatuto de Autonomía de Aragón que el Derecho foral es *seña de identidad* de la historia de los aragoneses *que se fundamenta en derechos originarios*¹. Si, efectivamente, el Derecho Aragonés ha sido durante siglos uno de los elementos que nos singularizan por antonomasia, probablemente sea la viudedad una de las instituciones más arraigadas dentro de todos aquellos derechos propios que le sirven de sustrato y su manifestación expectante constante matrimonio el rasgo más característico, genuino y peculiar.

Su regulación actual se recoge en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad (en adelante, Lrem.)², aprobada dentro del marco de las competencias atribuidas a las Cortes de Aragón de modo exclusivo en los artículos 149.1.8º de la Constitución española y 35.1.4º —entonces vigente, actual 71.2º— del Es-

1 Según redacción aprobada por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón [BOA número 47 de 23 de abril de 2007]: “El Reino de Aragón es la referencia de una larga historia del pueblo aragonés que durante siglos dio nombre y contribuyó a la expansión de la Corona de Aragón. *Seña de identidad de su historia es el Derecho foral, que se fundamenta en derechos originarios* y es fiel reflejo de los valores aragoneses de pacto, lealtad y libertad. Este carácter foral tuvo reflejo en la Compilación del siglo XIII, en el llamado Compromiso de Caspe y en la identificación de sus libertades en el Justicia de Aragón” (el subrayado es mío).

2 Ley 2/2003, de 12 febrero [BOA número 22 de 24 de febrero de 2003].

tatuto de Autonomía de Aragón. El precepto constitucional hace referencia a las competencias para “conservación, modificación y desarrollo” de los Derechos forales. La Compilación de Derecho Civil de Aragón aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril, acogió, amplió y mejoró técnicamente de manera sustancial el contenido del Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón aprobado por R. D. de 7 de diciembre de 1925. Su posterior reforma por Ley 3/1985, de 21 de mayo, además de adoptar e integrar aquélla en el ordenamiento jurídico aragonés, fue sinónimo de modificación, entendida como la necesaria adaptación que demandaba el nuevo orden constitucional que imperaba desde 1978. Finalmente, la Lrem. representa, por su parte, el cauce para el desarrollo y actualización del Derecho aragonés. Así aparece recogido en el apartado I del Preámbulo que afirma, expresamente, como *desarrolla y pone al día la regulación de las relaciones patrimoniales en la familia, incluida la institución de la viudedad*³.

Tras la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, se daba el segundo paso en la tarea de desarrollo sistemático del Derecho Aragonés al que el Preámbulo de esta última norma calificaba oportunamente como *objetivo necesario en la política legislativa de la Comunidad*. El reto al que

3 Acerca del alcance material de la competencia sobre desarrollo del Derecho Civil ZÁBALO ESCUDERO afirmaba: “La reforma del Derecho Civil aragonés se inscribe en un marco constitucional de pluralidad material, a través del ejercicio de la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre todo para “desarrollar” su derecho civil propio, lo que permitirá su actualización, incluso a través de la innovación, pues ha de responder a las necesidades actuales de la sociedad aragonesa, que quiere un derecho vivo, con base histórica por supuesto, pues la historia forma parte del derecho civil aragonés, pero no cristalizado en la historia” (el subrayado es mío), *cfr.* ZÁBALO ESCUDERO, E., “La reforma del Derecho civil aragonés: el marco constitucional” (ponente), *Actas de los Sextos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997, p. 51.

se enfrentaba la Comisión Aragonesa de Derecho Civil era, sin duda, importantísimo pero también extraordinariamente delicado y complejo. Se trataba de realizar por primera vez por las Cortes Aragonesas una regulación completa y autosuficiente de la viudedad cuando sólo habían transcurrido 36 años desde la Compilación y 18 desde su reforma en 1985. Sin embargo, era evidente que los cambios vertiginosos acaecidos desde 1967 en la sociedad aragonesa ocasionaban serios desajustes en la praxis de una institución cuyo origen legal se remonta al s. XIII.

Afirmar que, por este motivo, la viudedad estaba en crisis en el momento anterior a la promulgación de la Lrem. no era, probablemente, del todo cierto. Pero sí constituía una realidad incuestionable que su característico efecto real en los inmuebles, inherente al derecho expectante sobre estos últimos en vida de los cónyuges, era fuente incesante de graves problemas en el tráfico inmobiliario y principal objeto de ataque reiterado a la institución desde diferentes sectores jurídicos. Estos argumentos legitimaban sobradamente que el cuestionamiento de la tradicional energía reipersecutoria en la estructura de la viudedad aragonesa objeto de la —por entonces— futura regulación estuviera, en principio, más que justificado y se erigiera en el centro de atención de los debates de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en la fase de elaboración de la Lrem.

La aprobación de esta norma supone la derogación y sustitución de los preceptos reguladores de esta materia en la Compilación. Pero el propio legislador matiza que no se trata de una reforma sino de una reformulación de las normas respetuosa con la esencia del Derecho aragonés y adaptada a las necesidades de la sociedad aragonesa que habían venido siendo puestas de relieve por doctrina y jurisprudencia. En consecuencia, la interpretación correcta de la *voluntas legislatoris* no sería equivalente a efectuar

tabla rasa con todo lo anterior sino que, por el contrario, se identificaría con una vía de actualización y avance con memoria histórica. Así queda reflejado en el apartado I del Preámbulo citado que concluye considerando a la Lrem. como una *nueva formulación legal* de las normas *contrastadas con los principios constitucionales, las aspiraciones reconocibles de los aragoneses y aragonesas, las enseñanzas de su aplicación por los jueces, la experiencia de los profesionales del Derecho y las sugerencias de la doctrina especializada.*

El objetivo principal de las páginas que siguen es examinar en relación con el derecho expectante tanto las soluciones concretas en las que se ha plasmado en la norma esta doble intención del legislador como sus consecuencias prácticas. Con este fin se realiza el estudio de toda la regulación referida específicamente a la extinción de este derecho y, correlativamente, la de su alcance y configuración. En primer lugar, ha parecido oportuno, a la luz del cambio legislativo, examinar la tradicional naturaleza familiar de la institución y replantear los problemas que, desde hace tiempo, suscita en el Derecho Interregional. Seguidamente, se realiza el análisis individualizado de las diferentes causas de extinción recogidas en la Lrem. en los artículos 98 (Disposición de bienes inmuebles), 8 (Vivienda familiar), 99 (Enajenación judicial de bienes inmuebles) y 100 (Disposición de bienes muebles). Por último, se estudia la eficacia espacial del expectante, en especial, la vigencia actual del artículo 16.2.II Cc. Previamente a cada apartado se han incluido, caso de haberlos, antecedentes legislativos y doctrinales, por considerarlos punto de partida ineludible para la justificación y correcta comprensión de la legislación presente. En última instancia, se pretende llegar a conclusiones fundadas respecto a esta última que permitan un conocimiento cuando menos apto para valorar tanto su discutida adecuación a las necesidades del tráfico jurídico como sus eventuales perspectivas de futuro.

CAPÍTULO I

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA VIUDEDAD EN LA LREM.

§ 1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y DOCTRINALES

Los Fueros aragoneses no referían nada acerca de la cuestión de la naturaleza jurídica de la viudedad pero parece fuera de toda duda que, en la práctica, se la consideraba como un derecho territorial que residía, de modo exclusivo, sobre los bienes sitos en Aragón, con independencia de la condición nacional o regional de los cónyuges⁴. Se sustentaba esta opinión en dos casos de antiguos procesos que fueron recogidos en el siglo XVIII por FRANCO DE VILLALBA⁵ y, posteriormente, serían citados por otros autores del siglo XIX entre los que se encontraban FRANCO

4 Cfr. LASALALLANAS, M., *La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional*, "Segunda Semana de Derecho Aragonés", Jaca, 1943, p. 172. Igualmente, PELAYO HORE, S., *Problemas de la viudedad foral*, "Segunda Semana de Derecho Aragonés", *op. cit.*, p. 176.

5 Procesos de la Marquesa de Camarasa y la Condesa de Baños. Sobre ellos, consúltese FRANCO DE VILLALBA, D., *Fororum atque observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata methodica compilatio, jure civili ac canonico fulcita, legibus castellae conciliata et omnigena eroditione contexta*, T., II, 2ª ed., Zaragoza, 1743, p. 51.

Y GUILLÉN⁶, MARTÓN Y SANTAPAU⁷, DIESTE⁸, NAVAL⁹ o

6 Esta consideración territorial del derecho de viudedad puede apreciarse en el art. 83 de sus “Instituciones” que, a estos efectos, dispuso:

Artículo 83.– Tiene también lugar la viudedad:

3.– En los bienes existentes dentro de este Reino, cuya propiedad perteneciera a extranjeros o a aragoneses domiciliados fuera de él.

Cfr. FRANCO y LÓPEZ, L. y GUILLÉN y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Imprenta de M. Peiró, Zaragoza, 1841 (reimpresión), edición facsímil al cuidado de Víctor Fairén Guillén, Institución “Fernando el Católico” (C.S.I.C.), Exma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2000, p. 46.

7 Así fue su traducción del latín del texto de Franco de Villalba: “La viudedad se considera constituida en los sitios radicantes en nuestro Reino, aunque los pactos dotales se otorguen fuera de él y los cónyuges sean extranjeros de Aragón, según se decidió en el proceso de la marquesa de Camarasa, y posteriormente, en el de la condesa de Baños, fallado el 18 de julio de 1730; tratábase y versaba esta última cuestión sobre viudedad en los pueblos de Malón y Albeta, pertenecientes al conde de Elda, y cuya parte impugnaba la viudedad de aquella, ora porque los capítulos matrimoniales se habían testificado en Madrid, ora porque el marido no había llegado a poseer (aunque era dueño) el condado de Elda”, cfr. MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla por dos abogados del ilustre Colegio de Zaragoza*, T. I, Establecimiento Tipográfico de Vicente Andrés, Zaragoza, 1865, p. 582.

8 Según este autor, la consideración territorial del derecho de viudedad era una práctica corriente en su época: “Por práctica corriente, compete la viudedad en los bienes sitios existentes en Aragón, aunque la capitulación matrimonial se otorgase fuera de este Reino y no fueren aragoneses los contrayentes”, cfr. DIESTE y JIMENEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1869, p. 671.

9 La limitación del derecho de viudedad a los bienes radicantes en Aragón aparecía reflejada como sigue en el art. 78 de su “Compilación articulada del Derecho foral en Aragón”:

Artículo 78.– El derecho de viudedad se concreta a los bienes sitios que radican en Aragón, cualquiera que sea la vecindad o residencia de los cónyuges; pero no alcanza este derecho a los que radican fuera de Aragón, aún en el caso de que los cónyuges fueren aragoneses.

Cfr. NAVAL SCHMID, E., *Compilación articulada del Derecho foral en Aragón y conclusiones aprobadas por el congreso de juriconsultos aragoneses con observaciones a las mismas*, Establecimiento tipográfico de C. Ariño, Zaragoza, 1881, p. 54.

BLAS y MELENDO¹⁰. No obstante y a pesar de ello, algunos ya parecían partir de una cierta consideración familiar del derecho de viudedad¹¹.

10 La aplicación del estatuto real al usufructo foral quedaba contemplada expresamente en el art. 211 de su obra "Derecho civil aragonés":

Artículo 211.- El usufructo foral procede, aunque los bienes pertenezcan a cónyuges extranjeros o aragoneses domiciliados fuera del reino en conformidad al estatuto real, en virtud del cual los inmuebles se rigen por las leyes del país en que radican.

Cfr. BLAS Y MELENDO, A., *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Zaragoza, 1898, p. 168.

11 La consideración del derecho de viudedad como un derecho de carácter familiar puede constatarse en el art. 70 de las "Instituciones" de Franco cuyo tenor literal era el siguiente:

Art. 70.- Este derecho se adquiere desde el momento en que se celebra un matrimonio con arreglo al derecho civil o canónico.

Cfr. FRANCO y LÓPEZ, L., *Memoria sobre las instituciones que deben quedar subsistentes del Derecho civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, Escrita según el R.D. de 2 de febrero de 1880, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1886, p. 38.

Igualmente aparece reflejado dicho criterio en el art. 109 de su posterior "Adición a la memoria":

Art. 109.- Este derecho se adquiere desde el momento en que se celebra un matrimonio que produzca efectos legales.

Cfr. *Adición a la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al gobierno de S. M. en 1880, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero del propio año el vocal correspondiente de la Comisión General de Codificación y Senador vitalicio del Reino D. Luis Francisco y López, Barón de Mora, y reformas y adiciones que en uso de la autoridad concedida por la Real Orden de 16 de octubre de 1889 propone al proyecto presentado con la misma Memoria para ser Apéndice primero del Código civil español*, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1893, p. 155. Paradójicamente, se calificaba a la vez de "heredero forzoso" al viudo del cónyuge premuerto en los arts. 65.1 y 88.3, respectivamente, de ambos proyectos. Con igual criterio confuso *vid.* DIESTE y JIMÉNEZ remitiéndose a Franco y situando el fundamento de la viudedad en el matrimonio pero su ejercicio en el momento de la disolución: "Fundándose la viudedad en el matrimonio mismo y en el fin de éste, su ejercicio empieza al tiempo de su disolución" *cfr. Diccionario del Derecho Civil aragonés, op. cit.*, p. 671.

Esta tendencia doctrinal aparecería reflejada en las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-81 en materia de viudedad al ubicar expresamente el origen de la institución en el matrimonio:

1ª) El derecho de viudedad se adquiere desde el momento en que se celebra un matrimonio que produzca efectos civiles¹².

Posteriormente, los Proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 recogieron también esta naturaleza familiar, regulándose en ambos que el derecho expectante era una consecuencia del matrimonio. El de 1904 incluso negaba expresamente en su artículo 128 *in fine* un posible carácter sucesorio¹³ pero limi-

Mayor claridad en esta cuestión presentan MARTÓN y SANTAPAU: "Llegamos ya a la admirable especialidad aragonesa, a la sabia concepción municipal, a esa levantada y caballeresca institución verdaderamente familiar de nuestro derecho y verdaderamente sublime en el orden de la familia" *cfr.* MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla por dos abogados del ilustre Colegio de Zaragoza, op. cit.*, p. 564. En igual sentido, MONER y DE SISCAR: "Estas instituciones características de Aragón (se refiere el autor a viudedad y consorcio), hijas las dos de la organización especial de la familia de este país, son dignas por más de un concepto de una monografía. Las dos producto legal del matrimonio, cada una retrata su origen (...) por el matrimonio solemnizado o consumado, que por una parte, da derecho en seguida de verificado a la viudedad según el Fuero 1º *De Iure Dotium...*", *cfr.* MONER y DE SISCAR, J. M., "Viudedades y consorcios en Aragón", *RGLJ*, T. XXVIII, 1866, p. 428. Del mismo autor, presuponiendo la citada naturaleza familiar cuando explica la diferencia entre la viudedad aragonesa y las viudedades legales no paccionadas *vid.* "¿Cual es la extensión y alcance del derecho de viudedad aragonesa?", *RGLJ*, 1871, T. XXXIX, pp. 351 y 352.

12 Conclusión 1ª de las aprobadas en el Congreso en materia de viudedad (Tema I, Capítulo III) en las sesiones de 14, 17, 19, 21 y 24 de enero de 1881, *cfr.* "Conclusiones del Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-81", *Los Proyectos de Apéndice del Derecho Civil de Aragón*, I, Materiales, Institución "Fernando el Católico" (CSIC), Exma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2005, p. 71.

13 Consúltese al respecto el apartado II de la Exposición de Motivos del citado Proyecto: "Y tocante a la viudedad, habiéndola estimado la Comisión como institución esencialmente familiar también, no ha creído lícito, por más que se deter-

taba, después, aquél a los bienes inmuebles radicantes en Aragón¹⁴:

Proyecto de 1899

Artículo 143.— Los cónyuges tienen recíprocamente el derecho de viudedad según el cual el sobreviviente usufructúa los bienes sitios del premuerto en la forma, extensión y condiciones que se determinan en el presente capítulo. Este derecho de viudedad se establece por la ley y recibe el nombre de viudedad foral o de bienes sitios.

Artículo 146.— Los cónyuges adquirirán mutuamente el derecho expectante de viudedad desde el momento que contraigan matrimonio con arreglo a las leyes. El cónyuge sobreviviente adquirirá definitivamente el derecho de viudedad desde la muerte del otro cónyuge, si no están legalmente divorciados.

mine con el fallecimiento de uno de los cónyuges, confundirla con la cuota legítima del supérstite de éstos que ha introducido entre las sucesorias el Código General, pues son ambas totalmente heterogéneas por su naturaleza, por su extensión y hasta por los modos de perderse. Por ello, para mayor diferenciación y en su anhelo ferviente de alejar dudas y cuestiones, ha consignado en el artículo 128 del proyecto a propósito de la viudedad legal —es la establecida en los bienes inmuebles— que *no se da más que sobre los radicantes en este antiguo Reino y que no tiene tal carácter sucesorio*, significando así que no le alcanza la excepción del apartado segundo del artículo 10 del citado Código general y que ha de regirse por el Apéndice aunque los poseedores o dueños de aquéllos bienes no sean aragoneses ni aun españoles” (el subrayado es mío), *cfr.* GIL BERGES, J., *Proyecto de ley en el cual se contiene como Apéndice del Código Civil general las instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar en concepto de excepción del mismo código para el territorio de Aragón. Conforme al R.D. de 24 de abril de 1889 (proyecto de 1904)*, Zaragoza, 1904, p. 11.

14 LASALA SAMPER lo interpretaba unas décadas más tarde como una concesión de sus redactores a la influencia territorialista de la jurisprudencia recogida por Franco o como una manera drástica y técnicamente imperfecta de solucionar problemas de publicidad y terceros que la tesis personalista absoluta podría acarrear en los conflictos interregionales, *cfr.* LASALA SAMPER, J. M., “El régimen económico legal del matrimonio en el Derecho Interregional”, *RGLJ*, Tomo XXXIII (191 de la colección), 1952, p. 157.

Proyecto de 1904

Artículo 128.– La celebración del matrimonio atribuye por mero ministerio de la ley a los cónyuges, sean o no aragoneses, pero solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles sitios en este antiguo Reino que hayan aportado a aquél o que adquieran con posterioridad, así a título gratuito como a título oneroso, el derecho expectante de usufructuar el uno del otro y recíprocamente, en la forma y dentro de las condiciones de tiempo y extensión que se consignan en el presente capítulo. Este derecho se determina por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges en favor del supérstite y recibe la denominación de viudedad legal. No tiene, sin embargo, carácter sucesorio.

En el año 1925, ISÁBAL tras aludir expresamente tanto a estos antecedentes como a la ausencia de jurisprudencia moderna al respecto¹⁵, consideraba que su origen era matri-

15 “No está resuelto en los Fueros si los no aragoneses gozan de viudedad en los bienes de Aragón. En la práctica ha solido reconocerse y se citan casos de antiguos procesos en que en ese sentido se resolvió la cuestión (Franco de Villalba). Modernamente, no tengo noticia o recuerdo sino de un litigio en que pudo prescindirse de resolver la cuestión de que hago mérito, porque en los capítulos matrimoniales se había estipulado a favor de la mujer una pensión o renta con que se entendió sustituido el usufructo foral”, *cfr.* ISÁBAL Y BADA, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado “Fueros y Observancias del Reino de Aragón” derogado por el Apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926, Reimpresión en 1985 en edición facsímil por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, p. 523.

Vid. no obstante la sentencia de Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de noviembre de 1888 como ejemplo aparte de la tesis expuesta: “No existe Fuero ni Observancia alguna donde se prevenga que, en Aragón, los bienes sitios están sujetos, siempre y en todo caso, al derecho de viudedad, siendo éste un privilegio personal concedido a la familia aragonesa y, por tanto, la mujer que ni es natural, ni vecina de Aragón, ni en él contrajo su matrimonio, ni otorgó aquí sus capítulos matrimoniales, ni en ellos hizo especial mención de sujetarse a lo que las leyes privativas del mismo y para sus naturales establecen, no puede, bajo concepto alguno, y sea cualquiera la costumbre en contrario establecida, gozar de aquellos beneficios”, *cfr.* RIPOLLÉS Y

monial¹⁶ y se mostraba contrario al carácter real del derecho de viudedad y, por extensión, a que se le aplicara sin más la regulación del Código Civil¹⁷.

No se pronunciaría al respecto el Apéndice pues no alude ni a la condición de aragoneses de los cónyuges ni al lugar donde radiquen los bienes. Sin embargo, era indudable en su regula-

BARANDA, M., *Jurisprudencia civil de Aragón recopilada y ordenada según el Plan del Código Civil*, T. III, Zaragoza, 1897, pp. 271 y 272.

Resulta igualmente reveladora la resolución de la DGRN de 17 noviembre de 1916: “el usufructo foral aragonés (...) se distingue esencialmente del creado por el Código Civil por su nacimiento, contenido, modificación y extinción, pues mientras aquél establece un derecho de goce sobre bienes familiares, relacionado con el estado de viudedad y con la protección y dirección de los hijos comunes, cuando los hubiera, el último crea un valor patrimonial independiente que aumenta el activo del cónyuge supérstite y puede ser pagado con una renta vitalicia y con los productos de determinados bienes, o con un capital en efectivo”, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 72 Comp. Aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, dirigidos por Jose Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, p. 633.

16 La consideración de Isábal del derecho de viudedad como un derecho matrimonial aparecía contemplada en el art. 180 de su “Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón”:

Artículo 180.– El derecho de viudedad nace en el momento de contraerse el matrimonio.

Cfr. ISÁBAL Y BADA, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado “Fueros y Observancias del Reino de Aragón” derogado por el Apéndice al Código Civil español*, *op. cit.*, p. 525.

17 “El usufructo foral, o sea el de viudedad, no es cosa, a mi parecer, que necesariamente haya de caer bajo el imperio del Código Civil. No es un mero derecho real (...) y cualquiera que sea el aspecto bajo el cual se le aprecie, creo sostenible que debe aplicarse a esta peculiar institución aragonesa el artículo 15 de este cuerpo legal”, *cfr.* ISÁBAL Y BADA, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado “Fueros y Observancias del Reino de Aragón” derogado por el Apéndice al Código Civil español*, *op. cit.*, p. 523.

ción que la viudedad era un derecho familiar que surgía con la celebración del matrimonio:

Art. 63.1.– La celebración del matrimonio atribuye, por ministerio de la ley a los cónyuges, solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran, así a título lucrativo como oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro en la forma y condiciones que se expresan en este Apéndice. Este derecho, que se denomina viudedad legal, no se altera por la estipulación llamada de “hermandad llana”¹⁸.

Si bien algún autor había defendido aisladamente con anterioridad que la viudedad constituía un derecho sucesorio¹⁹, tras su promulgación la mayoría siguió un criterio favorable a la naturaleza familiar²⁰, haciendo depender su reconocimiento

18 Apuntaba SANCHO lo siguiente sobre este precepto: “...como definición, merece un juicio favorable pues señala perfectamente *el origen y naturaleza de la institución (cuestión de gran trascendencia a efectos del estatuto aplicable)*, su ámbito, su reciprocidad y sus dos fases: derecho expectante y usufructo viudal” (el subrayado es mío), *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, colección El Justicia de Aragón, número 4, Zaragoza, 1996, p. 21.

19 Considerando al viudo único en Aragón heredero forzoso *vid.* FALCÓN, *Exposición del Derecho civil español, común y foral*, T. III, Barcelona, 1897, p. 333; en igual sentido se manifestaba BARRACHINA y PASTOR, quien, partiendo de tal naturaleza sucesoria, entendía que alcanzaba a los bienes fuera de Aragón en aplicación del principio de la universalidad de la herencia, *cfr.* BARRACHINA y PASTOR, F., *Derecho foral español en sus relaciones con el Código Civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros*, T. III, Castellón, 1912, pp. 625 y 626.

20 MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, L., *Derechos sucesorios del cónyuge viudo en Aragón*, “Primera Semana de Derecho Aragonés”, Jaca, 1942, p. 29; GIMÉNEZ ARNAU, E., *Extensión a la legislación castellana del usufructo viudal aragonés*, “Primera Semana de Derecho Aragonés”, *op. cit.*, p. 36; PELAYO HORE, S., *Problemas de la viudedad foral*, “Segunda Semana de Derecho Aragonés”, *op. cit.*, p. 176 e, igualmente, en “La viudedad aragonesa (cuestiones extrarregionales)”, *RDP*, XXVIII, 1944, p. 26; LASALA LLANAS, M., *Sistema español de Derecho Civil internacional e interregional*, *Revista de De-*

en los supuestos de cambio de vecindad civil durante el matrimonio de que el régimen matrimonial estuviera regido por ley aragonesa²¹.

No obstante, y a pesar de esta corriente doctrinal, los autores se limitaban a presuponer esta calificación, diferenciándola en algunos casos de la cuota vidual del Código Civil. Pero ni aún estos últimos solían dar argumentos de su aserto²². A lo

recho Privado, Madrid, 1933, p. 221 y en *La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional*, "Segunda Semana de Derecho Aragonés", *op. cit.*, p. 173; SAPENA TOMÁS, J., "La viudedad aragonesa ante el cambio de vecindad civil", *RDP*, Tomo XL, 1956, p. 795. Como excepción y calificándola de "legítima especial" *vid.* HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M., "La cuota vidual y su regla fija" (Parte tercera), *RGLJ*, T. XII, 1946, p. 574.

21 *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho interregional", *Jornadas de Derecho Foral*, Jaca 28-31 agosto de 1976, *ADA*, XVII, 1974-76, p. 68. En esta línea, considerando respetables para su época las tesis de Franco de Villalba pero inaceptables en aquel momento PELAYO HORE apuntaba: "Siendo muy respetable la opinión de Franco de Villalba en el S. XVIII, cuando la doctrina estatutaria aun dominaba por completo en el derecho internacional privado, nos parece incontestable: 1º) Que el cónyuge viudo aragonés tiene hoy la viudedad sobre inmuebles del premuerto sitios en territorios o provincias de diferente legislación civil y 2º) Que no la tiene el cónyuge viudo no aragonés sobre bienes raíces del premuerto aunque estén sitios en Aragón", *cfr.* PELAYO HORE, S., *Problemas de la viudedad foral*, "Segunda Semana de Derecho Aragonés", *op. cit.*, p. 176. En igual sentido se pronunciaba LASALA LLANAS: "La solución era simplista pero incorrecta, porque la viudedad foral no es una manera especial de ser de la propiedad inmobiliaria aragonesa sino una modalidad característica del régimen económico matrimonial aragonés; no es un estatuto real sino familiar y por tanto personal. Por consiguiente, sin discutir la existencia de esa práctica territorialista de que habla Franco de Villalba, la única solución aceptable era la contraria, esto es, la admisión de la viudedad a favor de los aragoneses sobre fincas sitas dentro o fuera de Aragón y la no procedencia de la viudedad a favor de los no aragoneses cualquiera que fuese la situación de las fincas", *cfr.* LASALA LLANAS, M., *La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional*, "Segunda Semana de Derecho Aragonés", *op. cit.*, p. 173.

22 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 72 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 632 y 633.

sumo, alegaban el fundamento de la institución: ser un resorte o instrumento para hacer más efectiva la soberanía doméstica del viudo, servir de vehículo a la continuidad patrimonial de la familia, mantener el rango social que el viudo tuvo en vida del premuerto, etc²³.

Sería LACRUZ BERDEJO quien, finalmente, elaboraría en 1946 un fundamento técnico sólido a la mayoritariamente extendida opinión de la naturaleza familiar de la viudedad basado en las siguientes premisas:

a) El origen de la institución (las arras y la comunidad conyugal continuada);

b) La regulación histórica como Derecho de Familia, pues ni los Fueros y Observancias ni la doctrina han atribuido a la viudedad consecuencia alguna del Derecho de Sucesiones ni han suplido sus lagunas con las normas que rigen la herencia, siguiendo igualmente los proyectos de Apéndice dicha dirección;

c) El que, institucionalmente, tal y como ha sido regulada en el Derecho aragonés histórico y vigente, no sea concebible

23 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, *op. cit.*, pp. 51 y 52. *Vid.* como ejemplos GIMÉNEZ ARNAU: "Baste apuntar que nos inclinamos por esto último (se refiere al carácter familiar), porque la viudedad existe más que para el supérstite para la familia misma, para conservar su unidad patrimonial y para mantener la autoridad", *cfr.* GIMÉNEZ ARNAU, E., *Extensión a la legislación castellana del usufructo viudal aragonés*, "Primera Semana de Derecho Aragonés", *op. cit.*, p. 36; o MARTÍN BALLESTERO y COSTEA: "Porque la viudedad es un derecho de familia (...). No existe la viudedad como derecho sucesorio; lo que ocurre es que las ventajas económicas que la viudedad reporta al cónyuge sobreviviente sobrepasan con mucho los derechos sucesorios que pudieran concedérsele o que se le conceden en otras legislaciones forales y en la legislación común", *cfr.* MARTÍN BALLESTERO y COSTEA, L., *Derechos sucesorios del cónyuge viudo en Aragón*, "Primera Semana de Derecho Aragonés", *op. cit.*, p. 29.

como un derecho sucesorio, en tanto que no es una sucesión a título de heredero —al tener el viudo un derecho superior al de los acreedores y preferente al de los legatarios que no depende de la voluntad del causante y precede al de los legitimarios— ni tampoco de legatario —puesto que no es una deuda de los herederos sino un gravamen con el cual reciben estos bienes—.

Concluye LACRUZ que se trata de un beneficio que no procede de la voluntad del causante sino que es la ley la que se lo atribuye al cónyuge como parte de los que le competen a causa del régimen de bienes del matrimonio y, por consiguiente, a título oneroso, y calificándolo como “ventaja matrimonial”²⁴.

Éste sería el criterio que acabaría consolidándose definitivamente entre la doctrina aragonesa posterior²⁵. En coherencia con el mismo, la Compilación de 1967 situó la disciplina de la viudedad dentro del Libro I dedicado al Derecho de la persona y de la familia, atribuyendo al matrimonio el origen de la misma. Así, el art. 72 de la Compilación aragonesa dispuso:

24 Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., “Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad”, *ADA*, III, 1946, pp. 353 y 354. Con igual criterio al respecto, *vid.* posteriormente “Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal”, *ADA*, XII, 1963-64, pp. 357 y 358.

25 Con referencia expresa a la tesis expuesta de Lacruz, *vid.*, entre otros, ALBAREDA Y HERRERA, M., “Algunas instituciones de Derecho aragonés y navarro”, *Ponencia oficial de las Jornadas de Derecho aragonés celebradas en Tarazona y Tudela*, julio 1952, *ADA*, 1951-52, T. VI, p. 37; LASALA SAMPER, J. M., “El régimen económico legal del matrimonio en el Derecho Interregional”, *op. cit.*, pp. 155 a 158; SAPENA TOMÁS, J., “La viudedad aragonesa ante el cambio de vecindad civil”, *op. cit.*, p. 795; SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en el Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *BCAZ*, nº 8, 1963, p. 20.

Art. 72.— *Origen y extensión.*

1.— La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges.

A pesar de la claridad del tenor literal del precepto, en la Exposición de Motivos aún pareció procedente la inclusión de una justificación al respecto²⁶.

No obstante, tras la aprobación de la Compilación, el carácter familiar de la viudedad es prácticamente indiscutido —salvo alguna excepción aislada— en la doctrina²⁷, finalizándose, al me-

26 “El Derecho de viudedad, encuadrado en el Libro primero *por la preponderancia de su carácter familiar sobre el sucesorio*, es objeto de cuidada atención, en consonancia con el importante lugar que ocupa en el Ordenamiento civil aragonés” (el subrayado es mío). Para ARREGUI GIL, este párrafo llegaba a indicar claramente “su naturaleza familiar-sucesoria” a la que identificaba como común con la del usufructo de fidelidad navarro, *cfr.* ARREGUI GIL, J., *La fidelidad viudal en el Derecho Privado de Navarra*, Biblioteca de Derecho Foral, Pamplona, 1968, p. 185.

27 SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en la Compilación del Derecho civil de Aragón”, *ADC*, XX, 1967, p. 760; BERGUA CAMÓN, J., “La viudedad en nuestro Derecho foral”, *Comentarios de Prensa*, Artículos publicados en el periódico diario de Zaragoza “Heraldo de Aragón”, *ADA*, T. XIII, 1965-66-67, p. 419; MARTÍN-BALLESTERO y COSTEA, L., “De la viudedad (arts. 72 a 88 de la Compilación)”, *BCAZ*, nº 25, 1967, p. 106; “Ponencia sobre la viudedad”, *Actas de las jornadas de Derecho Aragonés*, *ADA*, T. XIV, 1968-69, pp. 533 y 556 y en “El Derecho de familia en Aragón (según la Compilación de 8 de abril de 1967)”, *RGLJ*, T. 255, 1968, pp. 608, 653 y 654; BATALLA GONZÁLEZ, M., “La viudedad en la Compilación aragonesa”, *RCDI*, XLIV, 1968, p. 441.

En contra, considerándola como derecho sucesorio, *vid.* CAMÓN AZNAR, L., “Comunicación sobre naturaleza jurídica de la viudedad aragonesa”, *Actas de las jornadas de Derecho aragonés*, Zaragoza, 18-20 de diciembre de 1969, *ADA*, XIV, 1968-69, pp. 540 a 543. Para este último autor, se trata de un pacto sucesorio mutuo y recíproco entre los cónyuges al contraer matrimonio establecido y regulado por la ley. Sitúa en el fallecimiento de uno de ellos el derecho de viudedad del que sobrevive, a pesar de reconocer su fundamento familiar, y considera al derecho expectante como una modalidad de la institución, sin más alcance, *Ídem*, pp. 541 y 542.

nos hasta ese momento, las disquisiciones que se habían suscitado en torno a esta cuestión²⁸.

La viudedad aragonesa, en tanto que Derecho de Familia, quedaba de este modo sujeta a la ley personal mientras subsistía el matrimonio, con absoluta independencia del domicilio de los cónyuges, del titular del bien o de la provincia donde éstos últimos radicasen²⁹.

28 Sin embargo, la combinación del carácter no territorial de la viudedad así entendida y la inmutabilidad propia de los regímenes matrimoniales traía como consecuencia inmediata la subsistencia de otro problema: la fijación de la ley aplicable en los casos de cambio de regionalidad. Como apuntaba SANCHO REBULLIDA, la falta de resolución de este conflicto en el texto compilatorio no se debía, sin embargo, a un olvido del legislador sino a la inadecuación de la norma para tal fin. La Compilación no resolvía este problema ni era su competencia resolverlo pues no se trataba de una cuestión de Derecho aragonés sino de Derecho Interregional. No era, por tanto, un problema a solucionar por una de las leyes en concurso sino que debía de resolverse por una ley de esta última naturaleza, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, pp. 760 y 761. *Vid.* también del mismo autor sobre este punto ya respecto al Anteproyecto de la Compilación "La viudedad en el Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, p. 20. Dicha ley ya había sido anteriormente demandada, con carácter de urgencia, en el extremo f) de la conclusión 1ª del Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en 1946. En relación con el Congreso citado *vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L., "El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946", *ADC*, I, 1948, pp. 145 a 155, posteriormente recogido en *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1958, pp. 1 a 16; igualmente, PELAYO HORE, S., "El Congreso Nacional de Derecho Civil", *RGLJ*, T. XII (180 de la colección), 1946, pp. 588 a 602. Sobre esta cuestión y sus consecuencias para el expectante *vid.* apartado 3º de este mismo Capítulo.

29 La propuesta del texto del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1961 (art. 139) y las de los Anteproyectos de esta última de 1962 y 1963 (arts. 144 y 140, respectivamente) aún especificaban que el origen automático por la celebración del matrimonio se producía "cuando el marido era aragonés en el momento de contraerlo". La Comisión de Codificación eliminó del Proyecto tal precisión que tampoco pasó al texto legal, seguramente por entender que, aclarada la naturaleza familiar de la institución, tal resultado venía dado por los artículos 9 y

La reforma de la Compilación efectuada por ley 3/1985, de 21 de mayo, no alteraría en nada el panorama expuesto aunque la tradicional concepción familiar sería cuestionada por algún sector doctrinal que apostaba por calificaciones alternativas en las que aquélla perdía la preeminencia absoluta de la que había gozado hasta entonces³⁰. No obstante, el objeto central de las críticas a la institución se centraría en otra cuestión de trascendental importancia: las dificultades que el efecto real inherente al derecho expectante en los inmuebles conllevaba en muchas ocasiones en el tráfico jurídico en el que intervenían cónyuges de matrimonios regidos por norma aragonesa³¹.

15 del Código Civil entonces vigentes, *cf.* SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *ADC*, XX, 1967, pp. 763 y 764.

30 *Vid.* posteriormente tras la reforma de la Compilación por ley 3/1985, de 21 de mayo, calificándola como Derecho de familia "*sui generis*" a ZAPATERO GONZÁLEZ, R., "De la viudedad foral", *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, Jaca 27, 28 y 29 de septiembre de 1985, Zaragoza, 1986, pp. 210 y 211. Defendiendo que comprende dos etapas sucesivas, la primera de puro Derecho de familia y la segunda sucesoria consúltese LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Comentario al art. 72 Comp. aragonesa", *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1995, p. 287.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil, regulada por el Decreto 10/1996, de 20 de febrero, consideró entre los aciertos de la Compilación entonces vigente, dentro del elenco de instituciones jurídicas que regulaba, "la viudedad, *en sus dos fases de derecho expectante y usufructo*" (el subrayado es mío), *cf.* "Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil. Ponencia General elaborada por la Comisión aragonesa de Derecho Civil (Decreto 10/1996, de 20 de febrero)", *RDCA*, II, nº 2, 1996, p. 183.

31 *Vid.* lo que sobre este punto expresaba ZAPATERO GONZÁLEZ durante la vigencia del texto compilatorio con redacción de 1985: "La más llamativa deficiencia procede del campo económico-patrimonial, especialmente en su forma de derecho expectante, por cuanto supone de impedimento para la libre transmisión de los bienes sujetos al gravamen por parte del titular de los mismos", "De la viudedad foral", *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, pp. 207 y 208. En igual sentido, DE PABLO CONTRERAS consideraba que, entre los inconvenientes, "no

§ 2. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE VIUDEDAD EN LA LREM.

2.1. LAS POSTURAS DE LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

Las posibilidades que se abrían a la nueva regulación eran, en principio, tres: derecho sucesorio, derecho familiar con expectante de efecto real en los inmuebles o derecho familiar con expectante sin este último efecto.

La opción de la regulación como derecho sucesorio resultaba, de entrada, difícilmente compatible con la mejora o actualización de una institución que, tradicionalmente, ha sido desde sus orígenes intrínsecamente familiar. Ahora bien, la postura inicial entre los miembros de la Comisión Aragonesa en la fase inicial de elaboración de la Lrem. (año 1999) no fue precisamente

es precisamente menor la traba que a la libre disposición de los bienes supone la existencia de la viudedad en su fase de derecho expectante”, *cfr.* DE PABLO CONTRERAS, P., “El derecho expectante de viudedad y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 246.

Vigente la Compilación de 1967, LACRUZ reconocía los problemas que eventualmente podía provocar pero invocaba a su favor el arraigo del que gozaba: “El precepto (se refiere al art. 76 Comp. aragonesa) mantiene así, respecto a los bienes sitios, la clásica regulación aragonesa, que en alguna ocasión presenta inconvenientes para el tráfico, pero que se halla firmemente asentada en la conciencia jurídica de nuestro territorio”, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., “El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa”, *ADC*, XX, fascículo IV, 1967, pp. 750 y 751. MERINO HERNÁNDEZ, mucho más crítico, consideraba la naturaleza familiar como pura reminiscencia histórica que impedía la unidad de las legislaciones civiles españolas. Por este motivo, se mostraba partidario de la supresión, argumentando que no daba lugar más que a una restricción del cónyuge aragonés respecto del castellano, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Extensión del derecho de viudedad aragonés”, *RDN*, LXXIX, enero-marzo 1973, pp. 146 a 151, en especial, pp. 150 y 151; igualmente en “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *ADC*, XXVIII, 1975, pp. 424 y 430.

unánime. Argumentos en pro y en contra fueron puestos sucesivamente de manifiesto y objeto de enfrentados e interesantes debates³².

Finalmente, y por mayoría —no absoluta—, la Comisión se decantaría por el mantenimiento de la energía reipersecutoria tradicional del derecho expectante en los bienes inmuebles, aunque con modificaciones sustanciales en su régimen jurídico en atención a las necesidades del tráfico que serán objeto de estudio en el Capítulo siguiente.

Con independencia de cual fuera finalmente la regulación adoptada, resulta muy revelador el examen y análisis de todos los razonamientos expuestos en los debates citados tanto para facilitar la comprensión de aquélla como para poner de relieve las motivaciones últimas a las que obedece.

2.1.1. Las propuestas de política legislativa

En un primer momento, las distintas materias a abordar en la nueva ley son objeto de distribución entre los miembros de la Comisión para que traigan unas notas con propuestas de política legislativa que sirvan de punto de partida en los debates posteriores. Más concretamente, sobre el derecho de viudedad existen cuatro escritos. Los dos primeros de Jose Luis Batalla Carilla y

32 “Otro aspecto acerca del cual se discute es el derecho expectante de viudedad foral aragonesa: unos miembros de la Comisión muestran su decidida resolución de proponer su supresión mientras otros piden su mantenimiento. Se expresan argumentos en ambos sentidos”, *cfr.* “Acta de la sesión de veinte de octubre de 1999”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Diputación General de Aragón, p. 2. Es preciso matizar que las Actas no son una publicación unitaria oficial sino, simplemente, una recopilación disponible por gentileza de la propia Comisión. Por esta razón, la página mencionada, en esta cita y en lo sucesivo, corresponde a la de cada una de ellas individualmente considerada.

Joaquín Cereceda Marquínez, sobre la viudedad en general y el expectante en particular. Los otros dos, de M^a Angeles Parra Lucán y Adolfo Calatayud Sierra, sobre el usufructo vidual³³. Las posturas sostenidas por todos ellos en los documentos aludidos así como las defendidas por otros miembros de la Comisión en las deliberaciones subsiguientes pueden resumirse así:

2.1.1.1. Posiciones contrarias al expectante

Los argumentos en los que se apoyaban estas posturas eran de dos clases distintas: por razones económicas y por incompatibilidad con la disposición conjunta como instrumento de cooperación en la dirección de la economía familiar.

Los miembros partidarios de una y otra justificaban así sus posiciones:

a. Por razones económicas

a.1. Calatayud Sierra

Partidario de una “postura de máximos” consistente en la supresión del expectante, o que, al menos, deje de existir cuando los bienes se transmiten. En su opinión, hasta 1967 la regulación y protección del expectante eran coherentes: el derecho de viudedad se limitaba a los inmuebles y la enajenación de uno de ellos disminuía esa expectativa por lo que era coherente exigir la renuncia (salvo el caso de la permuta de fincas). El carácter universal otorgado a la viudedad en la Compilación le concedió —indebidamente en su opinión— un efecto multiplicador puesto que el cónyuge que no renuncia puede tener usufructo sobre lo

33 Cfr. “Acta de la sesión de nueve de febrero de 2000 (Acta 87)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 6.

que vendió y sobre lo que se recibió como contraprestación en la enajenación ya que el expectante no se extingue aunque la enajenación sea a título oneroso, a menos que se renuncie. Desde esa fecha considera que el expectante protege más y es incoherente porque la expectativa de goce del usufructo viudal sólo se ve disminuida en las enajenaciones lucrativas y, por ello, sólo a éstas debería dirigirse la renuncia. Igualmente considera que atribuye *de facto* un poder a nueras y yernos del viudo con el que pueden entorpecer la disposición si existen malas relaciones familiares. No le parece convincente el argumento que se podría esgrimir en contra de que al cónyuge puede no resultarle indiferente que el usufructo recaiga sobre muebles o inmuebles porque, en su opinión, no debe dejarse en manos del sobreviviente la naturaleza de los bienes sobre los que prefiere que recaiga el usufructo³⁴.

a.2. Cereceda Marquínez

Se plantea si es justo el mantenimiento del expectante en todos los casos en que el cónyuge titular de un inmueble lo enajene sin que el consorte renuncie. A su juicio, debe distinguirse entre enajenaciones a título lucrativo u oneroso: en las primeras, no encontraba inconveniente a la pervivencia del expectante puesto que el tercero no ha realizado ninguna contraprestación con lo que no puede verse perjudicado por el eventual gravamen del expectante. En cambio, en las enajenaciones onerosas, al recibirse aquélla, el patrimonio del cónyuge enajenante no sufre —en su opinión— disminución alguna, y el expectante recaerá sobre el bien (en caso de permuta) o dinero (caso de compraventa) reci-

34 Vid. los razonamientos citados en “Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 5 y 6 y en “Acta de la sesión de ocho de marzo de 2000 (Acta 89)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 2.

bido a cambio. Incluso en el supuesto de que este último se destinara para satisfacer gastos derivados de atenciones familiares o deudas de uno o ambos cónyuges o de la comunidad, tampoco considera que exista tal disminución ya que su utilización ha sido en beneficio de la familia, para regular el valor del patrimonio o para satisfacer gastos de los que también se ha podido beneficiar el sobreviviente. Por todo ello, estima que no debería mantenerse el expectante en las enajenaciones onerosas de inmuebles aunque el sobreviviente no hubiera renunciado a él³⁵.

a.3. Valoración crítica

El punto de partida inicial de Calatayud Sierra es la supresión total o, al menos, que el expectante deje de existir cuando los bienes se transmiten. No obstante añade que no tendría inconveniente en adherirse a la postura de Cereceda Marquín³⁶, en atención a la clase de transmisión.

El argumento principal esgrimido por Calatayud Sierra es la pérdida de justificación del expectante en las transmisiones onerosas tras la extensión universal de la viudedad en la Compilación del 67 considerando —en coincidencia con Cereceda— que si el titular del bien lo ha transmitido sin renuncia de su cónyuge éste último siempre tendrá expectante sobre el numerario producto de la venta que entra en el patrimonio del enajenante por subrogación real, con lo que el potencial perjuicio quedaría limitado —siguiendo este razonamiento— a las transmisiones lucrativas.

35 Cfr. “Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 4 y 5 y, en extenso, en el Anexo a esta Acta, pp. 1 y 2.

36 “Acta de la sesión de ocho de marzo de 2000 (Acta 89)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 2.

En cualquier caso, es destacable que no estamos ante una ruptura con la calificación de la viudedad como derecho familiar sino que lo que se propone por ambos es la supresión del efecto real del expectante en los bienes inmuebles. En coherencia con ello, Cereceda Marquínez apuntaba, como alternativa, la aplicación a los inmuebles de la regulación del expectante en los muebles: no hay que renunciar pero, sin embargo, hay derecho expectante³⁷. Por su parte, Calatayud Sierra explícitamente afirmaba que la supresión de dicho carácter real no sería inconveniente para seguir considerando a la viudedad aragonesa como una institución perteneciente al Derecho de Familia y darle acogida en la Lrem. por su origen, función y características. Encuentra útil seguir manteniendo que es el matrimonio lo que atribuye el derecho de viudedad, a los efectos de asegurar que se anteponga a cualquier derecho sucesorio o de los acreedores de la herencia³⁸.

Aceptando esta concepción del expectante se advierte que el cónyuge no propietario queda al margen de la naturaleza de los bienes objeto del potencial usufructo y que debe considerarse además “compensado” con el expectante sobre el importe obtenido de la venta que, evidentemente, nunca gozará de la protección legal y *erga omnes* inherente a su presencia en un bien inmueble. La viudedad quedaría reducida a un mero derecho económico en el que cualquier otro valor presente en la misma desde sus orígenes (como, por ejemplo, la protección de la posición del cónyuge viudo, la conservación del patrimonio familiar o la cooperación en las decisiones familiares de importancia) de-

37 “Acta de la sesión de ocho de marzo de 2000 (Acta 89), *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3.

38 Cfr. “Propuestas para la regulación del usufructo viudal”, Comisión aragonesa de Derecho Civil, octubre 1999, p. 1.

viene automáticamente vacío de contenido. La fluidez en el tráfico se erige —en solitario, a mi juicio— como ventaja a destacar de la tesis expuesta, en detrimento de todo lo demás.

b. Por incompatibilidad con la disposición conjunta como instrumento de cooperación en la dirección de la economía familiar

b.1. Parra Lucán

Comparte las opiniones expuestas sobre las dificultades que se derivan de la regulación del expectante como gravamen real en la Compilación afirmando que no encuentra razón para dicho carácter real en los inmuebles, y que, en cambio, sólo dé derecho a la posibilidad de impugnación de las enajenaciones hechas en fraude del derecho del titular cuando se trata de bienes muebles siendo que, en la práctica, la mayor parte de patrimonios tienen un componente cada vez más importante de bienes muebles (dinero, acciones, participaciones) y en estos casos es imposible probar el fraude en la enajenación. Menciona el origen histórico de la institución y recuerda como la conservación del expectante, si no se consentía a la enajenación, procede de un momento en el que la gestión estaba atribuida exclusivamente al marido. Se cuestiona si en la sociedad actual es positivo mantener la viudedad como instrumento de actuación conjunta de los cónyuges y se pregunta si el legislador, consecuente con el citado planteamiento, se atrevería a establecer este requisito incluso para los bienes privativos, ya que en definitiva ahí está el origen de la actual necesidad de renuncia³⁹.

39 Cfr. “Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 6 y 7.

b.2. *Martínez Cortés*

Argumenta en esta misma línea que, si se quiere ser coherente con la tradición histórica de 1247, habría que ser valiente en esta materia y establecer expresamente la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para los actos de disposición. La sumisión al régimen económico aragonés llevaría consigo la necesidad de disposición conjunta y los cónyuges que no lo quisieran podrían adoptar en capitulaciones un régimen diferente. Para él el porcentaje de patologías es cada vez mayor por lo que resulta evidente que la regulación de la Compilación es problemática, aunque comparte la opinión de que la viudedad no es sólo un valor económico y que tiene una función de cooperación entre los cónyuges. Aclara que la opinión del notariado aragonés contraria al expectante se debe, precisamente, al aumento de esta patología⁴⁰.

b.3. *Valoración crítica*

Las dos tesis expuestas se sustentan en los orígenes históricos de la institución. El Fuero *Ne vir sine uxore* (1247) establece un sistema de disposición conjunta de los bienes⁴¹ y atribuye de modo exclusivo a la viuda el derecho de viudedad. Frente a

40 Cfr. "Acta de la sesión de ocho de marzo de 2000 (Acta 89), *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4; "Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 7 y 8.

41 *Statuimus quod vir sine uxoris assensu, nec uxor sine assensu viri sui possint alienare bona eorum*. SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, 1866, edición facsimilar realizada con ocasión del IV centenario de la ejecución de D. Juan de Lanuza, Justicia de Aragón, en 1591, dirigida por Jesús Delgado Echeverría y editada por El Justicia de Aragón e Ibercaja, Zaragoza, 1991, 3 vols., libro IV, pp. 175 (vol. I) y 105 (vol. III).

dicho sistema, las Observancias 26 *De iure dotium*⁴² y 2ª *Ne vir sine uxore*⁴³ permitirán después al esposo enajenar bienes de su consorte pero dejando a salvo la viudedad que en ellos le corresponda si la enajenación no contaba con su consentimiento (*de voluntate uxoris*). Por lo tanto, la enajenación efectuada sin la intervención del otro cónyuge era válida pero en ningún caso implicaba la pérdida de su derecho. A contrario debía entenderse que si la esposa consentía las enajenaciones realizadas por su marido el derecho de viudedad quedaba extinguido.

Señalaba LACRUZ como son los autores de las Observancias los que derivan la necesidad de la concurrencia de la mujer a las enajenaciones de inmuebles del marido de sus derechos viduales, siendo la consecuencia que se acabe por permitir a aquél la enajenación de bienes propios y comunes, reservando únicamente para la mujer su derecho de viudedad si expresamente no renunció o intervino con su marido en el contrato. Con anterioridad nada se alega respecto al derecho de viudedad, con lo que, según el autor, es más verosímil pensar que la unidad de acción de los cónyuges respondiera a razones éticas y de una mayor cohesión familiar⁴⁴.

42 *Item, vir inmobilia, in quibus uxor debet habere viduitatem potest alienare, sed remanet ius salvum uxori, quod in eis possit tenere viduitatem, si talis casus evenerit, nisi alienatio sit facta de voluntate uxoris*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit.*, libro V, pp. 34 (vol. II) y 217 (vol. III).

43 *Item, vir inmobilia, in quibus uxor debet habere viduitatem, potest alienare: sed remanet ius uxoris salvum, scilicet, quod possit tenere viduitatem in eis, si talis casus evenerit*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit.*, libro II, pp. 14 (vol. II) y 196 (vol. III).

44 LACRUZ BERDEJO, J. L., "El régimen matrimonial de los *Fueros de Aragón*", ADA, III, 1946, pp. 101 y 102.

Será el sistema de las Observancias el que acabe imponiéndose definitivamente sobre el del Fuero, abandonándose la justificación de la intervención de la esposa por causa del sistema conjunto de disposición de bienes en favor de la conservación del derecho de viudedad.

Con estos antecedentes, queda patente que disposición conjunta y consentimiento de la esposa a la enajenación realizada por el marido para garantizar su derecho de viudedad no fueron coetáneos en el tiempo, probablemente porque no eran precisos simultáneamente para la protección de la viuda. Ciertamente, la mujer quedaba amparada en ambas situaciones si bien a través de cauces distintos.

Trasladados estos argumentos a la actualidad, en un entorno de absoluta igualdad entre cónyuges, cobraba sentido plantearse —desde una perspectiva estrictamente jurídica— la disyuntiva de su elección. Así lo consideró el Presidente de la Comisión, Jesús Delgado Echeverría, quien, en línea con las consideraciones expuestas por Parra Lucán y Martínez Cortés, planteaba que si, históricamente, en un momento de ausencia de codirección de la vida familiar, se tiende a proteger a la viuda mediante la exigencia de su intervención y la técnica que se utiliza es la conservación del expectante, quizás ahora en situación de igualdad de los cónyuges en la administración y disposición de los bienes, la protección del viudo podría atenderse de otra manera. Sugiere una transformación en la técnica recogida en la Compilación dirigida a la misma finalidad y propone estudiar la posibilidad de establecer una disposición que exija el consentimiento del otro para la enajenación eficaz de un bien inmueble privativo. Considera, no obstante, necesario su notificación al no disponente pues, en su opinión, sería una alternativa siempre y cuando se garantizara la efectividad del derecho, en particular,

estableciendo constante el matrimonio, la posibilidad del cónyuge titular del expectante de impugnar las enajenaciones en un plazo a determinar⁴⁵.

Esta opción fue criticada por Calatayud Sierra y Parra Lucán por considerar que suponía reconocer el expectante como traba dispositiva⁴⁶. Calatayud se cuestionaba, además, coherentemente en mi opinión, las posibles consecuencias de esta opción derivadas de la oposición o falta de consentimiento (¿nulidad, anulabilidad?).

Delgado Echeverría señalaba que se podía configurar una especie de anulabilidad que no impidiera la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad, aunque precisaba que en la actualidad lo correcto es entender que los actos anulables no son inscribibles. Indicaba que él no tenía pensada en aquel momento una propuesta articulada pero insistía que podía encontrarse una técnica alternativa a la recogida en la Compilación.

Serrano García también se sumaba a esta última opción⁴⁷.

Cereceda Marquínez sugiere la introducción, como requisito previo a la enajenación de un bien, de la necesidad de avisar

45 Cfr. "Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 7 a 9; "Acta de la sesión de ocho de marzo de 2000 (Acta 89)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 2 y 3.

46 Cfr. "Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 8. Martínez Cortés añade que, históricamente, los patrimonios eran fundamentalmente privativos pero, en la actualidad, se trata básicamente de bienes comunes, estimando por ello que la regulación propuesta hasta entonces se compadece mal con esta modificación de la realidad.

47 Cfr. "Acta de la sesión de ocho de marzo de 2000 (Acta 89)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3.

o notificar al otro cónyuge y, antes de la enajenación, el señalamiento de un plazo para que pueda oponerse⁴⁸.

En cualquier caso, y al margen de los problemas que su delimitación podía ocasionar, considero que no implicaba el reconocimiento de traba alguna sino que se trataba, simplemente, de otra alternativa más a la configuración del expectante como derecho real centrada, en este caso, en el mantenimiento de la cooperación y participación en la vida familiar.

Calificaciones al margen, y atendiendo a su contenido, la opción por la disposición conjunta de bienes privativos sin más garantías habría resultado insuficiente, a mi parecer, para proteger al cónyuge no propietario. Y si se admitían las cauciones citadas, el problema principal que se podría plantear es que las consecuencias para la seguridad del tráfico jurídico de inmuebles serían todavía más negativas que el efecto real del expectante ya que mientras éste dificulta, pero no impide nunca, la transmisión válida y eficaz de los bienes, la disposición conjunta así entendida condicionaría la eficacia de la venta durante todo el tiempo que estuviera vigente el eventual plazo de impugnación. En definitiva, la vuelta a la disposición conjunta de los Fueros sostenida por Martínez Cortes y Parra Lucán resultaba idónea para los terceros pero no para el cónyuge no propietario; y si se garantizaba la efectividad del derecho apuntada por Delgado (notificación, impugnación) aquél quedaba protegido pero la fluidez y seguridad del tráfico jurídico quedaban afectadas con consecuencias mucho más negativas que las derivadas del expectante.

48 Cfr. "Acta de la sesión de ocho de marzo de 2000 (Acta 89)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 3 y 4.

2.1.1.2. Posiciones favorables al expectante

Ante los argumentos más arriba expuestos, las respuestas de otros miembros de la Comisión fueron las siguientes:

a. García Almanzor

Son tres los aspectos de la regulación en los que, a su juicio, se debía poner de acuerdo la Comisión: sobre cómo nace la viudedad (en su opinión, con la celebración del matrimonio); en que se trata de dos manifestaciones de un único derecho que se articula mediante dos fases (expectante y usufructo viudal); y, por último, en las causas de extinción. Afirma que los problemas analizados reflejan situaciones patológicas de ventas en documento privado en las que los compradores actúan sin asesoramiento. En la práctica, nadie compra si no media una renuncia y por ello se muestra favorable al mantenimiento del expectante que, según su criterio, habitualmente no plantea problemas. Sugiere la posibilidad de mantener la regla de que el expectante se extingue si dispone el cónyuge titular y el otro consiente pero añadiendo que también desaparece si, realizada la enajenación por su titular, pasa determinado plazo sin que el otro haya hecho una reserva de su derecho⁴⁹.

b. Batalla Carilla

Se pronuncia a favor del mantenimiento del principio general del art. 72.1 Comp. aragonesa que atribuye a la celebración del matrimonio el usufructo de viudedad, lo que supone mantener

⁴⁹ Cfr. "Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 7 y 9; "Acta de la sesión de ocho de marzo de 2000 (Acta 89)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3.

el derecho expectante. Para él, las objeciones expuestas pueden salvarse mediante previsiones expresas. Considera que debe corregirse el enfoque de centrar toda la regulación en si existe renuncia o no. El esquema que propone es que el expectante debe mantenerse pero estableciendo que se pierde por una serie de causas y entre esas, como una más, debe figurar la renuncia⁵⁰.

c. Serrano García

Manifiesta que no es contrario al expectante y que los problemas sólo se entienden en el régimen de separación de bienes. En su opinión, en el régimen de comunidad, el expectante debe ponerse en relación con el régimen de administración y coordinarlo con la disposición de los bienes comunes⁵¹. Propone como alternativa darle la vuelta a la regulación compilatoria entonces vigente: suprimir la exigencia del consentimiento de los dos cónyuges para la disposición de los bienes comunes de manera tal que uno sólo puede disponer de ellos pero entonces pervive el expectante⁵².

50 Cfr. "Acta de la sesión de nueve de febrero de 2000 (Acta 87)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 1; "Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 7 y 9. En contra, tanto de esta postura como la de García Almanzor, se manifestaba Cereceda Marquín, opinando que eran una forma de devaluar el expectante y considerando preferible, por ello, la supresión del mismo, cfr. "Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 9.

51 Cfr. "Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 6.

52 Cfr. "Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 9.

d. Delgado Echeverría

El planteamiento inicial del Presidente de la Comisión respecto al expectante es favorable a su mantenimiento. Para él, su supresión podría ser mal recibida y considerarse como un ataque al Derecho aragonés⁵³. Destaca que, en el expectante, no sólo debe verse el aspecto económico (si la conservación supone o no un enriquecimiento para el sobreviviente, punto de apoyo principal de los planteamientos de Calatayud Sierra y también de Cereceda Marquínez) sino también el aspecto de la cooperación, la ordenada vida familiar⁵⁴.

Igualmente se muestra contrario a la diferenciación entre muebles e inmuebles expuesta por Parra Lucán porque estos últimos tienen, en su opinión, una vocación de permanencia y estabilidad en el patrimonio⁵⁵ aunque no rechaza de entrada —tal y como se ha visto más arriba— su proposición de disposición conjunta en bienes privativos como alternativa al efecto real del expectante. Considera necesario, también, otro aspecto de la regulación: la posibilidad de que la renuncia sea sólo al derecho expectante, es decir, que el cónyuge tenga usufructo sobre los

53 Cfr. “Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 9.

54 “Acta de la sesión de ocho de marzo de 2000 (Acta 89)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3. Vid. sobre ello, en referencia a la Compilación, DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La gestión de la comunidad conyugal aragonesa”, *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, Ed. Bosch, Barcelona, p. 289 y en *El Derecho Aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, Ed. Alcrudo, Zaragoza, 1977, pp. 129 y 130. En igual sentido, SERRANO GARCÍA, J. A., “Panorámica del Derecho civil aragonés”, *BCAZ*, nº 123, octubre 1991, p. 78 e, igualmente, en “La protección jurídica del cónyuge viudo en el Derecho civil aragonés”, *Aequalitas*, nº 8, 2001, pp. 34 y 36.

55 Cfr. “Acta de la sesión de veintitrés de febrero de 2000 (Acta 88)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 9.

bienes del otro que no se hayan enajenado y queden en su patrimonio al fallecimiento⁵⁶.

2.1.2. El debate de elaboración de la Lrem.

En una segunda fase, y ya dentro de los debates propiamente dichos, la ponencia de esta materia se encargó al Presidente de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, Jesús Delgado Echeverría, junto con Jose Luis Batalla Carilla y Ricardo Giménez Martín. Los trabajos se realizaron sobre un primer borrador elaborado por Jesús Delgado (Documento 1), el texto y las anotaciones elaborados por los otros dos ponentes sobre la base del Documento 1 (Documento 2) y, por último, las observaciones que el Presidente hace sobre el Documento 2 (Documento 3) junto con el primer grupo de enmiendas presentado por Adolfo Calatayud Sierra al primer Borrador del derecho de viudedad⁵⁷.

Para lo que aquí interesa, el punto de partida es la continuidad de la viudedad como Derecho de familia y el mantenimiento —aunque muy flexibilizado— del expectante. Respecto a la primera cuestión, ciertamente los dos primeros documentos coinciden en la presentación inicial de la viudedad con carácter universal y origen matrimonial y compatible con cualquier régimen matrimonial⁵⁸. El primer grupo de enmiendas se adhiere,

56 Cfr. “Acta de la sesión de ocho de marzo de 2000 (Acta 89)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3.

57 Cfr. “Acta de la sesión de tres de octubre de 2001 (Acta 132)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 2.

58 Las definiciones del derecho de viudedad en los Documentos núms. 1 y 2 eran del siguiente tenor:

Art. I.— *Origen*

1.— La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo

igualmente, a dicha extensión de la viudedad⁵⁹. En relación con el expectante, la tendencia existente en los tres documentos es coincidente en sentido favorable hacia la conservación⁶⁰.

de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca. 2.– El derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen matrimonial.

Cfr. “Documento 1. Primer Borrador de Jesús Delgado (julio 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 1.

Artículo 1.– *Origen*

1.– El derecho de viudedad nace desde la celebración del matrimonio, cuyos efectos se rijan por ley aragonesa, y atribuye a cada cónyuge, durante él, un derecho expectante de usufructuar, que se hace efectivo como usufructo viudal, a favor del que de ellos sobreviva sobre todos los bienes del que primero fallezca. 2.– Este derecho es compatible con cualquier régimen económico del matrimonio.

Cfr. “Documento 2. Texto de Ricardo Giménez y José Luis Batalla (septiembre 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 1.

59 *Vid.* igual criterio favorable a la extensión universal en el Primer Grupo de Enmiendas presentado por Calatayud Sierra, inclinándose a favor de la redacción presentada por Delgado salvo dos excepciones concretas:

Primer Grupo de Enmiendas

1.– La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, a salvo lo que se dispone en los artículos 2 (pactos) y 3 bis (norma de regulación del usufructo viudal sobre descendencia anterior).

60 En el “Documento nº 1”, el art. VII tenía el contenido siguiente:

Art. VII.– *Existencia del derecho expectante*

Cada cónyuge adquiere derecho expectante de viudedad sobre los bienes del otro y sobre los consorciales, si los hubiere, desde la celebración del matrimonio o desde el ingreso del bien en el correspondiente patrimonio.

Cfr. “Documento 1. Primer Borrador de Jesús Delgado (julio 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 2.

Por su parte, el artículo 1 del “Documento 2” disponía:

Artículo 1. *Existencia del derecho expectante*

Desde la celebración del matrimonio, los bienes del patrimonio común o privativo quedan afectos al derecho expectante de viudedad.

Cfr. “Documento 2. Texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

Por último, el artículo VII del “Documento 3” era del siguiente tenor:

Sin embargo, nuevas enmiendas presentadas por Calatayud Sierra contra la subsistencia del expectante en todas las enajenaciones onerosas y las críticas de algunos miembros de la Comisión (fundamentalmente, Martínez Cortés y Torrente Giménez) acerca de la limitación que este derecho supone en la administración y gestión de los bienes privativos provocan que se discuta nuevamente sobre su vigencia y protagonismo en el tráfico jurídico de inmuebles:

2.1.2.1. Posiciones contrarias al expectante

a. Las enmiendas de Calatayud Sierra: la extinción automática del expectante en las enajenaciones onerosas y en los bienes de origen familiar

Calatayud presenta un nuevo grupo de enmiendas, el cuarto, que sustituye al tercero que presentó en su día y que no fue tenido en consideración. Indica que, en su opinión, esta cuestión constituye la parte central del proyecto de ley que se está debatiendo e insiste en su planteamiento inicial de la fase preparatoria favorable a la extinción del expectante en las enajenaciones onerosas, reiterando nuevamente que en éstas no hay —a su parecer— perjuicio al derecho de viudedad del cónyuge⁶¹.

Artículo VII

Desde la celebración del matrimonio, cada cónyuge adquiere derecho expectante de viudedad sobre los bienes del otro y sobre los consorciales.

Cfr. “Documento 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

61 El tenor literal de la enmienda era el siguiente: “El derecho expectante de viudedad de un cónyuge se extingue respecto de los bienes que salgan del patrimonio del otro por título oneroso, pero no se extingue por la enajenación lucrativa, a menos que se renuncie a él”, *cfr.* “Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

En línea con este argumento, tampoco da relevancia al papel que desempeña el expectante de control de los actos de disposición del otro cónyuge al que califica como un mero “efecto añadido” en el 67⁶².

No obstante, para el caso de que esta enmienda no fuera aprobada, presenta otra consistente en, al menos, limitar la extinción a los bienes familiares en los que no le parece razonable exigir la renuncia del cónyuge para poderlos transmitir libres del gravamen⁶³. Defiende que, habiéndose mantenido la norma que imposibilita a los padres y ascendientes impedir que el cónyuge del descendiente tenga viudedad en los bienes que le transmitan por donación o sucesión, sería conveniente permitir al cónyuge que los ha recibido excluirlos unilateralmente —y no solamente por pacto o renuncia del consorte no propietario como admitía la regulación aprobada hasta ese momento— de la viudedad del otro⁶⁴.

b. La postura de Martínez Cortés: la supresión del expectante en los bienes privativos

La otra crítica al derecho expectante parte de Martínez Cortés en relación con las limitaciones que, inevitablemente, produce el expectante en la gestión de los bienes privativos. En su opinión, es en éstos donde se produce un mayor rechazo

62 “Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

63 El texto propuesto era: “Tratándose de bienes de uno de los cónyuges, procedentes de su familia (se extingue) por su enajenación a título oneroso”, *cfr.* “Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

64 *Cfr.* “Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 12

social al derecho expectante porque permite un bloqueo doloso o malicioso de los actos de disposición de los bienes privativos del otro cónyuge. Para él la gente no entiende que deba existir expectante en estos casos, especialmente en los bienes hereditarios o de origen familiar, respecto de los cuales mantiene idéntica postura que Calatayud a favor de la extinción por su enajenación. Reclama una mayor libertad de disposición de tales bienes y considera que deberían darse cauces con tal finalidad⁶⁵.

2.1.2.2. Posiciones a favor del expectante

A raíz de estas dos importantes objeciones, se reabre de nuevo el debate sobre la pervivencia del expectante. Y ello a pesar de que, en opinión del Presidente, era un tema ya resuelto pues la Comisión había dicho expresamente, con anterioridad, que quería que hubiera derecho expectante de viudedad⁶⁶. En cualquier caso, lo cierto es que la mayoría de los miembros de la Comisión no compartía los argumentos expuestos:

a. Las críticas a la negación de la función de control del expectante

a.1. Batalla Carilla

En contra de la tesis defendida por Calatayud Sierra, Batalla Carilla afirma que la función de control de los actos de disposi-

65 Sobre los razonamientos de Martínez Cortés *vid.* "Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 12 y 13 e, igualmente, en "Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, pp. 4 a 7.

66 En opinión de Delgado Echeverría, suprimirlo generaría sorpresa y dudas en muchos juristas aragoneses, *cfr.* "Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

ción del otro es connatural al derecho de viudedad y que siempre ha existido dicho control⁶⁷.

a.2. Delgado Echeverría

Expone que en la historia del Derecho aragonés la viudedad ha sido, normalmente, un medio para que la mujer pudiera controlar los actos de disposición del marido, al menos desde que desapareció la inicial codisposición, y que ésta es nuestra tradición⁶⁸. Considera que el expectante es derecho de viudedad y permite defender la viudedad que vendrá. Es partidario de conservar esta concepción tradicional adaptada a todo lo que parezca necesario al momento histórico presente y, aunque admite que todo es revisable, no le parece bien partir como premisa de los planteamientos de Calatayud Sierra que no convencen a la mayoría⁶⁹. Recuerda que, en la regulación aprobada hasta entonces, se facilita mucho la extinción del expectante, ya que ésta se produce por cualquier disposición válida de bienes conсорciales. Con lo que se muestra en absoluto desacuerdo es con que cualquier transmisión onerosa extinga el derecho expectante porque entiende que lo dejaría convertido en algo simbólico, generalizando un régimen similar al hoy existente con los bienes muebles⁷⁰.

67 Cfr. "Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

68 Vid. al respecto DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El Derecho Aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional, op. cit.*, p. 121.

69 Cfr. "Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

70 Cfr. "Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5.

b. Las críticas a las dudas de la idoneidad del expectante sobre bienes privativos y de origen familiar

Resulta evidente, de entrada, que admitir la supresión del expectante en esta clase de bienes choca frontalmente con la compatibilidad de la viudedad con cualquier régimen matrimonial que la Comisión había admitido previamente. De cualquier modo, tampoco hubo unanimidad. Al lado de Martínez Cortés y Calatayud Sierra, defensores originarios de esta postura, solamente Torrente Giménez apoya este argumento. En cambio, varios miembros de la Comisión sostienen que son minoría los que acuden a la Notaría a pactar régimen de separación. Los razonamientos concretos expresados en contra fueron los siguientes:

b.1. Sancho-Arroyo y López Rioboo

Señala que hay mucha gente que cree que los bienes privativos o, en particular, los bienes heredados durante el matrimonio, son “comunes” por el hecho de encontrarse casados y saben que para disponer “válidamente” hay que ir al Notario⁷¹.

b.2. García Almanzor

Basándose en su experiencia profesional rural, muestra su oposición en este punto considerando que la supresión del expectante en esta clase de bienes no se entendería. Sostiene que, de esta forma, se convertiría en un derecho de naturaleza sucesoria y, que si se mantiene como una institución del Derecho de familia, hay que ser coherentes⁷².

71 Cfr. “Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 13.

72 Cfr. “Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5.

b.3. Batalla Carilla

Estima que lo que existe aquí es un problema de fondo: la distinta concepción de la viudedad sobre los bienes privativos. En su opinión, estos bienes están aportados al matrimonio y, aunque no por ello se hacen comunes, fructifican e interesan para el matrimonio, y sobre ellos existe viudedad. Por ello, la exclusión exige pacto⁷³.

b.4. Delgado Echeverría

Considera que los cónyuges deben aclarar las cosas, mejor antes del matrimonio, pero no cree que uno por tener un patrimonio familiar mayor, pueda imponer al otro su voluntad sobre el destino de tales bienes. Las decisiones sobre los bienes privativos, si no han pactado la exclusión de la viudedad, corresponden a ambos⁷⁴.

El Presidente se muestra contrario a la supresión del expectante en los bienes privativos, y apunta como, históricamente, este derecho está pensado, precisamente, para los bienes de origen familiar. Aunque considera importante la opinión de los notarios, está convencido de que, en la mayoría de los casos, no se plantean problemas para la obtención de renuncia del expectante⁷⁵.

Calatayud Sierra le contraargumenta apuntando que la ausencia de conflictos es así en la mayoría de las veces porque

73 Cfr. "Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 12.

74 Cfr. "Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 12 y 13.

75 Cfr. "Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5.

las relaciones familiares son armónicas pero que sí es fuente de problemas cuando no lo son⁷⁶.

Delgado, en cambio, entiende que el cónyuge no debe justificar su negativa porque a nadie se le puede obligar a renunciar a un derecho. Para él, la regulación del expectante supone que el consorte también manda en los bienes privativos de su esposo/a que, de alguna manera, están aportados al matrimonio. Admite que pueda haber casos de abusos a los que habrá que dar una salida —recuerda que la ponencia ya propone que se solicite del juez que declare extinguido el expectante por razón de necesidades o intereses familiares— pero concluye que una regulación no debe de hacerse para casos excepcionales sino que el legislador debe legislar para los matrimonios que se llevan bien. Para los demás, entiende que hay otras soluciones: o aceptan la renuncia o se separan⁷⁷.

b.5. *Giménez Martín*

Afirma que aunque el derecho expectante sea una traba y fuera de Aragón no se entienda, dentro de nuestra región está asumido que el cónyuge titular puede negarse a renunciarlo. Defiende el planteamiento de la ponencia de mantenerlo en sus rasgos esenciales, si bien aceptando un amplio portillo de excepciones⁷⁸.

76 En especial, cuando las relaciones entre el cónyuge y la madre/padre político no son buenas. En su opinión, no encuentra razonable que se le dé al cónyuge la posibilidad de generar conflictos familiares, *cfr.* “Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5. En igual sentido se pronunciaba Torrente Giménez, quien consideraba necesario por este motivo un replanteamiento del expectante para evitar abusos, *Ídem*, p. 6.

77 *Cfr.* “Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 6 y 7.

78 *Cfr.* “Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 6.

b.6. Serrano García

Explica su posición favorable a la ponencia, si bien apunta que quizá va incluso demasiado lejos en lo referente a las causas de extinción del expectante. Es partidario de esta institución porque parte de un valor más social de la familia⁷⁹.

2.1.2.3. La regulación final: el mantenimiento del expectante en todos los bienes

En coherencia con la mayoría de las opiniones expuestas y para evitar dudas con la libre disposición y administración inherente a los bienes privativos que podría llevar a interpretar que no hay derecho de viudedad se decide indicar su existencia expresamente⁸⁰.

En relación con los bienes de origen familiar, Martínez Cortés solicitó que se sometiera a votación la enmienda dirigida a

⁷⁹ Cfr. “Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 7.

⁸⁰ García Almanzor es quien plantea esta cuestión posteriormente, al tratar la configuración del régimen de separación de bienes, que sería sometida a debate. En principio, aprobada expresamente la compatibilidad de la viudedad con cualquier régimen matrimonial, parecía innecesario añadir algo específico pero se prefiere aclarar posibles dudas razonables que puedan surgir al respecto porque tampoco existe unanimidad. Y así, mientras que Calatayud Sierra y Torrente Giménez —en línea con sus opiniones contrarias al expectante en esta clase de bienes por considerar que restringen su libre disposición— estiman que el régimen legal debería ser que no hay expectante salvo pacto expreso, García Almanzor, Batalla Carilla, Martínez Cortés y Giménez Martín se manifiestan en sentido contrario. Por ello, pareció conveniente decir algo al respecto, como un aviso para recordar que, si no se quiere la regulación legal, es preciso pactar otra cosa. La mayoría entiende que el lugar idóneo es el mismo artículo dedicado a la gestión de estos bienes, al que se le añada un segundo párrafo indicando que “Salvo renuncia expresa, ambos cónyuges conservarán el derecho de viudedad”, cfr. “Acta de la sesión de diez de abril de 2002 (Acta 154)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 5 a 7.

excluirlos de la necesidad de renuncia (la segunda de las presentadas por Calatayud Sierra) pero no contó con el apoyo mayoritario de la Comisión⁸¹.

Finalmente, quedaría aprobada la configuración *ex lege* del expectante en bienes privativos de cualquier clase, incluyendo los familiares.

2.1.2.4. Conclusiones

Tal y como se ha podido apreciar, Calatayud Sierra y, más matizadamente, Martínez Cortés, representan en esta fase de elaboración de la Lrem. las posturas más reacias al mantenimiento del expectante. Sin embargo, esta actitud crítica no es aislada sino que, por el contrario, es representativa, tal y como se ha mencionado *supra*, de la mayoría del sector notarial⁸². *A priori*, no resulta en absoluto extraño que así sea ya que, probablemente, constituye el ámbito profesional más cercano al tráfico jurídico de inmuebles propiedad de cónyuges sometidos a ley aragonesa. Y es precisamente en éste último en el que el derecho expectante se erige, a su pesar, como uno de los prin-

81 Cfr. "Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 7 y 8.

82 Adolfo Calatayud era entonces Presidente del Colegio Notarial de Zaragoza y su nombramiento como miembro de la Comisión fue a instancias de aquél. Señala que, a título personal, no habría insistido tanto como lo hizo en este punto pero que el nombramiento citado le hace sentirse obligado a ello ya que "la inmensa mayoría de notarios de Aragón considera que la configuración que del derecho expectante de viudedad hace la Compilación supone una fuerte traba para el tráfico jurídico que carece de justificación en los tiempos en que vivimos", cfr. "Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3.

cipales protagonistas y su carácter real como reiterada fuente de problemas⁸³.

Es absolutamente incuestionable que el expectante ha constituido, hasta la fecha, el inconveniente de mayor entidad —muy grave en ocasiones— en las enajenaciones de inmuebles con lo que, desde una perspectiva exclusivamente práctica, la base de su razonamiento crítico era muy sólida. Pero el problema principal radicaba en que las soluciones propuestas se limitaban también a dicha perspectiva y resultaban difíciles de coordinar con la concepción y estructura tradicionales de la viudedad que eran las que, precisamente, la mayoría de miembros de la Comisión deseaba tomar como punto de partida para el debate posterior, esto es, derecho familiar y universal compatible con cualquier régimen matrimonial, reipersecutoriedad y publicidad legal *erga omnes*.

En efecto, admitida en hipótesis la extinción automática en cualquier enajenación onerosa propuesta por Calatayud, si se

83 *Vid.* sobre este aspecto lo que argumentaba Calatayud: “Puede ser que la opinión mayoritaria de los notarios esté equivocada, pero tiene su importancia, ya que las renunciaciones al derecho expectante de viudedad se hacen precisamente ante los notarios que conocen bien los problemas que plantean”, “Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3.

En igual sentido, destacando el papel esencial del notario en la praxis jurídica, consúltese la introducción a la Encuesta del Colegio Notarial de Zaragoza sobre el Derecho Civil Aragonés realizada en 1997: “(...) el Notariado aragonés puede aportar a ella (se refiere a la reforma entonces pretendida del Derecho aragonés) la experiencia que le da la aplicación diaria y en su integridad del Derecho Civil aragonés en los documentos que autoriza así como la doble consideración del notario, como experto jurista, por tanto conocedor del Derecho que aplica y de sus problemas, y de “legislador sustituto”, que tiene que suplir, cuando la ley no contemple, y buscar solución a los fines lícitos que los interesados se proponen alcanzar”, *cfr.* “Encuesta del Colegio Notarial de Zaragoza sobre el Derecho Civil Aragonés. Reforma del Derecho civil Aragonés”, *RDCA*, III, n° 2, 1997, p. 1.

aceptaba la viudedad como derecho de familia surgido con el matrimonio —como incluso él mismo igualmente sostenía—, reducir el efecto real del expectante de los inmuebles a las enajenaciones lucrativas suponía equipararlo en las onerosas al régimen de aquél en los muebles, es decir, limitar su protección a los casos de fraude entre cónyuges que, en la práctica, resultan además muy difíciles de probar. Fuera de este limitado supuesto, el objeto de usufructo sería entonces los bienes que existieran en el momento del fallecimiento, a semejanza, precisamente, de los derechos sucesorios.

Si lo que sucedía constante matrimonio quedaba al margen de cualquier otra protección, el mantenimiento de su calificación como derecho de familia era cuestionable. Por otro lado, si se negaba la presencia del expectante en bienes privativos propuesta por Martínez Cortés, resultaba incoherente con la extensión universal de la viudedad, su compatibilidad con cualquier régimen matrimonial, estructura unitaria y su función de control de los actos de disposición del otro.

Era difícilmente defendible, por tanto, mantener que continuábamos estando ante un derecho familiar y luego dejarlo en la norma sin contenido en las situaciones o bienes en que, constante matrimonio, resultaba incómodo. En mi opinión, dar prioridad exclusiva y absoluta a las necesidades del tráfico implicaba unas consecuencias ajenas a la esencia y fines propios de la viudedad aragonesa que, aunque adaptados a los tiempos actuales, se pretendía mantener, en cualquier caso, en la Lrem.

2.2. LA CALIFICACIÓN FAMILIAR DE LA VIUEDAD EN LA LREM.

La regulación que establece la Lrem. del derecho de viudedad responde a un criterio continuista en la tradicional y mayo-

ritaria calificación de institución de carácter familiar. Así, como expresión de ésta última, el art. 10 Lrem. establece que el derecho de viudedad tiene su fundamento, única y exclusivamente, en la celebración del matrimonio:

Artículo 10.– *Derecho de viudedad*

La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca⁸⁴, con las consecuencias y la regulación contenidas en el título V.

84 Idéntica redacción aparece en sede de viudedad en el artículo 89.1 Lrem. y de igual tenor eran los artículos 72 de la Compilación y 63 del Apéndice.

En la fase de elaboración del vigente art. 10 Lrem., la redacción actual figuraba similar en el primer borrador de Delgado Echeverría, *cfr.* “Documento núm. 1. Primer Borrador de Jesús Delgado (julio 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 1. Por su parte, Giménez Martín y Batalla Carilla propusieron otra en la que se abordaba expresamente la cuestión de la ley rectora de los efectos del matrimonio

Artículo 1.– *Origen.*

1.– El derecho de viudedad nace desde la celebración del matrimonio, *cuyos efectos se rijan por ley aragonesa*, y atribuye a cada cónyuge, durante él, un derecho expectante de usufructuar, que se hace efectivo como usufructo viudal, a favor del que de ellos sobreviva sobre todos los bienes del que primero fallezca (el subrayado es mío).

Consúltese en “Documento núm. 2. Texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 1. Explican sobre este último precepto Giménez y Batalla como, aunque no incluir la coletilla “*cuyos efectos se rijan por ley aragonesa*” parecería lógico puesto que sólo a estos matrimonios se aplica el Derecho aragonés, decirlo les parece mejor tanto para aclarar el concepto de viudedad como para diferenciarlo del usufructo viudal del 16.2. Cc., *cfr.* “Notas a las Disposiciones Generales sobre la Viudedad”, incluidas en el “Documento nº 2”, *op. cit.*, p. 1.

Por el contrario, Delgado consideró que no existían razones suficientes para cambiar la fórmula de la Compilación y que era preferible obviar la cuestión del Derecho Interterritorial por su complejidad, al margen de los posibles problemas de inconstitucionalidad que podría plantear, *cfr.* “Documento núm. 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 1. Finalmente,

La viudedad es un efecto civil del matrimonio y corresponderá a todos cuyos efectos se rijan por la ley aragonesa conforme al artículo 9.2 Cc.⁸⁵, en relación con el 16.2, convirtiéndose en

en la redacción definitiva del precepto se acabaría adoptando la de la Compilación, omitiendo referencia alguna a la ley rectora de los efectos del matrimonio. *Vid.*, en extenso, los razonamientos aducidos para ello en “Acta de la sesión de tres de octubre de 2001 (Acta 132)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 5 a 7. Igualmente, consúltese nuestro comentario al respecto en este mismo Capítulo, apartado 3.3.1.

85 El art. 9.2 del Cc. determina la ley aplicable a los efectos del matrimonio mediante cuatro criterios de conexión, uno principal (la nacionalidad común) y tres subsidiarios (ley personal o de la residencia habitual de uno de ellos fijada antes de la celebración del matrimonio en documento público, ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, por último, ley del lugar de la celebración del matrimonio). Están ordenados jerárquicamente, de modo que sólo la ausencia de uno de ellos supone la aplicación del siguiente, y fijados temporalmente en el inicio de la vida matrimonial, por lo que la ley aplicable no cambia aunque varíe la nacionalidad común o la residencia habitual constante matrimonio, evitándose así los problemas derivados del conflicto móvil, *cfr.* MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al art. 9.2 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, p. 52. En igual sentido *vid.* AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pp. 142 y 152 y ABARCA JUNCO, A. P., “Los efectos del matrimonio”, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2ª ed., Colex, UNED, Madrid, 2004, pp. 126 y 127.

Calificándolos como puntos de conexión “en cascada” que señalan la ley aplicable a distintas situaciones de hecho y evitan problemas de calificación potenciando la seguridad jurídica *vid.* CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Efectos del matrimonio”, *Derecho de familia internacional*, 3º ed., Colex, Madrid, 2005, pp. 95 y 96 e, igualmente, en “Métodos de reglamentación y normas de Derecho Internacional Privado”, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, séptima ed., Editorial Comares, Granada, 2006, p. 187.

Subrayando su importancia en la regulación de los conflictos interterritoriales y su carácter *ius cogens vid.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Usufructo viudal”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Colección: Derecho civil aragonés, nº 2, coordinada por Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, p. 338.

Como ejemplo de que la adquisición de la vecindad civil aragonesa no implica el cambio de la ley aplicable a los efectos del matrimonio *vid.* sentencia del

un derecho vitalicio salvo que sobrevengan causas legales para su pérdida⁸⁶. Bastará que cualquiera de los puntos de conexión mencionados en el 9.2 remita a la ley aragonesa como rectora de los efectos del matrimonio para que haya viudedad como un efecto de aquél. Es perfectamente posible, en consecuencia, que tengan derecho de viudedad cónyuges que ni sean aragoneses ni tampoco lo sea su régimen económico matrimonial⁸⁷.

TSJA de 10 de marzo de 1999 en la que se resolvía un supuesto de matrimonio de navarros que, por residencia en Aragón, se convierten en aragoneses y proceden a la liquidación de su régimen matrimonial. En ella el Tribunal, a diferencia de las instancias anteriores que habían presumido erróneamente que eran aragoneses por vivir en Zaragoza desde que contrajeron matrimonio, señalaba en el FD 5º que, en aplicación del 9.2 Cc., “el régimen matrimonial no es alterado por el cambio de vecindad civil consiguiente a la residencia continuada en otro territorio, sino que permanece inmutado, sin perjuicio de la facultad que los cónyuges tienen de modificarlo”. Se considera entonces que el régimen económico sujeto a liquidación era el de la sociedad conyugal de conquistas en tanto que era ley navarra la de la vecindad civil común en el momento de contraer matrimonio y no la aragonesa, aunque finalmente no se acabara aplicando el primero por cuestiones procesales. Sobre esta sentencia *vid.* comentario de ZÁBALO ESCUDERO, E., “La aplicación de las normas de conflicto del Derecho Interregional (a propósito de la sentencia del TSJA de 10 de marzo de 1999)” en *RDCA*, V, nº 2, 1999, pp. 247 a 252 e igualmente en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, pp. 807 a 810.

86 *Cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Limitaciones al derecho de viudedad aragonés*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 12 de junio de 1997, *Anuario de la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, 1997, p. 19. El autor se refería a la regulación prevista en la Compilación pero resulta igualmente aplicable a la recogida en la Lrem.

87 Durante la vigencia de la Compilación, *vid.*, entre otros, SERRANO GARCÍA, J. A., “El régimen económico matrimonial aragonés”, *Derechos civiles de España*, vol. VI, II parte, *op. cit.*, p. 3443. Aprobada la Lrem., consúltense BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado por M^a Ángeles Parra Lucán, *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, pp. 390 a 392 y ZÁBALO ESCUDERO, E., “La nueva regulación

La ubicación sistemática del art. 10 dentro de las denominadas “Disposiciones Generales” de la Lrem. implica que estará presente en toda comunidad de vida matrimonial si se cumple la premisa antedicha con absoluta independencia del régimen económico matrimonial que tengan los cónyuges (art. 89.3 Lrem.) y que permanecerá invariable aunque las partes cambien de vecindad civil, de régimen económico o bien modifiquen, en su caso, el contenido de éste último en función de las necesidades específicas que tengan en cada etapa de su matrimonio⁸⁸, con el único límite de los derechos adquiridos por terceros (art. 12

aragonesa del régimen económico matrimonial y viudedad”, *REDI*, vol. LV, n° 1, 2003, pp. 589 y 590.

Criticando esta desvinculación entre la ley reguladora de los efectos del matrimonio y la del régimen económico matrimonial que resulta de la aplicación del 9.2 Cc. *vid.* CALATAYUD SIERRA, A., “El ámbito territorial español: Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional”, *Cuadernos Notariales-3*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, p. 28. Para Calatayud, la regulación resulta excesivamente rígida y no logra superar los problemas de inadaptación que pretendía la reforma del Cc. de 1990 puesto que aunque los cónyuges siempre podrán modificar el régimen económico matrimonial *ex art.* 9.3 nada podrán hacer respecto a las normas imperativas y el régimen matrimonial primario, pertenecientes a la ley de los efectos del matrimonio.

Como ejemplo de viudedad aragonesa de cónyuges sometidos al Derecho común *vid.* sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de febrero de 1997. En el caso de autos, los cónyuges estaban sujetos al Derecho común al tiempo de fallecer el marido por haber adquirido tal vecindad por residencia de diez años en Valencia pero como éste era turolense al tiempo de la celebración del matrimonio se falla a favor de la subsistencia del usufructo universal sobre todos sus bienes a favor de la esposa en aplicación del art. 16.2.I Cc. *Cfr.* en http://www.unizar.es/standum_est_chartae/weblog/jurisp/sent/riv/s31.htm.

88 Véase igualmente con respecto al régimen de separación de bienes el artículo 23.2 Lrem. que no es sino una consecuencia lógica de los artículos 10 y 89.3°:

Artículo 23.– *Contenido*

2.– Salvo renuncia expresa, ambos cónyuges conservarán el derecho de viudedad.

Lrem.). El origen matrimonial determina, igualmente, su carácter preferente sobre créditos de terceros por deudas privativas postmatrimoniales (art. 99.2 Lrem.).

La viudedad sigue teniendo en la Lrem. idéntica estructura que en la Compilación: es una institución unitaria que nace con el matrimonio pero diversa en su manifestación y contenido jurídico, evolutiva conforme al cambio de supuesto de hecho sobre el que se asiente⁸⁹. Constante el matrimonio se manifiesta como un derecho expectante (arts. 89.2 y 97 Lrem.), garantizando un eventual usufructo sobre los bienes del cónyuge que fallezca primero (art. 101 Lrem.), si bien con carácter de gravamen real de eficacia *erga omnes* respecto a los inmuebles (art. 98 Lrem.) y mera eficacia entre cónyuges respecto de los muebles, vinculados solamente a no defraudar el derecho de viudedad del otro (art. 100 Lrem). En consecuencia, el carácter familiar de la institución descansa en dos pilares básicos: su origen y su omnipresencia expectante en toda vida matrimonial regida por norma aragonesa.

Sin embargo, la Lrem. sí que abandona otro lugar común hasta su promulgación: la necesidad de que, con carácter previo, existiera el derecho expectante en un bien inmueble para que, a la muerte de uno de los cónyuges, pudiera el otro tener usufructo (art. 79 Comp. aragonesa). Con la Compilación, la renuncia al expectante implicaba la de todo el derecho de viudedad en su conjunto. La Lrem., por su parte, va a introducir la determinante novedad de poder excluir mediante pacto (art. 90.2 Lrem.) o renuncia unilateral (art. 92.2 Lrem.) el derecho

⁸⁹ Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 72 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 628.

expectante y conservar, no obstante, el usufructo, respecto de aquellos bienes que finalmente no se hayan enajenado⁹⁰ con la finalidad de que el cónyuge propietario pueda disponer de ellos sin trabas.

El objetivo final perseguido por el legislador es llegar a una solución que elimine los problemas derivados de la eficacia real del expectante sin que el cónyuge titular del mismo quede por ello desprotegido si la enajenación no llega a producirse. El derecho expectante como gravamen real respecto de los bienes inmuebles ya no es una fase ineludible de la viudedad y su renuncia deja de ser una causa extintiva *per se* del usufructo viudal, cediendo parte de su protagonismo a la eventual posibilidad de que se produzca una enajenación del bien sobre el que recae anterior a la muerte de su propietario.

90 Así lo explica el apartado XI del Preámbulo: “...la *Compilación* entendía 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. Por el contrario, la ley adopta otro punto de vista, abordando por separado la extinción del derecho de viudedad en su conjunto (art. 94) y la extinción del derecho expectante sobre determinados bienes inmuebles (art. 98 y 99) o muebles (art. 100) y, del mismo modo, distinguiendo la renuncia al derecho de viudedad sobre todos los bienes o parte de ellos (art. 92.1) de la renuncia solamente al derecho expectante, igualmente sobre todos o parte de los bienes del otro (artículo 92.2), sin merma en este último caso del usufructo sobre todos los bienes que, al fallecer el otro cónyuge, le pertenezcan”. No obstante, tal y como se afirma igualmente al comienzo del apartado citado, la práctica notarial ya había ensayado con la *Compilación* diversas maneras de encauzar esta posibilidad que ahora adquiere, por primera vez, rango legal.

2.3. ANÁLISIS DE LA PERVIVENCIA DE LA CALIFICACIÓN FAMILIAR EN COORDINACIÓN CON EL RESTO DE LA REGULACIÓN

2.3.1. Planteamiento: las consecuencias de la renuncia del expectante hasta el fallecimiento de uno de los cónyuges

El derecho de viudedad nace del matrimonio y está “esperando” durante la vida de ambos cónyuges⁹¹ respecto de todos los bienes que tengan en ese momento o que adquieran después hasta el fallecimiento de uno de ellos.

La naturaleza familiar de la institución ha servido desde siempre de soporte conceptual al derecho expectante⁹² de tal modo que, recíprocamente y *a sensu contrario*, el expectante no puede sostenerse sin aquélla. Si no se califica como derecho familiar simplemente no hay expectante⁹³, tal y como ocurre en el usufructo de fidelidad navarro o “fealdat” el cual, aunque de origen común al aragonés y muy semejante a este último en su esencia y finalidad, es otorgado por ley al cónyuge viudo sobre la totalidad de los bienes dejados por su consorte al fallecer⁹⁴.

91 Cfr. BERGUA CAMÓN, J., “La viudedad en nuestro Derecho foral”, *Comentarios de Prensa, op. cit.*, p. 419. Etimológicamente, expectante proviene del latín *expectans*, —*antis*, participio activo de *expectāre*, observar, que en su primera acepción significa “Que espera observando, o está a la mira de algo”; en una segunda acepción, ya referida al ámbito del Derecho, significa “Dicho de un hecho, de una cosa, de una obligación o de un derecho: Que se conoce como venidero” (el subrayado es mío), cfr. www.rae.es.

92 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 72 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón, T. II, op. cit.*, p. 637.

93 Cfr. MARTÍN BALLESTERO y COSTEA, L., en debate subsiguiente a su “Ponencia sobre la viudedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho aragonés*, Zaragoza, 18-20 de diciembre de 1969, ADA, XIV, 1968-69, p. 556.

94 Su regulación aparece en la Ley 253 de la Compilación Navarra que dispone lo siguiente (el subrayado es mío):

El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían *en el momento del fallecimiento* (...) El

Partiendo de esta premisa inicial indubitada hasta la promulgación de la Lrem. y bien entendido que el carácter familiar

usufructo de fidelidad se dará a favor del cónyuge sobreviviente cuando el premuerto tuviera la condición foral de navarro al tiempo de su fallecimiento.

Afirmaba ARREGUI GIL en 1968 que la ausencia de expectante constituye “la diferencia más acusadísima e importante entre el usufructo de fidelidad navarro y la viudedad aragonesa”. Para este autor, la naturaleza familiar comporta como consecuencias la existencia durante el matrimonio, al igual que ocurre en Aragón, de un derecho expectante y que el estatuto aplicable sea el personal del marido al tiempo o en el momento de contraerse matrimonio. Para ARREGUI, esas dos consecuencias o no se han dado nunca o se han perdido en el Derecho navarro, por lo menos como se conciben en Aragón. Es precisamente su inexistencia lo que le llevaba a rechazar, aún reconociendo su esencia y fundamento familiar, una naturaleza jurídica así calificada del usufructo navarro, *cfr.* ARREGUI GIL, J., *La fidelidad viudal en el Derecho Privado de Navarra*, *op. cit.*, pp. 72 a 74 y 188.

Reconociendo igualmente sus innegables connotaciones familiares, pero considerando definitivo el origen del derecho con la muerte de los cónyuges para su calificación sucesoria ante la inexistencia de expectante durante el matrimonio *vid.* CALDUCH GARGALLO, M., “El usufructo de fidelidad en Navarra: naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”, *RJN*, julio-diciembre 2005, pp. 81 y 82.

Defendiendo su pertenencia al Derecho de familia por su origen, regulación positiva, tratamiento y finalidad prescindiendo del argumento de la ausencia del expectante se manifestaba LACRUZ BERDEJO. Para LACRUZ, “el sistema aragonés es, sin duda alguna, el más seguro pero cabe dudar que sea el más justo”, por la falta de correspondencia entre la propiedad jurídica y la pertenencia económica de los bienes inmuebles derivada de la reipersecutoriedad del expectante. Explicaba al respecto como al ser el expectante un derecho individual sobre cada uno de los bienes y no sobre todo el patrimonio permite que crezcan los sometidos al usufructo viudal aunque mengüe el patrimonio del cónyuge que es o ha sido propietario de ellos si el titular del expectante no ha renunciado a su derecho o consentido la enajenación, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., “Cuestiones fundamentales de la viudedad navarra”, Conferencia leída el 6 de junio de 1963 en la institución Príncipe de Viana en Pamplona, *Estudios de Derecho privado, común y foral*, T. II, Obligaciones y Sucesiones, dirigidos por Rams Albesa, Corral Dueñas y Lacruz Bescos, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 635 a 657, en especial, p. 651 (= *RCDI*, septiembre-octubre 1964, núms. 436-437, pp. 553 a 584 y *RJN*, núm. 8, 1989, pp. 13 a 30).

del derecho de viudedad se sigue manteniendo inquebrantable en la norma vigente respecto a su origen *ex arts.* 10 y 89.1 Lrem., la posibilidad arriba citada introducida por el legislador puede provocar el interrogante acerca de si tal naturaleza no resulta modificada por ello o, cuando menos, afectada de algún modo⁹⁵, ya que la tradicional manifestación de aquél durante el matrimonio en forma de expectante sobre los bienes inmuebles queda privada en los casos mencionados de los efectos que le son consustanciales para adquirir su virtualidad práctica —si no media enajenación— tras el fallecimiento de uno de los cónyuges. En estos supuestos, producida en hipótesis la renuncia o pacto de exclusión del expectante, en su caso, sobre un bien inmueble, las consecuencias hasta la eventual transmisión del bien serían las siguientes:

2.3.1.1. Desaparición de la reipersecutoriedad

El derecho expectante supone un gravamen real de origen legal sobre el inmueble que recae, calificación que implica la no extinción con su enajenación a excepción de los supuestos concretos regulados expresamente. Si las partes renuncian al mismo o pactan su exclusión el carácter real desaparece y la consecuencia inmediata es que esta protección originaria propia de los bie-

95 Así lo cuestiona PARDO DEFEZ, J., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros de Derecho aragonés, op. cit.*, p. 139. En igual sentido durante la vigencia de la Compilación se manifestaba MELÚS SEBASTIÁN al considerar que en la medida en que la fase de expectante desapareciera o perdiera relevancia habría que replantearse la calificación familiar del derecho de viudedad, *cfr.* MELÚS SEBASTIÁN, R., “Reflexiones en torno al derecho de viudedad” (Beca 1998/1999), *Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés, Becas del Justicia de Aragón 1997-2002*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, pp. 262 y 263.

nes inmuebles se reduce a la de los muebles, es decir, a que la venta se produzca con fraude del derecho de viudedad (art. 100 Lrem.)⁹⁶. Se trata de una mera afección condicional con eficacia limitada a los cónyuges, mucho más débil que la *erga omnes* caracterizadora del expectante sobre inmuebles.

El objeto de protección pasa a ser, simplemente, que un cónyuge no actúe en fraude del derecho de viudedad de su consorte pero no el resto de actos que, durante el matrimonio y antes de que se produzca el efectivo fallecimiento de uno de ellos, puedan de algún modo afectarles. El expectante como derecho subjetivo actual, inmediato y absoluto garante de un futuro usufructo viudal sobre el que pesa como condición exclusiva la premoriencia del otro cónyuge deviene en un derecho eventual, sin energía reipersecutoria y alternativamente condicionado en tanto que su pérdida queda sometida, además, a que se produzca una salida válida del bien del patrimonio común o privativo de los cónyuges⁹⁷.

96 Respecto a la ausencia de efecto real del expectante cuando recae sobre bienes muebles afirmaban SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS durante la vigencia de la Compilación: "Si un derecho se extingue por el mero hecho de disponer del bien sobre el que recae eso sólo puede significar que tal derecho ni es ni ha sido nunca real", *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 756.

97 Como afirma acertadamente CALDUCH GARGALLO, en estos casos lo que se produce es una renuncia sometida a una condición suspensiva: la enajenación. Sólo se renuncia al expectante respecto de los bienes que efectivamente se enajenen, no sobre los demás inmuebles que no se enajenen en vida del otro consorte, *cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, Institución "Fernando el Católico" (C.S.I.C.), Exma. Diputación Provincial de Zaragoza, Zaragoza, 2006, pp. 26, 27 y 82. Por lo tanto, en estos supuestos, entendemos que se superponen dos condiciones distintas: la condición legal de la premoriencia del cónyuge que pesa sobre todo el derecho de viudedad

2.3.1.2. Debilitación del carácter oneroso de la viudedad

Como señalaba LACRUZ, la adquisición del viudo no es a título lucrativo porque no se produce con el fallecimiento de su cónyuge sino a título oneroso. Supone una ventaja matrimonial pero no una donación. La creación por la ley del derecho expectante de viudedad a favor de los esposos para que ésta última sea ejercitada por el sobreviviente la equipara a la de un seguro de renta vitalicia cuya pensión comienza a pagarse a partir de la muerte del primero de los cónyuges y cuya prima consiste en someter sus bienes al eventual usufructo del otro⁹⁸. Si no hay expectante previo, estamos ante un seguro “gratuito” con una “cobertura” inferior (efecto *inter partes*) a la que se disfrutaría con el pago de una prima (efecto real *erga omnes*).

2.3.1.3. Preponderancia de las necesidades del tráfico jurídico

Si los cónyuges no renuncian al expectante ni pactan su exclusión, la celebración del matrimonio activa la protección cualificada que constituye este derecho —con independencia de la existencia de bienes en ese momento o de que luego no llegue a transformarse en usufructo vidual ante la premoriencia de su titular— para conservar un eventual usufructo sobre los bienes en los que pudiera recaer.

más la condición voluntaria suspensiva de la enajenación impuesta por uno o los dos cónyuges que recae sobre la renuncia o, en su caso, sobre el pacto recíproco de exclusión del expectante.

98 LACRUZ BERDEJO, J. L., “Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad”, *op. cit.*, p. 354 y, en igual sentido, en “Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal”, *op. cit.*, pp. 357 y 358.

Por el contrario, si un cónyuge o los dos deciden prescindir de su derecho expectante, no necesitarán ni consentimiento a la enajenación ni renuncia, en su caso, con lo que podrán actuar con total libertad. Queda en estos supuestos relegado a un plano secundario el fundamento esencial de la institución de protección de la situación del viudo tras el fallecimiento de su cónyuge⁹⁹ en aras del incremento de la fluidez del tráfico jurídico de inmuebles propiedad de cónyuges sometidos a ley aragonesa.

99 La protección de la situación del viudo tras el fallecimiento de su cónyuge ha sido tradicionalmente uno de los fundamentos en los que ha descansado desde sus orígenes el derecho de viudedad. Resulta clarificador lo que afirmaban sobre esta cuestión SANCHO REBULLIDA y MARTÍN BALLESTERO:

“La fidelidad vidual de Navarra, como la viudedad aragonesa, son la más bella ficción jurídica que un ordenamiento pueda intentar; la ficción —rebotante de amor y nostalgia— de que el matrimonio no se ha disuelto con la muerte del cónyuge; su recuerdo, el respeto y el amor a su memoria, mantiene unida a la familia restante y entronizado en la jefatura familiar al viudo que sepa ser fiel a tal memoria”, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. en el prólogo de la obra de ARREGUI GIL, J., *La fidelidad vidual en el Derecho Privado de Navarra*, *op. cit.*, p. 15.

“Por ella (la viudedad) el cónyuge supérstite conserva el rango y la posición que disfrutó durante su matrimonio, y esto, unido a la autoridad moral, secuela de la económica, sobre los herederos del finado, hace ver en él un continuador y representante de la casa en cuanto al patrimonio inmueble, que es su base, sigue en sus manos y en su administración”, *cfr.* MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, L., *La casa en el derecho aragonés*, Estudios de Derecho Aragonés, C. S. I. C., Artes gráficas E. Berdejo Casañal, Zaragoza, 1944, p. 134.

Equiparando la importancia y vitalidad de la Casa en Derecho aragonés y en Derecho navarro consúltese DE PABLO CONTRERAS, P., “La casa en el Derecho navarro: una aproximación jurídica”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Zaragoza, 1992, p. 669. Respecto al fundamento familiar último también del usufructo navarro, citando doctrina unánime en este sentido, *vid.* ARREGUI GIL, J., “Reflexiones sobre la fidelidad vidual navarra (fealdat)”, *RJN*, núm. 15, enero-junio 1993, pp. 17 y 18.

2.3.2. Propuestas alternativas de calificación: el derecho de viudedad como derecho sucesorio, disociado o mixto

Recapitulando, estamos en estos supuestos ante un derecho en el que el carácter familiar se suaviza a la vez que, simultáneamente, el peso específico de la fase de usufructo se acrecienta. En relación al interrogante planteado al comienzo de si, por esta razón, puede quedar afectada la naturaleza del derecho de viudedad, he considerado posibles tres posturas doctrinales distintas susceptibles de análisis:

2.3.2.1. Derecho sucesorio

Las consecuencias expuestas pueden remitirnos fácilmente, si se analizan de modo precipitado, a una calificación sucesoria del derecho de viudedad. Sin embargo, resultaría totalmente inaceptable si se parte de su inicio matrimonial (arts. 10 y 89.1 Lrem.) y de las dificultades de encuadre en el Derecho de Sucesiones a las que llevaría tal afirmación.

Así lo expone —en mi opinión, acertadamente— PARDO DEFEZ, al intentar dilucidar el título sucesorio y la clase de sucesión ante los que nos encontraríamos admitiendo una calificación así entendida.

Respecto al primero, señala como no podría ser a título de legítima porque el art. 171 Lsuc. determina que la mitad del caudal fijado conforme al art. 174 Lsuc. debe recaer en descendientes de cualquier grado del causante, parentesco del que carece el viudo. Solamente cabría suceder entonces a título de legatario en aplicación del 151.2 Lsuc. que establece que los designados sucesores por causa de muerte que no sean herederos tendrán la consideración de legatarios. Pero el usufructo universal no es

una deuda de los herederos sino un gravamen que recae sobre los bienes de la herencia.

Por lo que atañe a la clase de sucesión, si el viudo no ha renunciado al expectante o solamente lo ha hecho sobre determinados bienes, descarta que nos encontrásemos ante dos usufructos distintos, familiar y sucesorio, negando una bipolaridad en la naturaleza de la institución así como la mera posibilidad de una institución sucesoria que, sin ser pacto sucesorio, produzca sus efectos antes del fallecimiento del causante. Tampoco tendrían sentido en ese caso su extinción con nuevo matrimonio del supérstite salvo que así lo hubiere acordado el premoriente (art. 119 Lrem.) o la obligación de alimentos a cargo del viudo (art. 116 Lrem.)¹⁰⁰.

2.3.2.2. Derecho disociado con dos fases: familiar (expectante) y sucesoria (usufructo)

Defendida por LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA. Para LATORRE, los cambios tan sustanciales llevados a cabo por la Lrem. en esta materia afectan de una manera esencial a la institución en su naturaleza jurídica¹⁰¹.

Apoyándose en que en la Lrem. no se exige un expectante previo al usufructo viudal, sostiene que la institución se bifurca en dos figuras no ensambladas y distintas, familiar el expectante y sucesoria el usufructo, si bien dirigidas a una misma finali-

100 Cfr. PARDO DEFEZ, J., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros de Derecho aragonés*, op. cit., pp. 140, 141 y 142. En igual sentido vid. BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 389.

101 Cfr. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Disposiciones Generales", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit, p. 43.

dad¹⁰². Considera que la inclusión del derecho de viudedad dentro del Derecho de familia obedece a un mimetismo entre los legisladores que no se han atrevido —a su parecer— a reconocer públicamente una verdad que tácitamente están admitiendo: será de Derecho de familia el derecho expectante de viudedad en los casos que exista, pero no el usufructo viudal¹⁰³.

No encuentro factible tal disociación si partimos de la permanencia de la concepción unitaria de la institución en la Lrem. (arts. 89.2 y 97 Lrem.)¹⁰⁴, de su origen exclusivamente matrimonial (arts 10 y 89.1 Lrem.) y de la subsistencia del expectante también en estos casos, aunque sin eficacia real¹⁰⁵.

2.3.2.3. Derecho mixto

Aunque doctrinalmente esta calificación no es novedosa pues se había defendido ya respecto a la normativa de la viudedad establecida en la Compilación¹⁰⁶, considero que no resultaba enton-

102 Cfr. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros de Derecho aragonés*, op. cit., pp. 132 y 133. Durante la vigencia de la Compilación, defendiendo idéntica postura, consúltese “Comentario al art. 72 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 2º, op. cit., p. 287.

103 LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Disposiciones Generales”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., p. 44.

104 Vid. al respecto SANCHO REBULLIDA durante la vigencia de la Compilación: “Propiamente *no son derechos distintos*, ni la clasificación en dos especies de un derecho como categoría genérica, sino *dos fases o momentos de una misma institución*, evolutiva conforme al cambio —constante matrimonio, disolución por muerte de un cónyuge— del supuesto de hecho”, cfr. SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, op. cit., p. 761.

105 BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 395.

106 ZAPATERO GONZÁLEZ, R., “De la viudedad foral”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, op. cit., pp. 210 y 211.

ces adecuada a la misma desde el momento en que la renuncia del expectante implicaba la de todo el derecho de viudedad en su conjunto.

Por el contrario, con la nueva regulación, podría dar cobijo a la eventual potenciación de la fase de usufructo que venimos aludiendo. Si se partiera de su idoneidad, sería preciso que, por un lado, respetase el carácter unitario y originariamente familiar de la institución a la vez que, por otro, lo armonizara con la posibilidad de que los cónyuges puedan atenuar este último en tal grado que la fase de usufructo pase a ser la más relevante. Como posibles alternativas dentro de esta categoría reseñamos las siguientes:

a. Derecho familiar "sui generis"

Propuesta para la regulación de la Compilación por ZAPATERO GONZÁLEZ¹⁰⁷. Afirmaba el autor que siendo una institución del Derecho de Familia y participando sustancialmente de las características propias de esa naturaleza poseía algún rasgo del Derecho sucesorio. Y que tal y como estaba configurada entonces era una institución de Derecho de Familia "*sui generis*" o con características propias y atípicas que participaba de algunos rasgos del Derecho sucesorio e incluso del Derecho de bienes¹⁰⁸.

La regulación de la Lrem. admitiendo expresamente la posibilidad de desvitalizar la fuerza real del expectante hace que esta calificación encuentre hoy, a mi parecer, mayor acomodo y justificación que entonces. Sin embargo, esta denominación no expresa

107 ZAPATERO GONZÁLEZ, R., "De la viudedad foral", *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 211.

108 ZAPATERO GONZÁLEZ, R., *Ídem*, p. 211.

el protagonismo que la situación posterior al fallecimiento de uno de los cónyuges puede llegar a tener¹⁰⁹.

b. Derecho familiar postmatrimonial

Término acuñado por SANCHO REBULLIDA¹¹⁰ también durante la vigencia de la Compilación. SANCHO defendía la naturaleza familiar de la institución en toda su integridad y sin concesiones. Para él, el expectante era la expresión de que en Derecho aragonés no puede establecerse una frontera tan rígida como en el Código Civil entre Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones al considerar que existía un genuino Derecho de Familia “postmatrimonial” para después de disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges¹¹¹.

109 Evidentemente, no será lo mismo una renuncia o exclusión pactada parcial o limitada a algunos bienes concretos que una total o general. No obstante, a diferencia de la renuncia que tiene carácter irrevocable, para el supuesto de pacto la posibilidad de revocación siempre estará abierta mientras exista mutuo acuerdo entre las partes, se respeten los límites del *standum est chartae* y la enajenación no se haya producido puesto que la pérdida del expectante está supeditada a esta última.

110 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 72 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 636.

111 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 72 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 637. Poniendo como ejemplo a la viudedad de lo difusos que son los límites entre ambos Derechos consúltese la obra de SANCHO “Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación”: “El ejemplo más elocuente es, a mi modo de ver, el de la viudedad. En Aragón, donde el instituto tiene una fase de derecho expectante, se considera con razón que forma parte del régimen de bienes del matrimonio; en Navarra, ese mismo derecho —sin fase expectante, pero idéntico en su origen y fundamento— es derecho sucesorio”, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación”, *Cuartas Jornadas del Bidasoa*, Zaragoza 22, 23 y 24 de septiembre de 1994, Cortes de Aragón, Zaragoza,

La debilidad de la frontera mencionada por SANCHO es hoy más que evidente pero la calificación de “postmatrimonial”, aunque me parece más adecuada terminológicamente a la precedente “*sui generis*”, no hace referencia expresa, tampoco, a la fase de usufructo.

c. Derecho familiar post-mortem

A diferencia de la anterior, la calificación *familiar post-mortem* sería más precisa para situar el origen del usufructo en la muerte de uno de los cónyuges. Pero plantea el problema de que parece aludir exclusivamente al fallecimiento como momento único en el que la viudedad surte efectos, dificultando su ubicación como derecho vigente en forma de expectante durante el matrimonio¹¹². Así lo expresa claramente el legislador en el Título XII del Preámbulo de la Lrem.: “El usufructo viudal *no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, como puede ser el usufructo regulado en el Código Civil*. Su carácter de derecho de familia, a la vez que su extensión como universal, que afecta a una masa patrimonial en su conjunto, requiere normas distintas”.

1996, p. 19. *Vid.* igualmente, para el usufructo de fidelidad navarro, su prólogo a la obra de ARREGUI GIL, J., *La fidelidad viudal en el Derecho Privado de Navarra*, op. cit., p. 15.

112 No creo que haya problema alguno, sin embargo, para tal calificación con la actual regulación del usufructo de fidelidad ya que la ley 253 de la Compilación navarra lo refiere al fallecimiento de uno de los cónyuges y respecto de los bienes del premuerto que existan en ese momento. *Vid.* en tal sentido ARREGUI GIL, J., “Comentarios a la Ley 253”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García y Díaz Alabart, T. XXXVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 2001, p. 37 e, igualmente, en *La fidelidad viudal en el Derecho Privado de Navarra*, op. cit., pp. 77 y 227.

d. Derecho familiar con caracteres sucesorios

Esta es la que, en mi opinión, podría resultar de entre todas las citadas la más adecuada a la regulación de la Lrem. en tanto que aglutina adecuadamente, en principio, ambos elementos: familiar y sucesorio¹¹³.

La denominación “familiar” precedente destaca la superioridad y preeminencia de tal naturaleza, calificando de forma directa y principal al sustantivo. La posterior alusión “con caracteres sucesorios” indica accesoriedad y sumisión y no distorsiona sino que simplemente modaliza el protagonismo de aquélla. Calificarlo como “derecho familiar-sucesorio”¹¹⁴ sin más añadidos (sin mencionar la palabra “caracteres”) pondría en pie de igualdad ambos elementos, alterando el carácter unitario de la institución.

No obstante, y aún resultando la más idónea, parece llevar implícito que se haría uso siempre de la facultad de excluir o renunciar al expectante, lo que resulta totalmente incongruente con la regulación de la Lrem.¹¹⁵.

113 CALDUCH GARGALLO propone la de “institución sucesoria con caracteres familiares” para el usufructo de fidelidad navarro, *cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., “El usufructo de fidelidad en Navarra: naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”, *op. cit.*, pp. 81 y 82, en especial, nota 10, *in fine*.

114 *Vid.* propuesta de tal calificación para el usufructo de fidelidad navarro en TORRES LANA, J. A., “Comentarios a la Ley 253”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* dirigidos por Rubio Torrano, Aranzadi, 2002, pp. 748 y 749.

115 El pacto o renuncia del expectante son de carácter potestativo. Esta calificación es deducible no sólo del propio tenor literal de los preceptos 90.1 y 92.1 Lrem. (“los cónyuges *pueden...*”; “cada cónyuge *puede...*”) sino también por estar fuera de la enumeración expresa de las normas imperativas que hace el legislador en el art. 3.2 Lrem. Obsérvese, en coherencia con ello, el carácter dispositivo del art. 10 Lrem.

2.3.3. Opción por el mantenimiento de la calificación familiar

La subsistencia de esta última calificación constituye finalmente, a mi juicio, la única opción posible a la vista de los argumentos anteriormente examinados. Para ubicarla correctamente, partimos del examen del derecho expectante desde dos perspectivas distintas, tal y como SANCHO REBULLIDA propuso durante la vigencia de la Compilación: como parte integrante de la viudedad y como derecho concreto sobre un bien.

Afirmaba SANCHO al respecto que el derecho expectante era susceptible de ser entonces considerado desde una doble vertiente: abstracta y concreta. La primera, como fase inicial de la institución genérica de la viudedad, se producía desde la celebración del matrimonio, incluso cuando no hubiera bienes, mientras que la segunda, más precisa, es la que procedía respecto a bienes determinados desde el momento en el que ingresaban en el patrimonio del otro cónyuge, adoptando distinta forma y naturaleza jurídica según se tratase de bienes muebles o inmuebles.

Como norma de Derecho objetivo perteneciente al régimen primario matrimonial y como primera fase de la institución de la viudedad consideraba que el expectante era unitario y universal; pero como derecho subjetivo, cuando recaía sobre bienes determinados, constituía un gravamen real en los inmuebles y suponía una afección eventual, condicional e *inter partes* en los muebles¹¹⁶.

Admitiendo la vigencia actual de tales premisas en la regulación contenida en la Lrem., la presencia de la naturaleza familiar tendría carácter legal y abstracto y estaría indudablemente

116 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 707 y 708.

siempre en el origen de la viudedad como parte integrante del Derecho objetivo (arts. 10 y 89.1 Lrem.).

Ahora bien, una vez que se descendiera al expectante como derecho subjetivo, aquélla podría cobrar o no plena efectividad en el desenvolvimiento concreto de la institución durante el matrimonio según la voluntad de los cónyuges. Si deciden renunciar o pactar la exclusión del expectante conservando el usufructo sobre los bienes no enajenados no por ello se pierde tal naturaleza sino que, simplemente, queda relegada a un plano secundario puesto que es la muerte de uno de ellos la que acabará provocando entonces la mayoría de los efectos propios de la viudedad.

El expectante así modificado no desaparece sino que pierde la manifestación real que originariamente le corresponde en los inmuebles permaneciendo *latente*¹¹⁷, con régimen similar al de los bienes muebles, hasta el momento de la enajenación. Incluso si se admitiera su inexistencia en estos supuestos y que no hay más que una mera expectativa protegida, tal y como defendió un numeroso sector doctrinal respecto a los muebles durante la vigencia de la Compilación¹¹⁸, tampoco quedaría modificada la na-

117 BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, pp. 388, 394 y 395.

118 "¿Cómo puede ser expectante un derecho que al mismo tiempo puede enajenarse, puede nacer y desaparecer, real y físicamente?", se preguntaba Martín Ballesterero refiriéndose al expectante de los bienes muebles durante la vigencia de la Compilación de 1967, *cf.* MARTÍN BALLESTERO, L., en debate subsiguiente a su "Ponencia sobre la viudedad", *Actas de las Jornadas de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 556. Negando directamente la existencia del expectante sobre los bienes muebles durante la vigencia de aquélla *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)", *ADC*, XXVIII, 1975, p. 429; DELGADO ECHEVERRÍA, J. "La viudedad aragonesa en el Derecho interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)", *op. cit.*, pp. 82 y 85 y, en igual sentido, en "Comentario al art. 16.2 Cc.", *Comentarios a las reformas*

turalidad familiar de la viudedad puesto que aquéllas participan de la misma que tenga el derecho en el que aspiran a convertirse¹¹⁹. Creo, sin embargo, que mantener su permanencia es la única solución válida acorde con la estructura unitaria de la viudedad tanto en la Compilación como en la Lrem.¹²⁰, aunque resulte evidente

del Código Civil, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, p. 767 y en "Comentario al art. 16.2 Cc.", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García y Díaz Alabart, T. I, vol. 2º, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1995, p. 1296; ZAPATERO GONZÁLEZ, R., "De la viudedad foral", *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 215; LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 2º, *op. cit.*, p. 326; GARCÍA ÁLVAREZ, J., "El derecho expectante de viudedad en la Compilación aragonesa", Vol. VI, parte II, en *Derechos civiles de España*, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano y Martínez Simancas, Aranzadi-BSCH, 2000, p. 3530.

119 Cfr. PELAYO HORE, S., *Problemas de la viudedad foral*, "Segunda Semana de Derecho Aragonés", *op. cit.*, p. 177 y en "La viudedad aragonesa (cuestiones extrarregionales)", *op. cit.*, p. 26; igualmente, SAPENA TOMÁS, J., "La viudedad aragonesa ante el cambio de vecindad civil", *op. cit.*, p. 796. Como explica PELAYO, dicha afirmación no supone "que expectativa y el derecho consumado obtengan idéntica protección jurídica sino que la que merecen es de la misma calidad, aunque no de igual intensidad. La expectativa de un derecho personal es también de carácter personal. La de un derecho real tendrá naturaleza real", *cfr.* PELAYO HORE, S., "La viudedad aragonesa (cuestiones extrarregionales)", *op. cit.*, p. 26.

120 La Compilación no hacía referencia expresa al expectante sobre esta clase de bienes sino al derecho de viudedad y quizá la duda estuviera medianamente justificada:

Art. 76.- *Régimen*

4.- Tratándose de los demás bienes muebles, el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquéllos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho.

Hoy, el propio tenor literal del art. 100 Lrem. elimina, a mi entender por sí sólo, cualquier incertidumbre al respecto:

Art. 100. *Disposición de bienes muebles*

El derecho expectante de viudedad sobre bienes muebles se extingue cuando salen del patrimonio común o privativo, salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad (el subrayado es mío).

Sobre la regulación del expectante en bienes muebles *vid. infra* Capítulo V.

que su carácter familiar no puede encontrar igual salvaguarda con una protección tan débil que no garantiza la futura posición del viudo salvo que medie enajenación fraudulenta.

2.3.4. Conclusiones

La flexibilización de la rígida vinculación de la regulación anterior entre expectante y usufructo hace cuando menos lícito, en mi opinión, cuestionar la continuidad de la viudedad como un derecho familiar con carácter absoluto. La revisión propuesta parte de la premisa de la necesaria coordinación entre su origen y su regulación posterior. Si, por el contrario, se entiende que para tal calificación el único elemento a considerar es el primero, la búsqueda de argumentos para justificar la naturaleza familiar queda vacía de sentido. No obstante, aún partiendo de la primera opción, al quedar descartado directamente su carácter sucesorio por el origen matrimonial *ex lege* o el disociado o mixto, en su caso, por estimar incompatibles ambos con la estructura unitaria de la institución, hemos llegado a idéntica conclusión que si hubieramos atendido de modo exclusivo al origen: su inexcusable naturaleza familiar.

En definitiva, y en atención a los criterios expuestos, considero que no es posible sustraer al derecho de viudedad aragonés de tal naturaleza. La nueva posibilidad ofrecida en la Lrem. solamente relativiza, sin desnaturalizarla, la acepción familiar de la institución en aras de una solución efectiva a los problemas provocados por el efecto real del expectante en el tráfico jurídico de inmuebles¹²¹.

121 Con este criterio *vid.* PARDO DEFEZ: "...creo que según la regulación actual persiste la connotación familiar de la institución de la viudedad, habiendo sabido mantener el legislador el difícil equilibrio entre el respeto al fundamento y

§ 3. REPERCUSIONES DE LA LREM. EN EL USUFRUCTO SUCESORIO DEL ART. 16.2.III CC. CUESTIONAMIENTO DE SU VIGENCIA

3.1. INTRODUCCIÓN

El carácter familiar del derecho de viudedad aragonés comúnmente aceptado con anterioridad a la entrada en vigor de la Lrem. permitía diferenciarlo del usufructo viudal del art. 16.2.III Cc., creado por el legislador estatal en 1974 en el ámbito del Derecho Interregional para el cónyuge supérstite en los supuestos en los que el consorte premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte. La causa de este usufructo reside, de modo exclusivo, en el fallecimiento de uno de los cónyuges y no en la celebración del matrimonio entre éstos con lo que su naturaleza sucesoria resulta incuestionable. Se atribuye de este modo un derecho de usufructo sobre bienes en los que nunca habrá un derecho expectante previo en tanto que el origen de éste último es siempre matrimonial¹²².

En la actualidad, la posibilidad introducida por el legislador de la Lrem. de renunciar mediante pacto o unilateralmente al derecho expectante conservando el usufructo de los bienes

fin de la institución y las exigencias de agilidad del tráfico jurídico”, *cfr.* PARDO DEFEZ, J., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros de Derecho aragonés, op. cit.*, p. 142. De igual modo, LERMA RODRIGO: “la nueva ley ha facilitado mucho la extinción del derecho expectante sin modificar su naturaleza de Derecho de Familia”, *cfr.* LERMA RODRIGO, M^a del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros de Derecho aragonés, op. cit.*, p. 153.

122 Entre todos, *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, pp. 82 y 83; BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad foral aragonesa”, *Derechos civiles de España*, vol. VI, parte II, *op. cit.*, p. 3497.

que permanezcan en el patrimonio hereditario y la subsiguiente relativización de la naturaleza familiar defendida *supra* nos permite plantear como alternativas susceptibles de estudio o bien un posible acercamiento entre ambos usufructos o, por el contrario, la necesidad de revisar los motivos que empujaron a la implantación del 16.2.III del Cc. a la luz de la Lrem., máxime cuando la modificación introducida en el art. 9.8 Cc. en la reforma del Código del año 1990 ya había cuestionado seriamente su vigencia.

En el presente apartado se va a realizar una exégesis de la *ratio legis* y finalidad última de ambos preceptos del Código con el objetivo de hallar la respuesta más acorde con la regulación aragonesa vigente.

3.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ART. 16.2.III CC.

3.2.1. Los problemas de la privación y superposición de beneficios viduales

La *ratio* de esta norma radica en los problemas que la naturaleza familiar de la viudedad aragonesa provocaba al intentarla coordinar con lo dispuesto en los artículos 9.2, 9.3, y 9.8 Cc. vigentes en el momento de su aprobación. El antiguo art. 9 del Cc., en su párrafo 2º, disponía en la redacción anterior a la reforma de 1990 (ley 11/1990, de 15 de octubre) que los efectos del matrimonio —tanto los personales como los patrimoniales— se regían por la ley nacional común de los cónyuges y, en defecto de ésta, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio. El apartado 3 del mismo precepto señalaba, además, que este régimen no podía resultar alterado por el cambio de nacionalidad, salvo que así lo acor-

darán los cónyuges sin impedimento por parte de la nueva ley nacional.

Por otro lado, el art. 9.8 Cc. regulaba como la sucesión *mortis causa* se regía por la ley nacional o regional que tuviera el causante en el momento de su fallecimiento.

Tomando como premisas la consideración de la viudedad aragonesa como efecto patrimonial del matrimonio adscrito a su régimen económico y la regla de inmutabilidad que afecta a los mismos ante posibles cambios de vecindad civil, la aplicación de estas disposiciones al Derecho Interregional producía situaciones insatisfactorias en relación con el usufructo viudal aragónes a las que el Derecho vigente entonces no podía dar solución¹²³ que serían calificadas como superposición y privación de beneficios viudales¹²⁴:

3.2.1.1. Superposición de beneficios

Se producía cuando los cónyuges aragoneses de origen adquirirían con posterioridad otra vecindad civil (habitualmente la del Derecho común) y fallecía después uno de ellos. En aplicación de los artículos 9.3 y 9.8 Cc. el supérstite recibía el doble beneficio del usufructo viudal (aplicable a su matrimonio porque era una institución de origen matrimonial *ex art. 9.2 Cc.*) y de

123 MORALEJO IMBERNÓN, N., "Comentario al art. 16 Cc.," *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi editorial, Madrid, 2001, pp. 100 y 101.

124 *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)", *op. cit.*, pp. 68 y 69; SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 72 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 646.

los derechos sucesorios que le brindaba su nueva ley regional. El expectante nacido con el matrimonio permanecía invariable y absolutamente ajeno a estos cambios¹²⁵.

3.2.1.2. Privación de beneficios

La privación de beneficios partía del supuesto contrario: matrimonio que no era originariamente aragonés y adquiría posteriormente la vecindad civil aragonesa. El supérstite no tenía derecho ni a la viudedad aragonesa, dada la inmutabilidad del régimen matrimonial, ni tampoco tenía beneficio sucesorio alguno porque había perdido los de su regionalidad de origen en aplicación del art. 9.8 Cc. y la ley aragonesa no los ha contemplado nunca por conceder al viudo un usufructo universal como institución de Derecho de Familia. Ésta era la situación más grave y necesitada de reforma.

125 *Vid.* concretamente respecto al derecho expectante lo que apuntaba MARTÍN BALLESTERO: "La inmutabilidad de la condición aragonesa de un matrimonio supone que si a la muerte de uno de los cónyuges habían perdido aquella no sufriera ninguna alteración el derecho expectante de viudedad surgido del matrimonio, con independencia de la ley del *de cuius* que debiera regir la sucesión de un cónyuge fallecido bajo el amparo de una ley extraña a la aragonesa. Es perfectamente compatible, por tanto, la atribución de viudedad aragonesa al premuerto con derechos sucesorios foráneos para el viudo", *cfr.* MARTÍN BALLESTERO y COSTEA, L., "El Derecho de familia en Aragón (según la Compilación de 8 de abril de 1967)", *RGLJ*, T. 225, 1968, p. 654. En igual sentido del mismo autor *vid.* *Derechos sucesorios del cónyuge viudo en Aragón*, "Primera Semana de Derecho Aragonés", *op. cit.*, p. 29.

3.2.2 La promulgación del vigente art. 16 Cc. El usufructo viudal del art. 16.2.III

3.2.2.1. El *iter* legislativo del art. 16 Cc.

El origen de la redacción actual del artículo 16 reside en la Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Cc. de 17 de marzo de 1973. A la vista de los problemas mencionados, el legislador de la citada reforma del Cc. intenta subsanarlos e introduce con este fin los párrafos I y III en el art. 16.2.

La base 7.3 del art. 2º preveía la posibilidad de que para el Derecho Interregional privado se incluyeran “las especificaciones que algunas instituciones requieran”. En el primer borrador del Proyecto se proponía en su “peculiaridad tercera” una redacción del artículo 16 en la que los usufructos legales de cualquier clase establecidos a favor del cónyuge viudo se regularan por la legislación común o por la especial foral a que estuviese sometido el régimen económico del matrimonio mientras que su “peculiaridad cuarta” coincidía, básicamente, con el párrafo II del art. 16.2 Cc.

Tal y como puede observarse, se abordaba el tema de los usufructos viudales como una cuestión de Derecho de Familia al hacerse depender de la ley rectora del régimen económico del matrimonio, a semejanza de la recomendación recogida con anterioridad en la “conclusión tercera” del Congreso de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en 1946¹²⁶. Sin embargo, finalmente, las mencionadas “especificaciones” quedaron reducidas a la viudedad aragonesa pues la recomendación aludida sola-

126 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 65.

mente se acabó teniendo en cuenta para la redacción de nuestra Compilación¹²⁷.

Partiendo en solitario el carácter familiar de la viudedad aragonesa frente al resto de usufructos viduales españoles, el vocal representante del Derecho aragonés en la Subsección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, José Lorente Sanz, presentó una enmienda al anterior borrador cuyo texto sería aprobado, con ligeras variantes, convirtiéndose en los párrafos I y III del art. 16.2 Cc. La peculiaridad del origen familiar de la viudedad aragonesa quedaba así plasmada en el Título Preliminar del Cc. para el ámbito del Derecho Interregional¹²⁸.

3.2.2.2. Las soluciones del art. 16 Cc. a la superposición y privación de beneficios. El *favor viduitatis* como criterio inspirador

Para paliar el problema de la superposición de beneficios, el párrafo I del art. 16.2 regula el mantenimiento del derecho de viudedad respecto a los cónyuges sometidos el régimen matri-

127 En ninguna de las compilaciones aprobadas hasta el momento se había seguido la orientación citada. Ni la Compilación de Derecho civil de Vizcaya y Alava, ni la del Derecho civil especial de Baleares o la de Cataluña adscribieron los derechos del viudo al régimen económico matrimonial sino al Derecho de Sucesiones; así ocurrió igualmente en la ley 253 del Anteproyecto de Compilación de Derecho civil navarro (Recopilación privada), cuya nota explicativa advierte como “el estatuto personal se establece atendiendo al matiz sucesorio acusadísimo del usufructo foral navarro, en contraposición al criterio que suelen mantener los foralistas aragoneses respecto al usufructo de viudedad en aquella región”, *cfr.* LORENTE SANZ, J., “El Congreso Nacional de Derecho civil, veinticinco años después”, *ADC*, 1970-71, Tomo XV, pp. 135 y 136.

128 *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, pp. 65 y 66.

monial de la Compilación aragonesa con independencia de los cambios de vecindad civil que puedan producirse, excluyendo, en estos últimos casos, la aplicación de la legítima que establezca la ley sucesoria. A solventar el problema de la privación de aquéllos se dirige el párrafo III al señalar que el usufructo vidual corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte¹²⁹.

129 El matrimonio no altera la vecindad civil pero cualquiera de los cónyuges no separados es libre de optar en cualquier momento por la vecindad del otro *ex art.* 14.4. Cc. La regulación de la mutabilidad de vecindad civil originada por cambios en la residencia se encuentra en el art. 14.5 Cc. El precepto exige dos años si se acompaña de una declaración de voluntad al respecto o de diez sin que medie declaración en contrario, en cuyo caso se pierde la que se tuviera hasta el momento y se adquiere automáticamente la del lugar de residencia. En este último supuesto, la única posibilidad de conservación es la declaración en contrario antes de la finalización del cómputo decenal, *cfr.* ZÁBALO ESCUDERO, E., *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho civil aragonés*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 15 de junio de 2005, Anuario de la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2005, p. 10. Como afirma BERCOVITZ, ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. Doctrina, DGRN y los Tribunales coinciden, no obstante, en la dificultad de la prueba. Fuera de los casos de adquisición mediante declaración ante el encargado del Registro Civil hay que acudir a la posesión de estado y a las presunciones, siendo válidos con valor *iuris tantum* los medios establecidos en los arts. 325 y ss. Rrc y 209 Rn (acta de notoriedad), *cfr.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 14 Cc.,” *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, pp. 93 a 95.

Acerca de las dificultades que plantea esta cuestión en la práctica notarial *vid.* a MERINO HERNÁNDEZ en contestación al discurso de ZABALO ESCUDERO *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho civil aragonés*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 15 de junio de 2005, *op. cit.*, p. 38.

En relación con el expectante consúltese la sentencia de la Ilma. Audiencia Territorial de Zaragoza de 4 de marzo de 1981 (http://www.unizar.es/standum_est_chartae/weblog/jurisp/sent/caz/s15.htm.) resolviendo acerca de un proceso de división de cosa común en la que se determina que el marido no aragonés no tiene derecho

El criterio inspirador en el que se fundamentan ambos párrafos del art. 16 Cc. es el defendido por SANCHO REBULLIDA¹³⁰ y sería compartido por la mayoría de los juristas¹³¹. Se sustenta en conceder al viudo la ventaja presumiblemente más favorable aunque —como reconoce el propio SANCHO— carece de apoyo, al menos directo, en los textos legales. La atribución del usufructo viudal la justifica por la íntima relación que en Derecho aragonés tienen las que él denominaba instituciones familiares *post mortem* y el Derecho de Sucesiones. Este argumento le permite defender que el segundo atrae a su órbita aquellos beneficios viudales cuando se trate de cónyuges que no han renunciado a ellos y no los tienen atribuidos por la ley del tiempo de su matrimonio.

expectante de viudedad sobre los bienes de su esposa por no haber transcurrido los diez años pertinentes para adquirir la vecindad civil aragonesa, careciendo, por tanto, de legitimación pasiva en el litigio.

130 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 72 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.* p. 646. Igualmente, con anterioridad, *vid.* de SANCHO REBULLIDA “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, *op. cit.*, p. 55 y 56 (=“La viudedad aragonesa”, *ADA*, VIII, 1955-56, p. 41) y “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, p. 761.

131 DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 70. En la redacción de la enmienda presentada por José Lorente Sanz de la que surgió el artículo 16 se acogió el texto aconsejado por SANCHO REBULLIDA. *Vid.* al respecto LORENTE SANZ, J., “La modificación del título preliminar del Cc.”, *BCAZ*, n° 55, 1974, p. 54, especialmente, nota 73.

3.2.2.3. El usufructo viudal del art. 16.2.III Cc. Los problemas de calificación. Su ajuste a la Compilación aragonesa de 1967

El legislador estatal establece con el usufructo viudal del art. 16.2.III Cc. una solución para el caso de privación de beneficios con la que resolver los graves conflictos que esta situación provocaba.

Se trata de una norma material de aplicación inmediata que incluye la determinación del ámbito —en este caso personal— de su vigencia¹³². Aunque un sector doctrinal consideraba que su lugar idóneo era la Compilación y no el Cc.¹³³, fue bien acogida

132 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 72 Comp. aragonesa” *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 650. Calificándola como una norma de conflicto unilateral “*sui generis*” con una regla de adaptación para la privación de beneficios *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

133 CASANOVAS Y LA ROSA, O., “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, I, El nuevo Título Preliminar del Código y la ley de dos de mayo de 1975, coordinados por Amorós Guardiola, Madrid, 1977, p. 748; SIMÓ SANTONJA, V. L., “Conflictos interregionales en Derecho sucesorio”, *Llibre del II Congrés Jurídic Català 1971*, Fundación Congreso Jurídico Catalán, Barcelona, 1972, p. 244; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, p. 428.

Por el contrario, en opinión de DELGADO ECHEVERRÍA, la regulación adoptada, en tanto que entra en conflicto con normas tanto del Código Civil como de otras Compilaciones —ya que priva de derechos legitimarios que procederían de acuerdo con normas distintas de las aragonesas— no podía colocarse convenientemente en un cuerpo que no tuviera aplicación inmediata y directa en toda España, *cf.* “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 75; en igual sentido consúltese SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, pp. 760 y 761 y “La viudedad en el Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, p. 20; en colaboración con DE PABLO CONTRERAS *vid.*

inicialmente con carácter general por la doctrina aragonesa¹³⁴. Sin embargo, posteriormente surgieron nuevos problemas derivados tanto de la calificación de la figura establecida en el 16.2.III como de su armonización con la normativa aragonesa entonces aplicable:

a) *El usufructo sin expectante*

Aunque con la loable intención de proteger la naturaleza familiar de la viudedad aragonesa en el ámbito del Derecho Interregional, resulta indudable que lo que hizo el legislador estatal fue crear una figura *ex novo*, distinta de la viudedad aragonesa regulada en la Compilación entonces vigente de 1967¹³⁵. Si bien, como

"Comentario al art. 72 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 647, nota 71.

134 LORENTE SANZ, J., "La modificación del título preliminar del Cc.", *op. cit.*, p. 55; BATALLA GONZÁLEZ, M., "El artículo dieciséis del nuevo título preliminar del Código Civil y la viudedad aragonesa", *BCAZ*, nº 55, 1974, p. 112; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonesa)", *op. cit.*, pp. 424 y 425; DELGADO ECHEVERRÍA, J. "Comentario al art. 16.2 Cc.", *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 783. Pone, no obstante, de relieve DELGADO como la ubicación de una norma "foral" en el Cc. no obtuvo igual acogimiento favorable en no pocos juristas españoles.

135 En opinión de SANCHO y DE PABLO CONTRERAS, la creación del usufructo del Cc. se hizo por remisión a una sola de las fases de la viudedad: el usufructo. Para estos autores, lo que se regula es una institución sucesoria creada por el legislador estatal *per relationem*, asumiendo como propia parte de la regulación que el ordenamiento aragonés dedica a una institución distinta como es la viudedad: exclusivamente la fase de usufructo como figura autónoma y no la del derecho expectante, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 72 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 650, especialmente nota 81, *in fine*.

En contra *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA para quien el usufructo regulado en el art. 16 es el de la Compilación pero adaptado a un caso que, por hipótesis, el derecho de viudedad no nació del matrimonio ni existió en su fase de expectante, *cfr.*

se ha indicado en el apartado precedente, respondía al criterio del *favor viduitatis* y, por lo tanto, al acogimiento de la interpretación más favorable al derecho de viudedad (art. 75.2 Comp. aragonesa) el resultado era, paradójicamente, un usufructo eventualmente sucesorio con origen en el fallecimiento de uno de los cónyuges, completamente desvinculado de la naturaleza familiar de aquélla y con el único apoyo de la vecindad civil aragonesa. Como el artículo 79 de la Compilación afirmaba que “el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente *con derecho expectante* el de usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión”, al conceder usufructo viudal a cónyuges cuyo régimen matrimonial no era aragonés se admitía la posibilidad de que recayera sobre bienes sin un expectante previo, lo que ponía en evidencia una falta de conexión entre ambos preceptos¹³⁶.

“Comentario al artículo 16 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rams Albesa y Moreno Florez, I, Título Preliminar, Bosch, Barcelona, 2000, p. 433.

136 *Vid.* al respecto DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, pp. 82 y 83 e, igualmente, en “Comentario al artículo 16 Cc.”, *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz Rodríguez-Cano y Salvador Cordech, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, T. I, 1991, p. 170 y en “Comentario al artículo 16 Cc.”, *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 432. En igual sentido consúltense MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, pp. 429 y 430 y “Usufructo viudal”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 342 y, de igual modo, LORENTE SANZ, J., “La modificación del título preliminar del Cc.”, *op. cit.*, p. 55.

Como afirma ARECHEDERRA ARANZADI, en estos casos la viudedad no va precedida de expectante previo porque “este último es recíproco y debe ser entre aragoneses. Y no hay ni matrimonio entre aragoneses, ni régimen económico aragonés ni siquiera vecindad común aragonesa, dándose a favor del supérstite no aragonés el derecho de viudedad aragonesa”, *cfr.* ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991 de 20 de diciembre, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1993, p. 535.

b) *El usufructo sin reciprocidad ni onerosidad*

Igualmente fue puesto de manifiesto que, literalmente interpretado, el precepto vulneraba las necesarias reciprocidad y onerosidad consustanciales a la viudedad aragonesa ya que al exigir para su aplicación exclusivamente la vecindad aragonesa del premuerto (...cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte) era perfectamente posible que fuera precisamente el cónyuge que sí era aragonés el que, premuerto su consorte, acabara sin viudedad¹³⁷.

El resultado final era una norma que realizaba una adaptación correctora de la institución consistente en prescindir de la manifestación de los elementos familiares que entorpecían su aplicación para permitir la extensión del usufructo a personas que, de otro modo, no lo habrían disfrutado nunca¹³⁸. A pesar

137 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Comentarios al artículo 16.2 Cc.", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, pp. 1296 y 1297 y en "Comentarios al art. 16 Cc.", *Comentario del Código Civil, op. cit.*, p. 171. Como afirma DELGADO, al legislador de 1974 no se planteó una opción distinta a la de una vecindad civil común puesto que, hasta la reforma efectuada por ley de 2 de mayo de 1975, la mujer tenía la vecindad civil del marido. Siendo posibles, tras dicha reforma, los supuestos de distinta regionalidad, proponía una interpretación correctora del precepto limitándolo a matrimonios en los que el premuerto fuera aragonés, *cfr.* "Comentarios al artículo 16.2 Cc.", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, pp. 1296 y 1297.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 17 de enero de 1995 decidió sobre un caso de extinción de usufructo viudal por vida marital estable en el que, habiéndose celebrado matrimonio el dos de octubre de 1958 entre aragonés por razón de nacimiento y residencia posterior en Aragón y esposa no aragonesa, se entiende que ésta sigue la vecindad civil del marido en aplicación de la redacción del art. 14 Cc. entonces vigente. Al existir, por tanto, vecindad común, el matrimonio quedó sujeto al Derecho civil aragonés y, a falta de instrumento público que modificara tal situación, se aplicó el régimen de comunidad de bienes y adquisiciones, *cfr.* http://www.unizar.es/standum_est_chartae/weblog/jurisp/sent/ra/sen5186.htm.

138 DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho

de los problemas que planteaba esta opción del legislador¹³⁹, su legalidad en aquel contexto en que no había ningún otro con competencias para ello era indudable¹⁴⁰ y permitía solventar el grave problema de la privación de beneficios viuales.

3.2.3. La reforma del Cc. de 15 de octubre de 1990. El artículo 9.8 Cc. y sus consecuencias para el usufructo del 16.2.III

3.2.3.1. El nuevo apartado del artículo 9.8 Cc. La promulgación simultánea del 16.2.III

La promulgación de la Constitución y, sobre todo, la nueva redacción del artículo 9.8 introducida en el Cc. por la reforma de 1990 (ley 11/1990, de 15 de octubre) supone un cambio radical en el panorama expuesto. Al final del citado precepto se incluye un nuevo apartado que señala: *los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.*

Interregional (Comentario al artículo 16.2 y propuesta de reforma)", *op. cit.*, p. 74; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés), *op. cit.*, pp. 426 y 427.

139 Los problemas con el usufructo del Cc. surgían siempre y cuando se realizara un examen de la figura en el contexto del Derecho aragonés. Si, por el contrario, se partía de que dicha figura era sucesoria y no aragonesa, la base de las críticas decaía. *Vid.*, en este último sentido, SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 72 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 650, nota 82, *in fine*.

140 Como señalaba MERINO, a pesar del contrasentido que suponía en relación con el derecho de viudedad regulado en la Compilación, estaba recogido en una normativa legal de igual rango que aquella y, aunque sólo fuera por eso, había que respetarlo, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)", *op. cit.*, p. 430.

Estamos ante una norma de conflicto con la que quedaba erradicada la posibilidad de desajustes provocada por las diferentes naturalezas, familiar y sucesoria, de los usufructos españoles, al unificar la solución para ambos supuestos: aplicación de la ley que ha regido la vida económica de la familia hasta la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges¹⁴¹.

En principio, el artículo 9.8 Cc. impediría *per se* el caso especial de la viudedad aragonesa, no dando lugar ni a la superposición ni a la privación de beneficios ante la aplicación de una misma ley al *status* del cónyuge superviviente¹⁴². Sin embargo, paradójicamente, el legislador estatal, aunque anuncia en el artículo 2º de la ley 11/1990 que va a dar nueva redacción al artículo 16 Cc., vuelve a publicar íntegramente el precepto, asumiendo intacto su contenido.

No parece responder este hecho a algún motivo premeditado ni queda clara tampoco una finalidad concreta sino que pa-

141 Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., "Sucesión hereditaria", *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, 6ª ed., Eurolex, Madrid, 1995, p. 417; AGUILAR GRIEDER, H., "Las sucesiones", *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 221. Como afirma CASTELLANOS RUIZ, dicha ley regulará la sucesión *ab intestato* del cónyuge viudo, subsistiendo la aplicación de la ley sucesoria para las legítimas de los descendientes y para la sucesión testamentaria o contractual del cónyuge viudo, *cfr.* CASTELLANOS RUIZ, E., "Sucesión hereditaria", *Derecho de familia internacional*, 3ª ed., Colex, Madrid, 2005, p. 306.

142 *Vid.* sobre ello la opinión de ZÁBALO ESCUDERO: "La principal característica de la adaptación contenida en el último inciso del art. 9.8, como técnica, es que presenta una naturaleza conflictual pero, sobre todo, que opera rígida y formalmente, con un total alejamiento del contenido material de las normas en presencia (...) En realidad, no está llamada a intervenir como una solución a un problema de distorsión entre la ley del régimen y la sucesoria, una vez constatada la existencia del mismo, sino que *la función que cumple es precisamente la de evitar que el problema surja*, es por tanto más una solución preventiva que una solución correctora" (el subrayado es mío), *cfr.* ZÁBALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 107.

rece, más bien, fruto de un descuido del legislador. Independientemente de las causas a las que realmente se debiera, lo cierto es que la situación así descrita provocaba graves problemas, no solamente porque los resultados a los que se llegaban en aplicación de una u otra norma no eran equivalentes sino también por las dudas competenciales que originaba la nueva regulación.

3.2.3.2. Las desiguales consecuencias de la aplicación de los artículos 16.2.III y 9.8 Cc. en la privación de beneficios. Las implicaciones para el expectante

Los resultados eran similares en el supuesto de superposición de beneficios puesto que el matrimonio regido por ley aragonesa que cambiase posteriormente de vecindad civil, mantendría su expectante y su usufructo tanto *ex art.* 16.2.I Cc., en aplicación de la literalidad del precepto, como *ex art.* 9.8, ya que los derechos del cónyuge supérstite se regían por la misma ley que regulase los efectos del matrimonio y era la aragonesa.

Sin embargo, en el caso de privación de beneficios, la aplicación de una u otra norma hacía desaparecer cualquier similitud al respecto. Y así, mientras que el 16.2.III suponía la atribución de un usufructo sucesorio al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviera vecindad aragonesa, el 9.8 *in fine* le atribuía los derechos legitimarios correspondientes a la ley que regulase los efectos de su matrimonio, apartándose claramente de la solución anterior¹⁴³.

143 Considerando la desviación a la ley que regula los efectos del matrimonio "de dudosa utilidad" *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Comentario al art. 16 Cc.", *Jurisprudencia civil comentada*, dirigida por Pasquau Liaño, T. I, Granada, 2000, p. 419; calificando como "más perfecta" la fórmula del 16.2.III Cc. *vid.* BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Comentario al art. 9.8 Cc.", *Comentario del Código Civil*, T. I, *op. cit.*, p. 98; a favor de la técnica de adaptación que supone la opción por el *favor viduitatis* del 16.2.III en lugar de la solución del 9.8 Cc. *vid.* PARDO NÚÑEZ, C. R.,

Por lo que al derecho expectante respecta, mientras en el usufructo viudal del Código nunca podía haber expectante por surgir con el fallecimiento de uno de los cónyuges, aplicando el 9.8 sí porque desde el primer momento hay un derecho de viudedad surgido del matrimonio y, por lo tanto, con su doble faceta de expectante y usufructo. Como la estructura de la viudedad aragonesa recogida en la Compilación exigía en su artículo 79 la necesidad de un expectante previo para poder usufructuar, la aplicación del

“Derecho Interregional y foralidad”, *RCDI*, enero-febrero nº 663, 2001, p. 44, nota 40; entendiendo que el contenido del 16.2 Cc. encierra “verdaderas normas especiales de Derecho Interregional” que le impiden mostrarse a favor de su desaparición *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Estudios de Derecho Interregional*, De conflictum legum, Estudios de Derecho Internacional Privado, nº 9, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, p. 122, nota 83.

En una posición intermedia, considerando “intercambiables” ambos preceptos *vid.* DURÁN RIVACOBA, R., *Derecho Interregional*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 353 a 356.

En el extremo opuesto, entendiendo que la finalidad del 16.2.III Cc. quedaba cubierta con la redacción del 9.8 tras la reforma de 1990 *vid.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad y el derecho expectante de viudedad” (ponente), *Actas de los Primeros Encuentros de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992, p. 70. En la misma línea, afirmando expresamente la innecesariedad de la especialidad del 16.2 al que el 9.8 habría vaciado de contenido y finalidad propia, ZÁBALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, *op. cit.*, p. 198.

Como ejemplo jurisprudencial de esta última postura *vid.* comentario de MARTÍNEZ MARTÍNEZ de la sentencia TSJA de 25 de junio de 2007. En opinión de la autora, la sentencia mencionada refleja igualmente la innecesariedad aludida *supra* pues se atribuye a la viuda el usufructo del 16.2.III en un supuesto en el que resultaba evidente que no necesitaba protección especial aplicando el 9.8 Cc. *in fine* por disponer de un razonable derecho de legítima de dos tercios de la herencia al concurrir con parientes colaterales (art. 838 Cc.) que fueron declarados herederos *ab intestato*. *Vid.*, en extenso, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “Sucesión legal y usufructo viudal de cónyuge separado de hecho”, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, nº 5, 2008, <http://www.derecho.aragonés.net/cuadernos/document.php?id=459>, pp. 1 a 10, en especial, p. 9.

9.8 resultaba más acorde a la legislación entonces vigente a la vez que evitaba una expansión del usufructo a matrimonios regulados por leyes no aragonesas. Por tanto, mientras el artículo 16.2.III implicaba la extensión del usufructo viudal a sujetos cuyo matrimonio no era regido por ley aragonesa y que podían incluso no ser aragoneses, la aplicación del 9.8 llevaba implícita, como mínimo, matrimonios regidos por dicha ley, sin que hubiera cabida para derechos foráneos ni, por tanto, para la ausencia de expectante.

3.2.3.3. Los problemas competenciales

En relación con esta cuestión, SERRANO GARCÍA puso de manifiesto como la promulgación del art. 9.8 hacía innecesario y anticonstitucional el apartado III del art. 16.2 Cc. Innecesario porque si se aplicaba el 9.8 desaparecía el supuesto de la privación de beneficios origen del 16.2.III en tanto que el cónyuge cuyo matrimonio no estaba sujeto al Derecho aragonés, fallecido posteriormente su consorte con vecindad civil aragonesa, no quedaba desprotegido, ya que gozaría siempre de los derechos que le concediera la ley reguladora de su matrimonio. Inconstitucional porque, si bien era competencia del legislador estatal la resolución de los conflictos de leyes (art. 149.1.8° CE), era dudoso, a su juicio, intentar encuadrar también bajo aquélla el hecho de asumir íntegramente el 16.2 Cc. en un entorno distinto al de su inicial promulgación en 1974 en el que, partiendo de la existencia de un único legislador, quedaba justificada la adaptación material que realizaba. También lo calificaba de inconstitucional porque ofrecía una solución distinta a la del resto de los derechos viudales concedidos por los demás Derechos españoles¹⁴⁴.

144 Como apuntaba SERRANO GARCÍA, el legislador de 1990 asume como propio el contenido del artículo 16 sin caer en la cuenta que los tiempos han cambiado

Desde el momento en que se trataba de regular conflictos entre el Derecho aragonés y otros Derechos civiles españoles no hay duda que estábamos ante una cuestión no de Derecho Aragonés sino Interregional, en la que la competencia era —y sigue siendo— estatal¹⁴⁵. Y no debe olvidarse que fue demandada en

y de que existen comunidades con Derecho civil propio con competencia exclusiva para su conservación, modificación y desarrollo, como es el caso de Aragón (art. 35.4, entonces vigente, del Estatuto de Autonomía de Aragón). En su opinión, parece que lo que hace el legislador estatal es entrar a regular una materia propia de la Comunidad Autónoma y no un conflicto de leyes, concediendo así un trato preferente a la viudedad aragonesa en perjuicio de otros derechos españoles que, en aplicación de la regla general prevista en el 9.8, carecería de justificación, *cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., “Vecindad civil, ley aplicable a los efectos del matrimonio y viudedad aragonesa”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Zaragoza, 1992, pp. 776, 778 y 779. Con igual criterio, ZÁBALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, *op. cit.*, p. 199.

En contra, a pesar de reconocer dicho trato desigual, por considerar que no queda alterada la paridad entre ordenamientos españoles definida por el TC en su sentencia 226/1993 de 8 de julio (RTC 1993/226) *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al artículo 16 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, p. 432. En relación al mencionado concepto de paridad, el FD 2º de la sentencia señala: “La transposición a las relaciones entre ordenamientos de categorías jurídicas asentadas en la protección de derechos e intereses de las personas (así ocurre con la noción de “igualdad”) es siempre fuente, cuando menos, de confusión; la Constitución —su art. 149.1.8º, específicamente— viene sólo a posibilitar una posición de paridad, si así quiere decirse, entre los Derechos especiales o forales, y entre ellos y el Derecho civil general o común, por vía de la atribución exclusiva al Estado de la competencia sobre las normas para resolver conflictos de leyes, competencia que en principio asegura un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles. Tan sólo en estos términos cabría hablar de paridad entre ordenamientos civiles, paridad resultante, en definitiva, de la uniformidad de régimen en materia de Derecho Interregional privado que la Constitución inequívocamente dispuso”. Sobre esta sentencia, *vid.* comentarios del mismo autor en “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil”, *RAAP*, núm. 4, 1994, pp. 396 a 402, en especial, pp. 398 y 399.

145 La mención a las normas sobre “conflictos de leyes” no se circunscribe a las normas de conflicto clásicas, sino también a cualquier otra fórmula o técnica

su momento por los propios aragoneses en atención exclusivamente a la peculiar y solitaria naturaleza familiar de su derecho de viudedad frente al resto de los usufructos españoles¹⁴⁶, invariable tras el Estado de las autonomías.

En mi opinión, y aún reconociendo la evidente falta de coherencia legislativa criticable *de lege ferenda*, el hecho de que el 16.2.III no hubiera sido derogado expresamente por el legislador estatal así como su carácter especial, en tanto que fue creado *ad hoc* para la viudedad aragonesa, podían sustentar la continuidad

material o unilateral relativa a los problemas del Derecho aplicable, *cfr.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SANCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 51. En esta línea, SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS defendían que la norma de aplicación inmediata del 16.2.III puede encuadrarse —junto con las propias normas de conflicto— dentro de las de normas para resolver conflictos de leyes. En atención a tales argumentos consideraban de “notoria incompetencia” la regulación efectuada en la ley 253 de la Compilación navarra (“el usufructo de fidelidad se dará a favor del cónyuge sobreviviente cuando el premuerto tuviera *la condición foral de navarra al tiempo de su fallecimiento*”), *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 72 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 650 y 651, especialmente nota 82, *in fine*.

Considerando que no era posible la vigencia de este último precepto por entender que invadía las competencias estatales tras la promulgación del 9.8 *vid.* CALDUCH GARGALLO, M., “El usufructo legal de fidelidad en Navarra: naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”, *op. cit.*, p. 84 y su nota 17; ARREGUI GIL, J., “Comentarios a la Ley 253”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXVII, vol. 2º, *op. cit.*, p. 41 y CALATAYUD SIERRA, A., “Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles”, *RDCA*, 1999, V, nº 2, p. 193.

Defendiendo, por el contrario, su tolerancia basándose en su preexistencia a la Constitución y su posterior asunción por la comunidad autónoma navarra dentro de sus competencias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral *vid.* ZÁBALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, *op. cit.*, p. 201.

146 LORENTE SANZ, J., “La modificación del título preliminar del Cc.”, *op. cit.*, pp. 54 y 55.

en su aplicación a pesar de todos los problemas que suscitaba, precisamente como excepción para Aragón al 9.8¹⁴⁷.

147 *Vid.* al respecto DELGADO ECHEVERRÍA: “Sería procedente (...) la derogación del precepto específico —con todo el resto del art. 16.2—. Pero, *iure conditio*, es más probable su actual vigencia como excepción precisamente al art. 9.8 para este caso particular”, DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al artículo 16 Cc.”, *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 432. Con igual criterio, llegando a armonizar ambas normas, en “Comentarios al artículo 16.2 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, pp. 1295 y 1296: “Como si el art. 9.8 dijera: los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio... salvo que corresponda al superviviente la viudedad aragonesa de acuerdo con lo dispuesto en el art. 16.2.III Cc.”. Siguiendo la opinión de DELGADO favorable la especialidad de la norma aragonesa CALATAYUD SIERRA, A., “Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles”, *op. cit.*, p. 195 y DIAGO DIAGO, M. P., *Pactos o capitulaciones matrimoniales en el Derecho Internacional Privado*, Colección “El Justicia de Aragón”, nº 10, Zaragoza, 1999, p. 68, en especial, nota 102.

Defendiendo igualmente la aplicación del 16.2.III Cc. *vid.* SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS: “Y, así las cosas, esta última norma (art. 16.2.III) excluye la aplicación del 9.8 *in fine* sencillamente porque el mismo contiene una simple regla de conflicto cuya función es designar un ordenamiento jurídico en el que buscar solución mientras que el art. 16.2.III contiene una regla de aplicación inmediata (...) que como tal regula inexorablemente la situación en presencia descartando la aplicación de cualquier norma de conflicto que pudiera conducir a la aplicación de cualquier otro Derecho”, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 72 Comp. Aragón”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 649 y 650; en igual sentido, CALVO CARAVACA: “...cabe otra solución de carácter directo: ajustar el contenido material de los Derechos aplicables para eliminar la contradicción existente. Esta es la solución prevista por el legislador en el Derecho Interregional para el supuesto particular de la viudedad aragonesa en el art. 16.2º, apartados primero y tercero, del Cc. Pero, al margen de este supuesto específico, deberá de estarse a la solución general ahora contenida en el inciso final del art. 9.8 Cc.”, *cfr.* CALVO CARAVACA, A. L., “Comentario al art. 9.8 del Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, pp. 386 y 387 y en “Sucesión hereditaria”, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, 6ª ed., Eurolex Madrid, 1995, p. 417; con igual criterio, CASTELLANOS RUIZ: “En el Derecho Interregional aragonés la adaptación entre estas dos leyes aplicables a la disolución del régimen

No obstante, por lo que aquí interesa, y con independencia de cual fuera la solución técnicamente más correcta desde el punto de vista competencial, era evidente que la más ajustada a la dinámica de la viudedad entonces regulada en la Compilación era, por el contrario, la del 9.8. Y lo cierto es que el principio del *favor viduitatis*, al que responde en última instancia el 16.2.III, tampoco le resultaba ajeno¹⁴⁸.

económico matrimonial y la sucesión del cónyuge viudo se soluciona ajustando el contenido material de los Derechos en presencia *ex art.* 16.2 Cc., apartados primero y tercero (...) Ahora bien, salvo esta excepción, habrá que acudir para regular este posible problema de adaptación a la solución general acogida en el art. 9.8 Cc. en su inciso final”, *cfr.* CASTELLANOS RUIZ, E., “Sucesión hereditaria”, *Derecho de familia internacional, op. cit.*, p. 307.

En contra, negando que el argumento de la naturaleza familiar de la viudedad aragonesa justifique la conservación del precepto *vid.* el razonamiento de ZÁBALO ESCUDERO: “la naturaleza del usufructo aragonés lleva a su inclusión lógica en la calificación que subyace en el inciso final del 9.8, al ser un derecho derivado del matrimonio, y puesto que las soluciones que incorpora exceden del ámbito de la misma al incidir en el de las instituciones viduales de otros ordenamientos civiles que puedan concurrir”, *cfr.* ZÁBALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional, op. cit.*, p. 216. De esta última *vid.*, en igual sentido, “La nueva regulación aragonesa del régimen económico matrimonial y viudedad”, *op. cit.*, p. 590.

148 En opinión de ZÁBALO ESCUDERO, como reflejo en Derecho Internacional Privado de la tendencia general de protección de los derechos del viudo, históricamente relegados, que se venía observando en Derecho comparado, siempre que no se defraudasen las legítimas expectativas de los derechohabientes, *cfr.* ZÁBALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional, op. cit.*, p. 170. Ahora bien, señala igualmente la autora como la adaptación debe evitar la acumulación de beneficios, buscando la ley más generosa con los derechos del cónyuge superviviente, como es, precisamente, el criterio del 16.2.III Cc., *Ídem*, p. 110.

3.3. LA PROMULGACIÓN DE LA LREM. ARGUMENTOS PARA LA DEFENSA DE LA APLICACIÓN DEL 16.2.III Cc.

La situación legal inmediatamente anterior a la promulgación de la Lrem. en esta materia permanecía invariable con lo que la doble opción por uno u otro precepto quedaba abierta¹⁴⁹. Como ha quedado expuesto más arriba, inclinarse por el 16.2.III suponía, frente al 9.8 Cc., abrir las puertas a matrimonios no regidos por ley aragonesa y, en consecuencia, a una mayor extensión del usufructo vidual aragonés. Por el contrario, la aplicación del 9.8 impedía el problema de raíz a la vez que cercenaba cualquier posibilidad de usufructo para cónyuges de matrimonios sometidos a leyes foráneas.

149 Defendiendo una postura aislada en contra de ambas soluciones por considerar que no se trata de una norma de Derecho Interregional sino de un derecho específico de nuestra comunidad se encuentra SAPENA TOMÁS. Basándose en el art. 1.2 Comp. aragonesa (“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”) SAPENA entiende inaplicable y derogado, en la práctica, el art. 16.2.III al que no considera “como una norma de Derecho Interregional aunque esté incluida en el Título Preliminar del Cc., ya que en la sucesión *mortis causa* no se produce conflicto alguno entre la ley nacional o regional propia del causante y los sucesores”. Y tampoco estima posible la invocación del 9.8 *in fine* “pues si se trata de un derecho sucesorio y la ley aplicable es la aragonesa, el viudo no lo tiene y no puede considerarse como efecto del matrimonio, que sólo podía ser el de viudedad, cuya inaplicación, conforme a su naturaleza y a su normativa actual es precisamente lo que lleva al legislador, ante la injusticia comparativa con otros ordenamientos legales, a promulgar aquel precepto en protección del viudo. El debate está servido”, *cfr.* SAPENA TOMÁS, J., *La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Anuario de la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2001, pp. 34 y 35.

3.3.1. Los debates de elaboración de la Lrem. El criterio de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil

En los debates previos de elaboración de la Lrem. existe acuerdo entre los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en que la solución contenida en los apartados I y III del art. 16.2 Cc. es “bastante razonable”: los aragoneses que pactan régimen de gananciales o cualquier otro mantienen su derecho de viudedad y también los no aragoneses que adquieren la vecindad civil por residencia lo tienen. A pesar de reconocer que este último supuesto es el más conflictivo y que se admite que puede que no sea propiamente viudedad aragonesa, se entiende que, de hecho, se va a vivir como si lo fuera.

La tendencia de la mayoría resulta finalmente favorable a la aplicación del 16.2.III. El talón de Aquiles de la inexistencia previa del expectante de este usufructo no se considera obstáculo al entender que, cuando se plantee el problema, ya habrá fallecido uno de los cónyuges. Acaba pareciendo más razonable introducir en sede de usufructo algún apoyo que, sin crear conflicto interterritorial, haga posible esta interpretación extensiva¹⁵⁰. Y así, al fallecimiento de un cónyuge, se atribuye el usufructo sobre todos los bienes del premuerto “al sobreviviente”, sin más añadidos: ni con derecho expectante —como en la Compilación— por coherencia con el resto de la norma, ni con derecho de viudedad¹⁵¹, para evitar problemas en la aplicación, en su caso, del 16.2.III,

150 Cfr. “Acta de la sesión de tres de octubre de 2001 (Acta 132)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 5 a 7.

151 Inicialmente propuesto por Delgado Echevarría. Vid. art. XII en “Documento núm. 1. Primer Borrador de Jesús Delgado (julio 2001)”, *op. cit.*, p. 3 y art. VII en “Documento núm. 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre 2001)”, *op. cit.*, p. 5.

que atribuye el usufructo al supérstite cuando el premuerto tuviera vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte a pesar de que no hubiera habido previamente tal derecho¹⁵².

De acuerdo con esta opinión, se desestima la sugerencia del Presidente de la Comisión, Delgado Echeverría, de una proposición de ley estatal de iniciativa aragonesa para suprimir el precepto si la opción por el 9.8 resultaba ser la favorita de los miembros¹⁵³. Así mismo, siguiendo el criterio de su Presidente, la Comisión no entra a regular esta materia tanto por la complejidad de la misma como por la pervivencia de la regulación estatal del Título Preliminar del Cc. con la que podría entrar en conflicto, al margen de posibles problemas de inconstitucionalidad que podrían surgir¹⁵⁴.

152 Cfr. “Acta de la sesión de diecinueve de diciembre de 2001 (Acta 141)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 2 y 3.

153 Cfr. “Acta de la sesión de tres de octubre de 2001 (Acta 132)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 6 y 7. Igualmente, consúltese “Documento núm. 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre 2001)”, *op. cit.*, p. 1.

154 Cfr. “Acta de la sesión de tres de octubre de 2001 (Acta 132)”, *Ídem, op. cit.*, pp. 6 y 7. Como ejemplo jurisprudencial de la conflictividad interpretativa que puede originar esta materia *vid.* STC 156/1993 de 6 de mayo de 1993 declarando inconstitucional una cláusula del art. 2 de la Compilación de Baleares en la que se decía que sus normas serían de aplicación a quienes residieran en dicho territorio sin necesidad de probar su vecindad, por considerar que invadía la competencia estatal de las normas para la resolución de los conflictos de leyes, *cfr.* http://premium.vlex.com/doctrina/Revista-Critica-Derecho-Inmobiliario/Sentencia-6-mayo-1993/2100-327095,01.html?z=07,recm_15356168. Su F.D. 3º delimitaba rígidamente el carácter estatal de la resolución de los conflictos de leyes y calificaba de inválida cualquier posible norma autonómica al respecto:

“La norma fundamental —siguiendo en esto el precedente del art. 15.1 de la Constitución republicana— optó inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme del Derecho civil Interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución

3.3.2. Opción por el art. 16.2.III Cc. Justificación

Independientemente de las consideraciones expuestas de la Comisión Aragonesa, y dejando a un lado cuestiones de política legislativa, considero que no existen, *de lege data*, argumentos

de los conflictos de leyes, ya por la vía de la legislación general, ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Ésta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el art. 149.1.8° CE a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida “en todo caso” a la legislación del Estado. Las disposiciones de las Comunidades Autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar en su caso —y si así lo exigiera la sistemática de la legislación— lo establecido en la normativa dictada por el Estado”.

Vid. comentario sobre la sentencia citada por DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil”, *op. cit.*, pp. 393 a 396. A favor del fallo del TC consúltese RUBIO TORRANO, E., “El art. 149.1.8 de la Constitución y la reciente jurisprudencia constitucional”, *RJN*, núm. 15, 1993, p. 314 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales”, *Derecho privado y constitución*, núm. 1, 1993, p. 75; considerando, por el contrario, que la doctrina del TC contenida en la sentencia supuso una influencia negativa en el desarrollo de los derechos civiles *vid.* FERRER VANRELL, M. P., “Competencia exclusiva en legislación civil *versus* asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n° 3, 2008, p. 21.

Más recientemente, la reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares efectuada por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, ha introducido en su art. 30 relativo a la asunción de la competencia legislativa en materia civil un nuevo inciso segundo en el apartado n° 27 de este precepto en el que, expresamente, tras afirmar la competencia autonómica en “conservación, modificación y desarrollo” del derecho civil propio excepciona, a renglón seguido, las materias que el Estado se reserva “en todo caso”, coincidentes con el segundo inciso del art. 149.1.8° CE y entre las que se encuentran, entre otras, las normas para resolver los conflictos de leyes. En opinión de FERRER VANRELL, la incorporación expresa de las mismas al texto estatutario supone un avance en la interpretación de la competencia civil que permite entender, interpretado *a sensu contrario*, que la materia en Derecho civil no reservada, expresamente, al Estado, es competencia exclusiva de la Comunidad autónoma. Para una valoración crítica del contenido de esta norma y su alcance *vid.*, en extenso, FERRER VANRELL, M. P., “Competencia exclusiva en legislación civil *versus* asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB”, *op. cit.*, pp. 24 a 26.

contendientes para inclinarse definitivamente por el 16.2.III o que, por el contrario, impidan de modo explícito defender la aplicación del 9.8 y concluir que no existe conflicto que solucionar¹⁵⁵. Sin embargo, si nos centramos en el derecho expectante, un análisis de la *ratio* y finalidad de su regulación global en la Lrem. puede inclinar probablemente la balanza a favor de la aplicación del usufructo viudal del 16.2.III a estos supuestos.

Inicialmente, resulta evidente que ni el 9.8 ni el 16.2.III tienen sentido si no es partiendo del carácter familiar de la viudedad¹⁵⁶ que choca, a su vez, frontalmente, con el carácter sucesorio

155 En este sentido, ZÁBALO ESCUDERO, E., *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho civil aragonés*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, *op. cit.*, pp. 22 y 23; igualmente, en la contestación al mencionado discurso, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Ídem*, p. 39. Para la primera, la adaptación conflictual que realiza el 9.8 hace innecesaria la material del 16.2; para el segundo, no solamente es innecesaria sino también improcedente, dada la discriminación positiva y la —a su juicio— indebida extensión del derecho de viudedad a personas no aragonesas e incluso extranjeras a las que la aplicación del 9.8 hubiera impedido su disfrute.

Reiterando el peligro que, dada la gran cantidad de matrimonios entre aragoneses y extranjeros, puede suponer actualmente la opción por el 16.2 Cc., provocando como resultado que tengan viudedad personas sin ninguna raíz aragonesa que incluso no hayan residido en territorio aragonés *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Usufructo viudal de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad” (ponente), *Actas de los Decimooctavos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, p. 194.

Como reverso de esta última situación, consúltese del mismo autor con anterioridad a la promulgación de la Lrem. *La viudedad foral y los cambios de vecindad civil*, Comunicación presentada en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y legislación el 25 de abril de 1997, Zaragoza, 1997, p. 227, denunciando la que él denominaba “indefinida prórroga de las instituciones aragonesas” que podía provocar la aplicación del 9.8 Cc. a matrimonios que, aunque regidos por ley aragonesa, llevaran años fuera de nuestra comunidad, dudando que, en la práctica, así se respetase.

156 *Cfr.* PARDO DEFEZ, J., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 140.

del usufructo viudal del Código Civil. Pero el argumento esgrimido por la doctrina aragonesa antes de la promulgación de la Lrem. criticando éste último por la ausencia previa de expectante queda vacío de contenido con la nueva regulación al permitir la renuncia de este derecho y conservar el usufructo sobre los bienes no enajenados. Es cierto, no obstante, que, si así se hace, y a diferencia del usufructo del Cc., seguimos estando ante un derecho que ha nacido del matrimonio; pero, también lo es que, tal y como se ha visto *supra*, con un expectante debilitado, cuya protección se limita exclusivamente a las enajenaciones realizadas en fraude al derecho de viudedad del otro cónyuge, a semejanza del régimen de aquél en los bienes muebles.

El hecho de que el legislador haya permitido precisamente esta posibilidad y prescindido de la rígida vinculación expectante/derecho de viudedad de la Compilación respecto a los aragoneses por naturaleza¹⁵⁷ favorece a mi juicio que, en la misma línea de flexibilización del carácter familiar de la institución, se aplique el usufructo del Cc. a los aragoneses por residencia¹⁵⁸. El endeble mecanismo protector de la viudedad en estos supuestos permite establecer un paralelismo entre los mismos y el usufructo viudal del 16.2.III dado que en ambos, con la única excepción de los casos de enajenación fraudulenta para los muebles¹⁵⁹ que pueden

157 Durante la vigencia de la Compilación ZAPATERO GONZÁLEZ afirmaba: "El expectante es un derecho propio de los aragoneses por naturaleza, no de los regionalizados", *cfr.* ZAPATERO GONZÁLEZ, R., "De la viudedad foral", *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 214.

158 En línea con el deseo mayoritario de los miembros de la Comisión aragonesa de que "haya viudedad aragonesa en el mayor número de casos", *cfr.* "Acta de la sesión de tres de octubre de 2001 (Acta 132)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 7.

159 Lacruz asimilaba la protección de los bienes muebles a la del usufructo de fidelidad navarro, de igual carácter sucesorio que el del art. 16.2.III Cc.: "En el

surgir en los primeros, solamente quedan afectos los bienes que existan al fallecimiento¹⁶⁰.

La aplicación del 16.2.III resulta entonces preferible antes de atribuir carácter sucesorio a la viudedad aragonesa¹⁶¹, modificación radical de muy difícil justificación en una institución secularmente familiar.

Derecho navarro, dada la tenue consistencia de la expectante fealdad en vida de ambos cónyuges, las consideraciones hechas en tema de bienes muebles para el aragonés sobre posible fraude del cónyuge viudo son aplicables a cualesquiera bienes, muebles o sitios", *cf.* LACRUZ BERDEJO, J. L., "Beneficios viuales derivados del régimen matrimonial (la viudedad foral en Navarra y Aragón)", *Derecho de Familia. Elementos de Derecho Civil*, IV, 3ª ed., Barcelona, 1990, p. 566.

160 *Vid.* al respecto durante la vigencia de la Compilación DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)", *op. cit.*, pp. 82 y 85. Igualmente MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)", *op. cit.*, p. 435, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 2º, *op. cit.*, p. 326 y MARTÍN-BALLESTERO y COSTEA, L., "El Derecho de familia en Aragón (según la Compilación de 8 de abril de 1967)", *op. cit.*, p. 660.

161 En este sentido, consúltese LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (ponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, pp. 132 y 133. La solución ofrecida por el autor pasa por un planteamiento que resulta incompatible, a mi juicio, con el carácter unitario de la viudedad en la Lrem.: considerar al expectante y al usufructo de viudedad como dos figuras disociadas y no ensambladas, la primera familiar y la segunda sucesoria, basándose en la nueva posibilidad legal de renuncia del expectante conservando el usufructo sobre los bienes no enajenados. Partiendo de tales premisas, LATORRE encuentra posible la atribución de carácter sucesorio a la viudedad y le permite seguidamente argumentar el prescindir de la aplicación del 16.2 Cc.

En mi opinión, no creo que la dicotomía expectante-usufructo encuentre amparo en la Lrem. desde el momento en que es *todo* el derecho de la viudedad el que nace con el matrimonio *ope legis* y el expectante una manifestación de aquél durante este último. Admitirlo supondría, además, prescindir de la necesaria interrelación y dependencia que el origen y finalidad de la institución precisan.

Con la regulación del 9.8 el acceso a la viudedad aragonesa quedaría vetado a todo matrimonio regido por otros Derechos y, en consecuencia, con un ámbito potencial mucho más reducido. Y aunque bien es cierto que este precepto implicaría obviar cualquier problema relacionado con el expectante y por extensión, con la naturaleza de la viudedad, creo que con la nueva regulación esta cuestión deja de ser el serio obstáculo —para algunos, insoslayable— que constituía durante la vigencia de la Compilación¹⁶², configurándose un entorno más favorable para la aplicación del 16.2.III.

La opción por este último implica, como consecuencia inmediata, aceptar la falta de reciprocidad del usufructo viudal en los supuestos de matrimonios mixtos regidos por otros Derechos si el cónyuge premoriente es el aragonés¹⁶³, en tanto que supone la

162 LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA defendía igualmente durante la vigencia de la Compilación esta postura disociada para coordinar el art. 16 Cc. con la ausencia de expectante requerida por el art. 79 Comp. aragonesa, afirmando que, de no aceptarla, la solución pasaba por suprimir los párrafos I y III del 16.2, el expectante tal y como estaba entonces o la inmutabilidad del régimen matrimonial, cuestión esta última ante la que se declaraba contrario por los perjuicios que podía causar al tráfico jurídico, *cfr.* “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 2º, *op. cit.*, pp. 286 a 289. MERINO HERNÁNDEZ propuso igualmente para solucionar estos problemas o bien la mutabilidad del régimen o la afirmación expresa de la naturaleza sucesoria de toda la institución, inclinándose por esta última para zanjar definitivamente la cuestión por considerar a la naturaleza familiar de la viudedad como pura reminiscencia histórica que impedía la unidad de las legislaciones civiles españolas, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Extensión del derecho de viudedad aragonés”, *op. cit.*, pp. 146 a 151, en especial, pp. 150 y 151 y también en “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, pp. 424 y 430.

163 *Vid.* denunciando tal consecuencia si se defiende la aplicación del 16.2.III sobre la del 9.8 Cc. a CALATAYUD SIERRA, A., “Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles”, *op. cit.*, p. 197, citando la solución de la interpretación correctora a favor de la aplicación exclusiva a matrimonios en los que el

única salida coherente con la línea de flexibilización de la naturaleza familiar apuntada y la atribución de un usufructo sucesorio al supérstite. Si admitimos como resultado de la tesis defendida que, en estos casos, la viudedad no vaya precedida de expectante previo porque este último es recíproco y debe ser entre aragoneses de origen, no puede exigirse tampoco reciprocidad alguna en la fase de usufructo en matrimonios sin régimen económico aragonés ni vecindad común aragonesa¹⁶⁴.

En última instancia, estamos ante una cuestión de Derecho Interregional Privado de exclusiva competencia estatal a la que una ley aragonesa no puede, de momento, ofrecer solución. Parece no obstante deseable, *de lege ferenda*, una regulación respetuosa con la naturaleza familiar de la viudedad aragonesa que acabe con la difícil convivencia de ambos preceptos y otorgue la necesaria seguridad jurídica que esta cuestión demanda.

premuerto fuera aragonés propuesta anteriormente por DELGADO ECHEVERRÍA (cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Comentario al artículo 16.2 Cc.", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, pp. 1296 y 1297).

164 Como apunta acertadamente SAPENA TOMÁS apoyándose en su naturaleza sucesoria: "...precisamente, si le falta el carácter de recíproco es por no tratarse de un derecho familiar", cfr. SAPENA TOMÁS, J., *La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, *op. cit.*, p. 34.

CAPÍTULO II

LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE SOBRE BIENES INMUEBLES REGULADAS EN EL ARTÍCULO 98 LREM.

§ 1. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE. ORÍGENES Y DELIMITACIÓN

En la Compilación de Huesca de 1247 el Fuero 1º *De Iure Dotium* dispuso¹⁶⁵:

Muerto el marido, la mujer viuda poseerá todo lo que tenían juntamente aunque haya tenido hijos de él; pero mientras esté viuda. Y, aunque no tome marido, si tiene fornicador o adúltero manifiestamente, perderá la viudedad y las dotes como si hubiera tomado marido.

Con él se introduce en el Derecho aragonés un principio nuevo: el de conservación por la viuda, tanto si tiene hijos como si no, de todos los bienes que hubo juntamente con el marido mientras no contraiga nuevo matrimonio y guarde castidad. Este

¹⁶⁵ *Defuncto viro, uxor vidua, licet ab eo filios habuerit, omnia quae simul habuerant possidebit: ea tamen vidua, existente. Et licet non accipiat virum, si manifeste tenuerit fornicatorem, vel adulterum, amittat viduitatem, et dotes, ac si duxisset virum, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit., libro V, pp. 231 (vol. I) y 125 (vol. III).*

beneficio legal se denominó desde entonces viudedad y en su texto aparecen ya los rasgos esenciales de la institución.

Inicialmente aparece regulado solamente a favor de la viuda¹⁶⁶ y para toda clase de bienes.

No obstante, las Observancias lo modifican siguiendo las costumbres de la época¹⁶⁷ hasta que en el año 1390 el fuero *De*

166 Afirmaba al respecto LACRUZ como hasta 1247 la protección a la viuda tenía expresión legal en el sistema de arras y en la comunidad continuada. Respecto a la mujer franca o villana: a) si su matrimonio era infecundo tenía asegurada la viudez por las arras que se le entregaban en plena propiedad; b) si su matrimonio era heredado, la pérdida de las arras era compensada por la cuota correspondiente en la división del consorcio conyugal; c) en caso de matrimonio heredado, además, por la continuación de la comunidad con los descendientes. Respecto a la mujer infanzona, la protección se operaba por las arras, cuyo usufructo le correspondía siempre. Institucionalmente, la viudedad legal es incompatible tanto con las arras como con la comunidad continuada: con las primeras, porque ambas aseguran la suerte de la viuda de una manera total y definitiva con un contenido muy semejante; y con la segunda, porque en cuanto a la posesión y administración de los bienes son una misma cosa y porque el destino de la totalidad de los frutos es, en cada caso, diferente y no puede destinarse una totalidad, a la vez, a dos masas patrimoniales, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., “El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón”, *op. cit.*, pp. 62, 67, 125 y 126.

Como apuntan SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, lo que ocurre a partir de entonces es que, al lado de estas previsiones legales, aparece una nueva forma voluntaria —principalmente por medio de testamento— de protección al cónyuge viudo: la concesión al premuerto del usufructo vitalicio de bienes determinados o de todo su patrimonio. Inicialmente se crea para proteger a las mujeres que ingresan en la viudedad sin descendencia. Hasta 1247 la continuación de la comunidad es una institución legal mientras que la viudedad sobre todos los bienes es puramente convencional. Esta práctica negocial se generaliza y se convierte con la promulgación de la *Compilación de Huesca* en beneficio legal, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 72 *Comp. aragonesa*”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 624 y 625; igualmente, de SANCHO en solitario en “La viudedad aragonesa”, *ADA*, VIII, 1955-56, pp. 17 a 23.

167 Afirmaba Isábal al respecto como “la costumbre que por una parte extendió al marido el derecho otorgado a la mujer por otra limitó a los sitios la suma

*Alimentis*¹⁶⁸ la reduce a los bienes sitios¹⁶⁹ y la extiende expresamente también al marido¹⁷⁰.

o totalidad de aquéllos que en el fuero 1º *De Iure Dotium* parece debieran entenderse comprendidos. Esta costumbre se reflejó luego en el cuerpo de los Fueros y en el de las Observancias", ISÁBAL Y BADA, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado "Fueros y Observancias del Reino de Aragón" derogado por el Apéndice al Código Civil español, op. cit.*, pp. 517 y 518. Vid. en igual sentido MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla por dos abogados del ilustre Colegio de Zaragoza, op. cit.*, p. 570 y GIL BERGES, J., *Legislación foral de España. Derecho vigente en Aragón*, T. I, Biblioteca judicial, Establecimiento tipográfico de P. Núñez, Madrid, 1888, p. 148.

168 *Ab experto didicimus, quod ex eo quia per Forum, vir mortua uxore habet usufructum in bonis sedentibus uxoris durante viduitate & e converso, superviventem coniungum non habere curam filiorum praemortui. Volentes in his debite providere. Ordinamus, quod superstes teneatur providere competenter filiis communibus praemortui in cibo, potu, vestitu, & calcimentis, si alia bona non habeant: vel desamparare eis de bonis viduitatis, que sufficient expensis praedictis, nisi per testatorem contrarium fuerit ordinatum, retenta detentori dictorum bonorum provisione competenti, tam de bonis propriis, quam de bonis praemortui: quam provisionem possit arbitrari Iudex, procedendo simpliciter, summarie, & de plano, sine strepitu, & figura iudicii, sola facti veritate attenta, de eo se informando in hoc casu dumtaxat, vocatis, & auditis ad praedicta illis quorum interest, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit.*, libro V, pp. 235 (vol. I) y 129 (vol. III).*

169 El fuero *De Iure Dotium* refiere el derecho de viudedad respecto de todos los bienes ("*omnia quae simul habuerant possidebit*"). Afirmaba LACRUZ que así cabe deducirlo de documentos anteriores, de textos coetáneos (especialmente Fueros 1º y 2º *De secundis nuptiis*) y de doctrina posterior. Pero esta regulación provocaba que se confundiera inevitablemente con la comunidad continuada ante la imposibilidad práctica de individualizar en todos los casos los muebles que constituían el capital del consorcio sobre el cual había de recaer luego el usufructo; de aquí la posibilidad, en opinión del autor, de que la restricción a los inmuebles fuese, en la práctica, coetánea a la vigencia del fuero citado, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., "El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón", *op. cit.*, pp. 130 y 131.

170 Legalmente, hasta el año 1390, con el Fuero *De Alimentis*, no se extiende el derecho de viudedad también al marido. Sin embargo, señala SANCHO que aunque la viudedad consuetudinaria nació originariamente o predominantemente a favor de la mujer (no se olvide su derivación de las arras) ya en 1247 fue haciéndose extensiva al varón; pero el Derecho escrito, detrás siempre del consuetudinario,

Las normas posteriores de Fueros y Observancias aclaran y completan aspectos del régimen jurídico de la institución que habían sido resueltos por la costumbre y la jurisprudencia.

En el siglo XV¹⁷¹ ya se encuentran fijadas todas las reglas fundamentales que van a regir el derecho de viudedad y, entre ellas, las causas que conllevan su extinción.

La regulación de estas últimas no constituye una enumeración cerrada y taxativa sino que aparece dispersa e inconexa en los diferentes textos legales y referida globalmente al derecho de viudedad¹⁷².

reguló en el fuero 1º *De iure Dotium* la institución no en su versión usual coetánea sino en la originaria, es decir, a favor sólo de la mujer hasta que, con proporcional retraso, el fuero *De alimentis* lo regula como recíproco, *cf.* SANCHEZ REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.* pp. 37 y 38 e, igualmente, con DE PABLO CONTRERAS, P., en "Comentario al art. 72 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. II, *op. cit.*, p. 628, nota 20. Como apuntaba LACRUZ, del texto de las Observancias que transcribe del Manuscrito de Londres (Ms. Latino Add. 36.618, Museo Británico, fol. 66 al 83 r) fechadas por MARTÍNEZ DÍEZ entre los años 1301 y 1307 (*vid.* MARTÍNEZ DÍEZ, G., "Dos colecciones de Observancias de Aragón", *AHDE*, XLV, 1975, p. 544) se demuestra que cincuenta años después del fuero *De iure Dotium* tenía el marido idénticos derechos a los de la mujer; y ya en el s. XIII, el Vidal Mayor (VI, 3, 11-13) la refiere inequívocamente a ambos cónyuges, si bien las causas de extinción las vincula todavía sólo a la mujer, *cf.* LACRUZ BERDEJO, J. L., "El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón", *op. cit.*, pp. 130 y 131.

171 En este mismo siglo aún se promulgarían también algunos fueros que abordan aspectos muy particulares del derecho del usufructo viudal: F. *De usufructu et iure emphiteotico* (1436); F. 2º *De iure viuditatis* (1442) y *De usufructu* (1461), *cf.* SANCHEZ REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, *op. cit.*, pp. 42 a 45. Véanse respectivamente en SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, *op. cit.*, libro III, pp. 104 y 105 (vol. I) y 94 (vol. III); libro V, pp. 235 y 236 (vol. I) y 129 (vol. III); y libro III, p. 104 (vol. I) y 94 (vol. III).

172 *Cf.* ARNANZ DELGADO, R., "Causas de extinción de la viudedad", *ADA*, VI, 1951-52, p. 89. Y así por ejemplo eran causas de extinción del derecho de

La expresión “derecho expectante de viudedad” no se utilizará hasta el s. XIX en el Proyecto de Apéndice de 1899, pero sin aparecer vinculada a su consideración como gravamen real¹⁷³.

Sin embargo, este tecnicismo no es originario del Proyecto citado sino que con él se alude, tal y como recoge expresamente

viudedad: la muerte del usufructuario (Obs. 54 *De Iure Dotium*); la renuncia expresa (Obs. 19 *De Iure Dotium*); la falta de entrega del recibo o albarán por el viudo/a o usufructuario de los bienes sujetos a treudo al dueño (F. *De usufructo et iure emphiteotico* de 1436, libro 3º); la muerte de un cónyuge causada por el otro *nequiter et injuste* (F. único *De his qui procurant mortem*); por llevar la viuda vida manifiestamente licenciosa (F. 1º *De Iure Dotium* de 1247, libro 5º y Obs. 13 y 54 de la misma rúbrica, libro 5º); por celebración del nuevo matrimonio (F. 1º *De Iure Dotium* de 1247, libro 5º y 1º *De iure viduitatis* de 1398, libro 5º).

Característica del Derecho histórico era, igualmente, la relación expresa de causas por las que debería, en principio, desaparecer la viudedad pero que por imperativo legal no ocurría así: por ejemplo, por ingresar el viudo/a en religión (Obs. 51 *De Iure Dotium*) o por tener el marido concubina una vez muerta su mujer (Obs. 13 *De Iure Dotium*), *cfr.* ARNANZ DELGADO, *Ídem*, p. 90. Estos aspectos, suficientemente claros en los Fueros citados, se encontraban a menudo reforzados por los testamentos y codicilos de los maridos que incluían cláusulas al respecto. *Vid.* ejemplos en GARCÍA HERRERO, Mª del C., “Viudedad foral y viudas aragonesas a finales de la Edad Media”, *Hispania*, LIII/2, nº 184, mayo-agosto 1993, pp. 434 a 438. No obstante, la presencia de la mujer en la documentación testamentaria medieval es sustancialmente superior a la de los viudos tanto en el ámbito rural como en el urbano. En opinión de RODRIGO ESTEVAN, la existencia de la institución de la viudedad foral que permitía la subsistencia de la viuda sin necesidad de nuevo matrimonio, su pérdida si volvía a casarse y la tendencia a recurrir a la institución recíproca de heredero en los testamentos mancomunados son algunas de las razones que pueden ayudar a justificarlo, *cfr.* RODRIGO ESTEVAN, M. L., *Testamentos medievales aragoneses. Ritos y actitudes ante la muerte (s. XV)*, Ediciones 94, Zaragoza, 2002, pp. 42 y 43.

173 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 705 y 706. El tenor literal de dicho precepto era el siguiente:

Art. 146.1.– Los cónyuges adquirirán mutuamente *el derecho expectante de viudedad* desde el momento en que contraigan matrimonio con arreglo a las leyes (el subrayado es mío).

el apartado X del Preámbulo de la Lrem., a *una situación jurídica configurada por la doctrina de los foristas desde al menos el siglo XIV*¹⁷⁴.

Característica del Proyecto de 1899 y del posterior de 1904 es la clasificación depurada de las causas de extinción que no solamente diferencia entre expectante y usufructo viudal sino también entre operantes *ipso iure* o a instancia de parte¹⁷⁵. A diferencia del Derecho regnícola, aparecen articuladas en un bloque cerrado fuera del cual no cabe la desaparición de la viudedad¹⁷⁶.

174 La mayor suma de preceptos integradores de la institución de la viudedad corresponde a las Observancias, cuerpo de Derecho cuya redacción data del siglo XV pero sus normas proceden de la primera mitad del siglo XIV y acaso de antes. *Vid.* al respecto SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, *op. cit.*, pp. 39 a 42.

DELGADO ECHEVERRÍA señala como la colección de Observancias se había confeccionado oficialmente a mediados del s. XV pero compilando materiales anteriores y que las primeras —asistemáticas— que se conocen puedan ser de finales del s. XIII, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los Fueros de Aragón*, Colección Mariano de Pano y Ruata, Caja de Ahorros de la Inmaculada, 1977, p. 94 e, igualmente, en *Segunda Muestra de documentación histórica aragonesa. Los Fueros de Aragón*, DGA, Zaragoza, 1989, p. 12. En igual sentido consúltese LALINDE ABADÍA, J., *Los Fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1976, p. 93. En relación a su valoración crítica *vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L., "Contribución a la metodología del Derecho Privado de Aragón", *Estudios de Derecho Aragonés*, CSIC, Librería General, Zaragoza, 1946, pp. 16 y 17 (=ADA, II, 1945, pp. 112 y 113). Para MARTÍN BALLESTERO, las Observancias constituyen la fuente principal de conocimiento de la viudedad a pesar de que se tratara primeramente en la Compilación de Huesca, en el Fuero I *De Iure Dotium*, y posteriormente en los Fueros 8° *De commune dividundo* y *De Alimentiis*, *cfr.* MARTÍN BALLESTERO y COSTEA, L., "Ponencia sobre la viudedad", *op. cit.*, p. 533.

175 *Cfr.* ARNANZ DELGADO, R., "Causas de extinción de la viudedad", *op. cit.*, p. 92.

176 En el Proyecto de 1899, las causas específicas de extinción del expectante estaban recogidas en los artículos 172 y 173; por su parte, en el de 1904, en el artículo 177. Ambos tenían como denominador común la existencia de un precepto

Con la promulgación del Apéndice de 1925 la definición de la viudedad legal¹⁷⁷ es mucho más completa y técnica que las anteriores, distinguiendo perfectamente ambas fases: derecho expectante y usufructo viudal. Paradójicamente, no se mantiene tal diferenciación al abordar las causas de extinción, limitándose a enumerar las causas por las que desaparece el derecho de viudedad sin distinguir entre expectante, usufructo viudal o causas comunes¹⁷⁸. Su regulación resulta —como el resto del articu-

exigiendo expresamente que las causas de extinción del expectante debían de ser necesariamente una de las contempladas expresamente por el legislador y no cualesquiera otras:

Proyecto Ripollés

Art. 146.5º.— Cualesquiera que sean los pactos y las formas sobre régimen y administración de la sociedad conyugal de bienes y participación de gananciales subsistirá el derecho de viudedad si no consta expresamente renunciado o se pierde por causa legítima.

Proyecto Gil Berges

Art. 132.— Únicamente cuando se den las causas marcadas de un modo taxativo en la sección quinta de este capítulo dejará de hacerse efectivo en su tiempo y lugar el derecho expectante de viudedad o se perderá el que el cónyuge supérstite se halle ejercitando.

177 La definición legal de la viudedad aparecía recogida en el Apéndice en su artículo 63:

Art. 63.— La celebración del matrimonio atribuye, por ministerio de la ley a los cónyuges, solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran, así a título lucrativo como a título oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro en la forma y condiciones que se expresan en este Apéndice. Este derecho, que se denomina viudedad legal, no se altera por la estipulación llamada de hermandad llana.

178 Señalaba al respecto SANCHO: “Como definición merece un juicio favorable: señala perfectamente el origen y naturaleza de la institución, su ámbito, reciprocidad y sus dos fases, derecho expectante y usufructo viudal; lástima que en la sucesiva regulación no sea más consecuente con esta última distinción”, SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, op. cit., p. 21.

lado— excesivamente casuística y farragosa¹⁷⁹ pero se mantiene en el criterio de los proyectos anteriores de privar efecto extintivo a cualquier causa distinta a las enumeradas legalmente¹⁸⁰.

Será en la Compilación aragonesa de 1967 cuando expectante y usufructo aparezcan deslindados tanto en lo que a su concepto se refiere como en lo relativo a su extinción¹⁸¹.

Las causas de la desaparición de uno y otro constituyen auténticos *numerus clausus* de interpretación estricta en aplicación del principio *favor viduitatis* informador de toda la institución. El texto compilatorio representa la superación de la imprecisión y dispersión propias de las regulaciones anteriores en favor de

179 La propia naturaleza del Apéndice en tanto que colección de excepciones al Derecho castellano provoca la falta de claridad en la redacción. Para LACRUZ, la única ventaja que aportó fue sustituir un maremágnum de textos de los siglos XII a XV escritos en un inconcebible latín, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., “Objetivos y método de la Codificación aragonesa”, *ADA*, XIII, años 1965, 1966 y 1967, p. 313. A juicio de SANCHO REBULLIDA, algunos defectos —como la redacción barroca y oscura, la terminología imprecisa, acaso su técnica confusa— pueden ser achacados a sus autores; pero la mayoría y los más importantes son inherentes al sistema, vicioso en su mismo origen, y provienen de intentar entresacar de nuestro Derecho autóctono unas cuantas normas que adapten un Código cortado sobre el patrón francés, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “Significado de la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *ADA*, XIII, *op. cit.*, p. 293.

180 En este sentido, el párrafo 3 del artículo 63 del Apéndice disponía:

Art. 63.— Únicamente por las causas que de modo taxativo señala este Apéndice dejará de hacerse efectivo, en su tiempo y lugar, el derecho expectante de viudedad, o perderá el cónyuge supérstite el que se halle disfrutando.

181 La Compilación dividió el título 6º regulador de la viudedad en tres capítulos: Disposiciones Generales, derecho expectante de viudedad y usufructo propiamente dicho. Para MARTÍN BALLESTERO sistemáticamente era la técnica no ya la más apropiada sino la única desde la que debía enfocarse, *cfr.* “Ponencia sobre la viudedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 533.

una normativa sistematizada y cerrada para cada uno de los supuestos extintivos.

Este concepto rígido de extinción y diferenciador de ambas fases de la viudedad es el que permanecerá en la regulación actual¹⁸².

Por lo que respecta al expectante sobre bienes inmuebles, el art. 98 Lrem. recoge las causas de extinción en la disposición voluntaria y el 99 Lrem. en las enajenaciones judiciales. Para completar los supuestos legales de extinción sobre inmuebles, deberá incluirse la regulación relativa a la vivienda familiar del art. 8 Lrem.

De toda la enumeración contenida en los tres preceptos mencionados son de absoluta nueva factura la extinción registral del 98.4 Lrem., el art. 8 y el apartado 2 del art. 99. En el resto de causas de extinción se pueden advertir de modo evidente elementos de las regulaciones anteriores —más o menos lejanas— a través de los cuales no solamente se aprecia el progreso de toda la institución de la viudedad en las diferentes épocas históricas sino también la delimitación de todos aquellos caracteres consustanciales a la misma que han permanecido inmutables a pesar de los cambios legislativos, doctrinales o sociales. Por este motivo, en el estudio individualizado de aquéllas que se pretende en las páginas que siguen se realiza, con carácter previo, una exposición de toda su evolución hasta la actualidad con el objetivo

182 CALDUCH GARGALLO prefiere, sin embargo, distinguir en la Lrem. entre causas de extinción propias del derecho de viudedad y las del usufructo viudal, apoyándose en que, a su juicio, no es posible nunca una extinción del expectante que permita la pervivencia del usufructo, *cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés, op. cit.*, pp. 10 y 11.

de encontrar datos y argumentos —siquiera meros indicios en algunos casos— que ayuden a delimitar la correcta inteligencia, alcance y finalidad de la regulación presente.

§ 2. LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DEL ARTÍCULO 98 LREM.

Constante el matrimonio, el derecho de viudedad se manifiesta como derecho expectante (art. 89.2 Lrem.) y recae sobre bienes privativos y consorciales (art. 97 Lrem.) ya sean muebles e inmuebles pero con alcance diferente respecto a estos dos últimos.

En los bienes muebles, el expectante se extingue cuando salen del patrimonio común o privativo, salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad (art. 100 Lrem.). En consecuencia, los cónyuges pueden disponer de ellos sin necesidad de consentimiento del otro o de renuncia, en su caso, con el único límite del fraude al derecho de viudedad de su consorte.

Sin embargo, respecto a los inmuebles, el derecho expectante se configura como un gravamen real que recae sobre los bienes de modo inmediato en cuanto ingresan en el patrimonio de uno o ambos cónyuges y permanece sobre ellos aunque no estén en aquél si el titular del expectante no ha renunciado o consentido la enajenación. A esta eficacia reipersecutoria es a la que hace referencia el apartado primero del artículo 98 Lrem. al afirmar que *El derecho expectante de viudedad sobre los bienes inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas no se extingue por su enajenación....*

Ahora bien, este mismo precepto recoge seguidamente distintos casos que constituyen excepciones legales a la afirmación

precedente —*salvo en los siguientes supuestos*— ya que la salida de un inmueble por naturaleza o de empresas o explotaciones económicas¹⁸³ de la esfera patrimonial de uno o ambos cónyuges sí lleva aparejada *ipso iure* la extinción del expectante.

A estos efectos, el art. 98 Lrem. establece:

Artículo 98.– *Disposición de bienes inmuebles*

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: (...)

Tal y como se explica en el Preámbulo (apartados X y XII), el legislador busca con esta regulación contribuir a la seguridad del tráfico jurídico y proteger los intereses de posibles adquirentes, dando respuesta a los problemas que puede ocasionar el derecho de viudedad en su fase de expectante con su constante presencia en las enajenaciones de inmuebles. Los supuestos contemplados en los apartados b, c, d, e y f del apartado primero —enajenación válida de bien consorcial, enaje-

183 Siguiendo a SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, respecto a los “*inmuebles por naturaleza*” deberán considerarse afectos al expectante los inmuebles más todo lo que esté adherido a ellos de manera fija, es decir, los que la doctrina califica por naturaleza y por incorporación, respectivamente, en relación con el artículo 334 Cc. En relación a “*las empresas o explotaciones económicas*”, la entidad unitariamente considerada pero no los distintos elementos o bienes que la integran individualmente, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 711 a 718.

Como ejemplo peculiar de empresa mercantil y acerca de la posibilidad de la existencia de expectante sobre ella con independencia de los requisitos de titularidad-propiedad y autorización administrativa que exige la legislación pública aplicable a la materia *vid.* BAYOD LÓPEZ, C., “La oficina de farmacia en el régimen económico matrimonial aragonés (a propósito de la sentencia del TSJA de 9 de mayo de 2000)”, *RDCA*, VI, n° 1, 2000, pp. 260 y 261.

nación de bien privativo perteneciente al tráfico profesional, partición y división de bienes, enajenación de bienes por el cónyuge del declarado ausente, expropiación o reemplazo por otros en virtud de procedimiento administrativo— junto con la concurrencia de ambos cónyuges a la enajenación de bien consorcial del apartado segundo son consecuencia directa de lo establecido en la norma; el resto obedecen a la iniciativa de un cónyuge —renuncia expresa del art. 98.1.a) Lrem. y autorización judicial supletoria del 98.3 Lrem.— o a la ausencia de ella —extinción registral del 98.4 Lrem.—.

La concepción igualitaria de la comunidad de vida conyugal en la que ambos consortes participan conjuntamente en la toma de decisiones económicas que inciden en la vida familiar (arts. 4 y 45.1 Lrem.) será el principio informador común a todas ellas puesto que, entre las más importantes, deberán situarse precisamente las relativas a la enajenación de bienes inmuebles sobre los que el otro está llamado a tener usufructo. No tendrían sentido las previsiones citadas del legislador respecto al expectante en aras de la flexibilización del tráfico y la protección de terceros si previamente alguno de aquéllos desconoce o no consiente la enajenación que puede impedirle disfrutar del inmueble si sobrevive a su cónyuge.

Los concretos casos de extinción que comprende el artículo 98 Lrem. son los siguientes:

2.1. ARTÍCULO 98.1.A): 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

2.1.1. Antecedentes históricos

2.1.1.1. Las Observancias

La posibilidad de renuncia fue admitida ya por las Observancias 19 y 58 *De Iure Dotium*:

Observancia 19:

Así mismo, por la hermandad hecha entre marido y mujer, el sobreviviente no pierde su derecho de viudedad si no renuncia expresamente al mismo¹⁸⁴.

Observancia 58:

Si el marido, en el momento de la boda o después, hace un pacto con su mujer de que, contentándose ella con unos bienes determinados, no podrá exigir ni tener como suya otra cosa, la mujer, en virtud de dicho pacto, pierde todos los bienes que, de otra suerte, le serían debidos por beneficio del Fuero. Se exceptúa el derecho de viudedad, a no ser que expresamente se haya renunciado a él¹⁸⁵.

184 *Item, propter germaniter factam inter virum & uxorem, superstes non amittit viduitatem, nisi expressé renunciet eidem*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, pp. 33 (vol. II) y 215 (vol. III). Vid. igualmente MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza, 1977, obs. 5.3.28, p. 191; PEREZ MARTÍN, A., *Las Observancias de Jimeno Pérez de Salanova*, Ibercaja y El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, obs. V.I.252, pp. 218 y 219; MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Observancias del Reino de Aragón. Vertidas del latín al castellano por los autores de "Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla"*, Imprenta y Librería de Vicente Andrés, Zaragoza, 1865, pp. 84 y 85.

185 *Si maritus fecerit pactum cum uxore tempore nuptiarum vel post, ut certis rebus contenta, aliud in bonis suis petere non possit vel habere, uxor vigore dicti pacti perdit omnia quae sibi alias deberentur beneficio Fori: excepta viduitate, nisi viduitati sit expressé renunciatum*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias*

Los autores clásicos insisten en que la renuncia debe ser no solamente expresa¹⁸⁶ sino también especial¹⁸⁷.

y *Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit.*, libro V, pp. 36 (vol. II) y 219 (vol. III); MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Observancias del Reino de Aragón vertidas del latín al castellano, op. cit.*, p. 91.

186 Así lo manifestaba MOLINO: “*Viduitas no perdit nisi eide fit expressé renunciatiu*”, cfr. MOLINO, M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Justitiae Aragonum, practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis*, Zaragoza, 1585, 3ª ed., voz *viduitas*, fol. 331.

187 *Vid.*, entre otros, SOLER, J., *Suma de los fueros y observancias del noble e ínclito Reyno de Aragón*, 1525, p. XLVI; PORTOLÉS, que aunque rechaza la eficacia de la renuncia general debe considerarse referida a la renuncia general de derechos conforme a la Obs. 58 citada en el texto y no a la renuncia total, aunque especial, del derecho de viudedad que sí sería válida: “*MOL. Hic tenet per generale renunciationem viuiditate renunciata non censeri, nisi in specie ipsi viuiditati renunciatum fuerit: pro qua decisione videndus in simili erit*”, PORTOLÉS, J., *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, IV, 1592, pp. 515 y 516; en igual sentido, FRANCO DE VILLALBA: “*Viduitati expresé renuntiasi debet, ut non habeat in Aragonia quis liest generaliter lucris*”, FRANCO DE VILLALBA, D., *Fororum atque observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata methodica compilatio, jure civili ac canonico folcita, legibus castellae conciliata et omnigena eroditione contexta*, T. II, 2ª ed., Zaragoza, 1743, p. 50 y MONTER DE LA CUEVA: “*Et in terminis iurium regni notri, de viduitate renutianda quod specialiter illius+renuntiatum fieri debeat, cautum est in obs. (...). De iure dotium ibi nisi viduitati fit expressé renuntiatum (...)*”, MONTER DE LA CUEVA, M., *Decisionum Sacrae Regiae Audientiae causarum civilium regni aragonum discursu theorico et practico compactarum*, T. I, Zaragoza, 1598, Decis. 35, número 44, pp. 389 y 390. Entiende, sin embargo, este último autor que para que sea especial basta con que se haga de la viudedad mención nominal.

A favor de la necesidad de que fuera expresa se pronunció también posteriormente DIESTE, apoyándose en los argumentos de Molino, Portolés, Monter y Villalba: “No se pierde la viudedad por la renuncia tácita ni por la general hecha en capítulos matrimoniales u otro contrato entre los cónyuges. No la perdería, pues, la mujer que renunciase a las ganancias dotales ni por la cláusula de darse por contenta con ciertos bienes, renunciando a todos los demás (...). Tampoco se pierde por pacto de hermandad si expresamente no se renunció”, DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés, op. cit.*, pp. 677 y 678; igualmente, en sede de sociedad conyugal, al reseñar los derechos y obligaciones de la mujer: “También puede renunciar la viudedad con tal de que lo haga expresamente su parte en los bienes comunes y todo lo que por beneficio del Fuero pueda corresponderle”, *Ídem*, p. 549.

No obstante, debe puntualizarse, como puso de manifiesto MOLINO, que esta renuncia implicaba que se estaba contrahando, exclusivamente, entre marido y mujer; si lo hacía el primero con un extraño bastaba el consentimiento de la segunda al acto de enajenación¹⁸⁸, tal y como recogen las Observancias 26 *De Iure Dotium*¹⁸⁹ y 2ª *Ne vir sine uxore*¹⁹⁰.

188 “*Quia in isto, etiam si uxor non renunciaret expresse viduitati, tamen perdit eam ex dicta alienatione vel ex dicto consensu solo*”, MOLINO, M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum...*, op. cit., voz *viduitas*, fol. 331. El autor lo refiere como práctica y costumbre del reino y como dictamen de M. de la Raga y otros antiguos y ancianos consejeros del Justicia de Aragón: *Et talis est practica & consuetudo regni & fic andini laepissime viua voce a dono M. de la Raga ab aliis antiquis & fentotibus consi. Iuti. Arag., Ídem*, fol. 331.

Igualmente se manifiesta PORTOLÉS: “*MOLIN. hic docet uxorem consentientem venditioni a marito faciae eo ipso censerí iuri viduitatis quod in re vendita habitura erat renunciare ut ita decidit tex. in obs. item vir tit. de iure dotium*”, cfr. PORTOLÉS, J., *Scholia sive Adnotationes...*, op. cit., p. 516; con el mismo criterio, ya en el s. XIX, vid. también DEL PLANO: “comúnmente se dice que no se pierde sino por una renuncia expresa, lo cual está fundado en la Observancia 19 *De Iure Dotium* y en la razón natural de las mismas cosas porque ningún derecho considerable se entiende renunciado sino cuando no hay medio para dejarlo concebir así (...); en suma, una cesión o desistencia general que pueda aplicarse a otros objetos no se acomodaría a la viudedad. Pero siempre que se pase a hacer un acto que lleva consigo implícitamente la renuncia de la viudedad, es como si ésta se hubiese hecho con expresión: así, la pierde el cónyuge que consiente en la enajenación de los bienes en que la debería gozar (...)”, cfr. DEL PLANO, M., *Manual del abogado aragonés*, Librería de la Sra. viuda de Calleja e hijos, Madrid, 1842, pp. 129 y 130.

189 *Item, vir inmobilia, in quibus uxor debet habere viduitatem potest alienare, sed remanet ius saluum uxori, quod in eis possit tenere viduitatem, si talis casus evenerit, nisi alienatio sit facta de voluntate uxoris*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, pp. 34 (vol. II) y 217 (vol. III). Vid. igualmente MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, op. cit., p. 191; MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Observancias del Reino de Aragón. Verdidas del latín al castellano por los autores de “Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla”*, op. cit., p. 86.

190 *Item, vir inmobilia, in quibus uxor debet habere viduitatem, potest alienare: sed remanet ius uxoris saluum, scilicet, quod possit tenere viduitatem in eis, si talis casus*

2.1.1.2. Instituciones de Franco y Guillén

En 1841, Luis Franco y López y Felipe Guillén y Carabantes publican la obra “Instituciones de Derecho Civil Aragonés”. Aunque no es un texto normativo recoge, tal y como exponen sus autores en el Prólogo, “todas las disposiciones forales vigentes en la actualidad, las decisiones más notables del Tribunal del Justicia Mayor de la Real Audiencia y algunas opiniones de los autores regnicolas”. Por este motivo, ha parecido útil su incorporación en este apartado, especialmente por tratar de modo expreso, además, la cuestión de la renuncia. Y así, en el art. 94 de las “Instituciones”, al abordar las causas de extinción del derecho de viudedad, se señala específicamente que debe ser expresa¹⁹¹:

Art. 94.3.– Por la renuncia expresa de este derecho (Ob. 19 y 58 *De Jure Dotium*)

Y el art. 36, al regular los actos que la mujer puede hacer por sí sola, reitera el mismo requisito:

Art. 36.– La muger por sí sola puede:

evenerit, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro II, pp. 14 (vol. II) y 196 (vol. III). Vid. igualmente MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, op. cit., p. 68; PÉREZ MARTÍN, A., *Las Observancias de Jimeno Pérez de Salanova*, op. cit., p. 131; MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Observancias del Reino de Aragón. Vertidas del latín al castellano*, Ídem, p. 34.

191 FRANCO y LÓPEZ, L. y GUILLÉN y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., pp. 26, 27 y 52.

Interpretando que la renuncia a la que aluden las Observancias 19 y 58 *De Jure Dotium* debe ser expresa y nominal *vid.* MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla*, T. I, Establecimiento Tipográfico de Vicente Andrés, Zaragoza, 1865, pp. 585 y 586 y GIL BERGES, J., *Legislación foral de España, Derecho vigente en Aragón*, T. I, op. cit., p. 154.

2. Renunciar la viudedad (...); más para que se entienda renunciada la viudedad es necesario que lo manifieste expresamente (Ob. 19 y 58 *De Jure Dotium*).

2.1.1.3. Memoria de Franco y López

En 1886 ve la luz la “Memoria sobre las Instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880”, conocida como Memoria de Franco y López, que culmina con el proyecto de articulado “Instituciones Civiles de Aragón”. En estas últimas se volverá a insistir en que la renuncia de la viudedad sea expresa pero también en que sea especial¹⁹²:

Art. 75.– Tanto que se haga la renuncia antes de la celebración del matrimonio como después de contraído es indispensable que sea expresa; de tal manera que no se entenderá comprendida en la general que de todos sus derechos hiciesen los contrayentes o cualquiera de ellos, sean cuales fueren las palabras que al efecto empleen.

Asimismo, el art. 74 exige para la renuncia postmatrimonial tres requisitos añadidos que no tienen precedente histórico y que no volverán a exigirse posteriormente:

Art. 74.– La renuncia que se hiciera después de celebrado el matrimonio solamente será eficaz si concurren en ella los tres requisitos siguientes:

192 *Vid.*, con igual criterio, BLAS Y MELENDO:

Art. 219.– La viudedad se extingue:

3.– Por renuncia expresa y especial de la viudedad no teniendo lugar la renuncia tácita ni la general (Observancias 19 y 58 *De Iure Dotium*).

Cfr. BLAS Y MELENDO, A., *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, Madrid, 1873, 2ª ed., Zaragoza, 1898, pp. 174 y 175.

- 1) Que sea recíproca, esto es, que la hagan ambos cónyuges.
- 2) Que hayan cumplido al hacerla la edad de treinta años.
- 3) Que lleven más de cinco de matrimonio.

2.1.1.4. Proyecto Ripollés

En el “Apéndice Primero al Código Civil General. Proyecto de Código Civil de Aragón” de 1899, conocido como “Proyecto Ripollés” por el papel primordial que jugó D. Mariano Ripollés y Baranda en su elaboración y ordenación surge, por primera vez en un texto legal, la expresión “derecho expectante de viudedad” en su art. 146. No obstante, no aparece vinculada a su consideración como gravamen real tal y como hoy la concebimos¹⁹³:

Art. 146.1.– Los cónyuges adquirirán mutuamente el derecho expectante de viudedad desde el momento en que contraigan matrimonio con arreglo a las leyes.

La definición legal del derecho de viudedad aparece en el art. 143:

Art. 143.– Los cónyuges tienen recíprocamente el derecho de viudedad según el cual el sobreviviente usufructúa los bienes sitios del premuerto en la forma, extensión y condiciones que se determinan en el presente título.

Este derecho de viudedad se establece por la ley y recibe el nombre de viudedad foral o de bienes sitios.

En coherencia con tal diferenciación, se regula por separado la renuncia del expectante y la del usufructo viudal:

193 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 705 y 706.

Art. 172.– El derecho expectante de viudedad se extingue:

5.– Por la renuncia expresa del derecho de viudedad otorgada válidamente durante el matrimonio.

Art. 174.– El derecho de viudedad se extingue:

6.– Por la renuncia expresa de este derecho otorgada públicamente por el viudo usufructuario conforme el art. 148 de este Código.

Art. 148.– La renuncia total o parcial de la viudedad podrá hacerse en capitulaciones matrimoniales o en otro documento público, otorgado antes o después de celebrado el matrimonio, siempre que conste expresamente.

Se exige como requisitos de validez tanto para el expectante como para el usufructo viudal que la renuncia sea expresa. La relativa al derecho de viudedad en su conjunto debe emitirse en documento público o capitulaciones matrimoniales, con independencia de que el matrimonio se haya celebrado.

2.1.1.5. Proyecto Gil Berges

En 1904 se publica el “Proyecto de Ley en el cual se contienen como Apéndices del Código Civil General las Instituciones Forales y Consuetudinarias que conviene conservar en concepto de excepción del mismo Código para el territorio de Aragón”, conocido como “Proyecto Gil Berges” por la participación destacada de D. Joaquín Gil Berges en el mismo.

En este Proyecto, la distinción entre expectante y usufructo viudal sigue presente con el mismo carácter que en el anterior. Y así, en su art. 128.1, la celebración del matrimonio atribuye también, recíprocamente, el derecho expectante de usufructuar los bienes inmuebles del otro.

Junto a la diferenciación entre expectante y usufructo, se regula la posibilidad de renunciar ambos así como la exigencia de que la renuncia sea expresa y en documento público, tanto si era individual como en el seno de un pacto.

El art. 72 al regular la sociedad conyugal paccionada señalaba:

Art. 72.– Será válida:

3.– La renuncia por cualquiera de los consortes a su derecho expectante de viudedad en los raíces o inmuebles del otro, la extensión de ese derecho a los inmuebles y la limitación sobre ciertos bienes y por cierto tiempo.

En relación con este precepto, el art. 133 exigía mención expresa y documento público como requisito de eficacia para el pacto de renuncia al usufructo vidual:

Art. 133.– La renuncia y los gravámenes, limitaciones, cargas y condiciones de que en consecuencia con el número 3º del art. 72 es susceptible el usufructo vidual, carecerán de toda eficacia si no resultan consignados por estipulación explícita en la capitulación o formalizados en otro documento público otorgado antes o después de haber contraído matrimonio.

En los casos de renuncia separada, se exigen idénticos requisitos tanto para renunciar al derecho expectante como al derecho de viudedad:

Art. 177.– Además de la eficacia del pacto de la capitulación matrimonial de que se habla en el número 3º del artículo 72, dejará de hacerse efectivo el derecho expectante de viudedad a favor del consorte sobreviviente:

1.– Por renuncia expresa otorgada válidamente en documento público independiente de dicha capitulación.

Art. 181.– Se extingue el derecho de viudedad:

4º Cuando expresamente y en documento público lo renuncia el que lo estuviere gozando.

2.1.1.6. Apéndice

El “Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón” fue aprobado por R. D. de 7 de diciembre de 1925. Su art. 63 recoge por primera vez en la regulación aragonesa la configuración de la viudedad como una institución unitaria pero con dos fases distintas que implican derechos de diferente naturaleza: el derecho expectante, nacido del mero hecho de la celebración del matrimonio, y el usufructo viudal, tras el fallecimiento de uno de los cónyuges:

Art. 63.1.– La celebración del matrimonio atribuye, por ministerio de la ley a los cónyuges, solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran, así a título lucrativo como oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro en la forma y condiciones que se expresan en este Apéndice. Este derecho, que se denomina viudedad legal, no se altera por la estipulación llamada de “hermandad llana”.

Se trata de una definición legal más completa y técnica que las precedentes que supera la anterior concepción de expectante y usufructo como dos especies distintas del derecho de viudedad. Sin embargo, el resto de la regulación no está en línea con la acertada distinción que realiza pues la sistemática del capítulo dedicado a la viudedad mezcla el régimen de ambas fases y deja muchas lagunas en relación con el expectante. Por lo que aquí interesa, en relación con la renuncia, el art. 73 se refiere a la del derecho de viudedad en general sin distinguir entre expectante, usufructo o causas comunes, a pesar de que la diferenciación sí se había hecho en los dos proyectos anteriores y de que, además,

en el art. 63.3 se mencionaban expresamente las causas de extinción relativas al expectante¹⁹⁴:

Art. 73.— Se extingue el derecho de viudedad:

2.— Por expresa renuncia que éste (el cónyuge titular) otorgue en escritura pública.

Art. 63.3.— Únicamente por las causas que de modo taxativo señala este Apéndice dejará de hacerse efectivo, en su tiempo y lugar, el derecho expectante de viudedad, o perderá el cónyuge supérstite el que se halle disfrutando.

No obstante, y como excepción a la farragosa estructura del capítulo sobre el derecho de viudedad, en el caso concreto de la extinción por renuncia sí que podía interpretarse, aunque de modo algo confuso, que aparecían deslindadas ambas fases ya que mientras la renuncia de la viudedad quedaba regulada en el mencionado 73.2 al enumerar globalmente las causas de su extinción el 63.2, aunque no hacía mención expresa del expectante, debía entenderse, por el contrario, referido a la renuncia de éste último:

Art. 63.2.— Ningún cónyuge puede por su propia autoridad privar de él¹⁹⁵ al otro cónyuge. Tampoco los ascendientes pueden

194 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, op. cit., pp. 21, 48, 79 y 178. En su opinión, el no haber separado las causas de extinción de ambos momentos de la viudedad ocasionaba no pocas dudas e incertidumbres en la regulación de aquélla, *Ídem*, p. 79.

Para ARNANZ DELGADO, los proyectos de Apéndice anteriores al de 1925 tenían una clasificación depurada de las causas de extinción que representaba un adelanto sobre el amorfo y actual —entonces— art. 73 pues, además de diferenciar entre expectante y usufructo, distinguían, a su vez, entre las que operaban *ope legis* —entre ellas, la renuncia— y a instancia de parte, cfr. ARNANZ DELGADO, R., “Causas de extinción de la viudedad”, op. cit., p. 92.

195 Entiéndase *derecho expectante* en relación con el apartado primero del artículo 63. Así lo consideraba ARNANZ DELGADO, R., *Ídem*, p. 93.

prohibir en forma ninguna que el cónyuge de su descendiente usufructúe los bienes que éste reciba o deba recibir en sus sucesiones respectivas. Tan sólo el consentimiento del derechohabiente interesado puede dar validez a disposiciones semejantes; y para que tenga eficacia la renuncia, o bien la tengan los gravámenes, condiciones o limitaciones de que es susceptible el usufructo viudal, se requiere estipulación explícita en las capitulaciones u otros documentos públicos.

En el 63.2 aparecen recogidas las condiciones de la renuncia del derecho expectante para que sea eficaz: estipulación explícita y documento público. Por su parte, en el 73.2 las de la renuncia al derecho de viudedad en su conjunto: que sea expresa y escritura pública. En opinión de SANCHO¹⁹⁶, el art. 63.2 parece referido a la renuncia del derecho sobre algunos bienes determinados mientras que el 73.2 contempla la renuncia general.

Creo, sin embargo, con ARNANZ DELGADO¹⁹⁷ que en ambos supuestos la renuncia podía ser total o parcial. Lo que resultaba concluyente de los preceptos transcritos era, en todo caso, la continuidad respecto a los proyectos anteriores en la exigencia de que fuera expresa y en documento público¹⁹⁸, tanto en relación con el expectante como con el usufructo viudal.

196 SANCHO REBULLIDA, F., *“La viudedad”*, *Informes del Seminario (1954-1958)*, *op. cit.*, p. 63 e, igualmente, con DE PABLO CONTRERAS, P., en *“Comentario al art. 72 Comp. aragonesa”*, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 688, nota 16.

197 ARNANZ DELGADO, R., *“Causas de extinción de la viudedad”*, *op. cit.*, p. 93.

198 Puntualizaba SANCHO en relación con la forma de la renuncia de la viudedad que podía ser prestada en documento público si había fallecido el cónyuge; y, además, también con capitulaciones matrimoniales constante matrimonio o antes de celebrarlo pues entendía que no había base legal para sostener que, en caso de que el matrimonio no se hubiera celebrado, la única forma hábil fuera la

2.1.1.7. Compilación de 1967

La Compilación de 1967 supuso el encumbramiento máximo de la renuncia como vía de extinción del derecho expectante. Hasta este momento, había convivido en los textos legales anteriores de modo paralelo, si bien con diferentes manifestaciones, con la enajenación del bien o, en su caso, con el consentimiento a la misma como causa de extinción.

A pesar de que en los sucesivos Anteproyectos que se elaboraron de la Compilación se propuso igualmente la extinción del expectante como consecuencia de la concurrencia de ambos cónyuges o el consentimiento del no administrador a la enajenación¹⁹⁹, se acabó optando, al final, por la renuncia personalísima como único cauce para su pérdida.

El cambio radical de criterio se produce ya en las Cortes, tras el Pleno y el Proyecto de Ley, como consecuencia de una enmienda a éste último. En la sesión de la Comisión de Justicia, el

capitulación, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., *“La viudedad”*, *Informes del Seminario (1954-1958)*, *op. cit.*, p. 63.

Obsérvese como, a diferencia de los precedentes de los arts. 133 del Proyecto Gil Berges y 148 del Proyecto Ripollés que especificaban tanto en relación a los capítulos como a cualquier otro documento público la posibilidad de realizar la renuncia “antes o después de haber contraído matrimonio” con tal de que fuera expresa, el Apéndice guardaba silencio al respecto.

199 A tenor del art. 144 del Anteproyecto de 1963 el expectante no se extinguía por la ulterior enajenación del inmueble si no la consentían ambos cónyuges. Igualmente ocurría en los textos posteriores de mayo y julio de 1965, receptores de la regla mencionada, en los cuales se añadió “no se extingue o menoscaba”. El de 1966 exigirá el consentimiento del otro cónyuge, y en su defecto autorización judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa injustificada y así pasaría al Pleno y al Proyecto de Ley, *cfr.* LORENTE SANZ, J., “El Anteproyecto de Compilación y el Proyecto de Ley en la Comisión General de Codificación y en las Cortes Españolas (En la Comisión General de Codificación)”, *ADA*, T. XIII, 1965-1967, pp. 353 y 354.

Sr. Ballarín propuso oralmente que tras la palabra “consentida” se introdujera el inciso “con expresa renuncia de su derecho” y que esta renuncia del cónyuge no pudiera ser suplida ni por la autoridad judicial ni por la Junta de Parientes. Tras algunos debates²⁰⁰, acabó proponiendo la fórmula según la cual este derecho no se extinguiría a menos que se renunciase expresamente, redacción que acabaría acogiéndose definitivamente:

Art. 76.2.– Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior a menos que se renuncie expresamente. Queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe.

El art. 76.2 del texto de 1967 exigía, por tanto, renuncia expresa y no se consideraba implícita en consentimiento alguno. El cambio de criterio era significativo y parecía inspirado en un deseo de llevar hasta el último extremo la defensa del derecho de viudedad²⁰¹.

Como contrapartida, la rigidez de esta regulación puesta en relación con el régimen de disposición de bienes supuso, en la práctica, una rémora insoslayable para la agilidad del tráfico jurídico de inmuebles. En relación con dicho régimen, la administración de la comunidad pertenecía en principio al marido, si

200 Intervinieron en la discusión varios procuradores: el Sr. Pelayo Ros hizo la observación de que el precepto se refería solamente a los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada; por su parte, el Sr. Rubio Tardío adujo la confrontación entre lo dispuesto en el art. 51 —actos de disposición de bienes comunes— y el 76 —extinción y menoscabo del derecho expectante de viudedad por enajenación de inmuebles y explotaciones—, *cfr.* LORENTE SANZ, J., “El Anteproyecto de Compilación y el Proyecto de Ley en la Comisión General de Codificación y en las Cortes Españolas (El Proyecto de Ley en las Cortes)”, *op. cit.*, p. 373.

201 BATALLA GONZÁLEZ, M., “La viudedad en la Compilación aragonesa”, *RCDI*, XLIV, 1968, p. 457.

bien la mujer podía participar si así lo requería el buen gobierno de la familia:

Art. 48.– *Administración de la comunidad*

1.– El marido es el administrador de la comunidad. 2.– La mujer participa en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar 3.– Las funciones de administración de la comunidad pasan íntegras a la mujer cuando el marido resulte incapacitado o desaparezca de su domicilio, aún dejando representante, y en los demás supuestos del artículo 1441 Cc.

Para todo lo que quedara fuera del ámbito doméstico la esposa precisaba la licencia marital hasta la reforma del Cc. efectuada por ley 14/1975, de 2 de mayo, que suprime todas las restricciones que limitaban su capacidad de obrar por razón del matrimonio²⁰².

202 Afirma SERRANO GARCÍA como, a pesar de la supresión de la licencia marital, el marido era quien, de ordinario, seguía siendo el administrador de todos los bienes del matrimonio con lo que la esposa, como antes de la reforma, sólo podía disponer de los bienes necesarios para el buen funcionamiento del hogar (art. 48.2 de la Compilación de 1967). La única diferencia era que si la mujer tenía la administración de sus bienes podía disponer libremente de ellos, *cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 22.

Véase, no obstante, en este punto, lo apuntado por MERINO HERNÁNDEZ, quien señalaba como, a raíz de la reforma, mientras en los territorios sujetos al Derecho común las mujeres casadas ya no precisaban para enajenar sus bienes ni la intervención ni el consentimiento del marido, por el contrario, en Aragón, aquélla seguía siendo necesaria no ya para consentir sino, precisamente, para renunciar al derecho expectante, con lo que la situación práctica venía a ser la misma que antes de la reforma del Cc. y hacía que en estos actos la mujer casada aragonesa fuera entonces de peor condición que las casadas sujetas al Derecho común, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragones”, *RCDI*, n° 517, 1976, p. 1419, nota 27 bis.

Acerca de la evolución del papel de la esposa en el régimen matrimonial del Cc. y en el aragonés *vid.* NOVALES ALQUÉZAR, M^a A., “Las mujeres y el régimen económico matrimonial en el Código Civil español y en el Derecho civil aragonés”,

En relación a los bienes propios, la administración corresponde también al marido si bien la mujer puede recabar la de sus bienes sin necesidad de alegar justa causa:

Art. 49.— *Administración de los bienes de la mujer*

1.— El marido administra los bienes privativos de la mujer en tanto que no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración.

2.— El poder de administrar lleva consigo el de realizar cuantas actuaciones judiciales y extrajudiciales exija su normal ejercicio.

Fuera del ámbito de la administración de los bienes privativos, la Compilación de 1967 guarda silencio. Si el marido administra los bienes de la mujer, o a la inversa, la enajenación sólo cabe si lo exige una buena administración. Pero, en los restantes casos, podían disponer ambos libremente de sus bienes —sin necesidad del consentimiento alguno— quedando a salvo el derecho expectante de viudedad del otro si no había mediado renuncia expresa, a excepción de la necesidad de licencia marital para la esposa hasta el año 75²⁰³.

Para la disposición de los bienes comunes, el art. 51 señalaba:

Art. 51.— *Enajenaciones*

El cónyuge administrador, por sí sólo, puede enajenar los bienes comunes; más para actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles necesitará el consenti-

RDCA, VII-VIII, 2001/2002, pp. 153 a 194; especialmente, sobre gestión del consorcio, consúltense pp. 186 a 189.

203 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Notas sobre los parafernales en Aragón: el patrimonio privativo de la mujer casada aragonesa”, *ADC*, XXIV, 1971, p. 1189.

miento del otro cónyuge o, en su defecto, aprobación de la Junta de Parientes y, en otro caso, autorización judicial.

La necesidad de la intervención de la mujer para la validez de las enajenaciones de inmuebles comunes realizadas por el marido fue introducida, a semejanza del art. 1413 Cc. entonces vigente, por la Sección Especial de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia, a pesar de que la Comisión de juristas aragoneses la había excluido a propósito por considerar que bastaba con el consentimiento del otro cónyuge a la enajenación precisamente a los efectos del derecho expectante pues conseguía ya *per se* el objetivo perseguido: evitar cualquier transmisión sin el concurso de los dos²⁰⁴.

A la vista del art. 76.2, en el caso de los bienes privativos era evidente que o mediaba renuncia del otro al derecho expectante o había de quedar a salvo también expresamente sin posibilidad alguna de suplir al cónyuge; sin embargo, en el caso de los bienes comunes, el consentimiento necesario del 51 para los inmuebles hizo surgir la duda de si llevaba aparejado la pérdida del expectante o si era ineludible, además, la renuncia expresa.

Ciertamente, la aplicación del tenor literal de la norma no permitía considerar que la renuncia estaba implícita en el consentimiento requerido por el art. 51 para los actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles comunes, ya fueran realizados por el cónyuge administrador o por la Junta de Parientes o el Juez en su caso.

204 *Vid.* al respecto MARTÍN-BALLESTERO, L., "Derecho de la persona y de la familia. De la viudedad", *BCAZ*, n° 26, 1967, p. 116; BATALLA GONZÁLEZ, M., "La viudedad en la Compilación aragonesa", *op. cit.*, p. 457 y en "El expectante derecho de viudedad en relación con la disposición de bienes comunes", *BCAZ*, n° 36, 1970, p. 11; DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El Derecho Aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, *op. cit.*, p. 109.

En tanto que derecho personalísimo, el legislador del 67 interpretó, de modo estricto, que su extinción solamente era admisible con la renuncia expresa de su titular independientemente del carácter consorcial o privativo del bien²⁰⁵, siendo indiferente, incluso, que ambos cónyuges estuvieran presentes en la enajenación o que hubiera alguna causa que impidiera efectuar la renuncia.

Las dudas e incertidumbres que esta situación acarrea en el tráfico jurídico eran evidentes y fueron objeto de numerosas críticas. A pesar de ellas, la mayoría doctrinal acabó decantándose por la necesidad de la doble intervención, consintiendo y renunciando²⁰⁶, aconsejando la constancia expresa de la reserva

205 En contra, véase PALÁ MEDIANO, para quien el art. 51 se refería a la disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles comunes y exigía el consentimiento del cónyuge no administrador mientras que el 76.2 lo limitaba a los privativos. En relación a estos últimos, afirmaba: "la enajenación no requiere el consentimiento del cónyuge no titular (sí la venia marital cuando enajena la mujer en tanto no se suprima) pero el derecho de viudedad sobre los bienes enajenados no se extingue o menoscaba a menos que se renuncie expresamente. Obsérvese que esta renuncia, a diferencia del consentimiento del art. 51, no puede suplirse. Y así resulta que en la práctica es más fácil para un cónyuge enajenar los inmuebles (comunes) que administra que los suyos propios". Por todo lo expuesto, acababa considerando implícita la renuncia en el consentimiento del 51, *cfr.* PALÁ MEDIANO, F., "La promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho comparado", *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. I, Eunsa, Pamplona, 1969, p. 388.

Rebatiendo expresamente tales argumentos al considerar la renuncia insustituible en cualquier caso y el art. 76.2 referido a ambas clases de bienes véase BATALLA GONZÁLEZ, M., "La viudedad en la Compilación aragonesa", *op. cit.*, pp. 12 a 15.

206 Como señalaba BERGUA CAMÓN, en toda venta de bienes sujetos al derecho expectante de viudedad "concurrirá uno de los cónyuges, según proceda, como vendedor; el otro consintiendo si son bienes comunes y renunciando al derecho expectante de viudedad en todo caso", *cfr.* BERGUA CAMÓN, J., "La viudedad en nuestro Derecho foral", *ADA*, XIII, años 1965, 1966, 1967, p. 419.

SANCHO REBULLIDA defendía que para la regulación de 1967 podía entenderse que el consentimiento expreso al acto de disposición, mientras no se dijera lo

contrario, suponía también renuncia válida, pues la expresión “renuncia” requerida por el 76.2 no la consideraba del término renuncia sino de la voluntad de renunciar y esta voluntad se evidenciaba como expresa en el consentimiento expreso para una disposición sin reservas, alcanzándose por esta vía la misma interpretación que resultaba del Derecho histórico y puso de manifiesto MOLINO, *cfr.* “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *ADC*, XX, 1967, pp. 783 y 784 (= *Estudios de Derecho Civil*, II, Eunsa, Pamplona, 1978, p. 597). Sin embargo, posteriormente admitió que dicha interpretación resultaba un tanto forzada y que, en la práctica, prevaleció el planteamiento de ser necesarios dos consentimientos distintos: uno a la enajenación y otro renunciando al expectante, en lo que coincidió, además, la mayor parte de la doctrina aragonesa, *cfr.*, con DE PABLO CONTRERAS, P., en “Comentarios al art. 74 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, *op. cit.*, p. 688, nota 19.

Dentro de este criterio doctrinal mayoritario, MARTÍN BALLESTERO afirmaba que se superponían “dos intervenciones o dos consentimientos de la esposa: un consentimiento para que se enajenen esos bienes de la comunidad doméstica y otro consentimiento u otra renuncia acerca del derecho expectante de viudedad que tenía sobre los bienes que se enajenan. Podrá decirse que son dos partes de la misma cosa; entiendo que no; la emisión o declaración de una voluntad consintiendo en una enajenación es una cosa, pero ésta no quiere decir necesaria y explícitamente que se renuncia al derecho de viudedad sobre la cosa enajenada; y a aquélla declaración de voluntad habrá que agregar esta otra de renunciar expresamente al usufructo viudal de los bienes enajenados”, MARTÍN BALLESTERO, L., “Compilación del Derecho civil de Aragón. Derecho de la persona y de la familia. De la viudedad”, *op. cit.*, p. 116; en la misma línea, véase BATALLA GONZÁLEZ: “no vamos a entrar en la sutileza de si la expresión es del término renuncia o de la voluntad de renunciar (en clara alusión a la primera tesis de SANCHO REBULLIDA), pero nos parece claro que nunca podrá cumplirse ese *a menos que se renuncie expresamente* sin utilizar la palabra renuncia y mencionar el derecho que se renuncia y esto no ocurrirá si simplemente se da el consentimiento del art. 51 (...)”; “cuando se ha sustituido lo del consentimiento por la renuncia expresa no hay manera de excusar ésta ni aún en el caso de tratarse de bienes comunes (...) No hay por tanto más solución (...) que el cónyuge no administrador consienta la enajenación, conforme al art. 51, y además renuncie expresamente al tan repetido derecho expectante, sin que para esta renuncia juegue la posible sustitución del art. 51”, *cfr.* BATALLA GONZÁLEZ, M., “La viudedad en la Compilación aragonesa”, *op. cit.*, p. 458 y en “El expectante derecho de viudedad en relación con la disposición de bienes comunes”, *op. cit.*, pp. 9 y 11.

Por su parte, LACRUZ consideraba al respecto: “Tal como queda el sistema legal para la venta de inmuebles y explotaciones se exige un doble consentimiento:

del expectante si solamente mediaba consentimiento al acto de disposición²⁰⁷, aunque más bien por prudencia y salvaguarda del expectante del cónyuge no administrador que por identificación plena con el criterio legal expuesto²⁰⁸.

evidentemente, hubiera bastado la renuncia al derecho expectante de viudedad”, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., “El Derecho de Familia en la nueva Compilación aragonesa”, *ADC*, XX, fascículo IV, 1967, p. 746. Igualmente, véase en *Derecho de Familia*, I, Bosch, Barcelona, 1974, p. 424: “la cuestión es realmente dudosa. De un lado, siendo la exigencia del 76.2 más estricta y severa que la del 51, la presunción más bien debía ser la contraria, preguntándose el intérprete, a la vista de las circunstancias de cada caso, y a partir de tal presunción, si, pese a ella, era razonable entender la voluntad declarada para cumplir la exigencia de este último precepto como dirigida asimismo a llenar la del art. 76. De otro lado, no cabe ignorar que el requisito del consentimiento del cónyuge impuesto por el art. 51, si bien ajeno al Derecho aragonés, e introducido contra el criterio aragonés por la Comisión de Codificación, sin embargo parecía representar en la voluntad de aquella Comisión un sustitutivo de la renuncia a la viudedad, de modo que aplicado como *plus* supone una doble declaración poco normal y perturbadora para el tráfico. Yo me inclino pese a ello, con BATALLA, por la presunción (mera presunción) favorable a la doble exigencia, y en la práctica es aconsejable la prestación de ambos consentimientos para evitar cuestiones”.

207 Y así, para BATALLA GONZÁLEZ: “la salvedad del derecho expectante, cuando no se considere extinguido, habrá de hacerse siempre, puesto que en otro caso no podría inscribirse la adquisición de acuerdo con las resoluciones de la DGRN de 25 de septiembre y 11 de junio de 1929”, *cfr.* BATALLA GONZÁLEZ, M., “El expectante derecho de viudedad en relación con la disposición de bienes comunes”, *op. cit.*, pp. 8 y 9. En esta misma línea, SANCHO REBULLIDA concluía afirmando: “Por supuesto que en la práctica será más prudente hacer constar en el instrumento de enajenación, además del consentimiento, la renuncia al derecho expectante (...). En otro caso me parece también sumamente aconsejable que si se consiente a la enajenación sin renunciar al derecho expectante se haga constar así en el acto de disposición”, *cfr. La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, *op. cit.*, pp. 783 y 784.

208 Proponía MERINO con la finalidad de evitar discusiones de índole dogmática referentes a la naturaleza de la titularidad sobre los bienes consorciales el utilizar una fórmula similar a ésta: “Ambos cónyuges renuncian expresamente a sus respectivos derechos expectantes de viudedad sobre la finca transmitida en

La forma requerida para la renuncia seguía siendo, en cualquier caso, al igual que en el Apéndice²⁰⁹, el documento público, en aplicación del art. 74:

Art. 74.– *Renuncia y privación*

1.– Salvo lo dispuesto en el artículo 87 el derecho de viudedad es inalienable; pero podrá ser objeto de renuncia total o parcial que deberá constar en documento público.

En aplicación del art. 79 Comp. aragonesa, solamente podía existir usufructo en los bienes que hubiera habido previamente derecho expectante. En consecuencia, la renuncia al derecho expectante implicaba la de todo el derecho de viudedad en su conjunto. El precepto se refería de modo expreso al derecho de viudedad de manera que la necesidad del documento público para la renuncia era exigible tanto en la renuncia del derecho expectante como en la del usufructo viudal.

escritura”, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonesa”, *op. cit.*, p. 1405.

BATALLA, por su parte, apuntaba ante las dificultades que este tema presentaba como los notarios aragoneses acabarían por encontrar una fórmula o cláusula de estilo de carácter común que abarcara y comprendiera la doble declaración de voluntad que se imponía a la mujer casada, *cfr.* BATALLA GONZÁLEZ, M., “El artículo 16 del nuevo título preliminar del Código Civil y la viudedad aragonesa”, *BCAZ*, n° 55, 1974, p. 111.

Más significativo era el caso de SOLER CELMA, quien a pesar de considerar que el 76.2 solamente operaba en las hipótesis de enajenación en las que interviniera el cónyuge administrador pero no en aquellos casos en los que mediase consentimiento del otro cónyuge o bien, en su defecto, de la Junta de Parientes o el Juez, concluía reconociendo que, profesionalmente y por prudencia, exigía la renuncia además del consentimiento, *cfr.* SOLER CELMA, J. M., “Algunas reflexiones sobre la enajenación de bienes inmuebles por aragoneses”, *ADA*, XV, 1970-71, p. 91.

²⁰⁹ Sobre la renuncia del derecho expectante, el art. 63 disponía en su párrafo 2°:

(...) y para que tenga eficacia la renuncia (...) se requiere estipulación explícita en las capitulaciones u otros documentos públicos.

Había, sin embargo, una diferencia sustancial en relación con el derecho expectante entre ambos textos legales ya que el art. 63.2 del Apéndice exigía estipulación explícita en capitulaciones u otros documentos públicos “para que tenga eficacia la renuncia”, mientras que el art. 74 Comp. aragonesa solamente afirmaba que podía ser objeto de renuncia “que deberá constar en documento público”.

MERINO HERNÁNDEZ²¹⁰ entendió que el Apéndice configuraba la exigencia de documento público como mera forma *ad probationem* apoyándose en el tenor literal del precepto y en la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 14 de febrero de 1959²¹¹ y consideró que a idéntica conclusión había de llegarse con el art. 74 de la Compilación.

Para SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, sin embargo, el requisito exigido por la Compilación era de carácter *ad solemnitatem*, aduciendo, como argumentos, la redacción similar a otros preceptos de la Compilación en los que no se dudaba de tal carácter, la aplicación del principio del *favor viduitatis* a la renuncia que implicaba una interpretación estricta

210 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés”, *op. cit.*, pp. 1405 a 1409.

211 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Ídem*, pp. 1406 y 1407.

La sentencia se pronunció acerca del valor de un documento privado de compraventa en el que el viudo cedía a los nudopropietarios el usufructo de viudedad, afirmando que “si el caso pactado se encontrase en alguno de los supuestos del art. 1280 Cc. el contrato en sí es válido y vinculatorio para las partes, y el no haberlo extendido en escritura pública no es motivo de invalidación y tan sólo da acción a los contrayentes a exigirse el cumplimiento de tal requisito, conforme preceptúa el art. 1279 Cc.” concluyendo, en sentido afirmativo, que había que encuadrar las renunciaciones a la viudedad en los supuestos del 1280 Cc., *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 74 Comp. aragonesa” *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 689, nota 22.

de aquélla en tanto que suponía una privación de bienes sin coperespectivo y, sobre todo, que en atención a la específica naturaleza y estructura jurídica de la renuncia, encontraban carente de sentido calificarlo de otro modo²¹².

Es cierto que, en ambas regulaciones, la renuncia al expectante o a toda la viudedad en su conjunto era similar en sus efectos. Sin embargo, tanto la configuración del derecho de viudedad como el sentido del principio del *favor viduitatis* eran distintos²¹³. Y así, en el Apéndice se distinguía entre viudedad legal que incumbía sólo a los inmuebles y universal que permitía, por pacto o disposición de última voluntad, hacerla extensiva a los muebles, admitiéndose la posibilidad de que la primera pudiera ampliarse a la segunda y estableciéndose una serie de presuncio-

212 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al art. 74 de la Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 689. No llegan a pronunciarse expresamente sobre la regulación del Apéndice, si bien critican la interpretación como renuncia del supuesto de la sentencia de la Audiencia en la que MERINO fundamentaba parte de su razonamiento considerando que, realmente, encubría un caso de enajenación del derecho de viudedad, *Ídem*, p. 690, nota 26.

213 En el Apéndice, la formulación del principio del *favor viduitatis* estaba recogida en el art. 64.1, *in fine*:

Cuantas dudas ocurran acerca del alcance de la viudedad se resolverán en el sentido de comprender todos los bienes del cónyuge premuerto que sean aptos para ella.

En la Compilación de 1967, aparecía contemplado en el art. 75.2:

Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre en sentido favorable a la misma.

En relación con este principio en la Compilación véanse SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al art. 75 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 699 a 701 y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Comentario al art. 75 Comp. aragonesa", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIII, volumen 2º, *op. cit.*, pp. 316 y 317.

nes en aras a la obtención de dicha ampliación. El principio del *favor viduitatis* venía orientado, precisamente, a conseguir una extensión del usufructo a bienes a los que, *ab initio*, dudosamente podía alcanzar.

En cambio, la Compilación establecía la viudedad universal, con lo que aquél cobraba un sentido distinto tendente a la interpretación restrictiva de todas las limitaciones que se le impusieran.

Considero que si ubicamos la renuncia del expectante en la regulación del Apéndice el principio del *favor viduitatis* no podía alegarse para una interpretación rígida de la forma de la renuncia, exigida además por el 63.2 literalmente para la eficacia; por el contrario, en la Compilación sí tenía razón de ser restringir todo aquello que perjudicase la extensión universal del derecho de viudedad.

En atención a los argumentos expuestos, y siguiendo la postura de SANCHO y DE PABLO, entiendo que mientras en el Apéndice era un mero requisito de prueba frente a terceros que no afectaba a la validez en la Compilación estábamos ante un requisito imprescindible sin en el que la renuncia no era válida²¹⁴.

214 *Vid.* con similar criterio pero apoyándose en la diferente redacción de ambos preceptos LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Comentario al art. 74 Comp. aragonesa", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIII, volumen 2º, *op. cit.*, pp. 307 y 308.

2.1.1.8. Reforma de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1985

La reforma de la Compilación efectuada por ley 3/1985, de 21 de mayo, tenía como objetivo inicial, tal y como se afirmaba en su Preámbulo, *adecuar a la Constitución española los preceptos de la Compilación de 1967 que habían quedado en situación de inconstitucionalidad* junto con la asunción, como Derecho propio, del resto de aquélla. Igualmente, se aludía a *la elaboración de pequeñas reformas no ya de estricta adaptación constitucional sino que parecieron convenientes a la Comisión para resolver problemas que el Derecho civil aragonés arrastraba desde antiguo*.

En puridad, la reforma no afectó a la renuncia del derecho expectante propiamente dicha ya que permanecieron invariables los artículos 74 y 76 y, por tanto, la necesidad de que fuera expresa y en documento público.

Sin embargo, introdujo dos novedades importantes relacionadas directamente con aquélla respecto de las que, *a priori*, podían surgir dudas relacionadas con los dos requisitos mencionados que habían venido exigiéndose tradicionalmente: su equiparación con la enajenación o el consentimiento a ella añadida en el 76.2 y la posibilidad de la renuncia genérica sobre todos los bienes presentes y futuros introducida en el apartado 3º del mismo precepto:

Art. 76.- Régimen

(...) Salvo reserva expresa, la enajenación, o el consentimiento a ella, de los bienes comunes a que se refiere el número anterior, equivaldrán a la renuncia al derecho expectante de viudedad de quien enajena o consiente.

Será válida la renuncia al derecho expectante de viudedad hecha de forma genérica sobre todos los bienes, presentes o futuros, así como la específica verificada sobre determinados bienes.

En el primero de los casos, quien enajena o consiente la enajenación renuncia a su expectante con idénticos efectos a la renuncia expresa. En cuanto a la forma, no era exigible el documento público pues el art. 74 lo requería para la renuncia en sentido estricto pero no para los actos equiparables a la misma. Bastaba, conforme a las reglas generales, la constancia en documento privado²¹⁵.

La renuncia del 76.3 no era sino una reiteración del 74.1²¹⁶ con lo que la necesidad de documento público era inevitable. Con su regulación expresa se vienen a solventar las dudas que había planteado algún sector doctrinal respecto a la renuncia de bienes futuros²¹⁷ a pesar de que ya era doctrina común²¹⁸ y de

215 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al artículo 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 688 y 689 (nota 20) y 740 (nota 75).

216 Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., "Comentario a la STS de 26 de junio de 1989 (Derecho civil aragonés: enajenación de bienes inmuebles comunes y derecho expectante de viudedad)", *CCJC*, núm. 20, abril-agosto 1989, p. 623.

217 Entendió MERINO HERNÁNDEZ que no era posible la renuncia de bienes futuros pues consideraba que aquélla debía ser actual respecto de bienes realmente existentes en el patrimonio común o privativo. No admitía la renuncia de algo que, a su parecer, todavía no se tenía, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés", *op. cit.*, pp. 1415 a 1417.

La argumentación de MERINO se centraba en el origen de la propiedad del bien y no en el del expectante *estricto sensu*, que comienza con el matrimonio y que es realmente, a nuestro entender, el verdadero objeto de la renuncia. *Vid.* también, en este último sentido, SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al artículo 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 740 y 741 (nota 76).

218 DE PABLO CONTRERAS, P., "El derecho expectante de viudedad y el Registro de la Propiedad", *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 248.

que había sido admitida por las Observancias 58 y 19 *De Iure Dotium*²¹⁹.

2.1.2. La regulación de la renuncia en la Lrem.

Tal y como ha podido apreciarse en el examen precedente, la renunciabilidad ha permanecido a lo largo de las sucesivas regulaciones como uno de los caracteres esenciales de la institución.

En la Lrem., el derecho de viudedad se configura como un derecho personalísimo de ambos cónyuges inalienable, inembargable e insusceptible de gravamen (art. 91 Lrem.) pero, en cualquier caso, también renunciable (art. 92 Lrem.).

En atención a estos caracteres mencionados y al principio del *favor viduitatis* (art. 90.3 Lrem.) que, igualmente, continúa informando toda la institución de la viudedad, su renuncia, para ser válida y eficaz, deberá ser —como ocurría bajo la vigencia del texto compilatorio— expresa, unilateral, no recepticia, abdicativa, sin posibilidad de representación general e irrevocable²²⁰.

219 Observancia 58: "*Si maritus fecerit pactum cum uxore tempore nuptiarum vel post, ut certis rebus contenta, aliud in bonis suis petere non possit vel habere, uxor nisi viduitati sit expressé renunciatum*", SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, pp. 36 (vol. II) y 219 (vol. III); Observancia 19: "*Item, propter germaniter factam inter virum vigore dicti pacti perdit omnia quae sibi alias deberentur beneficio Fori: excepta viduitate, & uxorem, superstes non amittit viduitatem, nisi expressé renunciet eidem*", SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, pp. 33 (vol. II) y 215 (vol. III). Consúltese igualmente PORTOLÉS, J., *Scholia sive Adnotationes...*, op. cit., p. 515 y FRANCO DE VILLALBA, D., *Fororum atque observantiarum Aragoniae...*, op. cit., p. 50.

220 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., pp. 399 y 400. Igualmente, para la Compilación, vid. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios a los artículos 72 y 76

La regulación actual de la renuncia del expectante sobre bienes inmuebles aparece en el art. 98.1.a) Lrem. que dispone lo siguiente:

Artículo 98.– *Disposición de bienes inmuebles.*

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:

a) 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.

Como puede observarse, la exigencia tradicional de que sea expresa y con forma pública queda plasmada hoy igualmente, como regla general, en el art. 98.1.a) Lrem. La única excepción aparece en aquellos supuestos en los que se otorga en el mismo acto por el que válidamente se enajene un bien²²¹. No obstante, sobre la renuncia al expectante, debe tenerse en cuenta igualmente el art. 92.2 de las Disposiciones Generales de la viudedad:

Artículo 92.– *Renuncia*

2.– También es válida la renuncia, en escritura pública, solamente al derecho expectante de viudedad sobre todos o parte de los bienes del otro.

Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 686 a 694 y 708 a 709.

221 Así lo consideraba Delgado Echeverría en los debates de la Comisión Aragonesa sobre el precepto. No obstante, Calatayud Sierra y Batalla Carilla exponen que se venía entendiendo ya de esta manera en la práctica habitualmente. Delgado se muestra de acuerdo pero subraya que no existían argumentos textuales en la Compilación para poderlo defender, *cfr.* “Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 8. Finalmente, la Lrem. dará cobertura legal expresa a la práctica citada en el art. 98.1.a) Lrem.

Partiendo de la regulación de la renuncia en ambos preceptos los aspectos a considerar en relación con la misma son los siguientes:

2.1.2.1. Modo de efectuar la renuncia

La renuncia deberá emitirse de modo expreso. No cabe la posibilidad de que sea tácita ni tampoco presunción alguna. No deberán incluirse aquí los supuestos de los apartados siguientes del artículo 98 en los que la enajenación o la concurrencia de ambos cónyuges a la misma producen la desaparición del expectante puesto que no constituyen casos de renuncia sino de extinción del expectante como resultado legal inmediato del acto de enajenación²²². Así lo expresa el legislador en el apartado XII del Preámbulo:

222 SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS los denominaban “actos equiparables a la renuncia” durante la vigencia de la Compilación en relación al derogado art. 76, equiparando los efectos del consentimiento o la intervención en la enajenación de los bienes comunes con los de la renuncia expresa, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 688 (nota 18) y 742 a 744. De igual modo se manifestaba BAYOD LÓPEZ, para quien considerar estos supuestos como constitutivos de renuncia tácita era, en aquel momento, técnicamente incorrecto, *cfr.* BAYOD LÓPEZ, C., “El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)”, *op. cit.*, pp. 132 y 133.

La regulación actual supera, en cualquier caso, cualquier incertidumbre al respecto. La diferencia sustancial con la Compilación es que ahora carece de sentido establecer equiparación alguna pues son actos con efecto legal extintivo propio. *Vid.* en esta línea CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, *op. cit.*, p. 90.

La renuncia no se presume nunca. Los demás supuestos de extinción se configuran como consecuencia directa del acto de enajenación por mandato de la Ley²²³.

2.1.2.2. Renuncia exclusiva del derecho expectante (arts. 90.2 y 92.2 Lrem.) o de forma conjunta con el derecho de viudedad (arts 90.1 y 92.1 Lrem.)

La renuncia podrá efectuarse relativamente al expectante (art. 90.2, si se hace con ocasión de un pacto, y 92.2 Lrem., si es individual) o con motivo de una renuncia a todo el derecho de viudedad en su conjunto (arts. 90.1 y 92.1 Lrem., igualmente para supuestos de pacto o renuncia, respectivamente).

En la regulación anterior, solamente podía existir usufructo en los bienes que hubiera habido previamente derecho expectante (art. 79 Comp. aragonesa) de tal manera que su renuncia implicaba la extinción global del derecho de viudedad.

La Lrem. va a introducir la determinante novedad de poder renunciar solamente al derecho expectante y conservar el usufructo respecto de aquellos bienes que no se hayan enajenado con la finalidad de que el cónyuge propietario pueda disponer de ellos sin trabas. Por lo tanto, la renuncia expresa deja de ser sinónimo de pérdida del usufructo de viudedad a no ser que así lo hayan determinado las partes en el pacto o el titular

²²³ Como apuntaba el presidente de la Comisión, Delgado Echeverría, "...exigir que se renuncie expresamente sólo pretende evitar que valga la renuncia tácita. (...) el *favor viduitatis* sigue existiendo, por ello la renuncia no se puede presumir nunca y los restantes casos en que el expectante se extingue no son casos de renuncia sino salvedades lógicas requeridas para el buen funcionamiento del expectante", *cfr.* "Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 7.

del expectante, en caso de renuncia, con lo que el viudo queda protegido si, finalmente, no llega a mediar efectivamente una enajenación²²⁴.

El régimen del derecho expectante como gravamen real en los bienes inmuebles exige una salida efectiva del bien del patrimonio correspondiente para su extinción con lo que, en coherencia con ello, en estos supuestos el expectante permanece intacto, no obstante la renuncia, si no hay transmisión de la propiedad²²⁵.

224 Calatayud Sierra mostró sus dudas acerca de si la renuncia al expectante llevaba aparejada la del usufructo cuando nada más se especificaba y se mostró partidario a indicar que no era así salvo disposición en contra, *cfr.* “Acta de la sesión de veinticinco de octubre de 2001 (Acta 134)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 12. Igualmente en “Acta de la sesión de doce de diciembre de 2001 (Acta 140)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5 y “Acta de la sesión de veinticuatro de abril de 2002” (Acta 156)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5.

Sin embargo, la mayoría de los miembros de la Comisión interpretó que así podía inferirse del conjunto de la nueva regulación sin añadir nada más, siendo suficiente con referir la renuncia al expectante y no a la viudedad. Delgado afirma que se trata de una *quaestio voluntatis*, de la interpretación de la verdadera intención del renunciante en la que es peligroso que el legislador establezca presunciones. Se debate la posibilidad de modificar la redacción del precepto y sobre diversas fórmulas de renuncia utilizadas en el pasado pero, finalmente, hay acuerdo en dejar la regulación tal cual aparece hoy en el 92.2 Lrem. en el que, específicamente, se la menciona referida “solamente al derecho expectante”, *cfr.* “Acta de la sesión de doce de diciembre de 2001 (Acta 140)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 5 y 6 y “Acta de la sesión de veinticuatro de abril de 2002” (Acta 156)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 5 y 6.

225 Como afirma CALDUCH GARGALLO “...de lo que se trata en esos casos es de renunciar al derecho expectante sometiendo esa renuncia a una condición suspensiva (“renuncio a mi derecho sobre un bien en el supuesto de que se proceda a la enajenación del mismo, pero si fallecido mi cónyuge no se ha producido la enajenación, conservo mis derechos”); es decir, el derecho expectante se mantiene vigente hasta el momento en que se produce la enajenación, supuesto en el cual, se pierde el expectante, y por tanto, el derecho al potencial y futuro usufructo que

En virtud de lo expuesto, el derecho expectante ya no es una fase ineludible de la viudedad y su renuncia deja de ser una causa extintiva del usufructo viudal, cediendo parte de su protagonismo a la eventual posibilidad de que se produzca una enajenación del bien sobre el que recae anterior a la muerte de su propietario. Esta es la interpretación que debe darse a la renuncia en escritura pública “solamente al derecho expectante” del art. 92.2 Lrem., a pesar de no hacerse mención expresa al momento de la enajenación²²⁶, en conexión con el efecto extintivo

hubiera correspondido de no haberse renunciado”, *cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, *op. cit.*, p. 27.

226 En los debates sobre este punto se parte inicialmente de la redacción siguiente, propuesta por Delgado Echevarría, en la que, expresamente, sí se aludía a la enajenación como momento al que, eventualmente, podían quedar deferidos los efectos extintivos de la renuncia:

Art. V. *Renuncia*

2.– Cada cónyuge puede renunciar, en escritura pública, a su derecho de viudedad, así como al derecho expectante sobre todos los bienes del otro, con efectos inmediatos o sólo, *eventualmente, para el caso de su enajenación.*

Cfr. “Documento núm. 1. Primer Borrador de Jesús Delgado (julio 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 2 e, igualmente, en “Documento núm. 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3.

La ponencia decidió después deslindar en dos apartados la renuncia a la viudedad y al derecho expectante, añadiendo, en relación con este último, la palabra “solamente”. Se discute acerca del alcance de esta renuncia en relación con el futuro usufructo.

Delgado propone añadir que “en caso de duda” no implica la del usufructo mientras que otros miembros proponen “salvo disposición en contrario”. García Almanzor expuso que la fórmula del Documento 3 era clara al respecto y que si se entendía hecha siempre para el caso de enajenación (equivalente a sostener que no afectaba al futuro usufructo) encontraba carente de sentido añadir que podría tener efectos inmediatos. Se mostraba entonces partidario de reducir las posibilidades y decir que se entendía hecha solamente para dicho supuesto. Esta idea

automático del expectante que el 98.1. a) Lrem. establece para el supuesto de renuncia en el mismo acto de enajenación y con el de cualquier enajenación válida de un bien consorcial en el apartado b) del precepto.

En cualquier caso, como se afirma en el apartado XI del Preámbulo, no estamos, en puridad, ante una innovación absoluta. La práctica notarial ya había ensayado con la Compilación diversas maneras de encauzar esta posibilidad que habían suscitado, en algunos casos, serias dudas en su interpretación. Con la Lrem., esta cuestión adquiere, por primera vez, rango legal y, por añadidura, la necesaria seguridad jurídica que precisaba²²⁷.

es compartida por la mayoría y se aprueba como fórmula casidefinitiva, con una variante alternativa que se coloca entre corchetes, la siguiente: “También es válida la renuncia, en escritura pública, solamente al derecho expectante de viudedad, sobre todos o parte de los bienes del otro, [que se entenderá hecha] para el caso de su enajenación”, cfr. “Acta de la sesión de veinticinco de octubre de 2001 (Acta 134)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 11 a 15.

Posteriormente, Batalla Carilla apunta que el precepto debería acabar antes de los corchetes, encontrando superfluo el resto. Ésta sería la redacción que pasaría definitivamente al texto legal pero su sentido último es, no obstante, el apuntado al comienzo: habrá usufructo si no hay enajenación anterior a la muerte del cónyuge propietario del bien.

227 Como señaló en los debates de la Comisión Calatayud Sierra, en la práctica, desde hacía tiempo, ya se venían aceptando renunciaciones al derecho expectante de viudedad en las que expresamente se decía que no suponían renuncia al usufructo viudal. Lo que sucede es que el tema se había enturbiado por la supuesta conexión inescindible entre las dos fases del derecho de viudedad del art. 79 Comp. aragonesa que había llevado a utilizar fórmulas como la de apoderar al otro cónyuge para renunciar al expectante en caso de enajenación de los bienes o renunciar al derecho expectante de viudedad pero sólo para el caso de que se enajenasen aquéllos, cfr. “Acta de la sesión de veinticinco de octubre de 2001 (Acta 134)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 12. En apoyo de estos argumentos se pronuncia igualmente Martínez Cortés.

Para Delgado Echeverría, esta cuestión era resultado de la orientación notarial en este sentido: “...son los notarios los que ahora recomiendan a sus clientes

2.1.2.3. Momento y forma

La renuncia podrá hacerse con ocasión de la enajenación de un bien o de manera independiente. El momento en que se haga será decisivo para la cuestión de la forma:

a. En la enajenación de un bien

El 98.1 Lrem. exige escritura pública “...a menos que se otorgue en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien”. Por lo tanto, no cabe la renuncia separada en documento privado.

Ahora bien, si se hace en el mismo acto de enajenación, no se exige ningún otro requisito añadido de tal manera que podrá hacerse en un documento privado e incluso en un contrato verbal²²⁸.

En cualquier caso, es condición *sine qua non* que la enajenación sea válida: si no lo es, el presupuesto exigido por la norma para la validez de la renuncia decae con lo que ésta última deviene igualmente inválida²²⁹.

de forma mayoritaria una fórmula de renuncia limitada exclusivamente al derecho expectante”, *cfr.* “Acta de la sesión de veinticinco de octubre de 2001 (Acta 134)” *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 13.

228 *Cfr.* “Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 8. En igual sentido, *vid.* Calatayud Sierra en “Acta de la sesión de treinta y uno de octubre de 2001 (Acta 135)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 2.

229 En los debates iniciales, se decide partir del texto propuesto por Delgado Echevarría, similar al que se aprueba definitivamente excepto la coletilla final: “...a menos que se otorgue en el mismo acto de enajenación del inmueble”, *cfr.* “Documento núm. 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

A propuesta de Calatayud Sierra, se estima oportuno incluir la necesidad de su validez, de manera que el bien ha de salir del patrimonio del disponente, *cfr.*

La Compilación regulaba la renuncia al derecho de viudedad en su art. 74.1 indicando que podía ser total o parcial pero que debía constar en documento público. Siguiendo a SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, la exigencia de tal requisito era predicable exclusivamente de la renuncia en sentido estricto efectuada de forma autónoma —aunque fuera con ocasión de otro negocio dispositivo y en relación directa con él— porque aquélla, con la regulación vigente entonces, implicaba la del derecho de viudedad en su conjunto; pero no respecto de aquellos actos equiparables a la misma —enajenación o consentimiento a ella— en los que bastaba, conforme a las reglas generales, la constancia en documento privado²³⁰.

Hoy el legislador, en coherencia con el resto de la regulación de la extinción del expectante, admite expresamente por primera vez la posibilidad de su renuncia con ocasión del acto válido de enajenación sin la exigencia de escritura pública. Renunciar al expectante ya no es, tal y como se ha visto *supra*, renunciar a toda la viudedad (arts 90.2 y 92.2 Lrem.) y una enajenación válida lo extingue automáticamente (art. 98.1 b Lrem.) con lo que no tendría sentido exigir una forma especial diferente para estos supuestos²³¹.

“Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 10.

230 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al artículo 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 688 (nota 20) y p. 740 (nota 75).

231 No obstante, no hubo unanimidad a favor de la solución adoptada. Torrente Giménez y Martínez Cortés consideraban acertada por seguridad la exigencia de la escritura pública de la Compilación en cualquier caso.

En cambio, Calatayud Sierra estimaba que esta solución perjudicaba al comprador de una venta en documento privado que adquiriría efectivamente pero con el gravamen del expectante.

b. De modo independiente

La validez de la renuncia realizada de modo autónomo sí queda condicionada a que se recoja en escritura pública²³², tal y como se deduce a contrario del 98.1.a) y del propio tenor literal del art. 92.2 Lrem. (“*También es válida la renuncia, en escritura pública, solamente al derecho expectante de viudedad, sobre todos o parte de los bienes del otro*”). Se trata, en consecuencia, de un requisito *ad solemnitatem* sin el cual es nula de pleno derecho, tal y como ocurría en la Compilación²³³.

No especifica nada la Lrem. respecto a la posibilidad de una renuncia al derecho expectante *previa* al matrimonio. El art. 90.1 Lrem. contempla esta renuncia pero para todo el derecho de viudedad en su conjunto y en capitulaciones matrimoniales. En

Delgado expone que, aunque ciertamente esta solución no encaja en la Compilación, parece aceptada en la práctica y puede darse por buena regulándola expresamente; considera algo fuerte pedir tajantemente la escritura pública. De la misma opinión son los restantes miembros de la Comisión, *cfr.* “Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 10.

A este criterio antiformalista para supuestos de renuncia comprendida en el acto de enajenación obedece la regulación del 98.1.a) Lrem.

232 BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, en *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, pp. 399 y 407; CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés, op. cit.*, p. 93. Advierte este último una diferencia en este punto con la Compilación puesto que su art. 74 hacía referencia a la necesidad de “documento público”. Eran admisibles, por tanto, no solamente los notariales sino también cualquier otro autorizado por empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley. Por el contrario, los arts. 92 y 98.1.a) Lrem. solamente admiten la “escritura pública” con lo que aquéllos otros quedan descartados como instrumento de renuncia válida, *cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., *Ídem*, pp. 91 y 93.

233 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 689.

aplicación de lo dispuesto en el art. 15.2 Lrem., las capitulaciones tienen efecto al celebrarse el matrimonio o en un momento posterior, con lo que el derecho de viudedad como tal ya existe. La duda se plantearía ante una renuncia unilateral *anterior* al matrimonio pues en ese caso el expectante como tal no existe todavía. SANCHO REBULLIDA la denominaba “preventiva” y la entendía posible, vigente la Compilación, aunque se tratase de bienes futuros y no se hubiera celebrado todavía el matrimonio puesto que no existía entonces norma imperativa contraria al respecto ni la identificaba de imposible cumplimiento²³⁴.

En mi opinión, esta renuncia sería hoy igualmente admisible atendiendo a idénticos argumentos, no siendo contraria a ninguna de las normas imperativas que, expresamente, recoge la Lrem. en el artículo 3.2. En todo caso, el requisito de forma de la escritura pública sería imprescindible como en cualquier otra renuncia autónoma e independiente de un acto válido de enajenación, en atención al mencionado art. 92.2 y al propio 98.1.a) Lrem.

2.1.2.4. Por pacto o por voluntad unilateral

La renuncia separada de un acto de enajenación válido podrá ser producto de una declaración unilateral del titular del expectante (art. 92 Lrem.) o situarse en el marco de un pacto entre las partes (art. 90 Lrem.). La diferencia sustancial entre una y otro reside en la posibilidad de revocación: irrevocable la primera y revocable el segundo, siempre que exista mutuo acuerdo entre las partes y con los límites del *standum est chartae*.

234 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 693 y 694.

a. Renuncia unilateral

En aplicación del artículo 92 Lrem., sería posible exclusivamente a través de escritura pública, tanto para el supuesto de renuncia a todo el derecho de viudedad (92.1 Lrem.) como si va referida solamente al expectante (92.2 Lrem.).

b. Resultado de un pacto

Las partes podrán reducir o excluir totalmente el derecho de viudedad sin que sea necesario que el acuerdo sea igualitario o coincidente para ambas. Deberá ponerse en relación con el artículo 90 Lrem. y distinguir dos supuestos:

b.1. Con motivo de la renuncia al derecho de viudedad en su totalidad

b.1.1. Anterior al matrimonio

Si es antes del mismo, deberá realizarse exclusivamente en capitulaciones matrimoniales (arts. 90.1 Lrem.). Es una novedad de la Lrem. la delimitación de la clase de instrumento público en el que debe realizarse el pacto según sea ante o post nupcial.

b.1.2. Constante matrimonio

Si es constante el matrimonio, podrá hacerse en escritura pública o en testamento mancomunado (art. 90.1 Lrem.).

b.2. Con pacto referido solamente al expectante

No cabrá otra posibilidad distinta a la escritura pública (art. 90.2 Lrem.). El testamento implicaría el fallecimiento de uno de los cónyuges para poder aplicarse como ley sucesoria y, en consecuencia, la extinción del expectante del supérstite y la posterior apertura del usufructo viudal sobre los bienes del premuerto.

2.2. ARTÍCULO 98.1.B): ENAJENACIÓN VÁLIDA DE UN BIEN CONSORCIAL

2.2.1. Antecedentes históricos

La enajenación válida de un bien consorcial como causa de extinción del derecho expectante aparece por primera vez configurada literalmente como tal en la Lrem. Los precedentes legales están referidos, simplemente, a que la enajenación fuera o no consentida. La consecuencia de que, quien así lo hacía, perdía el derecho de viudedad que ostentaba sobre el bien dispuesto tiene ya sus primeros antecedentes en la regulación de las Observancias y aparece siempre en relación directa con el régimen de disposición de bienes consorciales, cuya influencia será determinante a través de las distintas épocas históricas.

2.2.1.1. Las Observancias

Son dos las Observancias donde aparece regulado el consentimiento de la esposa a la enajenación como causa de extinción del derecho de viudedad:

Observancia 26 *De iure dotium*²³⁵:

Así mismo el marido puede enajenar los bienes inmuebles en los que la mujer debe tener derecho de viudedad, pero a la mujer

235 *Item, vir inmobilia, in quibus uxor debet habere viduitatem potest alienare, sed remanet ius salvum uxori, quod in eis possit tenere viduitatem, si talis casus evenerit, nisi alienatio sit facta de voluntate uxoris*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, pp. 34 (vol. II) y 217 (vol. III). Vid. igualmente MARTÍNEZ DIEZ, G., "Dos colecciones de Observancias de Aragón", op. cit., obs. I.91, p. 559; MARTÍNEZ DIEZ, G., *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, op. cit., obs. 5.3.36, p. 191; MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Observancias del Reino de Aragón. Vertidas del latín al castellano por los autores de "Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla"*, op. cit., p. 86.

le queda salvaguardado el derecho de que, si el caso se presenta, puede tener sobre ellos el derecho de viudedad, a no ser que la enajenación se haya hecho con consentimiento de la mujer.

Observancia 2ª *Ne vir sine uxore*:

Igualmente el marido puede enajenar los bienes inmuebles sobre los que la esposa debe tener derecho de viudedad, más queda salvaguardado el derecho de la esposa, es decir, el poder tener en ellos la viudedad si tal caso se produjese²³⁶.

Regulan la posibilidad de que el marido enajene inmuebles en los que la mujer tuviera derecho de viudedad pero quedando a salvo este derecho si la enajenación no contaba con el consentimiento de aquella (*de voluntate uxoris*). A contrario debía entenderse que si la esposa consentía las enajenaciones realizadas por su marido el derecho de viudedad quedaba extinguido.

El consentimiento a la enajenación equivalía, por tanto, a la renuncia del derecho de viudedad sobre el bien enajenado. Así lo ponía de manifiesto MOLINO al afirmar que el requisito de que la renuncia fuera expresa era referido a la mujer que contrataba con el marido pero no al supuesto en que éste último lo hiciera

236 *Item, vir immobilia, in quibus uxor debet habere viduitatem, potest alienare: sed remanet ius uxoris salvum, scilicet, quod possit tenere viduitatem in eis, si talis casus evenerit*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro II, pp. 14 (vol. II) y 196 (vol. III). Vid. igualmente MARTÍNEZ DÍEZ, G., "Dos colecciones de Observancias de Aragón", op. cit., obs. I.44, p. 554; MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, op. cit., obs. 2.5.6, p. 68; PEREZ MARTÍN, A., *Las Observancias de Jimeno Pérez de Salanova*, op. cit., obs. II. III.72, p. 131; MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Observancias del Reino de Aragón. Vertidas del latín al castellano por los autores de "Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla"*, op. cit., p. 34.

con un extraño pues bastaba entonces con el consentimiento de la esposa a la enajenación²³⁷.

El Fuero *Ne vir sine uxore* (1247) establece primero un sistema de disposición conjunta de los bienes²³⁸ y atribuye de modo exclusivo a la viuda el derecho de viudedad. Frente a dicho sistema, las Observancias citadas más arriba permitirán después al esposo enajenar en solitario bienes de su consorte pero dejando en ese caso a salvo la viudedad que en ellos le corresponda. En consecuencia, la enajenación efectuada sin la intervención de la esposa era válida pero en ningún caso implicaba la pérdida de su derecho. Son los autores de las Observancias los que derivan la necesidad de la concurrencia de la mujer a las enajenaciones de inmuebles del marido de sus derechos viuales, siendo la consecuencia que se acabe por permitir a este último la enajenación de bienes propios y comunes, reservando únicamente para la mujer su derecho de viudedad si expresamente no renunció o intervino con su marido en el contrato²³⁹.

237 MOLINO, M. (del), "*Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum...*", *op. cit.*, voz *viduitas*, fol. 331. Igualmente DEL PLANO, M., *Manual del abogado aragonés*, *op. cit.*, pp. 129 y 130.

238 *Statuimus quod vir sine uxoris assensu, nec uxor sine assensu viri sui possint alienare bona eorum*. SAVALL Y DRONDA, P. y PENEN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, *op. cit.*, libro IV, pp. 175 y (vol. I) y 105 (vol. III). Añadía Don Vidal de Canellas estas palabras que faltan en la versión latina: "porque digna cosa es que, pues que ayuntamiento de casamiento los faze un cuerpo, después el uno non puede vender ni allendar ninguna cosa de lo suyo, menos de voluntat del otro" (el subrayado es mío), TILANDER, G., *Los Fueros de Aragón. Según el Manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, LMHA, Lund, 1937, 78.4.

239 LACRUZ BERDEJO, J. L., "*El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*", *op. cit.*, pp. 101 y 102. Con anterioridad nada se alega respecto al derecho de viudedad, con lo que, según el autor, es más verosímil pensar que la unidad de acción de los cónyuges respondiera a razones éticas y de una mayor cohesión familiar.

Nada recogen acerca de un hipotético derecho del marido en supuestos similares, lo que obedece no tanto a que éste no tenga viudedad —puesto que, al menos legalmente, hasta el año 1390 con el Fuero *De Alimentis* no se extiende el derecho de viudedad también al varón— como a que la mujer no tenía un poder de disposición paralelo.

El Derecho medieval aragonés aunque reconoce, con profundo sentido cristiano²⁴⁰, la igualdad esencial de los cónyuges y exige, por este motivo, el concurso de ambos en los negocios jurídicos de trascendencia para la economía del matrimonio, confía al marido la administración de todos los bienes y el poder de obligar los muebles indefinidamente en el ejercicio de sus funciones de gobierno y mantenimiento de la familia. A la mujer se le reserva, en cambio, el círculo de los asuntos domésticos, fuera del cual no está legitimada ni para contratar ni para obligarse, permitiéndosele a lo más aceptar donaciones simples y testar.

Como consecuencia de lo anterior, en la Compilación de Huesca de 1247 no hay reglas sobre la capacidad de la mujer salvo las limitaciones que se desprenden del concurso obligado de ambos cónyuges a los negocios de enajenación de inmuebles y del poder de gestión material del marido²⁴¹.

240 Sobre la influencia de la Iglesia en la Compilación de Huesca en las relaciones patrimoniales entre cónyuges *vid.* RIVAS PÉREZ, J. E., “Notas para el estudio de la influencia de la Iglesia en la Compilación Aragonesa de 1247”, *AHDE*, XX, 1950, pp. 760 a 762.

241 *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., “El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón”, *op. cit.*, pp. 98 y 99.

En opinión de HERRERO GARCÍA, la situación de la mujer casada más que de verdadera incapacidad habría que calificarla como de dependencia en la organización interior de la familia cuyo jefe es el marido, *cfr.* HERRERO GARCÍA, M. J., “Los contratos onerosos entre cónyuges en el Derecho aragonés”, *ADA*, XVII, años 1974, 1975, 1976, p. 126.

Será el sistema de las Observancias el que acabe imponiéndose definitivamente sobre el del Fuero, abandonándose la justificación de la intervención de la esposa por causa del sistema conjunto de disposición de bienes por la de la conservación de su derecho de viudedad.

2.2.1.2. Instituciones de Franco y Guillén

En sus “Instituciones de Derecho Civil Aragonés” de 1841 se recoge el criterio foral histórico de las Observancias en los preceptos siguientes:

Art. 33.– El marido es dueño y administrador y como tal puede disponer libremente:

2.– Puede enagenar por sí sólo los bienes sitios en que haya de tener viudedad la muger, salvo siempre este derecho (*Ob. 26 de Jure Dot y 2 Ne vir sine uxore*).

Indican respecto a este artículo los autores como puede considerarse absurda, en principio, esta última disposición —que ellos consideran como cierta— por estar en contradicción con los Fueros *Ne vir sine uxore* en los que se establece que ninguno de los dos cónyuges puede disponer separadamente de los bienes. Sin embargo, concluyen afirmando que el hecho de que sean de 1247 y que las Observancias los deroguen por publicarse con mucha posterioridad disipa toda duda sobre la veracidad de aquella²⁴².

242 FRANCO y LÓPEZ, L. y GUILLÉN y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 24, nota b).

Como señalaba BLAS y MELENDO, “no hay fuero ni observancia que confieran al marido la facultad de disponer de los bienes inmuebles comunes; antes al contrario, los fueros consignan que el varón sin el asentimiento de la mujer, ni ésta sin el de aquél, pueden enajenar (...); pero parece que estos fueros se refieren

En esta misma línea, el artículo 84 deja a salvo el derecho de viudedad de la esposa en aquellos bienes cuya enajenación no haya contado con su consentimiento:

Art. 84.– La muger tendrá también viudedad:

3.– En los bienes sitios enagenados por su marido sin su consentimiento (*Ob. 26 de Jure Dot*).

Posteriormente, en el proyecto de articulado de Franco “Instituciones Civiles de Aragón” de 1885 se reitera la necesidad del consentimiento en las enajenaciones efectuadas por el marido y se subraya el carácter real del derecho de viudedad al señalar expresamente que la mujer podrá usufructuar los bienes enajenados sin su intervención si llegase a sobrevivir al marido enajenante:

Art. 78.– El derecho de viudedad se extiende a los bienes inmuebles que los cónyuges hubieran aportado a su matrimonio o adquirido durante el mismo por título lucrativo, aun cuando hubiesen sido enajenados por el marido, si en la enajenación no hubiera intervenido la mujer prestando su consentimiento o autorizando expresamente al marido para que la realizase o renunciando a su derecho de viudedad. En su consecuencia, si llega a sobrevivir la mujer, podrá reivindicar estos bienes de cualquier persona que los posea, para usufructuarlos durante su viudedad,

a bienes propios de los cónyuges (...) y en este sentido las Observancias 25 y 26 *De Jure Dotium* y 2ª *Ne vir sine uxore* permiten al marido la enajenación de sus inmuebles propios salvo el derecho de viudedad de la mujer pues las Observancias han derogado los Fs. *Ne vir sine uxore* ya que son de 1247 y las Observancias citadas de 1428, *cfr.* BLAS Y MELENDO, A., *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, pp. 138 y 139.

En opinión de Lacruz, el fuero *Ne vir sine uxore* nunca llegó a ser observado, *cfr.* LACRUZ, J. L., “El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón”, *op. cit.*, p. 92.

sin perjuicio del derecho de propiedad que en ellos tendrá el poseedor legítimo si hubieran pertenecido al marido enajenante.

2.2.1.3. Proyecto Ripollés

Supone un cambio importante respecto a los antecedentes anteriores al establecer el sistema de disposición conjunta de todos los bienes inmuebles. Nada recoge, en consecuencia, de la necesidad de consentimiento de la esposa y de la suerte del derecho de viudedad en estos supuestos pues resultaba innecesario. Ambos cónyuges deben consentir la enajenación y aquél quedará extinguido a la vez y recíprocamente para ambos:

Art. 13.1.– Los bienes sitios del marido, de la mujer y de la sociedad conyugal no podrán ser enajenados, gravados ni hipotecados por actos *inter vivos* sino con el consentimiento expreso de ambos cónyuges.

La única excepción se daba en los casos de separación judicial en los que el apartado 2º del art. 13 obligaba al cónyuge culpable para disponer de toda clase de bienes a contar con el consentimiento del cónyuge inocente:

Art. 13.2.– El cónyuge culpable no podrá enajenar, gravar ni hipotecar por actos *inter vivos* los bienes sitios del marido, de la mujer y de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del inocente que disfrutase del derecho de viudedad.

En coherencia con esta forma de disposición conjunta, el art. 146, *in fine* regula la renuncia expresa o la pérdida por causa legítima como únicas formas de extinción del derecho de viudedad, con independencia de los acuerdos entre los cónyuges o sus regímenes matrimoniales:

Art. 146.– Cualesquiera que sean los pactos y las formas sobre el régimen y administración de la sociedad conyugal de bienes

y participación de gananciales subsistirá el derecho de viudedad si no consta expresamente renunciado o no se pierde por causa legítima.

2.2.1.4. Proyecto Gil Berges

Este Proyecto regula el retorno al poder de disposición del marido y la subsiguiente necesidad del consentimiento de la esposa para considerar extinguida la viudedad de ésta sobre los bienes enajenados por aquél. Y así, su artículo 25, al regular la sociedad conyugal tácita, señalaba lo siguiente:

Art. 25.– Por el hecho del matrimonio está facultado el marido:

5.– Para enajenar, permutar y gravar con hipoteca o servidumbre los raíces o inmuebles en que pudiera corresponder viudedad a la mujer, quedando siempre a salvo el derecho de ésta, si no hubiese consentido tales actos.

2.2.1.5. Apéndice de 1925

Las facultades del marido sobre los bienes del matrimonio aparecen ampliadas en el Apéndice en relación al Derecho anterior de Fueros y Observancias. La tradicional colaboración entre ambos cónyuges para los actos de disposición de bienes inmuebles no tiene reflejo en el texto de 1925 ni siquiera para los bienes comunes, atribuyéndose al esposo las facultades de administración y disposición de los mismos salvo excepciones muy concretas²⁴³. Igualmente, puede disponer tanto de sus bienes propios como los de su mujer, salvo pacto en contrario. El consentimiento de la esposa se requiere para la disposición de

²⁴³ SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, op. cit., p. 18.

estos últimos y para dejar a salvo su derecho de viudedad en los del esposo:

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; y aquél está facultado, además, para disponer no solamente de sus privativos bienes, sino también de los que tienen consideración de comunes (...).

Sin expreso consentimiento de la mujer el marido no puede enajenar ni gravar los inmuebles o sitios que pertenezcan privativamente a aquélla (...).

En cuanto a los raíces o inmuebles en que pueda corresponder viudedad a la mujer, este derecho, si no hubiere dado ella expreso consentimiento quedará a salvo no obstante las enajenaciones que hiciere o gravámenes que impusiera el marido. Tampoco las enajenaciones que haga la mujer de inmuebles sobre los que tenga el marido el derecho expectante de viudedad pueden perjudicarle si no consta la renuncia expresa de éste.

En coherencia con esta desigualdad en el trato de ambos cónyuges en esta cuestión y con las facultades otorgadas al esposo el Apéndice fija legalmente, por primera vez, un doble criterio de extinción del expectante por razón de sexo: renuncia para el marido y consentimiento a la enajenación para la mujer.

Como apuntan SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS²⁴⁴, la aparente reciprocidad de ambos cauces extintivos no es tal en una situación normal del matrimonio pues era el

244 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa" *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 706, nota 8; igualmente, de SANCHO REBULLIDA, consúltese "*La viudedad*", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 93.

marido el que tenía la facultad de disponer de los bienes propios, comunes y los de su mujer, si bien en este último caso con consentimiento de ésta.

Sin embargo, en situaciones excepcionales en las que a la mujer se le hubieran atribuido facultades dispositivas por pacto o cuando le correspondieran legalmente si subsistía el derecho expectante para el marido (por ejemplo en caso de separación de bienes por divorcio con culpa de la mujer) era precisa la renuncia de éste.

Por lo tanto, salvo las excepciones mencionadas, la equivalencia entre el consentimiento a la enajenación y la renuncia regía entonces, de modo exclusivo, en relación con la esposa; el marido no tenía que consentir enajenaciones que la esposa no estaba —en principio— facultada para realizar, con lo que la pérdida de su derecho implicaba ineludiblemente su renuncia.

En concordancia con todo ello, el núm. 4 del art. 66 en su segundo párrafo establecía:

Art. 66.– También se extiende la viudedad legal:

4.– Siendo sobreviviente la mujer, a los inmuebles que sin consentimiento suyo el marido haya enajenado (...) estando ellos sujetos al derecho expectante de viudedad.

2.2.1.6. Recopilación de D. Marceliano Isábal

Tras la promulgación del Apéndice, se publicó en 1926 la obra de D. Marceliano Isábal “Exposición y Comentario del Cuerpo Legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón”. Se trata de una exégesis de este cuerpo legal cuyo objetivo consistía en ayudar en las tareas de la Comisión de Códigos y en la conservación de lo que, hasta ese momento, había constituido nuestro Dere-

cho civil, amenazada por la derogación expresa que la Disposición Final del Apéndice hacía en su art. 78 de los Fueros y Observancias. Aunque, no obstante su forma articulada, no estamos ante un texto legislativo como los precedentes constituye la última obra dedicada a los Fueros y Observancias mencionados. Por este motivo, ha parecido oportuna la inclusión en este apartado, al objeto de completar la situación del Derecho aragonés posterior al Apéndice y previa a los Anteproyectos de la Compilación.

En la citada “Exposición” quedan contemplados expresamente tanto los poderes del marido para disponer como la equivalencia del consentimiento de la esposa a la enajenación a la renuncia del expectante:

Art.152.– El marido es el administrador de los bienes inmuebles.

Art. 153.– El marido puede enajenar bienes sitios en los que debe tener viudedad la esposa; pero si la enajenación no se hace con voluntad de ésta le queda a salvo su derecho.

El autor acoge, en principio, el criterio de las Observancias 26 *De iure dotium* y 2ª *Ne vir sine uxore* considerando que si la esposa consiente una enajenación queda extinguida la viudedad aunque no renuncie expresamente a la misma, quedando subsistente, *a sensu contrario*, en toda enajenación no consentida.

Sin embargo, a pesar de ello, entiende conveniente que tanto en la escritura de enajenación como en la inscripción en el Registro se hiciera constar la subsistencia, continuación, o renuncia del derecho de viudedad para evitar las numerosas dudas que había visto suscitarse en la práctica²⁴⁵.

245 ISÁBAL Y BADA, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado “Fueros y Observancias del Reino de Aragón” derogado por el Apéndice al Código Civil español, op. cit.*, p. 465.

Ciertamente, no fue ésta una cuestión de interpretación diáfana, tal y como pone de manifiesto al enumerar la falta de unanimidad en los tratadistas aragoneses en relación al verdadero alcance de las Observancias²⁴⁶. Y así, cita como se inclinan por considerar que si la mujer no consiente una enajenación de bienes sitios realizada por su esposo conserva su derecho de viudedad sobre los propios de él y sobre la mitad de los comunes —si aquélla versara sobre estos últimos— MOLINO²⁴⁷, PORTOLÉS²⁴⁸, LYSSA²⁴⁹, LA RIPA²⁵⁰ y MARTÓN y SANTAPAU²⁵¹; DIESTE²⁵² se limita a mencionar como disposiciones vigentes tanto los Fueros *Ne vir sine uxore* como la Observancia 2ª de igual rúbrica a pesar de ser contradictorias; NOUGUÉS²⁵³ sostiene la doctrina de la necesidad de la intervención de la mujer para que el marido pueda enajenar la mitad de los bienes comunes, sin perjuicio de quedar a aquélla, aún con relación a esa mitad, el derecho de viudedad

246 ISÁBAL Y BADA, M., *Ídem*, pp. 466 y 467.

247 MOLINO, M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum...*, *op. cit.*, voz *viduitas*, fol. 331.

248 PORTOLÉS, J., *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini...*, *op. cit.*, p. 516.

249 LYSSA y GUEVARA, A. C. (de), *Tyrociniium Jurisprudentiae forensis, seu Adnimadversiones teorico-practicae juxta foros aragonum in IV. Libros Institutionum Iuris Imperatoris Justiniani*, Zaragoza, 1788, p. 123.

250 LA RIPA, J. F., *Tratado sobre los derechos de los cónyuges en el matrimonio, a los bienes que poseen durante él y de la división de ellos entre los mismos y sus herederos*, en “Segunda ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón”, Zaragoza, 1772, Ed. facsímil de las Cortes de Aragón, Zaragoza, 1985, p. 171.

251 MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla por dos abogados del Ilustre Colegio de Zaragoza*, T. I, *op. cit.*, pp. 577 y 587.

252 DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, *op. cit.*, pp. 544 (nota 3) y 546 (nota 8).

253 NOUGUÉS SECAL, P., *Tratado del consorcio conyugal con arreglo a la Jurisprudencia de Aragón*, Imprenta José María Magallón, Zaragoza, 1859, pp. 35 y 51.

si no autoriza el contrato; BLAS²⁵⁴ estima que ante el silencio del Derecho foral acerca de la facultad de disponer de los bienes inmuebles sin el consentimiento de la mujer, es natural que lo pueda verificar, como acontece por Derecho común, siempre que no sea con intención de defraudarla; DEL PLANO²⁵⁵, FRANCO y GUILLÉN²⁵⁶ y NAVAL²⁵⁷ reproducen, sin más, el texto de las Observancias. Independientemente de las diferentes interpretaciones doctrinales expuestas citadas por ISÁBAL, lo cierto es que la intervención de la mujer en los actos de disposición de los bienes inmuebles comunes era práctica universalmente seguida en Aragón hasta que la DGRN (Resolución de 27 de mayo de 1890) aplicó a nuestro sistema el art. 1413 Cc. entonces vigente, prescindiendo de la doctrina foral en este punto.

La publicación del Código Civil en 1889 tuvo gran repercusión no solamente entre los notarios sino también entre jueces y registradores, de tal manera que, por influencia del Derecho castellano, se acabó requiriendo a la esposa solamente a los efectos de renunciar a su derecho expectante de viudedad²⁵⁸.

254 BLAS Y MELENDO, A., *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 139.

255 DEL PLANO, M., *Manual del abogado aragonés*, op. cit., pp. 129 a 131.

256 FRANCO y LÓPEZ, L. y GUILLÉN y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 24.

257 NAVAL SCHMIDT, E., *Compilación articulada del Derecho Foral vigente en Aragón y conclusiones aprobadas por el Congreso de Jurisconsultos aragoneses con observaciones a las mismas*, Zaragoza, 1881, pp. 44 (art. 53.2) y 45 (art. 56.2).

258 Cfr. PALÁ MEDIANO, F., "Posibles aplicaciones del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges en una nueva ordenación del Derecho aragonés", ADA, V, 1949-50, p. 26, remitiéndose a la obra de ISÁBAL Y BADA, M. (*Exposición y comentario del Cuerpo legal...*, op. cit., pp. 467 y 468).

2.2.1.7. Anteproyectos de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967

En los Anteproyectos de la Compilación de 1963, 1965 y 1966 se propuso la extinción del expectante como consecuencia del consentimiento del no administrador a la enajenación. Sin embargo, ya en las Cortes y como resultado de la aprobación de una enmienda al Proyecto de Ley, se acabó optando finalmente por la renuncia como vía única de extinción.

Los textos propuestos en cada uno de aquéllos fueron los siguientes²⁵⁹:

a. Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón redactado por la Comisión de Jurisconsultos aragoneses nombrada por el Ministerio de Justicia (1963)

Art. 144.– Desde el momento en que los bienes inmuebles por naturaleza y los comprendidos en el número 1 del artículo 105 ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan afectos al derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble, si no la consienten ambos cónyuges.

b. Anteproyecto redactado por la Sección especial de la Comisión General de Codificación (1965)

Repitiendo prácticamente el tenor literal del art. 144 del anterior Anteproyecto por lo que a la necesidad del doble consentimiento conyugal respecta, a excepción del añadido “o menoscaba” a reglón seguido del “se extingue”, establece en su art. 75.2:

259 *Vid.* al respecto LORENTE SANZ, J., “El Anteproyecto de Compilación y el Proyecto de Ley en la Comisión General de Codificación y en las Cortes Españolas (En la Comisión General de Codificación)”, *op. cit.*, pp. 353 y 354.

Art. 75.2.– Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los inmuebles no consentida por ambos cónyuges, quedando a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe.

c. Nuevo Anteproyecto redactado por la Sección especial de la Comisión General de Codificación (1966)

Mantiene la necesidad de consentimiento del cónyuge no disponente pero establece, por primera vez, la novedad de que pueda ser suplido por la Junta de Parientes o, en su defecto, por la autoridad judicial en supuestos de incapacidad, ausencia o negativa infundada:

Art. 76.2.– Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los inmuebles, a menos que fuere consentida por el otro cónyuge o, subsidiariamente, por la Junta de Parientes y, en su defecto, por la Autoridad judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada. Queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe.

2.2.1.8. Reforma de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1985

El proyecto de ley de 1985 presentado en las Cortes no contemplaba nada acerca de la cuestión que nos ocupa a pesar de las dudas e incertidumbres que la Compilación de 1967, con la renuncia expresa como modo único de extinción, había provocado. Fue una enmienda a dicho proyecto presentada por MERINO HERNÁNDEZ como portavoz del Grupo Parlamentario Mixto la que propone la equiparación entre la renuncia y la enajenación o el consentimiento a ella con la finalidad de facilitar el tráfico jurídico²⁶⁰:

260 BATALLA CARILLA, J. L., “El derecho expectante de viudedad y la disposición de bienes inmuebles por los cónyuges. Desde las Observancias hasta hoy”, *RDCA*, III, n° 1, 1997, p. 133.

Enmienda 63: Dar la siguiente nueva redacción al artículo 76 de la Compilación:

2.- Salvo reserva expresa, la enajenación o el consentimiento a ella, de los bienes comunes a que se refiere el número anterior (inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número 1 del art. 39), equivaldrán a la renuncia al derecho expectante de viudedad de quien enajena o consiente (...).

Esta redacción sería admitida posteriormente por la Comisión de Derecho Civil de las Cortes de Aragón y pasaría a ser la definitiva del precepto. Suponía el regreso al criterio de las Observancias y, por extensión, al de los Anteproyectos de la Compilación de 1963, 1965 y 1966 que el texto definitivo de 1967 había acabado obviando. No obstante, a diferencia de aquéllos, el consentimiento requerido era, en origen, para la validez de la enajenación, aunque el legislador le concede a su emisión un valor idéntico al de la renuncia expresa²⁶¹.

El objetivo era dar una solución a todos los problemas que la doble intervención (consintiendo y renunciando) derivada de la interpretación mayoritaria del régimen compilatorio anterior había causado. En cualquier caso, es la primera vez que se plasma expresamente en un texto legal la equivalencia de efectos extintivos entre la renuncia del expectante y la enajenación conjunta o el consentimiento a la realizada por el otro cónyuge. Para su correcta comprensión, el art. 76.2 Comp. aragonesa debía ponerse en relación con la regulación de la disposición de bienes comunes establecida en el art. 48:

Art. 48.- *Administración y disposición*

1.- La administración y disposición de los bienes comunes y decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos

261 Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, op. cit., p. 162.

cónyuges conjuntamente o a uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro.

2.- Frente a terceros estará legitimado cada cónyuge:

1º.- Para realizar actos de administración ordinaria del patrimonio consorcial así como los de administración y disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio.

2º.- En cuanto a los bienes que figuren a su nombre exclusiva o indistintamente, o se encuentren en su poder, para realizar cualesquiera otros actos de administración y disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio.

En el art. 48 la regla general era la disposición conjunta o bien de uno con el consentimiento del otro. El avance fue muy importante, con carácter general, para la disposición de los bienes comunes ya que ante cualquiera de los dos supuestos el expectante desaparecía sin necesidad de renuncia.

No obstante, como apunta SERRANO GARCÍA²⁶², seguía siendo ineludible la renuncia en aquellos casos que contemplaba el 48.2 en los que uno de los cónyuges estaba legitimado para enajenar bienes comunes incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio frente a terceros al ser innecesario el consentimiento del otro con lo que la situación era muy similar a cuando se exigía el consentimiento y se presumía renunciado el expectante.

Igualmente, al establecer solamente la equiparación de la extinción del expectante con “la enajenación o el consentimiento a ella” de los bienes comunes, el destino de aquél no quedaba claro en los casos en los que el acto se hubiera realizado por uno de los cónyuges sin consentimiento inicial del otro (a los que se aplicaba el régimen de anulabilidad del 1322 Cc.) pero hubiera

262 SERRANO GARCÍA, J. A., *Ídem*, p. 162.

sido confirmado posteriormente ni en aquellos otros en los que hubiera mediado un consentimiento judicial supletorio que el art. 50 admitía si uno de los cónyuges estaba impedido para uno o varios actos de administración o disposición de tales bienes. En principio, ninguno de estos supuestos podía entenderse comprendido en el tenor literal de la norma²⁶³.

2.2.2. La regulación de la Lrem. Del consentimiento a la enajenación válida de bien consorcial

El objetivo principal perseguido por el legislador de la Lrem. ha sido buscar una solución a todos los problemas y necesidades citados en líneas precedentes en el límite más favorable entre el respeto al Derecho histórico y la fluidez del tráfico jurídico. Con este fin, quedan superadas las equiparaciones consentimiento-renuncia del régimen anterior al admitirse expresamente en el art. 98.1.b) Lrem. que toda enajenación válida de un bien consorcial extingue el expectante. El requisito único es la validez de la enajenación, prescindiendo de la emisión obligada del consentimiento de ambos cónyuges. Se obtiene así una mayor seguridad jurídica y, sobre todo, una importantísima simplificación en los trámites de la enajenación de bienes consorciales afectos al derecho expectante.

Las decisiones acerca de la economía familiar corresponden a ambos cónyuges imperativamente (arts 3.2, 4 y 45.1 Lrem.).

263 SERRANO GARCÍA afirmaba al respecto como “podría pensarse que la reforma había querido excepcionar la renuncia expresa en todo caso de enajenación de bienes comunes válidamente realizada, es decir, tanto en la enajenación conjunta o de un cónyuge con el consentimiento del otro como en la disposición individual que no necesite de éste último; (...) sin embargo —concluía— no parece que la reforma haya pretendido ir tan lejos”, *cf.* SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, *op. cit.*, p. 163.

Sin embargo, la gestión del patrimonio común corresponde a los cónyuges conjuntamente o por separado según hayan pactado al respecto; en ausencia de pacto válido, o bien para completarlos, se estará a lo dispuesto por la Lrem. en su Título IV (artículos 47 a 60 Lrem.). Los únicos límites en la gestión serán los genéricos del *standum est chartae* (art. 3 Lrem.).

Tal y como se apunta en el apartado VIII del Preámbulo, la voluntad del legislador es propiciar *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*, a excepción del fraude a los derechos del otro sancionado en el art. 54 Lrem. Por este motivo, la regla de actuación conjunta o de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro (art. 51 Lrem.) que en la Compilación era la regla general con algunas excepciones (art. 48 Comp. aragonesa) ahora es una regla residual, de cierre del sistema, que funcionará tan sólo subsidiariamente, en defecto de pacto válido y siempre y cuando no estemos en los numerosos supuestos en los que la Lrem. permita la actuación individual, ya sea indistinta (art. 48 Lrem.) o disjunta (arts. 49 y 50 Lrem.)²⁶⁴.

Solamente en los casos en los que un cónyuge pretenda realizar o haya realizado actos de administración o disposición a título oneroso que precisen el consentimiento del otro y exista algún im-

264 Vid. al respecto SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal aragonés”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., pp. 282 y 294; BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 9 y 10; MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, Colección “El Justicia de Aragón” n° 32, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 44 y 45.

pedimento para prestarlo o bien una negativa injustificada podrá acudir al juez para solicitar su intervención (art. 52 Lrem.).

Con una gestión así definida, la consecuencia lógica y natural para el expectante, tanto en la actuación conjunta como en la separada, si la enajenación es válida, no podía ser otra que la contemplada en el art. 98.1.b) Lrem. En la práctica, de nada servirían los argumentos de agilidad y flexibilización del tráfico jurídico de esta clase de bienes perseguidos por el legislador si no se produjera *ex lege* la desaparición de este derecho²⁶⁵.

Los supuestos que podremos encuadrar dentro de la enajenación válida a la que hace referencia el 98.1.b) Lrem. son los siguientes:

2.2.2.1. Art. 48.d) Lrem.: Actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones señaladas en el art. 36.1.a) Lrem.

a. Presupuestos de hecho del precepto

a.1. Características del acto

a.1.1. Actos de disposición

La estructura que tenía el derogado art. 48 Comp. aragonesa tras la reforma de 1985 ha sido la base sobre la que se han construido los actuales artículos 48, 49 y 50 Lrem. Por lo que al art. 48 Lrem. respecta, su punto de partida son *los actos de administración ordinaria del patrimonio consorcial* a los que hacía referencia el primer inciso del 48.2º Comp. aragonesa²⁶⁶. Sin embargo, el art.

265 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 408.

266 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, op. cit., p. 45.

48.d) Lrem. va más allá al permitir, no ya la administración, sino la disposición por separado de bienes consorciales para satisfacer las atenciones del art. 36.1.a) Lrem.

Se trata de la principal novedad que presenta la Lrem. en este precepto respecto a la regulación de la Compilación de esta materia pues amplía notablemente las posibilidades de actuación indistinta de cualquiera de los cónyuges²⁶⁷.

a.1.2. Acto a título oneroso

El acto deberá ser a título oneroso, pues de lo que se trata, en definitiva, es de la obtención de liquidez para sufragar las atenciones del art. 36.1.a) Lrem. Podrá ser tanto un acto de enajenación (venta) como de gravamen (hipoteca, servidumbre, usufructo, etc.)²⁶⁸.

a.1.3. Acto necesario

El que se requiera que sea “necesario” implica el que sea urgente y, posiblemente, aunque no ineludiblemente, el que no pueda manifestarse el consentimiento de otro modo²⁶⁹.

267 Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 290; BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 11; MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero, op. cit.*, p. 50.

268 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 12.

269 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 12. Para SERRANO GARCÍA, la norma exige implícitamente ambos requisitos conjuntamente, *cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 290. En la misma línea, MAR-

a.1.4. Con finalidad de satisfacción de las atenciones señaladas en el art. 36.1.a) Lrem.

Las atenciones mencionadas son definidas en la letra a) del art. 36.1 Lrem. como *las 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.*

El precepto hace referencia a los gastos derivados de los cuidados básicos tanto de la familia en general como de cada cónyuge o hijos en particular, incluso los de uno sólo de aquéllos siempre, en este último caso, condicionado al requisito de la convivencia con el matrimonio. Ahora bien, una correcta inteligencia de la norma implica que los gastos deberán estar en consonancia con la situación económica de la familia y el entorno social en el que habitualmente se desenvuelvan²⁷⁰.

TÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, op. cit., p. 52.

Aunque varios miembros de la Comisión (entre ellos Serrano García) se manifestaron a favor de su inclusión expresa finalmente se decidió no mencionar la exigencia de la urgencia. En opinión del Presidente de la Comisión, Delgado Echeverría, el contexto de la redacción ya parece incluir cierta idea de urgencia, *cfr. "Acta de la sesión de nueve de mayo de 2001 (Acta 116)", Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit., p. 4.*

270 Al respecto *vid.*, entre otros, ESCUDERO RANERA, P., "Deudas comunes y privativas", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Colección: Derecho civil aragonés, nº 2, coordinada por Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, p. 144; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Gestión del consorcio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 180. Cita este último como ejemplos subsumibles en este precepto los derivados de compras usuales, pequeñas reparaciones, renovación de utillaje doméstico, atenciones sanitarias, gastos de educación, propinas, etc.; también, de modo especial, los gastos de internamiento en residencias geriátricas o centros para discapacitados de un miembro de la familia, *Ídem*, pp. 189 y 190.

b. Consecuencias para el expectante del no disponente

El acto realizado dentro de los parámetros expuestos es válido y extingue el expectante del cónyuge no disponente *ex art. 98.1.b) Lrem.* Por el contrario, si una vez realizada la disposición del bien común de modo individual no quedase acreditada su necesidad para hacer frente eficazmente a las atenciones mencionadas o, simplemente, estas últimas no fueran tales, decaería la legitimación indistinta prevista en el 48.d) Lrem. y, con ella, la imprescindible validez en la que se sustenta la extinción del expectante. Estaríamos, en este caso, ante un acto de disposición oneroso en el que faltaría el consentimiento, inexcusable en el contexto descrito, en virtud del art. 51 Lrem., de uno de los cónyuges, al que pasaría a ser aplicable entonces la regulación prevista en el art. 53 Lrem. (Falta de consentimiento de actos a título oneroso) y frente al que el expectante del cónyuge no interviniente quedaría subsistente.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la eventual justificación de la necesidad del acto podrá ser previa, simultánea o incluso posterior a la disposición. El art. 48.d) Lrem. *in fine* establece al respecto que *será suficiente la declaración de la Junta de Parientes del otro cónyuge*²⁷¹. Estamos ante un medio de prueba propuesto por el legislador como bastante que posibilita el ac-

271 Para BERNAD MAINAR, el hecho de que se llame a la Junta de Parientes del cónyuge que no ha realizado el acto, aunque trata de evitar un posible conflicto de intereses, puede quebrar la unidad de dirección, de criterio y de actuación del matrimonio y refleja un cierto recelo por parte del legislador de su transparencia e imparcialidad. En su opinión, bastaría que la Junta de Parientes del matrimonio, única, por representar los intereses únicos y de consuno del matrimonio, acordara y justificara la necesidad de la actuación unilateral de uno de los cónyuges sobre el patrimonio común, concluyendo que, así constituida, se alejarían tanto los resquemores sobre la esencia de la institución como la dificultad de su constitución y llamamiento que ha sido, desde siempre, uno de sus mayores lastres. *Vid.* al respecto

ceso al Registro de la Propiedad pero que no es necesario para la validez del acto²⁷². Es perfectamente posible, por tanto, la utilización de cualquier otro admitido en Derecho²⁷³.

2.2.2.2. Art. 49 Lrem.: Actos de disposición incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio del cónyuge disponente

a. Presupuestos de hecho del precepto

a.1. Características del acto

a.1.1. Acto de disposición

El art. 49.1 Lrem. legitima a cada cónyuge *para realizar los actos de administración o disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio*. La autorización para la realización de este tipo de actos se encontraba ya regulada en el art. 48.2.1º Comp. aragonesa si bien referida solamente *ad extra* (*Frente a terceros estará legitimado cada cónyuge: 1º. Para realizar actos de administración ordinaria del patrimonio consorcial así como los de administración y disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio*). El art. 49 Lrem. la amplía a la relación interna —pues los actos son oponibles también al otro cónyuge— e incluye como novedad la aseveración notarial como medio de prueba en su apartado 2²⁷⁴.

BERNAD MAINAR, R., “La Junta de Parientes en la nueva legislación aragonesa”, RDCA, XI-XII, 2005-2006, pp. 78 y 79.

272 Ésta es la interpretación que dan los miembros de la Comisión al término “suficiente”. Consúltese al respecto “Acta de la sesión de nueve de mayo de 2001 (Acta 116)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

273 Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 290; BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 13.

274 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *intervivos* de los bienes del con-

a.1.2. Acto a título oneroso o gratuito

A diferencia del supuesto anterior de enajenación válida contemplado en el art. 48.d) Lrem. (actos de disposición necesarios para satisfacer atenciones legítimas), aquí es posible tanto la disposición a título oneroso como a título gratuito siempre que esté incluida en el tráfico normal de la profesión²⁷⁵.

a.1.3. Acto sobre bienes incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio del cónyuge disponente

La clave de la legitimación para la disposición individual del bien descansa en la eventual pertenencia al tráfico habitual de la profesión o negocio del que lo lleva a cabo. Dada la ubicación sistemática de la norma en sede de gestión del consorcio, su aplicación se ciñe a bienes comunes, ya sea porque es común el negocio (como, por ejemplo, la empresa o explotación fundada durante el consorcio salvo que sea totalmente a expensas del patrimonio privativo de uno solo de ellos *ex art. 28.2. j Lrem.*) o por afectar a frutos de la explotación si ésta es privativa (*art. 28.2. f Lrem.*). El tenor literal del precepto hace referencia a “profesión o negocio” con lo que comprende a comerciantes, agricultores y a todos los profesionales en general²⁷⁶.

sorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, pp. 14 y 15; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Gestión del consorcio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 192.

²⁷⁵ Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 15.

²⁷⁶ Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, pp. 15 y 16.

Se habla de “profesión o negocio” por utilizar una terminología más acorde con la actualidad, además de que “negocio” es un término más amplio que “oficio”

El principal problema durante la vigencia de la Compilación había sido acreditar la pertenencia al tráfico a la que aludía el derogado 48.2.1º Comp. aragonesa ya que nada se mencionaba respecto a la prueba. El artículo había quedado prácticamente inoperante por este motivo al resultar inevitable acudir a un proceso para demostrar que el bien estaba incluido en el tráfico habitual de la profesión o negocio del cónyuge disponente puesto que el Registrador de la Propiedad que iba a practicar la correspondiente inscripción carecía de legitimación alguna para entrar en el fondo del asunto²⁷⁷.

Los problemas más graves se suscitaban en los supuestos del cónyuge constructor de viviendas cuyo tráfico habitual consistía en la venta de edificios. Pensando en ellos, y con la finalidad de facilitar la inscripción en el Registro de la Propiedad, la Lrem. introduce un cauce concreto para este fin: *la aseveración del notario que le conste por notoriedad* que un acto está dentro del giro habitual de quien lo realiza²⁷⁸.

(utilizado en el texto compilatorio), con lo que quedan incluidos todos los supuestos posibles, *cfr.* “Acta de la sesión de nueve de mayo de 2001 (Acta 116)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 6.

277 SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, pp. 291 y 292. Véase en este punto la resolución de la DGRN de 20 de marzo de 1986 denegatoria de la inscribibilidad del acto de disposición realizado sin consentimiento de su cónyuge por quien alegaba su condición de comerciante, basándose, fundamentalmente, en que las circunstancias alegadas por el recurrente —condición de comerciante y constituir la venta un acto propio de su comercio— eran “datos de hecho que escapaban a la calificación registral”, *cit.* por BATALLA CARILLA, J. L., “La Compilación y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 96.

278 *Vid.* al respecto “Acta de la sesión de nueve de mayo de 2001 (Acta 116)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 7 y 8.

Durante la vigencia de la Compilación, proponía ya BATALLA como una opción de prueba bastante para acreditar la condición de comerciante que *el Notario*

No obstante, no implica la imposibilidad de utilizar cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho²⁷⁹.

El Notario deberá constatar que lo que asevera es cierto y en caso de que no fuera así quedaría sujeto a responsabilidad pero nunca haría legítimo el acto de disposición ya realizado en tanto que su “aseveración” no constituye requisito de validez sino, exclusivamente, de inscripción²⁸⁰.

b. Consecuencias para el expectante del no disponente

Si la pertenencia del acto realizado al tráfico habitual del cónyuge profesional o comerciante enajenante queda acreditada, será válido y extinguirá el expectante del no disponente *ex art. 98.1 b) Lrem.* Por el contrario, si aquélla no fuera cierta, el acto no tendría validez y no llevaría aparejada, a contrario, la extinción del

lo manifestase por notoriedad (el subrayado es mío), junto con la licencia fiscal o la declaración del propio vendedor de que lo vendido era objeto de su comercio, pero sin olvidar que, a pesar de admitir cualquiera de ellas como medio de prueba para evitar el consentimiento del cónyuge no propietario, poco se avanzaba si luego era necesaria la renuncia como consecuencia del entonces vigente art. 76.2 Comp. aragonesa, *cfr.* BATALLA CARILLA, J. L., “La Compilación y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 96.

279 Ocurre lo mismo que en el art. 48.d) Lrem. en relación con la prueba de las atenciones legítimas de la familia reguladas en el 36.1.a): son medios de prueba que el legislador estima “idóneos” para los fines perseguidos pero que no impone en ninguno de los dos casos. Así se deduce también del propio tenor literal de los preceptos: “*será suficiente* la declaración de la Junta de Parientes...”, señala el 48.d) o “*bastará que así resulte* de la aseveración del Notario...”, establece, por su parte, el 49.2.

280 *Cfr.* BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 17. Igualmente, SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 292 y MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero, op. cit.*, p. 56.

expectante, pasando a aplicarse el régimen dispuesto en el art. 53 Lrem. (Falta de consentimiento de actos a título oneroso), independientemente de que la aseveración del notario fuera o no errónea o falsa²⁸¹.

Con el efecto extintivo que cualquier enajenación válida supone para el expectante como consecuencia del art. 98.1.b) Lrem. y la inclusión específica de la *aseveración del Notario que le consta por notoriedad* contenida en el apartado 2º del art. 49 se reducen notablemente los impedimentos ocasionados por aquél bajo la anterior regulación en la enajenación de esta clase de bienes comunes²⁸².

281 Como afirma al respecto MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, ningún notario prudente se arriesgara, en la práctica, a emitir un juicio de notoriedad si persiste una duda razonable, *cfr.* MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero, op. cit.*, p. 57. En igual sentido, MERINO HERNÁNDEZ: "...es de agradecer al legislador autonómico aragonés la extrema confianza que, con esta norma, deposita en el Notariado español. En contrapartida, los Notarios debemos extremar la atención en este tipo de operaciones, para evitar caer en la rutina y (...) que estos preceptos legales se conviertan en una escapatoria para las disposiciones de los aragoneses mal avenidos con sus cónyuges", *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Gestión del consorcio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 193. También con igual criterio, *vid.* la intervención de la notario CRUZ GISBERT en el coloquio siguiente a la ponencia "Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal", *cfr.* CRUZ GISBERT, T., "Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal" (coponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 53.

282 No obstante, como apunta acertadamente MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, para el caso concreto de los constructores la utilidad práctica no va a ser tanta como en un principio cabría suponer dado que la mayor parte operan a través de sociedades para, de esta forma, limitar su responsabilidad, *cfr.* MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero, op. cit.*, p. 57.

En igual sentido se pronuncia CRUZ GISBERT, T., "Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal" (coponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 41. No obstante, señala acertadamente esta última

Obsérvese, además, que el legislador ha elegido idéntico medio de prueba en sede de expectante en relación a estos mismos bienes, pero de carácter privativo, y que su enajenación válida también lleva aparejada la extinción automática de aquél *ex art. 98.1.c) Lrem.* En cualquier caso, esta consecuencia era el necesario complemento que venía demandando la inexcusable agilidad que debe presidir, por su especial naturaleza y frecuencia, este particular tráfico jurídico²⁸³.

2.2.2.3. Art. 52 Lrem.: Autorización judicial

El art. 50 Comp. aragonesa regulaba la posibilidad de acudir al juez solamente para supuestos de disposición de un bien consorcial en los que uno de los cónyuges se hallara impedido. El art. 52 Lrem. prevé la posibilidad de acudir al Juez en relación a un acto de administración o disposición a título oneroso de un bien consorcial *de quien se halle impedido para prestarlo o se niegue injustificadamente.*

a. Presupuestos de hecho del precepto

a.1. Acto a título oneroso

La autorización solamente es posible cuando la disposición sea a título oneroso. Así se deduce del art. 52 Lrem. y de la propia regulación de los actos de disposición a título gratuito estable-

como ejemplo válido de plena aplicación del precepto los supuestos en los que un pequeño constructor compre bajo régimen de consorciales una casa para su rehabilitación y posteriormente la venda.

283 En contra, durante la vigencia de la Compilación, considerando “muy peligrosa” la extinción del expectante en estos supuestos *vid.* ASENSIO PALLÁS, M., “Actos de disposición de bienes comunes en Aragón”, *BCAZ*, núm. 89, 1983, p. 62.

cida en el art. 55 Lrem. que exige la intervención conjunta de ambos cónyuges bajo sanción de nulidad de pleno derecho.

a.2. Autorización previa o posterior al acto dispositivo

El tenor literal del art. 52 indica *Cuando un cónyuge pretenda realizar o haya realizado...*, con lo que es factible la autorización judicial tanto previamente como con posterioridad al acto de disposición²⁸⁴.

a.3. El impedimento para prestar el consentimiento

El impedimento debe considerarse como un hecho puntual y de carácter no permanente y ha de estar referido a un acto concreto²⁸⁵. Por ello deberá distinguirse tanto de los supuestos de

284 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., "Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal" (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 23. Igualmente, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, op. cit., p. 76 y MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Gestión del consorcio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., p. 188.

285 Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., "La gestión del consorcio conyugal aragonés", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 295 y, en igual sentido, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, op. cit., p. 79.

Por el contrario, considerando que puede hacer también referencia a varios actos, dependiendo del tiempo que se calcule que va a durar la situación de interinidad o de la clase de negocio de que se trate y bienes a los que afecte *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Gestión del consorcio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., p. 187.

Parece razonable, en cualquier caso, la puntualización de BAYOD LÓPEZ al respecto de que no admita demora, *cfr.* BAYOD LÓPEZ, C., "Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal" (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 24.

Martínez Cortés manifestó en los debates del precepto como puede aplicarse tanto cuando la imposibilidad es física o psíquica como por otras razones como, por ejemplo, la lejanía o falta de noticias sobre el paradero de una persona, *cfr.* "Acta de

incapacitación o ausencia judicialmente declaradas del art. 60 en los que el legislador concede automáticamente las facultades de gestión al otro cónyuge como de los de imposibilidad de gestión del patrimonio común del art. 58 Lrem. que permiten solicitarla al Juez: los primeros, porque obedecen a una causa *de iure*; el segundo porque, aún constituyendo una causa *de facto* como el caso del impedimento del art. 52, debe entenderse, a diferencia de este último, que se trata de un motivo que se prolonga en el tiempo, al conllevar la imposibilidad de gestión a la que hace referencia el 58 Lrem.²⁸⁶.

a.4. La negativa injustificada

La negativa injustificada es una novedad añadida que la Compilación no recogía y en la que habrá que situar supuestos en los que la oposición a la venta de cosa común no responde a otra razón que no sea la de perjudicar al otro cónyuge o al consorcio.

No obstante, como apunta SERRANO GARCÍA, plantea el problema de su armonización con la posibilidad regulada en el art. 46 Lrem. de acudir al Juez solicitando la disolución del consorcio conyugal cuando los desacuerdos en la gestión sean graves o reiterados²⁸⁷.

la sesión de veintitrés de mayo de 2001 (Acta 118)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 6.

286 BAYOD LÓPEZ, C., "Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal" (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 24. Igualmente MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Gestión del consorcio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 187.

287 SERRANO GARCÍA, J. A., "La gestión del consorcio conyugal aragonés", *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 295. Quizá el motivo de esta su-puesta descoordinación se deba a que esta posibilidad, aunque debatida en el seno

Nótese que, en cualquier caso, mientras la negativa del 52 deber ser “injustificada” el 46, por su parte, establece que los desacuerdos sean “graves o reiterados”²⁸⁸. Por ello, una posible interpretación conjunta de ambos preceptos pasaría por la aplicación del 52 solamente en aquéllos casos sin precedentes anteriores en los que la oposición del cónyuge no disponente careciera de fundamento razonable²⁸⁹.

de la Comisión (*vid.* al respecto “Acta de la sesión de veintitrés de mayo de 2001 (Acta 118)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 4 a 6), no se incluyó finalmente por mayoría en el Anteproyecto originario que se remitió al gobierno, sino que fue posteriormente y a través de una enmienda de la Chunta Aragonesista (núm. 68). Consúltese en RDCA, VII-VIII, 2001-2002, pp. 394 y 438, *cf.* BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 24. La redacción original era “...o se niegue a ello con abuso de su derecho” (similar al último inciso del art. 76.2 Comp. aragonesa, regulador del acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia del expectante) que luego se reemplazaría por unanimidad por el definitivo “...o se niegue injustificadamente a ello”.

288 Como matiza acertadamente MERINO HERNÁNDEZ “(...) son conceptos distintos y alternativos. Los graves no necesitan ser reiterados; éstos no tienen por qué ser graves. En ambos casos, su apreciación será libre por el Juez”, *cf.* “Gestión del consorcio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 205.

289 BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 24.; igualmente, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero, op. cit.*, pp. 81 y 82. Subraya este último como el término “injustificadamente” es un concepto jurídico indeterminado que admite una pluralidad de interpretaciones matizando, no obstante, y acertadamente en mi opinión, que debe suponer un perjuicio concreto a la familia para legitimar la posibilidad de acudir al Juez. De igual modo se manifestaba en relación con la negativa —sin más añadidos— a prestar el consentimiento Torrente Giménez en los debates del precepto, argumentando, no obstante, que resultaba muy complejo y decantándose por ello a no incluirla en aquél, *cf.* “Acta de la sesión de veintitrés de mayo de 2001 (Acta 118)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 6.

b. Consecuencias para el expectante del no disponente

Cuando se aplicaba el derogado art. 50 Comp. aragonesa en supuestos en los que el cónyuge estaba impedido, la doctrina entendía que no se trataba de un consentimiento supletorio sino que, únicamente, lo que aquélla norma excepcionaba era la necesidad de disposición conjunta. Por lo tanto, aunque se obtuviera del juez la autorización pertinente, quedaba subsistente el expectante del cónyuge que no consentía porque en nada le afectaba aquélla²⁹⁰.

Actualmente, será el juez quien deberá valorar la existencia del impedimento o de la negativa injustificada y resolver, en su caso, sobre la eventual viabilidad del acto de disposición. Si se pronuncia en sentido afirmativo, la autorización judicial así emitida dará validez a la enajenación realizada por uno sólo de los cónyuges y la interacción de los artículos 52 y 98.1.b) Lrem. hará fenecer *per se* el expectante del no disponente, superándose así la necesidad de cualquier otra intervención añadida renunciando o reservando, tal y como resultaba imprescindible durante la vigencia de la Compilación.

290 Vid. al respecto SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 745 y 746. En igual sentido, BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 409.

De este modo, quedaba como única vía válida en el caso de incapacitación o negativa injustificada la solicitud del acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia del expectante que regulaba el artículo 76.2.2º Comp. aragonesa.

2.2.2.4. Actos realizados en aplicación de los artículos 58 (atribución de la gestión a uno sólo de los cónyuges), 59 (privación de la gestión) y 60 (concreción automática de facultades) Lrem.

Se trata de supuestos en los que uno de los cónyuges está imposibilitado para prestar su consentimiento (art. 58 Lrem.), ha puesto en peligro repetidamente la economía familiar (art. 59 Lrem.), o es declarado legalmente incapaz o ausente (art. 60 Lrem.). En todos ellos la gestión conjunta no es factible o no resulta aconsejable y por ello el legislador establece mecanismos para que se lleve a cabo de la manera menos gravosa posible para los intereses de ambos cónyuges y de la economía familiar.

a. Presupuestos de hecho

a.1. Art. 58 Lrem. Atribución de la gestión a uno sólo de los cónyuges

El art. 58 regula la posibilidad de que uno de los cónyuges pueda solicitar al Juez la atribución de la gestión del patrimonio común en exclusiva si su consorte estuviera imposibilitado para ello.

a.1.1. La imposibilidad para la gestión del patrimonio común

La solicitud al Juez regulada en la norma exige que uno de los cónyuges se encuentre imposibilitado para la gestión del patrimonio común. Se trataría de un impedimento *de facto* que afectase globalmente a toda la gestión del patrimonio común de manera prolongada. Debe diferenciarse tanto del supuesto de hecho recogido en el art. 52 que, tal y como se ha visto *supra*, hace referencia a una situación más o menos transitoria en la que existe un impedimento

concreto para una enajenación, como de los supuestos automáticos del art. 60, que precisan de una resolución judicial previa que los declare²⁹¹.

a.1.2. La atribución de la gestión

El art. 58 *in fine* establece que el Juez *podrá acceder a lo solicitado*. Por lo tanto, la solicitud no le vincula²⁹² y podrá incluso denegarla si lo estima oportuno. En caso afirmativo, tampoco tiene que ser una concesión absoluta pues el precepto permite modalizarla según las características concretas del caso (... *y señalar los límites y cautelas a la gestión concedida, según las circunstancias*). Es posible, por tanto, minorarla o suprimirla en función de las circunstancias²⁹³.

Para el caso concreto de inmuebles o establecimientos mercantiles, parece lógico que, aunque nada diga el precepto, entre los límites o cautelas aludidos en el art. 58 Lrem. el Juez establezca la necesidad de la autorización judicial o de la Junta de Parientes, por analogía a lo establecido en el art. 60 Lrem.²⁹⁴.

291 SERRANO GARCÍA, J. A., "La gestión del consorcio conyugal aragonés", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 298; igualmente, BAYOD LÓPEZ, C., "Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal" (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, p. 23.

Como apuntaba Giménez Martín en los debates de la elaboración del precepto se trataría de una situación más o menos estable pero no definitiva, porque si no daría lugar a la incapacitación o a la declaración de ausencia, *cfr.* "Acta de la sesión de trece de junio de 2001 (Acta 121)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 7.

292 *Cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., "La gestión del consorcio conyugal aragonés", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 298.

293 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Gestión del consorcio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, *op. cit.*, p. 196.

294 *Cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., "La gestión del consorcio conyugal ara-

a.2. Art. 59 Lrem. Privación de la gestión

En virtud de esta norma, uno de los cónyuges puede pedir que se reduzcan o eliminen, en su caso, las facultades de gestión del otro ante conductas reiteradas que pongan en peligro la economía familiar²⁹⁵.

El precepto no exige de modo expreso una actuación dolosa o negligente pero el que sea un acto repetido implicará, cuando menos, cierta negligencia²⁹⁶.

a.2.1. El peligro repetido para la economía familiar

En principio, las decisiones en torno a la economía familiar corresponden a ambos cónyuges en aplicación de los artículos 4 y 47.1 Lrem. Por lo tanto, parece que el art. 59 va referido a actos que uno

gonés", *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 298. En igual sentido, CRUZ GISBERT, T., "Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal" (coponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 42 y BAYOD LÓPEZ, C., "Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal" (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, pp. 23, 24 y 36. En opinión de esta última, si el pronunciamiento del Juez no indicara nada al respecto, no cabría pensar, por prudencia, que entre las atribuciones sobre el patrimonio común conferidas al otro cónyuge se encuentra la de disposición de bienes inmuebles, estimando entonces necesario la solicitud de la autorización judicial pero por aplicación del art. 52 Lrem.

²⁹⁵ La exigencia de que se ponga en peligro la economía familiar "repetidamente" enerva el riesgo de que se pueda privar sólo por un mal resultado negativo en la gestión, *cf.* "Acta de la sesión de trece de junio de 2001 (Acta 121)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 7. Como apunta MERINO HERNÁNDEZ "lo que importa es que uno de los cónyuges tenga un *comportamiento habitual* que ponga en riesgo el buen funcionamiento de la familia" (el subrayado es mío), *cf.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Gestión del consorcio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 197.

²⁹⁶ *Cfr.* MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero, op. cit.*, p. 85.

sólo de los cónyuges haya realizado repetitivamente estando legitimado para ello por ley (actuación indistinta del art. 48 o disjunta de los arts. 49 y 50 Lrem.) o por pacto y que, en consecuencia, son válidos y eficaces, puesto que si no fuera así no habría lugar a un eventual riesgo para aquélla. Por este motivo, lo que el artículo establece no es que se atribuya la gestión del patrimonio común en su totalidad al otro cónyuge —como ocurre en el art. 58 Lrem.— sino solicitar que, al que lleva a cabo repetitivamente estos actos, se le prive de todas o parte de sus facultades de gestión separada²⁹⁷.

a.2.2. La privación de la gestión

Como en el supuesto del artículo precedente, la petición al Juez tampoco es vinculante, pues así parece deducirse del propio tenor literal del precepto (...*el otro cónyuge puede pedir al Juez que prive a aquél en todo o en parte de sus facultades de gestión*).

La diferencia con el art. 58 Lrem. es que aquí la iniciativa para modificar las facultades de gestión parte del cónyuge solicitante y no del Juez. Si la privación es total, el privado solamente podrá actuar conjuntamente con el otro cónyuge; y si es parcial, podrá actuar indistintamente sólo respecto a aquellas facultades de gestión individual que, de modo expreso, haya determinado el Juez. En este supuesto considero que sería igualmente de aplicación analógica la necesidad de la autorización judicial o de la Junta de Parientes para la disposición de inmuebles o establecimientos mercantiles²⁹⁸.

297 Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal aragonés”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 299.

298 En este sentido, CRUZ GISBERT, T., “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” (coponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 42.

a.3. Art. 60 Lrem. Concreción automática de facultades

El art. 60 Lrem. concede automáticamente las facultades de gestión del patrimonio común al cónyuge del declarado ausente o incapaz.

a.3.1. Las necesarias declaraciones judiciales de incapacitación o ausencia

La aplicación del art. 60 se produce *ope legis* desde el mismo momento en que una resolución judicial declara la incapacitación o ausencia de uno de los cónyuges²⁹⁹, sin necesidad de ningún otro requisito añadido, y supone la atribución inmediata de la gestión del patrimonio común al otro.

La diferencia con los arts 58 y 59 es que aquí la concesión de la gestión del patrimonio común es consecuencia de una causa *de iure* y, por tanto, no se solicita al Juez.

No es necesario tampoco, a diferencia del art. 1387 Cc., que el cónyuge al que se le atribuye la gestión sea tutor o representante legal del ausente³⁰⁰.

299 En la redacción original del precepto se incluía también el supuesto de prodigalidad. La Disposición Final 2ª de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona (en adelante, LDp.), lo suprimió del art. 60 Lrem., en coherencia con su art. 35.3 que establece que la prodigalidad no tendrá otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando reúna los requisitos de esta última establecidos en el apartado anterior del art. 35 (enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma).

Por lo que a la ausencia respecta, el art. 50.1 LDp. remite directamente al 60 Lrem. para la gestión del patrimonio consorcial del “declarado ausente”, utilizando idéntica terminología y en alusión directa a la necesidad de la resolución judicial. La falta de esta última supone utilizar un régimen distinto, el destinado al “desaparecido” del art. 44 LDp. que remite, en este caso, a los arts. 52 y 58 Lrem. y, por tanto, a la necesidad de intervención judicial.

300 Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal aragonés”, *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 299. En igual sentido, MARTÍ-

En cualquier caso, si el Juez nombrara a un tercero para estos cargos, su ámbito de actuación quedaría circunscrito a los bienes privativos del cónyuge tutelado o representado legalmente³⁰¹.

Respecto a la ausencia, esta regulación ya figuraba en el derogado art. 7 Comp. aragonesa³⁰² ubicado en el Título 1º “De la capacidad y estado de las personas” si bien se ocupaba de modo conjunto tanto del expectante del ausente (7.1 y 2) como de la gestión del patrimonio conyugal en estos casos (7.3). Ahora, con mayor coherencia sistemática, son objeto de regulación separada en los distintos Títulos que la Lrem. destina a cada uno de ellos, cerrando de este modo una normativa que mejora sustancialmente la anterior en este punto.

a.3.2. La autorización judicial para la disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles

El art. 7.3 Comp. aragonesa requería ya la autorización judicial para la disposición de inmuebles y establecimientos mer-

NEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, op. cit., p. 85. Señala este último como ventaja de la regulación contenida en el art. 60 Lrem. que la gestión va a recaer en alguien que no es ajeno a los bienes y que, por tanto, se esforzará en gestionarlos lo mejor posible. Como contrapartida, resalta el inconveniente de que el automatismo del precepto pueda plantear problemas en aquellos casos en los que el cónyuge del incapacitado o ausente no mereciese la gestión en solitario de los bienes comunes pues, a diferencia de los arts. 184 (ausencia) y 234 (incapacitación) del Cc. que permiten la intervención del Juez, el art. 60 Lrem. guarda silencio al respecto (*Ídem*, pp. 88 y 89).

301 *Vid.*, en las deliberaciones de la Comisión Aragonesa sobre el precepto, las opiniones en este sentido de M^a Ángeles Parra Lucán y Jesús Martínez Cortés, “Acta de la sesión de trece de junio de 2001 (Acta 121)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., p. 9. Igualmente, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, op. cit., pp. 87 y 88.

302 *Vid.* al respecto la Disposición Derogatoria Única de la Lrem.

cantiles en el caso de ausencia. El art. 60 Lrem. la amplía a los supuestos de incapacitación y admite también la posibilidad de acudir a la Junta de Parientes del otro cónyuge³⁰³.

La vía parental es una novedad que permite, en su caso, un importante ahorro tanto económico como de tramitación procesal³⁰⁴.

303 El precepto está inspirado en el art. 7.3 Comp. aragonesa, al que se le añade la intervención de la Junta de Parientes que la doctrina había echado en falta en estos supuestos. Existió acuerdo en este sentido de la mayoría de los miembros de la Comisión, siempre que se aclarase la del cónyuge concreto a la que debía recabarse la autorización, *cfr.* “Acta de la sesión de trece de junio de 2001 (Acta 121)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 8.

El hecho de que la Compilación regulara en su art. 13.2 la posibilidad de acudir alternativamente a la Junta de Parientes o al juez para solicitar la preceptiva autorización en el caso de disposición por parte del administrador de bienes del menor y no lo admitiera, por el contrario, en los del incapacitado, había motivado que la doctrina se cuestionara la posibilidad de la utilización analógica de la vía parental en estos casos, en aras de una mayor rapidez y flexibilización del tráfico jurídico. *Vid.*, en este sentido, entre otros, PASTOR OLIVER, A. y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E. (coponentes), “La Junta de Parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros”, *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 132 y 148-149, respectivamente; SAMANES ARA, C., “Disposición de bienes inmuebles de menores e incapacitados en Aragón” (ponente), *Actas de los Octavos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, p. 22; BERNAD MAINAR, R., *La Junta de Parientes en el Derecho Civil Aragonés*, colección El Justicia de Aragón, vol. 7, Zaragoza, 1997, p. 347 e, igualmente, en “La subasta pública en la venta de bienes inmuebles de los incapacitados según el auto del Presidente del TSJA de 17 de marzo de 1993”, *RDCA*, V, n° 1, 1999, p. 123. Aprobando este último su definitiva inclusión en el art. 60 Lrem. *vid.* BERNAD MAINAR, R., “La Junta de Parientes en la nueva legislación aragonesa”, *op. cit.*, p. 83.

304 *Cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Gestión del consorcio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 197. Destaca el autor la especial importancia que tiene en los supuestos de venta de inmuebles (particularmente, la vivienda habitual) por parte de las personas mayores incapacitadas.

No obstante, como hemos venido defendiendo, parece lógica y conveniente la aplicación extensiva de la autorización del juez o de la Junta de Parientes del otro cónyuge a los supuestos de los arts. 58 y 59 Lrem., salvo disposición en contrario de la resolución judicial. Los tres preceptos conforman un bloque de situaciones especiales de gestión en las que no parece justificable que el cónyuge favorecido por la gestión individual tenga mayores atribuciones que en el régimen normal³⁰⁵.

b. Consecuencias para el expectante del no disponente

Todas las enajenaciones de bienes del patrimonio común realizadas conforme lo establecido en los arts 58, 59 y 60 Lrem. serán válidas y, por lo tanto, extinguirán el derecho expectante en aplicación del art. 98.1.b) Lrem.

La realización de un acto de disposición sin la necesaria resolución judicial en supuestos de los arts. 58 y 59³⁰⁶ o de declaración judicial de la incapacidad o la ausencia en los del 60, supondrá la falta de un consentimiento necesario que implicará la derivación hacia el régimen del art. 53 Lrem. No obstante, para el supuesto concreto del art. 60 Lrem., debe matizarse que,

305 Como indica MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, si en el régimen normal para la disposición de inmuebles y establecimientos mercantiles es precisa la intervención del otro cónyuge lo lógico en estos supuestos es que también precise un “complemento” para ello, que será entonces la autorización judicial o parental en su caso, *cfr.* MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero, op. cit.*, p. 89. En igual sentido *vid.*, en relación con el art. 58 Lrem., lo apuntado por CRUZ GISBERT, para quien el cónyuge no puede tener más libertad en estos casos que en los del art. 60 Lrem., *cfr.* CRUZ GISBERT, T., “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (coponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 42.

306 Igualmente, en los de extralimitación tanto de los límites o cautelas a la gestión concedida del 58 como de una eventual privación parcial del 59 Lrem.

con independencia del automatismo del precepto, si dejaran de darse las circunstancias que motivaron en origen esta gestión y hubiera resolución judicial que expresamente lo recogiera (aparición del ausente o desaparición de los elementos causantes de la incapacitación) aquélla volvería a ser conjunta³⁰⁷, sin perjuicio de los actos de disposición ya efectuados y del expectante ya extinguido respecto a los bienes así enajenados.

2.2.2.5. El especial supuesto del artículo 53 Lrem.: la ausencia de consentimiento en actos a título oneroso

A diferencia de la Compilación, la Lrem. recoge en su art. 53 la regulación de las consecuencias que derivan de la falta de consentimiento necesario de uno de los cónyuges en actos de disposición a título oneroso. Aunque el precepto califica de válida la venta así realizada parece inseguro, en mi opinión, determinar *a priori* si se produce la extinción automática del expectante contemplada en el art. 98.1.b) Lrem. que venimos analizando, no sólo por la falta de intervención —inexcusable, en principio— de uno de los cónyuges sino también por la ausencia de efectos transmisivos de la propiedad con que el legislador califica la entrega del bien. Por este motivo parece conveniente un análisis previo del precepto con el objetivo de alcanzar una conclusión razonable sobre el destino final del expectante del no disponente:

307 Al respecto *vid.* CRUZ GISBERT, T., “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” (coponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 42.

a. Análisis del artículo 53 Lrem.

a.1. Supuesto de hecho y calificación de la venta para las partes intervinientes

El artículo 53 de la Lrem. establece en su apartado 1º:

Art. 53 Lrem.– *Falta de consentimiento en actos de disposición a título oneroso*

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.

Se trata de una venta de cosa común en la que interviene uno solo de los cónyuges siendo preciso, en aplicación del artículo 51 Lrem., que se hubiera efectuado bien por ambos conjuntamente, bien por uno de ellos con el consentimiento del otro³⁰⁸.

Estamos en presencia de una norma no imperativa que operaría siempre en defecto de pacto válido o insuficiente (art. 47.2 Lrem.).

308 En relación con los posibles supuestos de aplicación de la norma, señala BAYOD LÓPEZ como ejemplos más habituales vinculados a bienes inmuebles las compraventas en documento privado en las que el disponente miente indicando que actúa en nombre de su cónyuge (*falsus procurator*) o que éste consentirá con posterioridad cuando se eleve a escritura pública (promesas de hecho ajeno) y, como otros menos frecuentes, las compraventas relativas a inmuebles no inscritos o, aunque haya mediado inscripción, ésta no sea correcta (por ejemplo, inmueble que aparece en el Registro como privativo pero que, tras el matrimonio de su propietario, fue aportado al consorcio sin llegar a inscribirse tal aportación o supuestos de inmuebles comprados antes del matrimonio pero pagados totalmente constante el mismo), *cfr.* BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, pp. 28 y 29.

El art. 53.1 califica inicialmente de válida la venta³⁰⁹. Pero por lo que respecta a sus efectos obligacionales, los limita a las partes contratantes y sus herederos³¹⁰; y en lo relativo a la entrega, le priva de cualquier efecto transmisivo de la propiedad al comprador, que será mero poseedor, de buena o mala fe, pero no propietario, independientemente de la forma en que aquélla se haya realizado³¹¹.

El punto de partida es, por tanto, una venta válida que vincula y obliga a las partes pero que carece del efecto “normal” de

309 Véase que la misma situación respecto de enajenaciones a título gratuito son calificadas por el legislador directamente como nulas de pleno derecho en el art. 55 Lrem., regulador de los actos *inter vivos* a título lucrativo, con la única excepción de las liberalidades usuales según las circunstancias de la familia.

310 En aplicación del art. 1257 Cc., los contratos producen sus efectos exclusivamente entre los otorgantes y sus herederos, con lo que, a contrario, no vinculan a quien no interviene en los mismos, como es el supuesto que nos ocupa.

311 La escritura pública es ineludible para la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 3 Lh. y 33 Rh.) y, además, requisito constitutivo en caso de hipoteca (1875 Cc.) con lo que en la gran mayoría de supuestos del tráfico inmobiliario estaremos ante la denominada “tradición instrumental” regulada en el art. 1462.2º Cc., en virtud del cual el otorgamiento de aquélla equivaldrá a la entrega si de la misma no resultase o dedujese claramente lo contrario. Como señala LACRUZ, el mero otorgamiento de la escritura equivale a la tradición y sería apto para transmitir el dominio, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito, 3ª edición, revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2005, p. 33.

Como matiza PEÑA LÓPEZ, la equivalencia es, no obstante, en cuanto al resultado de transmisión del derecho real, ya que la presunción afecta a la voluntad transmisiva de derechos reales y no al cumplimiento ni al hecho material de la entrega, *cfr.* PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario al artículo 1462 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 1696 y 1697. Ahora bien, en el caso del art. 53 es absolutamente indiferente que sea ésta o cualquier otra la forma en que efectivamente se realice la entrega (“en cualquier forma que se realice”, reza literalmente el precepto) porque el legislador priva expresamente a la venta de efectos reales.

transmisión de la propiedad que éstas buscan³¹². Esta ineficacia no se deriva de ningún defecto estructural del contrato ni de la vulneración de norma imperativa que lleve consigo la sanción de invalidez³¹³, con lo que puede afirmarse que el artículo 53 regula una ineficacia en sentido estricto, es decir, una ineficacia sin invalidez³¹⁴. Opera de manera automática por la mera ausencia

312 El sistema de adquisición de la propiedad que rige en los ordenamientos jurídicos español (arts. 609.2º y 1.095 Cc.) y, por aplicación supletoria, aragonés (art. 1.2 Comp. aragonesa) es el del título y el modo (contrato y entrega), en virtud del cual la tradición es necesaria para la transmisión de la cosa.

Como apunta LACRUZ BERDEJO, no existe, sin embargo, una doctrina pacífica acerca de la obligatoriedad para el vendedor de la transmisión de la propiedad de la cosa vendida ya que, en principio, los arts. 1445 y 1461 Cc. sólo obligan a entregar la cosa y no a transmitir la propiedad, concediéndose en el 1474 y ss. al comprador únicamente acción de saneamiento por evicción cuando sea turbado en su posesión legal y pacífica pero no por faltarle la propiedad al vendedor *cf.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2º, *op. cit.*, p. 5. Aunque ciertamente en nuestro Cc. no hay referencia expresa a la venta de cosa ajena, CUENA CASAS lo considera innecesario, pues estima que el fundamento de su validez descansa en el sistema de transmisión derivativa de los derechos reales consagrado en el citado art. 609.2º *in fine* que declara la insuficiencia del contrato para la producción de efectos reales, negándole virtualidad dispositiva y configurando la venta como negocio obligacional. *Vid.* al respecto CUENA CASAS, M., “La validez de la venta de cosa ajena como exigencia del sistema”, *Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos*, <http://codigo-civil.info/nulidad/lodel/documet.php?id=572>, pp. 1 y 2.

A los efectos que interesan en el art. 53.1 Lrem., la falta de legitimación del cónyuge disponente no impide la validez y eficacia de la venta así realizada pero ni afecta al cónyuge preterido (*produce sus efectos obligacionales exclusivamente entre las partes contratantes y sus herederos*) ni conlleva efectos traslativos (*pero la entrega de la cosa, en cualquier forma que se realice, no transmite la propiedad al comprador*).

313 En efecto, partimos de los cuatro elementos estructurales de la compraventa regulados en el art. 1445 Cc. (consentimiento, entrega, cosa y precio) y no existe vulneración de norma imperativa aragonesa alguna al no estar el art. 51 Lrem. en la enumeración taxativa y cerrada de las mismas que recoge expresamente el art. 3.2 Lrem.

314 Para LACRUZ BERDEJO el mejor tratamiento para estos supuestos es entender que el contrato pueda ser plenamente válido (vinculante y obligatorio

en la compraventa del consentimiento de uno de los cónyuges, pero no tiene un carácter definitivo puesto que está directamente

entre las partes) salvo que tenga otro vicio invalidante, pero no que produce sus efectos normales, en especial en cuanto título para la transmisión de dominio, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol 1º, Parte general. Teoría General del contrato, 3ª edición, revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2005, p. 539. En la misma línea se pronuncian DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN afirmando que el mayor interés de la teoría de la ineficacia es eludir la rigidez de la regulación de la nulidad y anulabilidad que, en su opinión, no dan una respuesta suficiente que sí ofrece la aplicación matizada de la ineficacia atendiendo a los intereses típicos de cada caso, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, Mª A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 21.

En contra de la ineficacia del título en estos supuestos se manifiesta CUENA CASAS para quien la correcta inteligencia de la doctrina del título y el modo pasa por una recuperación de la noción, genuinamente romana, del concepto de modo de adquirir. En su opinión, el modo es elemento fundamental en el proceso adquisitivo y el título constituye tan sólo un requisito de la tradición como modo de adquirir. En coherencia con ello, considera como “la ausencia de poder de disposición será un problema de modo que hace ineficaz la tradición como modo de adquirir, permitiendo la supervivencia del título como hecho justificativo de la adquisición para operar la misma por otra vía íntimamente relacionada con el instituto de la tradición cual es la usucapación ordinaria que requiere así mismo un título hábil para transferir el dominio”, CUENA CASAS, M., “La validez de la venta de cosa ajena como exigencia del sistema”, *op. cit.*, pp. 6, 8, 10 y, en especial, 18 (nota 41); en igual sentido de la misma autora *vid.*, en extenso, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 360 y ss.

Sin embargo, para DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN no existe contradicción insalvable entre este planteamiento y el defendido por ellos pues entienden, siguiendo al profesor LACRUZ, que “para la usucapación, el título al que se refiere el art. 1953 Cc. es el acto de adquisición que hubiera bastado para conferir la propiedad si realmente la tuviera el *tradens* y comprende el acto transmisivo en su conjunto”, DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, Mª A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica, op. cit.*, pp. 21 y 22. De cualquier modo, como apuntan estos últimos, con independencia de que se considere ineficaz el título o la tradición, ambas interpretaciones permiten explicar que la venta celebrada por un no propietario —como es, en parte, el supuesto del 53.1º Lrem.— no es nula.

condicionada a la posterior actuación de éste una vez tenga conocimiento del hecho.

a.2. Posibilidades del cónyuge no vendedor. Consentimiento posterior u oponibilidad

El apartado 2º del art. 53 Lrem. dispone:

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 en virtud de las reglas de protección de terceros de buena fe.

El Preámbulo de la Lrem. afirma en su apartado VIII que el objetivo del legislador aragonés con esta regulación es evitar *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*³¹⁵ así

315 Se está haciendo aquí referencia a la línea seguida en esta materia por el Tribunal Supremo en la aplicación del 1322 Cc., apreciando que existe confirmación con el mero silencio del cónyuge que no consintió. Como ejemplos de esta línea jurisprudencial, *vid.* sentencias de 11 de octubre de 1990 [R. 7858], 20 de junio [R. 4527] y 25 de noviembre [R. 7978] de 1991, 19 de julio [R. 6158] y 22 de diciembre [R. 10104] de 1993, 5 de julio [R. 6430] y 1 de diciembre [R. 9391] de 1994 y 13 de julio de 1995 [R. 6005] en las que el TS afirma que el consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, considerando que hay consentimiento siempre que, conociendo el cónyuge que no actúa que el acto se ha llevado a cabo, no se haya opuesto al mismo. En este sentido las sentencias de 22 de diciembre de 1992 [R. 10642] y 24 de mayo de 1995 [R. 4260] coinciden en afirmar que *“es doctrina jurisprudencial que el consentimiento puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio*

como prescindir de las reglas que en el Código Civil señalan la anulabilidad como forma de invalidez para este tipo de supuestos,, apoyándose en las dudas que anteriormente ha venido suscitando su aplicación al consorcio conyugal aragonés³¹⁶ y en las

*y también inferido de las circunstancias concurrentes, debiendo ponderarse la pasividad de la esposa y su no oposición a la enajenación conociendo la misma, así como la ausencia de fraude o perjuicio e incluso el silencio puede ser, en estos casos, revelador del consentimiento”, cfr. RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Comentario al art. 1322 Cc.”, *Jurisprudencia Civil comentada*, dirigida por Pasquau Liaño, T. I, Granada, 2000, p. 2372. Más recientemente, y en igual sentido, haciendo referencia a la doctrina jurisprudencial citada consúltese fundamento jurídico 4º de la STS 703/2003 de 2 de julio [R. 4461]*

En el ámbito del Derecho aragonés, con idéntico criterio en este punto, *vid.* STS de 26 de junio de 1989 [R. 4783] y comentario de SERRANO GARCÍA, J. A., “Comentario a la STS de 26 de junio de 1989 (Derecho civil aragonés: enajenación de bienes inmuebles comunes y derecho expectante de viudedad)”, *CCJC*, núm. 20, abril-agosto, 1989, en especial, pp. 612 y 614.

En contra de dicha corriente *vid.* DELGADO y PARRA, partiendo de la base de que el legislador confiere la posibilidad de impugnar durante cuatro años (art. 1301 Cc. *in fine*) a contar, precisamente, desde que se tuvo conocimiento, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica, op. cit.*, p. 349.

316 Según RAMS, surgidas al interpretar el 48 Comp. aragonesa en relación al 1322 Cc., regulador de la anulabilidad como forma de invalidez de los actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, olvidando que el art. 13 Cc. excepciona de su aplicación a los territorios con Derecho civil propio, *cfr.* RAMS ALBESA, J., “Comentario al art. 48 Comp. aragonesa” en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.* p. 236. En opinión de este autor, estaríamos ante actos que no pueden valorarse como actos incompletos ni como anulables o nulos, sino como jurídicamente insuficientes para producir los efectos que se persiguen, si bien para dejarlos sin las consecuencias que pueden prestarles la apariencia formal con que se revisten estima que el cónyuge no consentiente deberá promover la declaración judicial de su ineficacia, *Ídem*, p. 238.

La regulación expresa de la inoponibilidad de estos actos en el 53.2 Lrem. es heredera de estos criterios, al permitir solicitar, partiendo de la validez de la venta, que le resulte ineficaz en lo que a él respecta.

En el otro extremo, considerando aplicable el 1322 Cc. supletoriamente, salvo pacto en contrario, ante la ausencia de regulación en la Compilación, *vid.* BANDRÉS

críticas realizadas por parte de los propios comentaristas del Código³¹⁷.

Partiendo de dichas premisas y de que se trata de preceptos *que responden a una tradición jurisprudencial y doctrinal que no hay razones para adoptar en Aragón*, se regula en el art. 53.2 la posibilidad de consentimiento expreso o tácito y se elimina expresamente cualquier posibilidad de presunción³¹⁸.

CRUZAT, J. M. y A. M., “Comentario al art. 48 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, op. cit.*, pp. 13 y 14.

317 *Vid.* como ejemplo en este sentido a HERRERO GARCÍA: “Podrá ser discutible —o criticable— desde un punto de vista teórico, si la anulabilidad es la sanción más adecuada en la hipótesis de legitimación conjunta o con la de una infracción de un precepto legal. Tales hipótesis en teoría habrían de conducir a la nulidad radical y absoluta pero el art. 1322 Cc. es claro al sancionar la mera anulabilidad y la correlativa validez claudicante”, *cf.* HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario al art. 1322 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, T II, Ministerio de Justicia, 1993, p. 594.

318 La corriente jurisprudencial mayoritaria anterior a la aprobación de la Lrem. tendía a la solución de estos supuestos mediante la aplicación del art. 1322 Cc. *Vid.*, a modo de ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de junio de 1999, cuyo fundamento primero afirmaba que la cuestión sometida a debate debía resolverse conforme a los arts. 48 Comp. aragonesa y 1322 del Cc. que, en la materia litigiosa, contenían *una regulación idéntica* (el subrayado es mío), y, por lo tanto, le eran transponibles la doctrina y jurisprudencia que sobre la venta de bienes gananciales por uno de los cónyuges existía, citando precisamente, a continuación, la doctrina del TS más arriba aludida como aplicable igualmente en aquel momento en Aragón. En igual sentido, *vid.* anteriormente, entre otras muchas, sentencias APZ de 27 de julio de 1992, TSJA de 5 de julio de 1995 y JP II de La Almunia de 16 de noviembre de 1998.

A favor también de la anulabilidad del Código, pero obviando por completo la naturaleza y sistemática del expectante, consúltese sentencia APZ de 26 de febrero de 1991, cuyo fundamento quinto, a pesar de considerar el acto realizado por el esposo sin el consentimiento de su mujer como válido y eficaz por no haber ejercitado esta última la acción de anulabilidad del 1322 Cc., afirma después, en el sexto, que como la esposa “no ha prestado su consentimiento a la transmisión efectuada (...) ni ha renunciado a su derecho expectante de viudedad, la enajenación es válida

Mientras no consienta, el cónyuge no disponente puede solicitar la inoponibilidad del contrato, con los únicos límites de la adquisición por usucapión o, en su caso, en virtud de la aplicación de las reglas de protección al tercero de buena fe.

A la vista del precepto, las opciones que tiene el cónyuge no vendedor para intervenir son dos: prestar el consentimiento una vez efectuada la compraventa o interponer demanda solicitando la inoponibilidad:

a.2.1. Prestar el consentimiento a la enajenación con posterioridad

Estamos ante un consentimiento contractual de igual valor al emitido por el otro cónyuge. La única diferencia está en el elemento temporal pues su emisión no es simultánea sino posterior.

La legitimación corresponde de modo exclusivo y totalmente independiente al consorte que inicialmente no consintió. Podrá hacerlo, tal y como indica expresamente el 53.2 Lrem., expresa o tácitamente, pero no existe posibilidad de presunción alguna (...*puede prestarlo expresa o tácitamente con posterioridad, pero no se presume en ningún caso*).

Una vez emitido el consentimiento, el contrato cobrará eficacia y se producirá la traslación de dominio del bien entre los cónyuges enajenantes y el adquirente pero solamente a partir

y eficaz, pero los bienes quedan sujetos a la afección que aquel derecho representa, de manera que si sobrevive a su esposo adquiere el usufructo sobre los mismos”.

Por último, como ejemplo aislado de la línea citada, *vid.* sentencia APZ de 20 de diciembre de 1991, estimando el acto así realizado no como anulable sino como nulo de pleno derecho.

Con la promulgación de la Lrem. ya no hay resquicio alguno que justifique la aplicación del Cc. en ningún caso. En mi opinión, aunque no expresamente, tampoco lo había antes, vigente la Compilación.

de ese preciso momento. No es posible hablar de retroactividad cuando estamos ante una venta válida pues los efectos retroactivos precisan una confirmación —que no consentimiento posterior— del cónyuge no enajenante respecto de una compraventa anulable, tal y como ocurre en la regulación de esta materia en el 1322 Cc.

La emisión posterior del consentimiento por el cónyuge no disponente implica, en cualquier caso, la renuncia a solicitar la inoponibilidad del acto puesto que puede interponer la demanda contra el comprador en petición de que se declare que la compraventa en la que no ha sido parte le es inoponible *mientras no consienta*.

a.2.2. Interponer demanda contra el comprador solicitando la inoponibilidad de la compraventa así como la restitución al patrimonio común de la cosa vendida y entregada

Al igual que el cónyuge no disponente debe prestar su consentimiento a la enajenación, la Lrem. exige coherentemente que, de igual modo, manifieste la inexistencia de aquél. Se precisa, por tanto, una actitud activa que se instrumentaliza en el apartado 2º del art. 53 mediante la interposición de una demanda contra el comprador³¹⁹.

El objetivo final es la declaración de que la compraventa en la que no ha participado le sea inoponible junto con la restitución

319 BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés*, op. cit., pp. 31 y 32. No obstante el tenor literal del precepto, entiende que no estamos ante una acción constitutiva que requiera el inicio de un proceso y que sería igualmente posible la obtención de la inoponibilidad y la restitución de la cosa de forma convencional.

al patrimonio común de la cosa vendida si esta hubiera llegado a ser entregada.

En principio, en tanto que acción declarativa, no estaría sujeta ni a prescripción ni a caducidad, quedando condicionada la posibilidad de su ejercicio exclusivamente a la ausencia de consentimiento.

Ahora bien, una actitud pasiva al respecto conllevaría el riesgo inevitable de la usucapión si estuviéramos ante un título válido y un adquirente de buena fe (1957 Cc.)³²⁰.

La inoponibilidad³²¹ es una facultad específica concedida por la ley a una persona por el hecho de ser ajena a una situación perfectamente válida, para que pueda actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido³²².

320 BAYOD LÓPEZ, C., "Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal" (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 33.

321 Sobre inoponibilidad se sigue, fundamentalmente, la monografía de RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; anteriormente, *vid.* a nivel simplemente introductorio, ALVAREZ VIGARAY, R., "Introducción al estudio de la inoponibilidad", *Homenaje a Juan Berchams Vallet de Goytisolo*, vol. I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 81. Igualmente, en obras generales, DE CASTRO y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid, 1970, p. 531; Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1983, p. 280; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho inmobiliario registral*, t. III bis, Bosch, Barcelona, 1984, p. 164; CHICO ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 1989, p. 342.

322 Creo con RAGEL que no cabe la alegación de oficio y que son las partes quienes deben invocarla en tanto que es una facultad que el Derecho otorga a la persona para que la utilice. Pero el hecho de considerarla como una atribución potestativa en manos del tercero le lleva a no admitirla, siguiendo a DE CASTRO y en contra de la doctrina dominante, como una particular forma de ineficacia o ine-

Se trata de una ficción jurídica cuyo fundamento es la protección de legítimos derechos anteriores que pueden verse potencialmente perjudicados por un acto ajeno. El acto inoponible es válido y eficaz exclusivamente entre las partes contratantes y el tercero podrá acogerse al beneficio legal de la inoponibilidad sin necesidad alguna de impugnarlo.

Constituye una de las opciones que dispone el legislador para dar solución a un conflicto de intereses entre particulares y es la que ha adoptado el legislador aragonés considerando, como señala en el apartado VII del Preámbulo, que con ella se atiende mejor *al complejo conflicto de intereses entre tres partes que estos casos suponen*³²³.

ficacia relativa, sosteniendo que es una medida especial establecida por la ley para salvaguardar derechos anteriores de ciertas personas, *cfr.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, *op. cit.*, pp. 210, 240 y 241 e, igualmente, en "La inoponibilidad", *NUL. Estudios sobre invalidez y eficacia. Nulidad de los actos jurídicos*, 2007, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=401>, p. 4.

Por el contrario, siguiendo a LACRUZ (consúltese en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, II, vol. 1º, *op. cit.*, p. 538) me inclino a considerar que son dos aspectos distintos de la misma cosa, siendo el continente la medida especial y su contenido una ineficacia relativa pues ésta última no es otra cosa que la facultad legal en manos de un tercero de optar porque un acto ajeno le afecte o no exclusivamente a él. En cualquier caso, es lo que, en mi opinión, parece desprenderse del examen del art. 53.2 Lrem., al calificar la compraventa de bien común válida pero ineficaz para el cónyuge que no consintió.

Considerando la inoponibilidad como ineficacia relativa *vid.* también, entre otros, a GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "Notas sobre la inoponibilidad de los contratos", *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, *op. cit.*, p. 1577 y DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *op. cit.*, p. 393. Siguiendo la postura de RAGEL, consúltese VAQUER ALOY, A., "Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña)", *ADC*, T. LII, fascículo III, julio-septiembre, 1999, pp. 1547 a 1549 y p. 1553.

323 Señala RAGEL que la consideración de un acto jurídico como inoponible dependerá de la decisión del legislador, que preferirá esta solución a otra más

No tendrá razón de ser si no hay conflicto entre al menos dos personas y una de ellas ve amenazados sus intereses por el acto del otro, pues bastaría entonces simplemente con aplicar la regla general del art. 1257 Cc. de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos³²⁴.

No obstante, como pone de manifiesto RAGEL SÁNCHEZ, aunque partamos de dicha premisa, no debemos llegar a la conclusión de que los terceros no puedan verse afectados de algún modo por lo que allí se estipule. Será el legislador el que podrá

drástica, *cfr.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, *op. cit.*, p. 85. En esta misma línea, opina VAQUER ALOY que la inoponibilidad “constituye el mecanismo de protección a terceros jurídicamente menos traumático porque se mantiene intacto, desde el prisma de la validez y de la eficacia, el acto perjudicial”, *cfr.* VAQUER ALOY, A., “Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña)”, *op. cit.*, p. 1554.

Como DELGADO y PARRA ponen de relieve en esta cuestión, es posible que el legislador pueda optar libremente entre nulidad (invalidez en general) e inoponibilidad cuando de proteger los intereses de terceros y no de las partes contratantes se trata tomando, como ejemplo, la regulación del Cc. en esta materia frente a la recogida en la Lrem. No obstante, entienden que tampoco existen razones doctrinales que puedan ser concluyentes a favor de una u otra posibilidad: “Por ejemplo, la protección de un cónyuge, en el régimen de gananciales, frente a los actos de disposición realizados por el otro sin su consentimiento la ha encauzado el legislador mediante el instrumento de la anulabilidad cuando son a título oneroso y el de nulidad cuando son a título gratuito (arts. 1322, 1377 y 1378 Cc.); pero pudo muy bien hacerlo mediante la inoponibilidad del contrato del cónyuge cuyo consentimiento se pretirió, como una parte de la doctrina consideraba más adecuado (y como, por ejemplo, lo ha hecho el legislador aragonés: *vid. art. 53.2 de la ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad*) —el subrayado es mío—. En este caso la opción del legislador del Código Civil español es absolutamente explícita aunque haya razones doctrinales —tampoco decisivas— para la crítica”, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M. A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, *op. cit.*, p. 23.

³²⁴ *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, II, vol. 1º, *op. cit.*, p. 539.

darles un trato preferencial, anulando la eficacia indirecta del acto a través de la atribución de la facultad de la inoponibilidad si estima que les puede perjudicar de algún modo³²⁵.

Ésta ha sido la solución que se regula en el apartado 2º del art. 53 Lrem., pues deja abierta para el cónyuge no disponente la posibilidad de interponer demanda solicitando que la compraventa celebrada sin su consentimiento no le afecte o, lo que es lo mismo, que sea ineficaz sólo por lo que a él respecta, lo cual no obstará para que despliegue todos sus efectos entre las partes contratantes (...*produce sus efectos obligacionales exclusivamente entre las partes contratantes y sus herederos*, señala el apartado 1 del art. 53). Estaríamos, por tanto, ante una ineficacia en sentido estricto relativa solamente al cónyuge que no consintió.

La posibilidad añadida que le brinda la ley de solicitar la restitución al patrimonio común de la cosa vendida y entregada supone poder exigir el retorno a la situación anterior a la celebración de la venta y, en consecuencia, su devolución, recuperando la posesión³²⁶.

325 En extenso, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, *op. cit.*, pp. 33 a 69.

326 Téngase presente que, en principio, la venta no afecta a su derecho de propiedad pero sí puede perder la posesión del bien. Por esta razón está legitimado para solicitar su restitución por los medios que las leyes establecen en virtud del art. 446 Cc. La vigente ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha derogado los interdictos de retener y recobrar con los que tradicionalmente se identificaban hasta su promulgación los medios de protección posesoria pero establece unos procedimientos de entrega de las cosas similares a aquéllos, regulando el art. 703 Lec. el relativo a la entrega de bienes inmuebles.

BAYOD LÓPEZ entiende, sin embargo, que se trataría de una acción *ad hoc* en la que el demandante simplemente debería demostrar que el bien es consorcial (jugando a su favor la presunción de consorcialidad del art. 35 Lrem.) y que no prestó su consentimiento a la enajenación (tiene igualmente a favor la presunción del propio 53.2 Lrem.), *cf.* BAYOD LÓPEZ, C., "Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal" (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, p. 32.

a.3. Posibilidades para el comprador

El comprador puede ejercer las acciones reguladas en el apartado 3 del art. 53 Lrem.:

3.- El comprador tiene contra el vendedor las acciones de incumplimiento y las demás que deriven de la compraventa.

La posibilidad de un eventual ejercicio de estas acciones reside en la validez con que el legislador califica la venta. En relación con las derivadas del incumplimiento, podrá exigir el cumplimiento en forma específica o por equivalente o, en su caso, la resolución del contrato *ex art.* 1124 Cc. Igualmente, puede exigir, en ambos supuestos, indemnización por daños y perjuicios en aplicación de los arts. 1106 y 1107 Cc.

Si el cónyuge no disponente recupera el bien como consecuencia de la estimación de su demanda, el comprador podrá solicitar el saneamiento por evicción, pues el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta (art. 1461 Cc.). Existe evicción cuando se priva al comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra de todo o parte de la cosa comprada *ex art.* 1475.1 Cc.

El saneamiento por evicción no entra en juego en caso de venta nula sino sólo ante una venta ineficaz —como en el supuesto del art. 53 Lrem.— respecto del efecto traslativo que el contrato pretende, es decir, al perder el comprador la cosa reclamada con éxito por otro, puesto que el vendedor debe garantizar al comprador la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (1474.1 Cc.) como una prolongación del deber de entrega. El comprador tiene derecho a la restitución del precio que tuviere la cosa vendida en el momento de la evicción (art. 1478 Cc.).

a.4. Ámbito de aplicación

Se recoge en el apartado cuarto del art. 53 Lrem.:

4.- Las mismas reglas se aplicarán en los demás casos de transmisión o disposición de bienes comunes a título oneroso.

El art. 53 Lrem. será aplicable en el resto de supuestos de transmisión o disposición de bienes comunes con el único requisito de la onerosidad, ya que para los actos de estas características, pero a título lucrativo, la previsión que efectúa el 55 Lrem. es la nulidad absoluta.

b. Consecuencias para el expectante. Justificación de su pervivencia

Desde la perspectiva del cónyuge no disponente, se ha producido una venta de un bien perteneciente al consorcio conyugal respecto de la cual puede solicitar la inoponibilidad por haberse prescindido de su intervención siendo necesaria.

Tal y como se ha visto en líneas precedentes, la opción del legislador por la inoponibilidad en este precepto implica partir de una calificación de validez de la venta así realizada aunque carente de efectos transmisivos, a excepción de los supuestos de consentimiento posterior del cónyuge preterido, usucapión o aplicación, en su caso, de las reglas de protección de terceros de buena fe.

Paralelamente, en sede de viudedad, una enajenación también válida de un bien consorcial extingue el expectante *ex art. 98.1.b)*. El mismo Preámbulo, en su apartado XII, subraya que *se extingue el derecho expectante siempre que se enajena válidamente un bien consorcial (también, por tanto, en los casos en que la enajenación es válida aunque sólo haya dispuesto uno de los cónyuges)*, configurando la extinción como una consecuencia directa del acto válido de enajenación, sin matizar nada más.

Si realizamos una primera interpretación literal conjunta de los artículos 98.1.b) y 53.1 Lrem., podría estimarse que la venta válida extinguiría el expectante de ambos consortes desde ese mismo momento.

La conclusión a la que se llegaría avanzando en esta hipótesis sería que aunque el cónyuge no interviniente interpusiera después una demanda solicitando la inoponibilidad del acto y la restitución en la posesión del bien vendido y entregado sin su anuencia, tal y como establece el apartado 2º del art. 53 Lrem., y el proceso finalizara con la estimación de aquélla, la devolución sería ya sin la carga del expectante y sin posibilidad de su recuperación³²⁷.

No fue ésta la intención del legislador sino considerar que este supuesto quedaba fuera del ámbito de aplicación del art. 98.1.b) Lrem.³²⁸. Sin embargo, es posible que la redacción final de ambos preceptos, con la referencia expresa a la validez como elemento común, pueda dar lugar a una interpretación equívoca que, apartándose de la *ratio legis* del 98.1.b), acabe perjudicando al expectante del cónyuge no disponente.

No obstante, y con independencia de cuestiones de técnica legislativa, resultaría muy difícil, a mi juicio, sostener que el expectante se pueda extinguir por mucho que la venta sea válida, en atención a las razones siguientes:

327 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 410.

328 "El supuesto en el que la venta produce sólo efectos obligacionales pero no transmite la propiedad al comprador quedaría fuera de este número 2 (entiéndase por el actual apartado b del art. 98.1 Lrem.)", cfr. "Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., p. 11.

b.1. Por la naturaleza del derecho

El derecho expectante sobre bienes inmuebles se configura como un derecho real de origen legal que grava inmediatamente los bienes desde el momento de la celebración del matrimonio, si los hubiere, o a medida en que se fueran adquiriendo e ingresando de un modo pleno en los patrimonios privativos de los cónyuges o en el común. Más concretamente, el régimen del derecho expectante como gravamen real exige —tal y como matizaban SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS durante la vigencia de la Compilación— un ingreso de un inmueble en un patrimonio en concepto de objeto de dominio³²⁹ con lo que correlativamente, y *a sensu contrario*, deberá haber una salida de aquél para considerarlo extinguido.

El art. 76.1 Comp. aragonesa era claro al respecto al regular que *Los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del art. 39 quedan afectos al derecho expectante de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos*. En la Lrem., sin embargo, los arts. 89.2 y 97 establecen que *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 los consorciales*, sin hacer referencia al momento concreto de la afectación.

La eliminación del expectante como fase ineludible de la viudedad trae como consecuencia una redacción más general que subraya únicamente la celebración del matrimonio como

329 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 721 y 722. Se basan en considerar el concepto de “bienes” en un sentido material, lo cual entienden natural siendo el expectante un gravamen real: “(...) realmente los bienes materiales ingresan en un patrimonio *cuando el sujeto del mismo adquiere su dominio* y no en otro caso” (el subrayado es mío).

comienzo de la misma (igualmente ocurre en el art. 10 Lrem. de las Disposiciones Generales) y la denominación de “expectante” durante la vigencia de aquél. Pero, en mi opinión, esto no es óbice para considerar que se da una continuidad en el criterio seguido en la Compilación y que el momento de la afección es exactamente el mismo, debiendo entender subsistente la exigencia de la tenencia en concepto de dominio como requisito *sine qua non* para la presencia del expectante, siendo que, además, la redacción del 98.1 Lrem. es similar a la del 76.2 Comp. aragonesa (...no se extingue por su enajenación salvo...).

Por tanto, si en el 53.1 Lrem. la calificación de la venta válida como ineficaz hace que la entrega no sirva de modo de traslación de dominio, el bien permanece todavía en el patrimonio común y el expectante intacto³³⁰. Es absolutamente irrelevante quien tenga la posesión puesto que nunca ha sido necesaria para que aquél exista³³¹, con lo que lo antedicho será igualmente aplicable

330 En este sentido *vid.* LERMA RODRIGO, M^a del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 149.

331 *Cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 722 y nota 33.

En el Derecho histórico, así lo disponían expresamente la Observancia 59 *De Iure Dotium* y, de igual modo, la 33 del mismo título, *in fine*. Más tarde, recogieron esta regla los arts. 76 y 115, respectivamente, de los dos Proyectos de Franco, 151 del Proyecto de 1899, 135 del de 1904 y el art. 65 del Apéndice. La Compilación no la exigía expresamente pero SANCHO y DE PABLO estimaban que debía considerarse implícita en el requisito de que el bien “ingresara” en el patrimonio común o privativo del cónyuge titular del expectante, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., *Ídem*, p. 723.

En la doctrina aragonesa anterior *vid.*, entre otros, MOLINO, M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum...*, *op. cit.*, voz *viduitas*, fol. 330 y voz *divisio*, fol. 100; PORTOLÉS, J., *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini...*, *op. cit.*, p. 515; LA RIPA, J. F., *Del Proceso de aprehensión. Parte I*, “Ilustración

en el supuesto de que el adquirente tuviera un poder de hecho sobre el inmueble cuya propiedad no se ha transferido.

En consecuencia, en el supuesto que nos ocupa, el punto de partida para el análisis no es la clase o la estructura de la venta efectuada sino la permanencia o no en el patrimonio común del bien puesto que el gravamen no se extingue con aquélla sino con la salida efectiva de éste último³³². Y lo cierto es que mientras que el 98.1.b) solamente hace referencia a una “enajenación válida”, el 53.1 Lrem., por su parte, es determinante al calificar la venta en la que se prescinde del consentimiento necesario de uno de los cónyuges como “venta válida que no transmite la propiedad” y, por tanto, ineficaz.

Solamente con el consentimiento posterior por parte del cónyuge no contratante la enajenación cobrará eficacia y, por tanto, será apta para la transmisión del dominio y la subsiguiente extinción del expectante³³³.

No obstante lo expuesto, deberán respetarse como necesarias excepciones la usucapión (1957 Cc.) y las reglas de protección al tercero de buena fe (464 Cc., 34 Lh.) previstas en el 53.2 Lrem.

a los cuatro procesos forales de Aragón”, Zaragoza, 1772, Ed. facsímil de las Cortes de Aragón, Zaragoza, 1985, pp. 25, 26 y 113; DEL PLANO, M., *Manual del abogado aragonés*, op. cit., pp. 112; FRANCO y LÓPEZ, L. y GUILLÉN y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., pp. 45 y 46.

332 No tienen razón de ser, a nuestro juicio, las elucubraciones sobre el tipo de enajenación o de disposición si la transmisión de propiedad es inexistente. Vid. al respecto, durante la vigencia de la Compilación, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIII, volumen 2º, op. cit., p. 328.

333 BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 31. En la misma línea, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, op. cit., p. 101.

(...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) pues son dos supuestos en los que igualmente se produce la consolidación del dominio en manos del adquirente y, en consecuencia, la traslación del derecho de propiedad³³⁴.

No tendría justificación que por extender excesivamente la protección al cónyuge no disponente se obviarán las necesidades derivadas de la seguridad del tráfico jurídico, objetivo al que — como se señala en el apartado XII del Preámbulo— pretende servir igualmente el legislador con la regulación de la viudedad.

b.2. Por aplicación del principio del favor viduitatis

La aplicación del principio del *favor viduitatis*³³⁵ supone, para casos dudosos, pronunciarse a favor de la interpretación más favorable a la subsistencia del derecho de viudedad. Es predicable no solamente respecto de cláusulas contractuales y

334 BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 33 e, igualmente, en “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., pp. 410 y 411.

En contra *vid.* LERMA RODRIGO, para quién en estos casos no se produce extinción del derecho expectante, considerando que es necesaria una enajenación válida de acuerdo con la regulación específica sobre actos de disposición de bienes consorciales, *cfr.* LERMA RODRIGO, M^a del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op. cit., pp. 149 y 150.

335 *Vid.* regulación en art. 90.3 Lrem. y, con igual redacción, en el derogado 75.2º Comp. aragonesa. Sobre este último, consúltese LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Comentario al art. 75 Comp. aragonesa” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIII, volumen 2º, op. cit., pp. 316 y 317 y SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 75 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, op. cit., pp. 697 a 701.

testamentarias (art. 90.3 Lrem.) sino también en relación a cualesquiera declaraciones de voluntad relativas al derecho de viudedad (significativamente, a su renuncia) y a las normas de Derecho positivo³³⁶. En virtud del mismo, la extinción del expectante no puede presumirse nunca y solamente podrá producirse por renuncia de su titular o por actos que la ley expresamente lo regule.

Por lo que aquí interesa y, más en particular, en relación con el art. 98.1.b) Lrem., es bien cierto que el precepto establece literalmente de modo expreso que cualquier enajenación válida de un bien consorcial conlleva la extinción del expectante de ambos cónyuges. Pero no debe olvidarse que estamos en presencia de supuestos en los que la venta efectuada por uno sólo de los consortes no tiene causa fundada y justificada ni por ley, ni por pactos, mandatos o poderes entre ellos³³⁷.

336 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al art. 75 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 700.

337 Las dos propuestas iniciales de redacción del actual art. 98 Lrem. fueron del siguiente tenor:

Art. VIII.– *Derecho expectante sobre bienes inmuebles*

3.– El derecho expectante sobre bienes consorciales se extingue por la disposición *válida/eficaz* de los mismos conforme a lo dispuesto en los artículos XX (de la gestión del consorcio) (el subrayado es mío), "Documento núm. 1. Primer Borrador de Jesús Delgado (julio 2001)", *op. cit.*, p. 1.

Art. 2.– *Disposición de bienes inmuebles*

"Tratándose de un bien consorcial, por su disposición *válida y eficaz* conforme a lo dispuesto en los artículos 20, 22, 24 y 25 de esta Ley" (el subrayado es mío), "Documento núm. 2. Documento de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)", *op. cit.*, p. 7.

Tal y como puede apreciarse, tanto la propuesta del Presidente de la Comisión como la de Giménez y Batalla eran coincidentes en exigir validez y eficacia. Posteriormente, a la vista de la regulación dada a la disposición de bienes comunes, se revisa de nuevo este planteamiento, llegándose en un primer momento al acuerdo de

Todo lo contrario, la iniciativa surge unilateralmente y sin legitimación alguna, vulnerando la necesidad de actuación de ambos cónyuges del art. 51 Lrem. y los deberes de información recíproca y de toma conjunta de decisiones relativas a la economía familiar recogidos con carácter imperativo en los arts. 6 y 45 Lrem.

No obstante, independientemente de las motivaciones que verdaderamente subyazan en su realización, el resultado final que debe valorarse es el de una venta válida pero no consentida—incluso puede que ni siquiera conocida si hay mala fe del cónyuge transmitente— por el otro cónyuge.

El mismo apartado 2º del 53 establece además expresamente que el consentimiento no se presume nunca³³⁸. Interpretar, a pe-

que exigir las simultáneamente restringe y que podía ser más clarificador exigir sólo que la disposición sea válida conforme a los artículos de la remisión. Se propuso igualmente como alternativa a esta última hacer una genérica (“válida conforme a lo dispuesto en esta Ley”) pero se acaba prefiriendo decir simplemente “disposición válida”, de manera que, en la disposición de bienes consorciales, el derecho expectante se extingue siempre que la disposición sea válida de acuerdo con la regulación específica al respecto, *cfr.* “Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 10 y 11.

Por lo tanto, aunque finalmente se prescinde de mencionar el requisito de la eficacia, la intención del legislador fue la de conceder efectos extintivos a las enajenaciones que no vulnerasen las normas de gestión del consorcio y, por tanto, aptas para transmitir la propiedad. Al fin y al cabo, y en última instancia, a las enajenaciones válidas y eficaces.

338 Sancho-Arroyo y López de Rioboo manifestó en los debates de la Comisión que consideraba innecesaria tal presunción, estimando, por el contrario, que cuando la ley presume algo es cuando debe decirlo. Delgado le contesta que se trata de un mensaje dirigido contra la corriente doctrinal y jurisprudencial que tiende a presumir la existencia de dicho consentimiento. No obstante, hay acuerdo entre los asistentes en que no impide que el Juez aprecie un consentimiento tácito y se decide incluir en el precepto que el consentimiento se puede prestar “expresa o tácitamente”, *cfr.* “Acta de la sesión de treinta de mayo de 2001 (Acta 119)”, *Actas*

sar de ello, solamente porque el precepto califica también como válida la venta, que la posibilidad que le ofrece el art. 53.2 mientras no consienta de solicitar la inoponibilidad y recuperar el bien es, en cualquier caso, sin la presencia del expectante³³⁹, deja al cónyuge no disponente en una situación de absoluta indefensión difícilmente conciliable con el principio del *favor viduitatis*.

c. Conclusiones

La opción por la inoponibilidad en estos supuestos supone una protección cualificada al cónyuge no disponente pues, libre de la rigidez del régimen de la anulabilidad, solo tendrá que ir a un declarativo para que se le reconozca su derecho previo a la venta, sin necesidad de impugnar el acto y obviando el plazo de los cuatro años (1301 Cc.)³⁴⁰.

de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 5. La redacción final del precepto evidencia, por tanto, el firme deseo del legislador de eliminar cualquier resquicio que permita presumir el consentimiento del cónyuge no disponente.

339 Estima acertadamente BAYOD LÓPEZ que, en el caso de imposibilidad de restitución, habrá que valorar en la relación interna la pérdida del expectante del cónyuge no disponente teniendo en cuenta también el valor de la contraprestación, *cfr.* BAYOD LÓPEZ, C., "Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal" (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 33.

340 Como afirma MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, el legislador aragonés está protegiendo más al cónyuge no disponente pues mientras no consienta la venta no le perjudica, con independencia del tiempo transcurrido. Se trata de una conclusión mucho más dura para el adquirente que la derivada del régimen de anulabilidad que le permite alcanzar la seguridad jurídica pasados los cuatro años de la celebración del contrato, *cfr.* MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero, op. cit.*, pp. 99 y 100. En esta misma línea, MERINO HERNÁNDEZ lo califica como "un sistema de protección mucho más rígido que el del Cc. y, por supuesto, más acorde con los principios jurídicos que rigen toda esta materia", *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Gestión del consorcio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 204.

También parece que se acomoda mejor al régimen del expectante pues, en principio, mientras el cónyuge disponente no consienta, su derecho permanece inalterable³⁴¹.

341 *Vid.* al respecto lo que afirmaba en los debates de la Lrem. García Almazor, quien entendía que para estos casos de falta de consentimiento necesario de uno de los cónyuges la inoponibilidad “se conjuga mejor con el derecho expectante, porque mientras no consienta el expectante no sufre ninguna modificación”, *cf.* “Acta de la sesión de treinta de mayo de 2001 (Acta 119)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3.

No obstante, inicialmente se barajó también como opción la anulabilidad pero finalmente se desestimó por entender que la inoponibilidad era “más coherente con el sistema aragonés y la opción menos perjudicial”, *cf.* “Acta de la sesión de dieciseis de mayo de 2001 (Acta 117)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 8.

Planteada en hipótesis, y analizando las consecuencias que hubiera podido acarrear para el expectante del no disponente, si se parte de una consideración del acto anulable como originariamente inválido e ineficaz (DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M. A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica, op. cit.*, pp. 52, 54 y 56; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho civil*, II, vol. 1º, *op. cit.*, p. 548; matizadamente, CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coordinado por Delgado Echeverría, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 73 y 74) no hay cuestión pues el expectante quedaría igualmente sin modificación, con la lógica excepción de los supuestos de convalidación.

Pero si se sigue la postura doctrinal mayoritaria que califica el acto como válido e inicialmente eficaz, aunque con eficacia claudicante (en este sentido *vid.*, entre otros, DE LOS MOZOS, J. L., “La nulidad de los actos jurídicos”, *Homenaje al profesor Martín-Ballester y Costea*, Institución Fernando el Católico, C.S.I.C., Zaragoza, 1983, p. 515 o DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 1ª edición, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 306 y 307) haber optado por dicho régimen habría conllevado la pérdida inicial del expectante por un acto ilegítimo del cónyuge disponente. Ciertamente, si el cónyuge preterido ejercita la acción de anulabilidad en el plazo de 4 años y prospera, la vuelta a la situación anterior al acto que conlleva su apreciación implicaría el renacimiento de su derecho expectante. Pero si no llegara a tener conocimiento de aquél perdería definitivamente su derecho sin posibilidad de defensa.

No obstante, como estamos ante un supuesto especial dentro de la categoría de los actos anulables pues solamente está legitimado activamente un tercero ajeno

Sin embargo, tal y como ha quedado expuesto, la aparente bondad de la opción de la inoponibilidad puede originar dudas de interpretación pues al partir el art. 53 de una calificación de la venta como válida cabe identificarla, en un primer momento, con el supuesto que el art. 98.1.b) atribuye efectos extintivos del expectante. Paradójicamente, el legislador al calificar solamente como válida la enajenación de este último precepto, consideró, por el contrario, que simplificaba la cuestión³⁴² y que el caso del art. 53 quedaba fuera directamente.

De cualquier modo, a la vista de su verdadera intención y de la finalidad de ambos preceptos considero que resulta necesaria una interpretación conjunta modalizada por las características propias del expectante y el principio del *favor viduitatis* en virtud

al contrato (cónyuge no disponente), me parece preferible entender, siguiendo a LACRUZ en relación con el 1322 Cc., que la enajenación sería inoponible al que no la consintió pudiendo considerar el bien como subsistente en el patrimonio consorcial mientras no prescribiera la acción de impugnación, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil, IV, Familia*, segunda edición, revisada y puesta al día por Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2005, p. 231. Podría entonces argumentarse que, mientras no hubiera prescrito la acción y, por lo tanto, no existiera transmisión irrevindicable del dominio, el expectante subsistiría.

En cualquier caso, y con independencia del concepto de anulabilidad del que se partiera, la necesidad insoslayable de impugnar en un plazo cerrado de cuatro años a pesar de no haber consentido el acto de enajenación habría supuesto, sin duda, un régimen más rígido y perjudicial que el de la inoponibilidad para la eventual subsistencia del derecho expectante del cónyuge no disponente.

342 “Hay acuerdo en que este planteamiento simplifica y clarifica la cuestión y además mantiene la misma filosofía que el texto de la ponencia, de modo que el texto del art. 26 (hoy 53 Lrem.) queda fuera por no ser caso de disposición válida”, *cfr.* “Acta de la sesión de siete de noviembre de 2001 (Acta 136)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 11. Parece deducirse, por tanto, que la Comisión identifica como válidas con efectos extintivos del expectante solamente las disposiciones que también gozan de eficacia pues excluye, directamente, el supuesto del art. 53 Lrem.

de la cual solamente se considere extinguido en los casos en los que se emita consentimiento posterior por parte del cónyuge no disponente, el comprador cumpla con los requisitos de la usucapión o bien goce de la protección derivada de la aplicación de las reglas del tercero de buena fe.

En los tres supuestos existe una venta válida y eficaz con una verdadera traslación de dominio y, por tanto, una modificación en el expectante. Fuera de estos casos, este derecho quedaría incólume ante el acto realizado en solitario por uno de los cónyuges, resultando, por tanto, absolutamente irrelevante que el otro decida finalmente interponer demanda solicitando la inoponibilidad.

La interpretación ofrecida intenta responder equilibrada y respetuosamente con la seguridad y agilidad del tráfico jurídico y la naturaleza y sistemática del expectante pero supone un ejercicio de análisis ponderado del 53 imprescindible e ineludible —a mi entender— aunque no literal.

No obstante, si se admiten estas premisas, quizá un apartado específico en el 53 regulando las consecuencias para este derecho —como se ha hecho en otros lugares de la ley fuera de sede de viudedad en puntos más o menos controvertidos³⁴³— o bien, si lo que se buscaba era partir siempre de la extinción en cualquier caso de venta válida, una previsión de renacimiento³⁴⁴ para aquellos casos

343 Por ejemplo, el art. 8.1 Lrem. *in fine* respecto a los actos de disposición voluntaria o sustracción del uso común de vivienda familiar privativa o el 23.2 Lrem. en régimen de separación de bienes.

344 A semejanza del art. 94.2 Lrem. en el que el expectante “nace de nuevo” con la reconciliación o pacto de los cónyuges o cuando no exista sentencia estimatoria en los procesos de separación, divorcio o nulidad o como establecía el derogado art. 7.3 Comp. aragonesa respecto del derecho expectante del ausente sobre los bienes no dispuestos en su ausencia si, posteriormente, reaparecía.

en los que no se produzca definitivamente y de modo efectivo una transmisión de la propiedad, habrían eliminado dudas e incertidumbres que la aplicación del artículo 53 puede suponer para la pervivencia del expectante del cónyuge preterido ilegítimamente.

2.3. ART. 98.1.C) LREM.: ENAJENACIÓN DE BIENES PRIVATIVOS DE UNO DE LOS CÓNYUGES INCLUIDOS EN EL TRÁFICO HABITUAL DE SU PROFESIÓN O NEGOCIO

2.3.1. Antecedentes legislativos

La regulación de la situación del derecho expectante en relación con los actos de disposición de los bienes que forman parte del tráfico habitual de la profesión o negocio fue objeto de atención legislativa por primera vez en el Anteproyecto de Compilación redactado por la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de julio de 1962 nombrada por el Ministerio de Justicia. El citado Anteproyecto exigía, con carácter general, la concurrencia de ambos cónyuges para la extinción del expectante en las enajenaciones de bienes comunes y el asentimiento del no propietario en las de bienes privativos, con la excepción de aquéllas cuyo objeto fueran “bienes aparentemente destinados a la especulación o no afectos de modo permanente al uso y provecho familiares”:

Art. 148.– Desde el momento en que los bienes inmuebles ingresan en el patrimonio común o en los privativos quedan afectos al derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la enajenación ulterior del inmueble si no concurren a ella ambos cónyuges con aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el art. 119.

Art. 119.– Fuera de las facultades de administración, la disposición de bienes comunes requiere el acuerdo de marido y mujer, y la de bienes propios de cada cónyuge el asentimiento del otro (...). No obstante, es válida la disposición del cónyuge administrador sobre

bienes comunes, y la de cada cónyuge sobre los que le son propios, cuando fuera a título oneroso y versase sobre bienes aparentemente destinados a la especulación o no afectos de modo permanente al uso y provecho familiares.

Las trabas para el tráfico jurídico que pudiera, en su caso, originar el expectante quedaban minimizadas con esta regulación ya que la intervención del otro cónyuge no solamente era innecesaria para los bienes “aparentemente” dedicados a la especulación sino que quedaba ampliada también a todos aquellos no vinculados al uso familiar³⁴⁵.

La eficacia del derecho expectante como gravamen real quedaba muy limitada, sin perjuicio del juego de la subrogación real que implicaban tales enajenaciones³⁴⁶.

Sin embargo, en el art. 144 del Anteproyecto definitivo de julio de 1963 —equivalente al 148 del provisional citado antes— desaparece toda referencia al supuesto de hecho que nos ocupa pues, tras el trámite de información pública, el art. 119 es suprimido. En su lugar, el art. 116 se limita a declarar válida la enajenación de bienes comunes excepto si era realizada “con ánimo de perjudicar a la comunidad o descuidando sus intereses”:

Art. 144.– Desde el momento en que los bienes inmuebles por naturaleza (...) ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan afectos al derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble, si no la consienten ambos cónyuges.

345 ZAPATERO GONZÁLEZ, R., “De la viudedad foral”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

346 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 718 y 719; de SANCHO, en solitario, *vid.* “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, p. 598.

Art. 116.– Es válida la enajenación de bienes comunes por el cónyuge administrador, salvo si el tercer adquirente conoció o debió conocer que tal enajenación se realiza con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de ésta.

Posteriormente, ya no hay referencias sobre esta cuestión ni en los textos posteriores elaborados por la Comisión General de Codificación de julio 1965 y mayo de 1966 ni en el texto definitivo de la Compilación aprobado por ley 15/1967, de 8 de abril.

Tras la reforma de la Compilación por ley 3/1985, de 21 de mayo, solamente se regulan expresamente los actos que, en relación con esta clase de bienes, está legitimado a realizar frente a terceros el cónyuge propietario:

Art. 48.– Administración de la comunidad

2. Frente a terceros estará legitimado cada cónyuge:

1º.– Para realizar actos de administración ordinaria del patrimonio consorcial, así como los de administración y disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio.

Nada se mencionaba acerca del expectante en estos supuestos³⁴⁷ a pesar de que fue presentada una enmienda³⁴⁸, que no se

347 En aplicación del art. 76.2 vigente entonces la enajenación o el consentimiento a ella implicaba la extinción del expectante. Resultaba dudoso dilucidar si la verdadera intención del legislador era, además, la de su aplicación a cualquier caso de enajenación de bien consorcial o solamente respecto de aquellos bienes cuya disposición fuera conjunta. Limitando su aplicación a este último supuesto *vid.* SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, *op. cit.*, p. 163. En igual sentido, BATALLA CARILLA, J. L., “La Compilación y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, *op. cit.*, p. 96.

348 Su texto era el siguiente: “No será necesaria la renuncia en los supuestos previstos en esta Compilación y especialmente en el del artículo 48, número dos,

acabaría incorporando finalmente ni al proyecto de la Comisión ni al texto definitivo, en la que se solicitaba que no fuera necesaria la renuncia en los actos de disposición del patrimonio consorcial incluidos en el tráfico habitual de la profesión, arte u oficio del disponente. Ninguna propuesta hubo, sin embargo, en relación con el expectante de los bienes privativos.

Junto a la ausencia de regulación específica coexistía otro problema añadido: demostrar que, realmente, los bienes estaban dentro del tráfico profesional.

El caso-tipo potencialmente originario de problemas era el del cónyuge constructor con separación de bienes cuyo tráfico empresarial consistiera en la construcción de viviendas destinadas a su venta posterior. Si se consideraba que quedaban bajo la sujeción del expectante y el otro cónyuge se negaba a renunciar, estábamos ante la práctica amortización de tales bienes, dificultándose sobremanera el desarrollo de la actividad profesional del constructor.

SANCHO REBULLIDA argumentaba al respecto que el expectante como gravamen real recaía sobre el negocio y los elementos principales del mismo considerados como *universitas* (sede física del negocio, inmovilizado, nombre comercial) de tal modo que, en aplicación del art. 76.1 Comp. aragonesa, con su enajenación aquél no se extinguía ni menoscababa. Pero cuando

párrafo primero, y podrá ser suplido en caso de negativa injustificada a prestarlo por la autorización de la Junta de Parientes y, en su defecto, por el Juez de Primera Instancia". Fue presentada por Giménez Martín al Proyecto de la Comisión asesora sobre el Derecho Civil Aragonés creada por Decreto 24/1984, de 5 de abril, de la Diputación General de Aragón con el fin de añadirse a la redacción propuesta del art. 76.2 Comp. aragonesa. Véase al respecto BATALLA CARILLA, J. L., "El derecho expectante de viudedad y la disposición de bienes inmuebles por los cónyuges. Desde las Observancias hasta hoy", *op. cit.*, p. 132.

lo que se enajenaba separadamente eran bienes sobre los que recaía el giro o tráfico profesional, entendía que estábamos ante elementos accesorios sobre los que el expectante no recaía, resultando innecesaria por lo tanto la renuncia (o reserva en el consentimiento a la enajenación si fueran comunes).

Por lo tanto, había expectante únicamente cuando lo que se enajenaba era la misma *universitas* o negocio en sí mismo pero no sus elementos afectos individualmente considerados. Esta teoría la entendía igualmente aplicable en los supuestos en los que el cónyuge fuera constructor o promotor en tanto que consideraba el tráfico de inmuebles como algo incluido en su giro empresarial³⁴⁹.

En esta línea, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ³⁵⁰ corroboraba, en parte, lo defendido por SANCHO sosteniendo que la fuente de ingresos no provenía de los pisos objeto del tráfico empresarial sino de la empresa constructora, lo que en principio bastaría para negar igualmente la subsistencia del expectante en dichos bienes.

Sin embargo, desde un punto de vista jurídico-formal, el hecho de que —en su opinión— aquéllos llegaran a entrar efec-

349 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 718 a 721. *Vid.* en contra LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, quien consideraba la renuncia imprescindible en estos supuestos si bien apostaba por una solución en futuras modificaciones de la norma “a satisfacción de la modernidad”, *cfr.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIII, volumen 2º, *op. cit.*, p. 327,

350 MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Comentario a la STS de 27 de mayo de 1988 (comunidad conyugal y viudedad)”, *CCJC*, nº 17, 1988, pp. 569 y 570.

tivamente en el patrimonio, aunque fuese sin vocación de permanencia y estuvieran destinados a salir en un plazo razonable de tiempo como consecuencia del tráfico profesional, le llevaba a inclinarse a favor de la necesidad de la renuncia o a la solicitud del acuerdo judicial sustitutorio del art. 76.2.2 Comp. aragonesa *in fine*, en su caso, fundamentado en el abuso de derecho como mecanismo jurídico adecuado en caso de negativa injustificada del cónyuge titular del expectante “(...) *mejor que una eventual supresión automática de tal derecho para algunos supuestos definidos legalmente que podrían contribuir a desdibujar los contornos jurídicos propios de la viudedad foral en su fase de derecho expectante*”³⁵¹ .

Esta última sería, sin embargo, la opción que se adoptaría finalmente en la Lrem.

2.3.2. Presupuestos de hecho del precepto

2.3.2.1. Clase de enajenación

Tal y como se indicó respecto a los bienes consorciales pertenecientes a la clase de tráfico que nos ocupa (vid. *supra* apartado 2.2.2.2.), es posible tanto la disposición a título oneroso como gratuito siempre que esté incluida en el habitual de la profesión o negocio del cónyuge enajenante³⁵².

351 MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Ídem*, p. 571.

352 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, p. 15.

2.3.2.2. Objeto de la enajenación

a. Bienes privativos de uno de los cónyuges

La enajenación deberá tener por objeto un bien privativo de uno de los cónyuges. La legitimación para realizar estos actos de disposición es atribuida en exclusiva a su propietario tanto en sede de gestión del consorcio (art. 61.1 Lrem.)³⁵³ como en el de separación de bienes (23.1 Lrem.)³⁵⁴.

De cualquier modo, la vigencia del derecho de información recíproca sobre la gestión de ambas clases de bienes y sobre los resultados económicos de la profesión o negocio ejercidos contemplados en el apartado 3º del art. 45 y en el art. 6 Lrem. no quedará mermada en ningún momento por este precepto, cuyo ámbito de aplicación deberá ceñirse, exclusivamente, a lo relativo al expectante del consorte no disponente.

b. Bienes incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio

El bien deberá pertenecer al tráfico habitual de la profesión o negocio de su propietario. Se propone como medio de prueba bastante (*...bastará que así resulte*, dice literalmente el precepto) de que un acto esté dentro de dicho tráfico la aseveración del Notario que le conste por notoriedad³⁵⁵.

353 SERRANO GARCÍA, J. A., "La gestión del consorcio conyugal", *Manual de Derecho civil aragonés*, op. cit., p. 301.

354 BAYOD LÓPEZ, C., "Régimen de separación de bienes", *Manual de Derecho civil aragonés*, op. cit., pp. 246 y 247.

355 Destacando la dificultad que puede entrañar desde la perspectiva notarial *vid.* NAVARRO VIÑUALES, J. M., "Introducción a la legislación de Derecho civil aragonés", *Legislación civil de Aragón*, Monográficos La Notaría, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 50.

Obsérvese como idéntico medio —y similar redacción— es usado por el legislador en el art. 49.2 Lrem. en relación con la legitimación individual de disposición de los bienes consorciales que pertenezcan igualmente al tráfico profesional de uno de los cónyuges. Su inclusión específica tanto en el art. 49.2 Lrem. como en el 98.1.c) Lrem. supone una aportación importante que facilita en gran manera la plena eficacia de ambos preceptos pero, como ya se indicó *supra* respecto al primero, supone simplemente un ejemplo de medio de prueba que facilita el legislador, quedando abierta la posibilidad de utilizar cualquier otro admitido en Derecho.

Con independencia del que finalmente se elija, la demostración de que el acto está dentro de la actividad profesional del disponente será ineludible para la posterior inscripción del bien en el Registro de la Propiedad pero no para su validez.

En cualquier caso, es evidente que la regulación resulta especialmente acertada para los supuestos en los que uno de los consortes tiene un giro empresarial relativo a inmuebles, como promotor o constructor, pues ofrece una solución *ad hoc* de la que la Compilación carecía.

2.3.3. Consecuencias para el expectante del no disponente

Con carácter general, la gestión individual inherente a los bienes privativos es, en Aragón, más aparente que real puesto que precisa siempre de la intervención del otro cónyuge renunciando para que desaparezca el expectante. Por lo tanto, en la práctica, la libertad de disposición independiente que inicialmente les identifica queda muy disminuida³⁵⁶.

356 Debido a la compatibilidad del derecho de viudedad con cualquier régimen que el legislador establece expresamente en el art. 89.3 Lrem. *Vid.* en relación con el régimen de separación de bienes BAYOD LÓPEZ, C., "Régimen de separación

Sin embargo, por aplicación del 98.1.c) Lrem., si los bienes objeto del acto de disposición pertenecen al giro profesional o comercial de quien lo lleva a cabo, la renuncia del otro esposo será innecesaria en tanto que la extinción de su derecho expectante sobre aquéllos se producirá *ex lege*. Al regularse por primera vez de modo expreso una solución a los problemas que en el tráfico jurídico de estos bienes habían ocasionado tanto su prueba de pertenencia al mismo como el destino del expectante del cónyuge no disponente se contribuye eficazmente a que cada uno desarrolle libremente su actividad profesional sin impedimentos derivados de la eventual subsistencia del derecho de su consorte.

2.4. ART. 98.1.D) LREM.: PARTICIÓN Y DIVISIÓN DE BIENES, INCLUSO CON EXCESO DE ADJUDICACIÓN, RESPECTO DE AQUÉLLOS QUE NO SE ADJUDIQUEN AL CÓNYUGE

2.4.1. Antecedentes legislativos

En la regulación de las Observancias, la única referencia a esta cuestión aparece en relación con el usufructo viudal. En la número 55 *De Iure Dotium* y en la 2ª *De Secundis Nuptiis* se dispone que, muerto el marido, la mujer que divide con los herederos de éste los bienes sitios pierde su derecho de viudedad sobre los mismos:

Observancia 55 *De Iure Dotium*:

Así mismo, muerto uno de los cónyuges, deben dividirse al punto todos los bienes muebles entre el superviviente y los hijos, pero no los bienes inmuebles, si quiere tener viudedad³⁵⁷.

de bienes”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 250; sobre los bienes privativos del consorcio consúltese SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 302.

³⁵⁷ *Item, bona mobilia omnia mortuo altero coniugum: statim debent dividi inter supervivent, & haeredes: immobilia autem non, si vult tenere viuitatem supervivens*

Observancia 2ª *De Secundis Nuptiis*

Así mismo, muerto uno de los cónyuges, deben dividirse al punto entre el superviviente y los herederos todos los bienes muebles. Pero no los bienes inmuebles, si el superviviente quiere mantener su derecho de viudedad³⁵⁸.

Este supuesto junto con el de consentimiento a la enajenación efectuada por el otro cónyuge era considerado como un acto equivalente a la renuncia de la viudedad aunque ésta no se hubiera producido expresamente³⁵⁹.

Durante la vigencia del Apéndice, la ausencia de regulación específica en este sentido, la interpretación a *sensu contrario* de

SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, pp. 36 (vol. II) y 219 (vol. III); MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, op. cit., p. 196; MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Observancias del Reino de Aragón. Vertidas del latín al castellano por los autores de "Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla"*, op. cit., p. 91.

358 *Item, mortuo altero coniugum, statim debent dividi omnia bona mobilia cum supervivente, & filiis, non autem immobilia, si vult tenere viduitatem* SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, pp. 37 (vol. II) y 220 (vol. III); MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, op. cit., p. 201 y MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Observancias del Reino de Aragón. Vertidas del latín al castellano por los autores de "Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla"*, op. cit., p. 94.

359 El requisito de que fuera expresa quedaba restringido a los contratos entre cónyuges pero no con extraños, como era el caso de los dos ejemplos citados. *Vid.* al respecto MOLINO, M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum...*, op. cit., voz *viduitas*, fol. 332; PORTOLÉS, J., *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini...*, op. cit., p. 516; DEL PLANO, M., *Manual del abogado aragonés*, op. cit., p. 130; BLAS Y MELENDO, A., *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 134; DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 677; ISÁBAL y BADA, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado "Fueros y Observancias del Reino de Aragón" derogado por el Apéndice al Código Civil español*, op. cit., p. 465.

la regla general contenida en el art. 63 *in fine*³⁶⁰ y el principio del *favor viduitatis*³⁶¹ habían llevado a considerar que, en los casos de dominio dividido, las partes resultantes del mismo estaban sometidas al gravamen del derecho expectante³⁶².

La Compilación de 1967 carecía igualmente de norma alguna que abordara esta cuestión y la reforma posterior de 1985 tampoco aportaría nada nuevo en este sentido. Las dudas surgieron, en primer lugar, en torno a dilucidar si una partición hereditaria o una división de bienes en comunidad implicaba o no un acto de enajenación de los comprendidos en el derogado 76.2 Comp. aragonesa y si, aceptada esta premisa, “*se extinguía o menoscababa*”, utilizando la terminología del precepto, el derecho expectante.

La conclusión mayoritaria en la doctrina aragonesa fue que no había tal enajenación y que, por lo tanto, no era necesaria la renuncia al expectante, o el consentimiento en su caso, a las operaciones particionales, para que aquél se considerara extinguido sobre la cuota y recayera sobre el bien adjudicado. Y así MERINO HERNÁNDEZ³⁶³ consideraba que la partición de una

360 El art. 63 del Apéndice establecía lo siguiente:

Art. 63.- (...) Únicamente por las causas que de modo taxativo señala este Apéndice dejará de hacerse efectivo, en su tiempo y lugar, el derecho expectante de viudedad o perderá el cónyuge supérstite el que se halle disfrutando.

361 La regulación del principio del *favor viduitatis* estaba recogida en el art. 64 del Apéndice:

Art. 64.- (...) Cuantas dudas ocurran acerca del alcance de la viudedad se resolverán en el sentido de comprender todos los bienes del cónyuge pre-muerto que sean aptos para ella.

362 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 158.

363 Vid. al respecto MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés”, *op. cit.*, pp. 1432 y 1433.

herencia entre los diferentes herederos intervinientes no implicaba acto alguno de enajenación ni producía ninguna recíproca transmisión de cuotas de unos herederos a otros sino que traía como consecuencia una especificación de la antes indeterminada titularidad hereditaria sobre unos bienes concretos³⁶⁴.

En segundo lugar, también presentaba problemas el destino final del expectante en aquellos supuestos en los que se produjeran excesos en la adjudicación.

En este punto, MERINO defendía que siempre que el Notario tuviera dudas acerca de un posible exceso de adjudicación debería exigirse la presencia de los otros cónyuges, considerando que tendrían que renunciar aquéllos cuyos consortes recibían de menos pero no de más, pues entendía que existía expectante, exclusivamente, sobre la porción que de menos recibía el consorte³⁶⁵.

Si, por el contrario, se mantenía que tampoco era precisa en estos casos la intervención del otro cónyuge, solo a través de la pérdida de la parte correspondiente como causa extintiva del derecho de viudedad, aplicando supletoriamente el art. 513.5 Cc., podía justificarse la ausencia de aquélla³⁶⁶.

364 En igual sentido se pronunciaba LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA pero matizando, en contra de MERINO, que si la partición se había realizado en un momento posterior a la aceptación de la herencia el consorte sí había adquirido sobre la cuota indivisa un expectante que debía renunciar, a excepción de la partición judicial o la que hacen los herederos respetando la voluntad del causante, *cfr.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa" *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIII, volumen 2º, *op. cit.*, p. 333.

365 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés", *op. cit.*, p. 1434.

366 *Cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, *op. cit.*, p. 159.

De igual manera, en el ámbito jurisprudencial se había venido entendiendo que una partición no perjudicaba nunca el derecho expectante del consorte no propietario³⁶⁷.

El criterio doctrinal contrario a la necesidad de la intervención del otro cónyuge quedaría plasmado en el extenso y concluyente auto del Presidente del TSJA de 22 de octubre de 1992. Ahora bien, la fundamentación de que la renuncia no era necesaria no se sustentaba en que la disolución de la comunidad no pudiera equipararse a la enajenación que mencionaba la Compilación³⁶⁸ sino en considerar que la partición implicaba la sus-

367 *Vid.*, a modo de ejemplo, sentencias ATZ de 13 de enero de 1989 y APZ de 19 de enero de 1998. En la primera, se ordenó el cese del estado de indivisión del piso sobre el que recaía la acción, y al resultar indivisible y no existir acuerdo entre los interesados, se procede a la venta en pública subasta. Siendo el piso copropiedad exclusiva del actor, el segundo considerando de la sentencia estima que la pretensión para solicitar la división solamente debe formularse por el demandante, pero nada obstaba para que su esposa mantuviera su expectante y no resultara perjudicada por la venta. En igual sentido se pronuncia la segunda sentencia, denegando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario del cónyuge del demandado por ostentar un derecho expectante, señalando, en su F.D. Primero, como tal pretensión “no tiene en cuenta el contenido de los artículos 76 Comp. aragonesa y el 405 Cc. conforme al cual la división de cosa común no perjudicará a tercero”.

368 El ponente del auto fue el entonces Presidente del TSJA Exmo. Sr. D. Jose Ramón San Román Moreno y su F.D. Octavo afirmaba lo siguiente sobre la cuestión que nos ocupa: “*Es evidente que el artículo 76.2 emplea la palabra enajenación en sentido amplio, dentro del cual encaja el negocio jurídico de la disolución o división de la comunidad de bienes (el subrayado es mío). La doctrina aragonesa (...) parece llegar a la conclusión unánime de que la partición hereditaria, aunque sea de partes indivisas de la herencia, no supone ni implica división y adjudicación de los bienes que integran la comunidad hereditaria por disolución de la misma, como tampoco lo es, en estos casos, la disolución y división de esa comunidad hereditaria cuando se practica de inmediato con la adjudicación de bienes concretos y determinados a los herederos o cuando la partición es practicada por el causante. En tales supuestos, se entiende que no es necesaria la renuncia del cónyuge al derecho expectante o la prestación del consentimiento a las operaciones particionales para que el derecho*

titución del derecho expectante sobre las cuotas por el surgido sobre unos bienes determinados y concretos en ese momento y a partir de la adjudicación, argumentando que, de sostenerse lo contrario, se llegaría a la contradictoria situación de concurrencia de derechos expectantes de viudedad sobre las antiguas cuotas indivisas y sobre los bienes adjudicados³⁶⁹.

Ésta sería también la línea que mantuvieron SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS al considerar que cuando un cónyuge adquiría *pro indiviso* con otros sujetos una o varias fincas, o ingresaba en su patrimonio una cuota indivisa de ellas, nacía para su consorte el correspondiente expectante pero sobre la cuota ideal de dominio que le correspondiera.

El derecho no gravaría, pues, según estos autores, toda la finca —o todas las fincas— en proporción a la cuota del cónyuge

expectante se considere extinguido sobre la cuota y recaiga, directamente, sobre el bien adjudicado; pero esa unanimidad desaparece cuando se trata de considerar los efectos que en el derecho expectante de viudedad puede producir la división o disolución de la comunidad por cuotas y consiguiente adjudicación de bienes concretos y determinados a los comuneros “en pago” de sus respectivas cuotas o porciones indivisas o abstractas sobre los mismos bienes”.

369 *Vid.* F.D. Décimo: Si se mantiene la tesis del Sr. Registrador en el sentido de exigir la renuncia o el consentimiento de los cónyuges titulares del derecho expectante a las operaciones de disolución de la comunidad y adjudicación de los inmuebles objeto de las mismas (...) se llegaría a la *contradictoria situación de una concurrencia o dualidad del derecho expectante de viudedad*: de una parte, el preexistente sobre las cuotas indivisas y, de otra, el nacido de la adjudicación del bien concreto surgido de esa disolución; (...) a nuestro juicio, *el derecho expectante sobre las cuotas indivisas desapareció con el ingreso de los bienes concretos y determinados en el patrimonio privativo de los copropietarios* que ha producido, por ley, la sustitución del extinguido derecho expectante sobre las cuotas por el derecho de viudedad surgido y efectivo sobre unos bienes determinados y concretos, en este momento y a partir de la adjudicación, existente (...).” (el subrayado es mío). En igual sentido, *vid.* sentencia APT de 10 de septiembre de 2002.

condómino sino, exclusivamente, esta cuota misma, de tal modo que su expectante sería totalmente ajeno a las restantes cuotas de los demás condóminos, esto es, de las no pertenecientes a su consorte.

En consecuencia, si se produjera la partición, el derecho recaería automáticamente, no ya sobre la cuota mencionada, sino sobre la finca o fincas adjudicadas, continuando al margen las demás partes de finca o fincas que se atribuyeran a los demás condóminos cuya cuota ideal tampoco estaba gravada en origen por el expectante.

Como resultado lógico de la argumentación expuesta, SANCHE y DE PABLO estimaban que el cónyuge comunero podía instar la división de la cosa común sin el consentimiento del otro cónyuge y sin necesidad de que éste renunciara a su derecho porque identificaban al expectante sobre una cuota ideal de dominio con la posibilidad de concreción del mismo sobre la propiedad del bien en que el condominio se especificara al disolverse la comunidad³⁷⁰.

En definitiva, todos los razonamientos expuestos giran en torno a la subsistencia *per se* del expectante del cónyuge no propietario sobre la cuota o bien adjudicado a su cónyuge en los supuestos de partición o división, sin ningún otro requisito añadido y con absoluta independencia de lo que se adjudicara a los demás comuneros o herederos. Si se observa la normativa establecida en la Lrem. podrá advertirse fácilmente como es deudora directa de estos criterios doctrinales y jurisprudenciales.

370 Cfr. SANCHE REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, op. cit.*, p. 725 y nota nº 36.

2.4.2. Presupuestos de hecho del precepto

2.4.2.1. Partición o división de bienes

La situación referida en el apartado d) del art. 98.1 es la de la previa existencia de un bien sobre el que uno de los cónyuges ostenta una cuota indivisa junto con otras personas y con posterioridad se procede a su partición o división, adjudicándose bienes concretos o porciones indivisas abstractas sobre dichos bienes.

Parece destinado a supuestos en los que la cuota pertenezca a uno de los cónyuges privativamente pues hace referencia, en singular, al consorte propietario (“...respecto a los que no se adjudiquen *al cónyuge*”)³⁷¹.

Deberá aplicarse a todos los casos de partición o división con independencia de que su origen sea voluntario³⁷² o forzoso

371 Cfr. CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, op. cit., p. 157. En igual sentido, NAVARRO VIÑUALES, J. M., “Introducción a la legislación de Derecho civil aragonés”, *Legislación civil de Aragón*, op. cit., p. 50

372 Como, por ejemplo, el supuesto contemplado en el art. 61 Lsuc. que regula como causa de disolución del consorcio foral la división del inmueble, junto con la decisión de común acuerdo de todos los consortes. Como señala SANCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, “el consorcio foral, desde su regulación en los más antiguos fueros luego compilados en 1247, aparece como una comunidad hereditaria configurada con unos efectos peculiares que entrañan una cierta vinculación de los bienes que la integran y *que puede, a petición de cualquiera de sus componentes, quedar extinguida mediante partición de la misma o del bien poseído en común. Así persiste en la regulación actual*” (el subrayado es mío), cfr. SANCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. C., “Algunas consideraciones sobre el consorcio foral al hilo de una sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Tarazona (Zaragoza)”, *RJN*, 14, 1992, p. 159.

La división era, hasta la promulgación de la Lsuc. en 1999, el único supuesto de disolución contemplado en el derogado art. 142.2 Comp. aragonesa. Sobre esta cuestión, tras la promulgación de la Lsuc., *vid.* entre otros, SANCHEZ-FRIERA

incluidos, dentro de estos últimos, los judiciales con enajenación por subasta³⁷³.

2.4.3. Consecuencias para el expectante

El precepto determina la extinción del derecho expectante de un cónyuge respecto de aquellos bienes que no se le adjudiquen a su consorte. El efecto extintivo previsto en la norma se dará incluso cuando exista “exceso de adjudicación” o, lo que es lo mismo, cuando al consorte propietario le haya sido atribuida, por defecto, una parte menor de la que en puridad le correspondía en función de su cuota.

La finalidad perseguida por el legislador con este apartado del art. 98.1 Lrem. relativo a supuestos de partición o división de

GONZÁLEZ, M. C., *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, Zaragoza, 2000, pp. 20 a 23; SANCHO ARROYO y LÓPEZ-RIOBOO, J., “De las sucesiones en general (Título I)”, *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Zaragoza, 1999, pp. 41 a 43; SERRANO GARCÍA, J. A., “Introducción a la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte”, *Economía aragonesa*, Servicio de Estudios de Ibercaja, Zaragoza, 1999, pp. 91 y 92; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios críticos a la Ley 1/1999 de 24 de febrero de Sucesiones por Causa de Muerte de las Cortes de Aragón*, Comunicación presentada en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y legislación el 13 de noviembre de 1998, Zaragoza, 1998, pp. 92 y 93 (consorcio foral). Calificaba este último como “insuficiencia legislativa” la cuestión de la compatibilidad del consorcio con el usufructo de viudedad. Actualmente ya aparece resuelta, de modo expreso, en el art. 96 Lrem., *in fine*. Vid. sobre esta última cuestión MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “De la viudedad. Disposiciones Generales”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., p. 315. En igual sentido, GIL NOGUERAS, L. A., “El derecho de viudedad durante el matrimonio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., p. 328.

373 Cfr. LERMA RODRIGO, M^o del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op. cit., p. 151.

un bien en el que uno de los cónyuges tiene una parte de carácter privativo es evitar la presencia del otro cónyuge que no resultaría necesaria, *ab initio*, por normativa de gestión del consorcio sino por razón de un supuesto —e inexistente— expectante sobre las cuotas indivisas de los demás comuneros o coherederos. Así se deduce del apartado XII del Preámbulo al afirmar que *no será necesaria la concurrencia de los cónyuges de los comuneros o coherederos de la partición*.

La partición o división de un bien en el que los cónyuges ostenten una cuota común supondrá la concurrencia de ambos *ex arts. 398 y 400 Cc.* con lo que la mera presencia implicaría la voluntad de aceptación de aquélla y haría decaer recíprocamente su expectante en aplicación de lo dispuesto en el art. 98.2 Lrem.³⁷⁴.

La regulación específica de este supuesto, incluida la solución a los casos de desigualdad en la atribución, constituye una importante novedad legislativa que se hace eco de la tendencia doctrinal y forense mayoritaria con anterioridad a su aprobación, contribuyendo a la seguridad jurídica que demandaba esta materia y simplificando notablemente los trámites necesarios tanto para la división

374 Para CALDUCH GARGALLO, el supuesto de partición o división de una comunidad en la que el consorcio ostentase una cuota sería subsumible en el supuesto de enajenación válida del apartado b) del 98.1 Lrem., *cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, *op. cit.*, p. 157.

Ahora bien, dado que también parece defendible que la enajenación a la que se refiere el 98.2 deba interpretarse en sentido amplio (en este sentido *vid.* LERMA RODRIGO, M^a del C., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 150) y, por tanto, comprensivo de una partición o división y que, en aplicación de los arts. 398 y 400 Cc. y siendo consorcial la cuota, la concurrencia de ambos cónyuges será inevitable, me parece más exacto entender, a reserva de mejor criterio, que la extinción se produce *ex art.* 98.2 Lrem.

de una comunidad como para una partición hereditaria o judicial en la que intervengan cónyuges sometidos a ley aragonesa.

2.5. ART. 98.1.E) LREM.: ENAJENACIÓN DE BIENES POR EL CÓNYUGE DEL DECLARADO AUSENTE

2.5.1. Antecedentes legislativos

A pesar de que en los Fueros y Observancias ya aparecen regulaciones referidas al tema de la ausencia, las consecuencias que provoca en el derecho expectante de viudedad no se abordan legalmente de modo expreso hasta la reforma de la Compilación de 1985.

En la regulación regnícola citada, la ausencia se concibe como mera “no presencia” equivalente a no estar en el domicilio, con independencia de que se supiera o no la existencia del ausente. No es un estado declarado por la autoridad judicial —tal y como ocurre en la actualidad— sino más bien una situación comprobada. La persona que sustituía al ausente no tenía más que simples facultades de administración y custodia³⁷⁵.

Posteriormente, los Proyectos Ripollés y Gil Berges concedieron facultades de disposición limitadas sobre los bienes del ausente:

³⁷⁵ Sobre la ausencia en Derecho aragonés, *vid.*, entre otros, FRANCO y LÓPEZ, L. y GUILLÉN y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés* (reimpresión), ed. facsímil al cuidado de Víctor Fairén Guillén, *op. cit.*, pp. 101 a 104; MONTULL LAVILLA, E., “La ausencia en el Derecho aragonés vigente”, *ADA*, VI, 1951-52, pp. 189 a 195; SAPENA TOMÁS, J., “La ausencia en Aragón”, *R.D.P.*, T. XXXIX, enero-diciembre 1955, pp. 985 a 2001; ALONSO LAMBÁN, M., “Informe sobre la ausencia”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. I, Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, colección El Justicia de Aragón, número 4, Zaragoza, 1996, pp. 83 a 168.

Proyecto Ripollés (1899)

Art. 23.— Declarada la ausencia, podrá el cónyuge mayor de catorce años, aún siendo menor de veinte, disponer de sus bienes y de los comunes de la sociedad conyugal.

Proyecto Gil Berges (1904)

Art. 194.— En general entre cónyuges, declarada la ausencia de uno de ellos, podrá el otro, si ha cumplido catorce años y no se halla incapacitado, disponer de sus bienes peculiares de cualquiera especie como estime conveniente y de los comunes de la sociedad solamente en cuanto sea necesario para las atenciones de la misma.

La regulación del Apéndice de 1925 se inspirará en estos preceptos, declarando expresamente la libre facultad de disposición de la mujer del ausente respecto a sus bienes y los conyugales, si bien con la limitación respecto a estos últimos —similar a la del Proyecto Gil Berges— de que fuera necesario para las atenciones de la sociedad conyugal:

Art. 6.— La mujer del ausente, además de tener la libre disposición de los bienes propios de ella, podrá disponer de los bienes comunes de la sociedad conyugal en tanto en cuanto sea necesario para las atenciones de la misma.

Como puede observarse ni en los Proyectos citados ni en el Apéndice aparece tampoco regulación *ad hoc* para el expectante³⁷⁶.

No obstante, en el art. 47.2 del Apéndice se mencionaba el tema de la ausencia con ocasión de la regulación de los efectos de la separación judicial:

376 Señalaba MONTULL LAVILLA como la regulación jurídica de este tema “fue harto desdichada por su deficiente formulación, su vaguedad en algún caso y su falta de coordinación (...)”, *cfr.* MONTULL LAVILLA, E., “La ausencia”, *Comentarios de prensa*, Artículos publicados en el periódico diario de Zaragoza “Heraldo de Aragón”, 22 de junio de 1967, ADA, XIII, 1965, 1966, 1967, p. 467.

Art. 47.2.– Cuando se decrete la separación de bienes, quedará a salvo el derecho expectante de viudedad a favor del otro cónyuge en los raíces, inmuebles o sitios del cónyuge declarado ausente o culpable de la interdicción civil o del divorcio.

Señalaba SANCHO REBULLIDA que, interpretado el precepto a *contrario sensu*, su aplicación conllevaba que perdía el expectante el ausente o el culpable de la interdicción o divorcio. Este resultado le parecía justo en los dos últimos supuestos pero no en el caso de la ausencia, para la que entendía que resultaba mejor en caso de reaparición considerar el derecho como no interrumpido en lugar de nacido de nuevo. A favor de su tesis argumentaba los principios de equidad, la ubicación del precepto fuera del régimen de la viudedad y de su extinción y que su interpretación venía interrelacionada con la interdicción y el divorcio, sin la cual cabría mantener que era un precepto pensado para el cónyuge presente que no comportaba necesariamente la solución contraria para el ausente. A pesar de todo ello finalizaba reconociendo que, en la práctica, serían muy difíciles de resolver así los casos de enajenación de bienes del ausente³⁷⁷.

La regulación de la Compilación de 1967 no tuvo pretensión de alterar el régimen anterior sino, más bien, de formularlo de manera más adecuada³⁷⁸.

Se mantiene la primera parte del art. 6 del Apéndice, si bien refiriéndola tanto al marido como a la mujer, y atribuye a la esposa facultad de disposición de los bienes conyugales supri-

377 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 89, 182 y 183.

378 BATALLA CARILLA, J. L., "Comentarios a los arts. 7 y 8 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. I, *op. cit.*, p. 395.

miendo el que fuera necesario “para las atenciones de la misma” (sociedad conyugal):

Art. 7.– *Facultades del cónyuge del ausente*

1. El cónyuge del declarado ausente podrá disponer libremente de sus propios bienes.

2. Si el ausente fuera el marido, la esposa ocupará la posición de aquél respecto del patrimonio conyugal.

Sin embargo, a pesar de la continuidad tanto con la regulación establecida por el Apéndice como con el silencio de la norma en relación con el expectante, el criterio que prevaleció mayoritariamente en la doctrina durante la vigencia de la Compilación de 1967 era, como explicaba MERINO HERNÁNDEZ, que la libre disposición de bienes por parte del cónyuge presente no podía tener otro sentido que el de la extinción del expectante del ausente sobre aquéllos³⁷⁹.

Dentro de los trabajos preparatorios de la reforma de la Compilación de 1985 este tema no estaba inicialmente incluido, por olvido, en el Borrador elaborado por la Comisión de Juristas de Aragón de 1983.

El Anteproyecto de la posterior Comisión Asesora, luego Proyecto de Ley, de 1984, sí contempló específicamente la cuestión, siendo uno de sus criterios la declaración expresa de la extinción del derecho expectante de viudedad del cónyuge ausente y la regulación subsiguiente de su posible recobro³⁸⁰. La novedad

379 Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Comentarios a los arts. 7 y 8 de la Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García y Díaz Alabart, tomo XXXIII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1986, pp. 157 y 158.

380 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 de la Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, tomo XXXIII,

formal más importante de la reforma del 85 sería precisamente la de regular explícitamente que el derecho expectante de viudedad correspondiente al cónyuge ausente quedaba extinguido automáticamente desde el momento en que se producía la declaración judicial de ausencia.

Junto a ella, se introdujo también la exigencia de autorización judicial para los actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles, como excepción a la regla general de libre administración y disposición del patrimonio conyugal por el cónyuge del declarado ausente.

En cualquier caso, lo que provocaba *ipso iure* la extinción del expectante en las dos redacciones del texto compilatorio era la declaración judicial de ausencia sin que fuera preciso ningún otro requisito añadido³⁸¹, si bien, coherentemente con este cri-

vol. 1º, *op. cit.*, pp. 154, 156 y 157. Como explica el autor, éste es un criterio en el que insistentemente se reafirmaron los distintos miembros de las dos Comisiones de juristas encargadas de elaborar los borradores previos a la citada reforma. Por este motivo, en el Anteproyecto redactado por la Comisión asesora de 1984 el tema acabó siendo objeto de regulación expresa.

381 Por esta razón, en la Ponencia de las Cortes de Aragón encargada de dictaminar el Proyecto de Ley remitido por la Diputación General de Aragón para la reforma de la Compilación se suprimió, a propuesta de MERINO, una disposición transitoria elaborada por la Comisión Asesora que podía dar lugar a dudas en orden a esta interpretación, pues establecía que “la extinción del expectante por declaración de ausencia será aplicable a las que sean declaradas con posterioridad a la entrada en vigor de dicha ley”.

Igualmente, en relación con esta misma cuestión véase al respecto una de las conclusiones del Seminario de Notarios y Registradores de Aragón celebrado en el Colegio Notarial de Zaragoza en 1985: “La extinción del derecho expectante de viudedad del ausente (art. 7.1) debe entenderse producida en todo supuesto, incluso aunque la declaración judicial sea anterior a la reforma actual (siempre que sea posterior a la entrada en vigor de la Compilación de 1967)”, citada por MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 de la Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, tomo XXXIII, vol. 1º, *op. cit.*, p. 158.

terio, la reforma del 85 añadió como novedad que si reaparecía el ausente recobraba su derecho expectante —o el de viudedad, en su caso, si el presente había fallecido— sobre los bienes no enajenados³⁸².

Art. 7.— *Ausencia de un cónyuge*

1. La declaración judicial de ausencia produce por sí la extinción del derecho expectante de viudedad del cónyuge desaparecido.

2. Si apareciese el ausente, éste recobrará el derecho expectante o adquirirá el de viudedad sobre los bienes de su cónyuge, sin perjuicio de los actos de disposición ya realizados.

3. La administración y disposición del patrimonio conyugal corresponderá al cónyuge del declarado ausente. Necesitará, no obstante, autorización judicial para los actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles.

382 El Proyecto de Ley inicial solamente contemplaba el recobro del expectante. Fue en la Ponencia en las Cortes, por iniciativa de MERINO, cuando se amplió al derecho de viudedad, pues los elaboradores del Proyecto no habían tenido en cuenta la posibilidad de que, al reaparecer el ausente, su cónyuge hubiera fallecido, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 de la Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 1º, *op. cit.*, p. 159. La única excepción era, tanto en relación con el expectante como con el derecho de viudedad, que los bienes hubieran salido del patrimonio del cónyuge o de los herederos o legatarios en su caso.

Como afirma DELGADO ECHEVERRÍA en relación con la reforma de 1985 “el cónyuge del ausente puede disponer libremente de sus bienes —como decía el texto de 1967, probablemente mal entendido— sin necesidad de suplir la renuncia del ausente al derecho expectante: el ausente que vuelve recupera el derecho expectante sin efectos retroactivos o el usufructo viudal (si su cónyuge ha fallecido)”, *cfr.* http://www.unizar.es/derecho/derecho_aragonés/progcivil/Temas/ausencia.htm, pp. 1 y 2. La reforma de 1985 aclaró en los dos primeros apartados del artículo 7 Comp. aragonesa los efectos de la declaración de la ausencia sobre el derecho de viudedad, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La ausencia”, *Manual de Derecho Civil Aragónés*, *op. cit.*, p. 168.

La interpretación acorde con la *ratio legis* del precepto y la sistemática de la viudedad era sostener que la extinción provocada por la declaración judicial quedaba supeditada a la situación fáctica que la originaba, es decir, mientras el cónyuge del disponente estuviera ausente. Reaparecido éste, y previa declaración judicial, recuperaba un expectante que, en puridad, nunca había quedado extinguido sino, solamente, en suspenso³⁸³.

Sin embargo, la imprecisa terminología que se utilizó podía inducir a pensar que, en los supuestos de reaparición, volvía a nacer el derecho expectante del ausente ya extinguido con anterioridad (...*éste recobrará el derecho expectante*) si su consorte estaba vivo o que incluso adquiriría *ex novo* el de viudedad (...*adquirirá el de viudedad sobre los bienes de su cónyuge*), refiriéndose en realidad en este último supuesto al usufructo, ...*sin perjuicio de los actos de disposición ya realizados*.

Mantener este criterio implicaba, en fase de expectante, que los efectos extintivos no fueran definitivos, con riesgos inevitables para el tráfico jurídico; y en fase de usufructo, prescindir por completo de la rígida vinculación con el expectante que establecía expresamente el art. 79 Comp. aragonesa y que imperaba, además, en toda la regulación de la Compilación.

Esta solución de pérdida y posterior recuperación en caso de reaparición que regulaban los apartados 1 y 2 del art. 7 Comp. aragonesa fue criticada por BATALLA CARILLA quien consideraba que, para mantener la libre disposición de los bienes por parte del cónyuge presente, hubiera bastado con hacer constar

383 Como apunta CALDUCH GARGALLO, la extinción que provocaba la declaración judicial de ausencia quedaba sometida a la condición de la reaparición con lo que el derecho subsistía sobre los bienes no enajenados si volvía el ausente, *cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés, op. cit.*, p. 137.

la extinción del expectante en la enajenación de bienes del cónyuge del ausente o de la sociedad conyugal como excepción de lo proclamado en el 76.2 Comp. aragonesa (*Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior a menos que se renuncie expresamente*), en lugar de la pérdida y recuperación general del art. 7. En su opinión, dicha solución resultaba más sencilla y acorde que la otra con la naturaleza del expectante³⁸⁴.

No obstante, era la que subyacía en la práctica ya que, como apuntaba MERINO HERNÁNDEZ, se trataba de una novedad meramente formal de la reforma de la Compilación del año 85, al ser el criterio generalizado que predominaba entre los autores aragoneses respecto de la regulación anterior a la misma que, recogida en el art. 7.1, establecía “*la libre disposición de sus bienes por parte del cónyuge presente*”³⁸⁵. Éste ha sido el criterio que, finalmente, acabaría adoptando el legislador de la Lrem.

2.5.2. Presupuestos de hecho

El apartado e) del art. 98.1 incluye como causa de extinción la *enajenación de bienes por el cónyuge del declarado ausente*³⁸⁶. El

384 BATALLA CARILLA, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. I, *op. cit.*, p. 404.

385 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 de la Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. I, *op. cit.*, p. 157.

386 El art. 50.2 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona (LDp.), se remite igualmente a la Lrem. en esta materia :

Art 50.– *Ausencia y economía del matrimonio*

2.– El derecho expectante de viudedad del declarado ausente y el de su cónyuge se rigen por lo dispuesto en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad.

precepto permite que un cónyuge pueda enajenar bienes sin la carga del expectante de su consorte declarado ausente. El derecho expectante de viudedad de este último se extingue *ipso iure* cuando el presente enajena el bien sobre el que aquél recae.

2.5.2.1. La enajenación como causa extintiva

Según el apartado XII del Preámbulo, no estamos ante una norma nueva sino que se sitúa en sede más propia de la hasta ahora contenida en el derogado art. 7 de la Compilación³⁸⁷ que se ubicaba en el Título 1º “De la capacidad y estado de las personas”, dentro del libro I relativo al Derecho de la Persona y de la Familia. Lo cierto es que el art. 7 se ocupaba de modo conjunto tanto del expectante del ausente (7.1 y 2) como de la gestión del patrimonio conyugal en estos casos (7.3), mientras que ahora, con mayor coherencia sistemática, son objeto de regulación separada en los distintos títulos que la Lrem. destina a cada uno de ellos (Gestión del consorcio y viudedad, Títulos IV y V, respectivamente).

No obstante lo expuesto, sí existe una variación sustancial en la técnica legislativa utilizada de la que derivan importantes consecuencias prácticas. El momento de extinción del expectante ya no es la declaración judicial de ausencia, como ocurría en el art. 7.1 Comp. aragonesa (*La declaración judicial de ausencia produce por sí la extinción del derecho expectante de viudedad del cónyuge desaparecido*), sino el de la enajenación del bien³⁸⁸.

³⁸⁷ Vid. al respecto Disposición Derogatoria Única de la Lrem. en relación con el art. 7 Comp. aragonesa.

³⁸⁸ Los ponentes autores de la idea original del precepto fueron Batalla Carilla y Giménez Martín. El texto inicial que proponían sí partía, sin embargo, del criterio de la Compilación, y otorgaba efectos extintivos a la declaración de ausencia:

La consecuencia inmediata es que mientras con la regulación anterior el efecto extintivo era global y abarcaba todos los bienes del patrimonio del presente, con la Lrem. es individual y se produce en cada enajenación exclusivamente respecto del bien objeto de la misma, quedando subsistente en todos aquellos otros que no hayan salido todavía del patrimonio de aquél.

En coherencia con ello, se hace innecesaria cualquier regulación sobre la reaparición en la fase de expectante³⁸⁹, a semejanza del “renacimiento” del derecho sobre dichos bienes que establecía la Compilación³⁹⁰.

Art. 4.– *Extinción*

1.– El derecho expectante se extingue:

c) Por declaración judicial de ausencia respecto del cónyuge desaparecido. Si constante el matrimonio aparece el ausente recobrará el expectante derecho de viudedad, sin perjuicio de la validez de los actos de disposición ya realizados.

Serrano García presentó también otro texto alternativo que volvía a la redacción de la Compilación de 1967 y era del siguiente tenor:

Ausencia de un cónyuge.– El cónyuge del declarado ausente podrá disponer libremente de sus propios bienes. Si apareciere el ausente, éste recobrará el derecho expectante o adquirirá el de usufructo sobre los bienes de su cónyuge, sin perjuicio de los actos de disposición ya realizados.

Delgado Echeverría se inclinó también a favor de la redacción de la Compilación de 1967, de manera que la declaración judicial de ausencia no extingue el derecho de viudedad de ninguno de los cónyuges, si bien el presente puede disponer de sus bienes privativos sin el gravamen.

Calatayud Sierra expuso que la mejor solución era, en su opinión, añadir la enajenación de bienes para el caso de ausencia del otro cónyuge como un apartado más del artículo sobre disposición de inmuebles y propuso el texto que, finalmente, se acabaría adoptando: “enajenación de bienes por el cónyuge del declarado ausente”, *cf.* “Acta de la sesión de doce de diciembre de 2001 (Acta 140)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 2, 6, 7, 9 y 10.

389 *Cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés, op. cit.*, p. 139.

390 BATALLA CARILLA, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 Comp. ara-

Idéntico criterio se aplica en sede de usufructo vidual pues el art. 101.2 Lrem. excluye de este último los bienes del premuerto que los herederos hubieran enajenado válidamente antes de su reaparición, debiendo entender, por lo tanto, que sí subsistiría en los no enajenados, incluso aunque estuvieran en posesión de sus causahabientes³⁹¹.

Curiosamente, a pesar de que en el tema de la ausencia se ha eliminado esta especie de “intermitencia” en relación con el expectante por considerarla incorrecta³⁹², sí se ha recogido ex-

gonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón* T. I, *op. cit.*, p. 404; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 de la Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. I, *op. cit.*, p. 159.

No obstante, el Seminario de Notarios y Registradores de Aragón celebrado en el Colegio Notarial de Zaragoza en junio de 1985 consideró, durante la vigencia de la Compilación, que en los procedimientos de expropiación, y como consecuencia de la subrogación real que implican, en casos de ausencia y posterior reaparición del cónyuge no propietario cabría el recobro del expectante en los bienes sustituidos como excepción a la regla general de pérdida de los mismos que recogía el art. 7.2 Comp. aragonesa, *cf.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 de l Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. I, *op. cit.*, p. 161.

La regulación expresa vigente del art. 98.1.f) Lrem. hace hoy imposible dicha excepción, adquiriéndose los sustituidos libre de cargas y conservando el desaparecido su expectante, en caso de reaparición, exclusivamente sobre los bienes sustitutos. Sobre este último precepto, *vid. infra* apartado 2.6.2.

391 En igual sentido, *vid.* art. 51.2 LDp. añadiendo, además, que el usufructo no se extenderá tampoco a los bienes enajenados por el cónyuge presente durante la vigencia de la declaración de ausencia, consecuencia directa del 98.1.e) Lrem.

392 En esta línea se pronunciaban los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho civil en los debates de la Lrem.: “Respecto del apartado 2º del art. 7 de la Compilación se dice que no es cierto que si reapareciere el ausente éste recobrará el derecho expectante puesto que *en realidad nunca lo había perdido*” (el subrayado es mío), “Acta de la sesión de doce de diciembre de 2001 (Acta 140)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 9.

presamente una extinción y eventual “renacimiento” del derecho de viudedad en el art. 94.2 Lrem. para aquellos supuestos de admisión a trámite de las demandas de separación, nulidad y divorcio en los que el proceso finalice sin sentencia estimatoria, con reconciliación de los cónyuges³⁹³ o si así lo pactan éstos³⁹⁴.

Los evidentes problemas de inseguridad frente a terceros que esta regulación puede provocar parecen quedar justificados al quedar configurada como una excepción frente a la regla general de extinción del derecho contenida en el precepto que mejora notablemente la regulación que establecía la Compilación en esta cuestión³⁹⁵.

2.5.2.2. Clase de bienes

La norma no señala la clase concreta de bienes que el cónyuge del ausente puede enajenar en estos casos (*enajenación de*

393 A semejanza del Apéndice en cuyo art. 47.2 se daba tal “renacimiento” si existía reconciliación en caso de divorcio o bien si cesaba la interdicción, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 89.

394 Se estima que si la demanda se presenta de común acuerdo, el expectante no habrá llegado a extinguirse en ningún momento porque el pacto de mantenimiento se recogerá en el convenio regulador que se debe presentar junto a aquélla; sin embargo, si la interpone uno solo de los consortes y el pacto de mantenimiento del expectante se produce con posterioridad, se considera que *sí existe un verdadero renacimiento del derecho de viudedad*, habiendo acuerdo entre los miembros de la Comisión en que debe recogerse esta posibilidad (el subrayado es mío), *cfr.* “Acta de la sesión de treinta y uno de octubre de 2001 (Acta 135)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 6.

395 Calatayud denunció los riesgos que conlleva el precepto mientras que García Almanzor fue quien expuso la argumentación a favor citada en el texto, *cfr.* “Acta de la sesión de treinta y uno de octubre de 2001 (Acta 135)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 6 y 7.

bienes..., indica, sin más, el precepto), pero debe interpretarse que está destinada a los suyos propios, en igual sentido al que tenía en el 7.1 de la Compilación de 1967 (*El cónyuge del declarado ausente podrá disponer libremente de sus propios bienes*).

La aplicación de este apartado e) del art. 98.1 Lrem. se circunscribe, exclusivamente, a los bienes privativos del presente sobre los que el ausente debería renunciar, si estuviera, a su derecho porque, respecto a los consorciales, la concreción automática de facultades que se produce como efecto de la declaración de ausencia regulada en el art. 60 Lrem. y los efectos extintivos de cualquier enajenación válida *ex* art. 98.1.b) Lrem. determinarán igualmente la extinción del expectante, si bien, en el caso de inmuebles o establecimientos mercantiles, el art. 60 *in fine* exige además autorización del Juez o de la Junta de Parientes de su cónyuge³⁹⁶.

De modo comparativo, resulta más fácil conseguir la extinción del expectante del ausente en bienes privativos del presente que en los consorciales, en tanto que su enajenación es bastante para que aquél decaiga y no precisa de ulteriores autorizaciones judiciales o parentales en su caso, en línea coherente con el régimen de libre disposición de esta clase de bienes que recogen los arts. 23.1 y 61.1 Lrem.

No obstante, habrá que tener en cuenta, como excepción, el caso de enajenación de vivienda habitual privativa, puesto que

³⁹⁶ Basta con una cualquiera de las dos, a diferencia del 7.3 Comp. aragonesa que solamente permitía la primera, si bien en el caso de la Junta de Parientes es preciso, en buena lógica, que sea la del cónyuge ausente. Consúltese también en la Lrem. el art. 48.d) respecto a la justificación de la necesidad de las deudas contraídas para las atenciones legítimas de la familia recogidas en el 36.1.a) que propone, igualmente, como prueba suficiente, la declaración de la Junta de Parientes del cónyuge no participante en el acto.

el art. 8.1 Lrem. exige, con carácter imperativo, para los actos de disposición voluntaria sobre ella o para sustraerla del uso común el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial, extinguiéndose automáticamente en ambos casos el expectante. La ausencia del cónyuge no propietario dejaría como alternativa única la vía judicial para obtener la extinción del expectante del ausente sobre la vivienda del presente³⁹⁷.

2.5.2.3. Declaración judicial de ausencia

En el art. 7.1 Comp. aragonesa, la declaración judicial de ausencia era la que producía los efectos extintivos del expectante³⁹⁸.

397 Vigente la Compilación, en contra de la aplicación del art. 51 —que igualmente recogía la necesidad del consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial— en los supuestos de ausencia *vid.* BATALLA CARILLA, J. L., “Comentarios a los arts. 7 y 8 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón* T. I, *op. cit.*, p. 402.

La regulación de la disposición de la vivienda habitual aparecía en la Compilación en el art. 51 Comp. aragonesa dedicado a la gestión de bienes privativos en el régimen matrimonial legal. Nada mencionaba acerca de aspectos como el carácter de la norma, el régimen económico matrimonial al que iba destinado, la sanción del incumplimiento o las consecuencias para el expectante del no propietario con lo que, en este contexto, la opinión de BATALLA tenía justificación.

Actualmente, el carácter especial e imperativo del art. 8 Lrem. y la regulación expresa de los efectos que provoca en el expectante no permiten dudar, a mi juicio, de la aplicación de su régimen también a estos supuestos de ausencia. Sobre expectante y vivienda habitual *vid. infra* Capítulo III; en especial, sobre esta cuestión, consúltese apartado 3.2.1.6.

398 En relación con el derogado art. 50 Comp. aragonesa regulador del consentimiento judicial supletorio “cuando uno de los cónyuges se hallare *impedido* para prestar su consentimiento...”, BATALLA CARILLA y MERINO HERNÁNDEZ interpretaron que su aplicación correspondía a ausencias de hecho (desaparición de una persona) mientras que la del 7.1 Comp. aragonesa la ceñían exclusivamente a la ausencia declarada judicialmente, *cfr.* BATALLA CARILLA, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*,

El desplazamiento de dichos efectos a la enajenación válida del bien privativo del presente en la Lrem. no supone, sin embargo, un cambio de criterio en relación con la forma exigida para la declaración mencionada.

La enajenación debe realizarse, según el tenor literal del 98.1.e) Lrem., por el cónyuge “del *declarado* ausente”³⁹⁹, con lo que, para que la extinción del expectante se produzca, la ausencia deberá estar también declarada judicialmente⁴⁰⁰. Sin este

T. I, *op. cit.*, pp. 397 y 398 y MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 de la Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. I, *op. cit.*, pp. 163 y 164.

399 Idéntica terminología es utilizada en el art. 60 Lrem., en relación con los bienes consorciales, y en el art. 50.2 LDp. que remite a la Lrem. para todo lo relativo al derecho expectante de viudedad del declarado ausente y el de su cónyuge. En materia de ausencia resultará de aplicación toda la regulación que contempla la LDp. sobre requisitos y funciones del defensor del desaparecido y del representante del declarado ausente (arts. 43 a 48). Para todo lo demás, seguirá aplicándose supletoriamente el Cc. como durante la vigencia de la Compilación; particularmente, y por lo que aquí interesa, todo lo relativo a requisitos y plazos de la ausencia legal del art. 183 Cc. Sobre esta última cuestión *vid.* MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “La ausencia y efectos de la filiación (arts. 43 a 59 LDp.)”, ponencia recopilada por BARRIO GALLARDO, A., “Crónica de las Jornadas sobre la nueva Ley de Derecho de la Persona (Colegio de Abogados de Aragón. Días 30 de marzo, 13 y 20 de abril de 2007)”, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, nº 4, 2007, <http://www.derecho-aragonés.net/cuadernos/document.php?id=399>, pp. 8 y 9. La ponente denomina “núcleo duro” de la ausencia los preceptos del Cc. que continúan siendo de aplicación en Aragón tras la promulgación de la LDp.

400 En opinión de MERINO, la simple apariencia de ausencia o bien la carencia de pruebas concluyentes de la misma no pueden justificar nunca una enajenación de bienes del “no presente”, pues colocaría a éste en una situación de absoluta indefensión y quebrantaría la necesaria seguridad del tráfico jurídico. Por ello afirmaba durante la vigencia de la Compilación que toda enajenación del cónyuge presente necesitaba como requisito *sine qua non* el auto judicial que justificase la situación de ausencia legal. Y, en coherencia con lo anterior, estimaba que lo mismo había que predicar de la reaparición, considerando precisa la correspondiente declaración judicial que dejara sin efecto el auto previo de declaración de ausencia, *cfr.*

requisito, estaremos ante un “desaparecido” *de facto* pero no ante un ausente legalmente considerado⁴⁰¹.

Este matiz previo es de capital importancia pues el régimen jurídico aplicable no será el mismo. La falta de declaración judicial impedirá la aplicación del 98.1.e) Lrem. y, por tanto, que una enajenación realizada por el consorte presente extinga el expectante del ausente. La única salida para la extinción será, en este caso, el recurso al acuerdo judicial sustitutorio del 98.3⁴⁰². Si, a

MERINO HERNANDEZ, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 de la Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, tomo XXXIII, vol. I, *op. cit.*, pp. 159 y 160.

Como señalaba BONET respecto al derogado art. 7 Comp. aragonesa, estábamos ante un ejemplo de precepto en el que se hacía referencia a la producción de efectos que dimanaban de las resoluciones judiciales dictadas en el correspondiente proceso, *cfr.* BONET NAVARRO, A., “Normas procesales aragonesas”, *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 118.

401 Al igual que afirmaba BATALLA CARILLA, lo que hoy se entiende como ausencia en cuanto a situación necesitada de regulación específica es la desaparición o falta de noticias del ausente y no la mera “no presencia” sin más considerada como estar fuera del domicilio, con independencia de que se sepa o no de la existencia de aquél, requerida históricamente y vigente en el Apéndice y la Compilación hasta la reforma del 85. Actualmente, el simple alejamiento de una persona de su lugar de residencia habitual dadas las facilidades de las comunicaciones no supone, en absoluto, una situación insoslayable merecedora de una regulación especial, *cfr.* BATALLA CARILLA, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. I, *op. cit.*, pp. 386 y 396. Así se desprende de la regulación del Defensor del desaparecido de la LDp., cuyo art. 43 recalca la necesidad de ausencia de noticias: “Desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, *sin haberse tenido de ella más noticias...*” (el subrayado es mío).

402 Sobre este precepto, *vid.* comentario en este mismo Capítulo, apartado 2.8. El desconocimiento del domicilio impide utilizar en estos casos la extinción registral regulada en el apartado 4 del art. 98 pues exige una notificación fehaciente para conservar o renunciar al expectante que resulta imposible llevar a cabo. En relación a este último aspecto, consúltese el apartado 2.9.1.3, punto c).

pesar de no haber declaración judicial de ausencia, la enajenación se realizara sería válida y eficaz pero quedaría subsistente el expectante del cónyuge desaparecido.

2.5.3. Consecuencias para el expectante del no disponente

2.5.3.1. Ausencia y expectante. Supuestos posibles

De todo lo expuesto se deduce que la gestión de los bienes (consorciales o privativos) que resulta vigente cuando uno de los cónyuges ha sido declarado judicialmente ausente y las subsiguientes consecuencias para su expectante son las siguientes:

a. Bienes consorciales

Su gestión corresponderá automáticamente al cónyuge presente como consecuencia de la declaración de ausencia del otro cónyuge, en virtud de lo dispuesto en el art. 60 Lrem. (en igual sentido, art. 50.1 LDp.). Precisaré, además, autorización del Juez o de la Junta de Parientes del ausente si desea realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles. Si, obtenida la misma, se efectuara la enajenación, se extinguirá el expectante del ausente *ex art. 98.1.b) Lrem.*

b. Bienes privativos

b.1. Del cónyuge presente

Podrá disponer libremente de ellos siempre que exista ausencia declarada judicialmente. Quedará extinguido el expectante del cónyuge ausente *ex art. 98.1.e) Lrem.*

b.2. Del cónyuge ausente

A diferencia de la Compilación⁴⁰³, la Lrem. nada contempla en relación con la disposición de los bienes privativos del ausente.

Esta materia es objeto de regulación en la LDp. Su art. 46 establece que el representante del ausente tiene, entre otras funciones, la administración de sus bienes. Por su parte, el art. 48.2 LDp. sobre facultades y derechos del representante del ausente remite a la normativa relativa al tutor para determinar los actos que precisan la autorización judicial o de la Junta de Parientes, encontrándose, entre ellos, la disposición de bienes inmuebles⁴⁰⁴.

403 El art. 8 atribuía, en primer lugar, al cónyuge presente no separado legalmente o de hecho la administración de los bienes del ausente. En opinión de BATALLA CARILLA, estas disposiciones debían justificarse “por causa de necesidad o utilidad evidente reconocida y declarada por el Juez, determinando además el destino de la cantidad obtenida”, en aplicación supletoria de lo dispuesto en el 186.3 Cc. pues, en caso contrario, consideraba que se llegaría al absurdo de que fuera más riguroso el sistema de disposición de los inmuebles consorciales (el art. 7.3 Comp. aragonesa exigía autorización judicial) que el de los privativos del ausente. Vid. al respecto BATALLA CARILLA, J. L., “Comentario a los arts. 7 y 8 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. I, *op. cit.*, p. 402 e, igualmente, en “La Compilación y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 72.

404 La LDp. equipara al mayor sujeto a tutela con el sometido a la autoridad familiar y el incapacitado menor de edad, salvo excepción legal o establecida en sentencia judicial, remitiéndose en los tres supuestos a la normativa sobre capacidad del menor que no ha cumplido los catorce años. En este sentido, el artículo 36 LDp. establece lo siguiente:

Artículo 36.– Capacidad del incapacitado

A salvo de lo previsto en la sentencia de incapacitación o en la ley para casos concretos, se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, al incapacitado menor de edad, así como al *mayor sujeto a tutela* o autoridad familiar, *las reglas sobre capacidad del menor que no ha cumplido los catorce años (...)*.

Dentro de las reglas sobre capacidad del menor de catorce años, el artículo 12 LDp. dispone:

Sería necesaria en cualquier caso la renuncia del cónyuge presente, con independencia de que fuera o no el representante legal del ausente, por quedar fuera de cualquier supuesto de extinción automática del 98.1 Lrem.

2.5.3.2. Valoración de la norma

A la vista de lo expuesto, una enajenación válida y eficaz extingue automáticamente el expectante del ausente tanto en bienes consorciales (arts 60 y 98.1.b Lrem.) como en privativos del presente (art. 98.1.e Lrem.).

La regulación responde a la doble finalidad de flexibilización del tráfico jurídico de inmuebles en estos casos y protección del ausente para el supuesto de una eventual reaparición pues permite, simultáneamente, tanto la disposición de los bienes sin la traba del expectante como la permanencia del gravamen en los no enajenados durante la ausencia.

Obsérvese, sin embargo, que este régimen tan favorable para la ausencia en los bienes privativos no tiene correspondencia en los supuestos de incapacitación que sí goza, por el contrario, en los bienes consorciales (art. 60 Lrem.)⁴⁰⁵. El recurso al acuerdo judicial del 98.3 Lrem. quedará como única

Artículo 12.– *Actos de disposición.*

1.– El representante del menor necesita autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para:

a) *La realización de actos de disposición sobre inmuebles por naturaleza (...).*

405 Hubo acuerdo entre los miembros de la Comisión Aragonesa en que debía darse la misma solución en caso de ausencia e incapacitación *respecto a los bienes consorciales* (el subrayado es mío), *cfr.* “Acta de la sesión de veinte de junio de 2001 (Acta 122)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 2.

alternativa para la extinción del derecho expectante del cónyuge incapacitado⁴⁰⁶.

Dada la rigidez procesal que caracteriza a esta vía judicial⁴⁰⁷, el consorte disponente queda en una situación de franca desventaja siendo que, en definitiva, tanto la incapacidad como la ausencia son situaciones especiales en las que la renuncia al expectante por parte de su titular es inviable.

2.6. EXPROPIACIÓN O REEMPLAZO POR OTROS EN VIRTUD DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

2.6.1. Antecedentes legislativos

La regulación de la situación en que quedaba el derecho de viudedad sobre aquellos bienes propiedad de uno o ambos cónyuges que eran sustituidos por otros o por dinero aparece, por primera vez, en los Proyectos Ripollés y Gil Berges. Siguiendo la costumbre de los autores del s. XIX de elaborar enumeraciones con los bienes en los que se tenía o no este derecho, los citados Proyectos contemplaban este supuesto, si bien referido exclusivamente al usufructo viudal⁴⁰⁸:

406 Según ZAPATERO GONZÁLEZ, el ejercicio de esta acción por parte del tutor no supondría un conflicto de intereses del 244.4 Cc. que pudiera traer como consecuencia su remoción al amparo del 247 Cc., pues consideraba que, durante la vigencia de la Compilación, era la única vía para que el cónyuge capaz pudiera disponer de sus bienes, ZAPATERO GONZÁLEZ, R., "De la viudedad foral", *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, op. cit., pp. 227 y 228.

407 Presenta como serias desventajas frente al 98.1.e) Lrem. no solamente la justificación por "necesidades o intereses familiares" que en el caso de la ausencia no se exigen sino, sobre todo, otras de matiz procesal que suponen una auténtica rémora a la operatividad y agilidad que situaciones como éstas demandan. En relación con esta última cuestión, véase en este Capítulo el apartado 2.8.2.2.

408 SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, op. cit., pp. 122, 125, 126 y 129.

Proyecto de 1899

Art. 153.— La viudedad se tendrá también:

1.— En las cantidades u otras cosas muebles o inmuebles que sean entregadas al cónyuge viudo como representación o precio de los bienes poseídos o adquiridos por el otro cónyuge en prenda, censo, anticresis, a pacto de retro u otro título semejante y que fuesen objeto de retroventa o redención durante la viudedad.

Proyecto de 1904

Art. 136.— Se conceptuarán bienes raíces o inmuebles por sustitución a los fines de la viudedad legal:

2— Las cantidades u otras cosas muebles que igualmente reciba el viudo por razón de expropiación forzosa o de seguro de predios pertenecientes a la sucesión del prefallecido, o como precio del retracto, redención o rescate de los que éste poseyera a carta de gracia, en anticresis o por otro título que obligue a devolverlos.

Este criterio se recogería también en el Apéndice de 1925, cuyo art. 66 establecía:

Art. 66.— Al efecto de comprenderlos en la viudedad legal se reputarán bienes inmuebles:

2.— Las cantidades o valores que el viudo reciba por expropiación forzosa o indemnización de seguro de predios pertenecientes a la sucesión del difunto, o como precio del retracto, redención o rescate de los que éste poseyera a carta de gracia, en anticresis o por otro título que obligue a devolverlos.

SANCHO REBULLIDA lo consideraba más referido al usufructo viudal que al derecho expectante pero igualmente aplicable, en su caso, a este último⁴⁰⁹. El precepto regulaba supuestos

409 SANCHO REBULLIDA, F., “*La viudedad*”, Informes del Seminario (1954-1958), vol. III, *op. cit.*, p. 129.

de afección por subrogación real en los que el bien desaparecía del patrimonio del cónyuge propietario sin posibilidad material o jurídica de arrastrar consigo el derecho⁴¹⁰, con lo que éste gravaba el bien o el efectivo sustitutos de aquél.

La Compilación de 1967 estableció una regulación idéntica de estos casos pero guardaba silencio en relación con la viudedad:

Art. 38.– Son bienes privativos de cada cónyuge:

4.– Los bienes que vienen a reemplazar a otros propios...

5.– Aquellos que vienen a compensar por la privación de otros propios (...).

La redacción de este precepto se mantuvo invariable tras la reforma del 85 pero la continuidad en la ausencia de regulación específica relacionada con el expectante hizo suscitar dudas acerca de la necesidad o no de renuncia⁴¹¹.

410 SANCHO REBULLIDA, F., *Ídem*, p. 112.

411 Distinguía MERINO HERNÁNDEZ con ocasión del tratamiento del negocio de la permuta en relación con el expectante, dentro del fenómeno subrogatorio que aquél supone, entre subrogación real de dominio y subrogación real de gravámenes, señalando como ejemplo único de la segunda en Derecho español los supuestos de concentración parcelaria (art. 230 de la ley de Reforma y Desarrollo agrario de 12 de enero de 1973: el dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concentración pasarán a recaer inalterados sobre las fincas de reemplazo del modo y con las circunstancias que establece la presente ley). La diferencia entre ambos para este autor era que mientras en el primero consideraba precisa la renuncia si se quería que el bien pasase sin el peso del expectante del cónyuge del propietario al nuevo adquirente, en el segundo caso no la estimaba necesaria en tanto que consideraba que el expectante pasaba inalterado sobre las fincas de reemplazo, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés”, *op. cit.*, pp. 1420 y 1421; en igual sentido véase LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIII, volumen 2º, *op. cit.*, pp. 331 y 332.

SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS reconducían la solución a estos supuestos con la aplicación supletoria del Código Civil en virtud de lo dispuesto en el art 78 Comp. aragonesa, que permitía subsidiariamente la utilización de las causas de extinción del usufructo en el Cc. en cuanto le fueran aplicables. Esta coletilla del precepto implicaba una previa labor del intérprete para determinar las causas del 513 y concordantes que resultaban efectivamente adaptables al supuesto que nos ocupa.

Para SANCHO y DE PABLO, la aplicación del art. 513.5 Cc., que regulaba la extinción por pérdida total de la cosa, implicaba la extinción del expectante sobre los bienes destruidos. Ahora bien, si la pérdida era parcial, en virtud del art. 514 el expectante subsistía en lo que quedase, en función de la naturaleza de los bienes⁴¹².

La Lrem. acaba con esta situación de indeterminación y aborda la cuestión expresamente en el art. 98.1.f) Lrem.

412 Más concretamente, consideraban subsistente el expectante mediante la utilización del art. 518 para los supuestos de subrogación real y con la del 519 para los de expropiación *cf.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 78 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, op. cit.*, pp. 767 a 769. Defendiendo igualmente la aplicación supletoria del Cc. a estos casos *vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Comentarios al art. 78 Comp. aragonesa", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIII, volumen 2º, *op. cit.*, p. 346.

2.6.2. Presupuestos de hecho del precepto

2.6.2.1. Expropiación o reemplazo en virtud de procedimiento administrativo

El apartado f) del art. 98 Lrem. establece la extinción automática del expectante sobre bienes inmuebles expropiados o reemplazados por otros en virtud de procedimiento administrativo. Comprende todos los casos de expropiación o de reemplazo de inmuebles por otros, debiendo incluirse, entre estos últimos, tratándose de fincas rústicas, los derivados de procedimientos de concentración parcelaria y si son urbanas, los de reparcelación y compensación⁴¹³.

2.6.2.2. Clase de bienes a los que se aplica la norma

Si son bienes consorciales, las actuaciones se entenderán necesariamente con ambos cónyuges por imperativo legal⁴¹⁴ y la

413 *Vid.* al respecto “Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001 (Acta 138)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 10 y, en igual sentido, LERMA RODRIGO, M^a del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés, op. cit.*, p. 150.

Sobre esta cuestión en la legislación urbanística aragonesa consúltese ALCAZAR CREVILLÉN, R., *Derecho público aragonés*, dirigido por Embid Irujo, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 3^a ed., 2005, pp. 476 a 478.

414 ESCUÍN PALOP define expropiado como “el sujeto pasivo de la potestad expropiatoria en cuanto es el titular de los bienes, derechos o intereses objeto de la transferencia coactiva que la expropiación produce”, ESCUÍN PALOP, V., *Comentarios a la Ley de Expropiación forzosa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 94.

El art. 3.1 del Reglamento de Expropiación forzosa aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 afirma que expropiado es “el propietario o titular de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, o titular del derecho objeto de la expropiación”. Como apunta OBESO PÉREZ-VICTORIA, el propietario de la cosa es una clase de expropiado *stricto sensu* cuya citación es preceptiva para darle a conocer la existencia del procedimiento y la posibilidad de intervenir en él. Éste es el

conurrencia conjunta hará decaer recíprocamente el expectante *ex art. 98.2 Lrem.* En consecuencia, el ámbito de aplicación del 98.1.f) Lrem. se ceñirá a bienes de carácter privativo objeto de algún procedimiento de los arriba mencionados⁴¹⁵.

2.6.3. Consecuencias para el expectante del no disponente

Estamos ante supuestos regulados por primera vez en Derecho Aragonés en relación con el expectante pero recogen lo que, en la práctica, ya era habitual.

La nueva regulación resuelve las dudas planteadas durante la vigencia de la Compilación⁴¹⁶ y facilita los trámites de unos pro-

sentido que cabe atribuir a lo dispuesto en el art. 3.1 de la ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación forzosa (en adelante, Lef.) al establecer que las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, *con el propietario de la cosa* o titular del derecho objeto de la expropiación, *cfr.* DE OBESO PÉREZ-VICTORIA, B., “El expropiado”, *Manual de Expropiación forzosa*, Abogacía del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 308 y 311.

415 El cónyuge no propietario del bien expropiado titular del expectante puede subsumirse en el otro supuesto del art. 3.1 del Reglamento mencionado en la nota anterior: “*titular de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable*”.

En estos casos, la intervención en el procedimiento expropiatorio no se provoca *ex officio* por la Administración expropiante sino que depende de la previa actuación al efecto, debiendo solicitarlo los interesados y acreditar su condición de tales (art. 4.1 Lef.). *Cfr.* DE LA IGLESIA PALACIOS, E., “Expropiación de facultades parciales de dominio o derechos e intereses patrimoniales legítimos; expropiación de bienes con cargas y gravámenes”, *Manual de Expropiación forzosa*, *op. cit.*, p. 203.

En virtud de lo expuesto, es perfectamente posible que todo el procedimiento se realice sin el conocimiento e intervención del titular del expectante con lo que parece coherente limitar el efecto extintivo del 98.1.f) Lrem. a los bienes privativos. Considerando, no obstante, que su ámbito de aplicación abarca también los bienes comunes *vid.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, *op. cit.*, p. 161.

416 BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 411.

cedimientos que, de por sí, son bastante complejos⁴¹⁷, evitando la comparecencia del cónyuge del propietario para renunciar a su derecho. En aplicación de este precepto, el justiprecio en razón de la expropiación o la indemnización o sustitución del bien privativo, en su caso, por concentración parcelaria o reparcelación y compensación urbanística ocupará idéntica posición jurídica en el patrimonio del propietario que el bien expropiado o modificado⁴¹⁸ y sobre él recaerá *ipso iure* el expectante de su cónyuge.

417 Cfr. "Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001 (Acta 138)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 10.

418 Este resultado es consecuencia del fenómeno de subrogación real que se produce en estos supuestos en aplicación del art. 29 e) Lrem.:

Art. 29.- *Bienes privativos*

Son bienes privativos de cada cónyuge los que le pertenecieren al iniciarse el consorcio y los enumerados en los apartados siguientes:

e) Los que vienen a *reemplazar a otros propios*, y ello aunque se adquieran con fondos comunes, así como el *dinero obtenido* por la enajenación o *privación de bienes propios* y el resarcimiento de los daños inferidos a los mismos (el subrayado es mío).

Vid. al respecto MURILLO GARCÍA-ATANCE, M., "Bienes comunes y privativos", *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 121; BAYOD LÓPEZ, C., "Bienes comunes y privativos en el consorcio conyugal aragonés (Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad)", *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol, Vol. I, op. cit.*, p. 292.

A igual resultado se llegaba durante la vigencia de la Compilación en aplicación del art. 38, apartados 4º y 5º:

Artículo 38.- *Bienes privativos*

Son bienes privativos de cada cónyuge:

4º.- Los bienes que vienen a reemplazar a otros propios (...).

5º.- Aquellos que vienen a compensar por la privación de otros propios (...).

Consúltese sobre este último precepto BAYOD LÓPEZ, C., "Bienes privativos y comunes en el régimen económico matrimonial aragonés. La aplicación supletoria del Código Civil", *RDCA, VI, n° 2, 2000*, pp. 42 y 43.

En el ámbito urbanístico, tal y como apunta ALCAZAR CREVILLÉN, desde que se inicia el trámite de la reparcelación, quedan suspendidas las licencias de edi-

2.7. ART. 98.2 LREM.: CONCURRENCIA DE AMBOS CÓNYUGES A LA ENAJENACIÓN

2.7.1. Antecedentes legislativos

Esta forma de extinción del derecho expectante tiene su plasmación legal por primera vez en los dos primeros Anteproyectos elaborados en los años 1961 y 1962 para la redacción de la Compilación de 1967.

El Anteproyecto de 1961 establecía en su art. 143:

Art. 143.1.— Desde el momento en que los bienes inmuebles ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan gravados con el derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble, si no concurren a ella ambos cónyuges.

El Anteproyecto de 1962 disponía con igual tenor literal lo mismo en su art. 148, si bien con una novedad al final del precepto al establecer como excepción lo regulado en el art. 119:

Art. 148.— Desde el momento en que los bienes inmuebles ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan afectos al derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la enajenación ulterior del inmueble si no concurren a ella ambos cónyuges con aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el art. 119.

ficación y de parcelación en la unidad y, una vez aprobado el proyecto de aquella, se producen los efectos de adquisición por el Ayuntamiento en pleno dominio y libre de cargas de los terrenos de cesión obligatoria y *de subrogación real de las antiguas parcelas por las nuevas, con la consiguiente transmisión a estas nuevas parcelas de las cargas —embargos, hipotecas, etc— que pesaran sobre las primitivas* (el subrayado es mío), *cfr.* ALCAZAR CREVILLÉN, R., *Derecho público aragonés, op. cit.*, p. 479 y nota al pie nº 69. Junto a éstas últimas cargas se encontrará, igualmente, el expectante del cónyuge no propietario, sin que sea precisa su renuncia respecto de los terrenos que pasan al Ayuntamiento en aplicación del art. 98.1.f) Lrem.

Por su parte, el art. 119 era del siguiente tenor:

Art. 119.– Fuera de las facultades de administración, la disposición de bienes comunes requiere el acuerdo de marido y mujer, y la de bienes propios de cada cónyuge el asentimiento del otro. Tales acuerdo o asentimiento podrán ser suplidos, no pudiendo o no queriendo prestarlos el cónyuge, por decisión del Consejo de Parientes con aprobación judicial⁴¹⁹.

La pérdida del expectante se producía por la concurrencia de ambos cónyuges en los bienes comunes y por el asentimiento del no propietario a la enajenación en los bienes privativos, entendiéndose por este último la autorización a la enajenación. En coherencia con la preocupación por la equiparación jurídica de ambos consortes, siempre presente en los sucesivos estadios de elaboración de la Compilación⁴²⁰, los Anteproyectos de 1961 y 1962 prescindieron de la distinción que efectuaba el Apéndice entre marido y mujer en cuanto a las facultades de disposición⁴²¹ y recogieron la participación de ésta a través de la fórmula de la concurrencia.

Como señalaba BATALLA GONZÁLEZ, la práctica casi había prescindido de tal diferenciación y, de ordinario, no surgían dificultades cuando ambos concurrían al otorgamiento

419 No obstante, de idéntica redacción era el art. 115 del Anteproyecto de 1961.

420 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Notas sobre los parafernales en Aragón: el patrimonio privativo de la mujer casada aragonesa", *op. cit.*, p. 1176. Apunta DELGADO que esta tendencia fue quizás más subrayada en los textos primitivos (especialmente en el del Seminario) que en el definitivo. La equiparación por codisposición aparece reflejada en los artículos 115 y 119 de los Anteproyectos de 1961 y 1962, respectivamente.

421 Con la regulación establecida en el art. 49 del Apéndice el marido era de ordinario el administrador de todos los bienes, requiriéndose la presencia de la mujer solamente para consentir la enajenación de los suyos propios y conservar la viudedad en los de su consorte.

del acto de disposición, aunque no se hiciera renuncia expresa. Recogiendo precisamente aquélla praxis, el Anteproyecto de 1961 se limitaba a decir que el derecho expectante no se extinguía por la ulterior enajenación del inmueble si no concurrían a ella ambos cónyuges⁴²².

En relación con el expectante, lo que resultaba claro de la regulación de ambos Anteproyectos era que la mera presencia en la enajenación de ambos consortes implicaba la voluntad de aceptación de la misma y la subsiguiente pérdida del derecho.

El Anteproyecto de 1963 y los que se redactarían después por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación en 1965 y 1966 no mantendrían, sin embargo, el criterio de la concurrencia, retornando a la necesidad de consentimiento a la enajenación⁴²³.

La siguiente aparición de este criterio ya no tendrá lugar hasta la aprobación del artículo que nos ocupa⁴²⁴.

422 Cfr. BATALLA GONZÁLEZ, M., "La viudedad en la Compilación aragonesa", *op. cit.*, p. 456.

423 Mientras que en el Anteproyecto de 1965 se habla del consentimiento "por ambos cónyuges" (art. 75.2) el de 1966 regula la emisión del consentimiento "por el otro cónyuge o, subsidiariamente, por la Junta de Parientes", admitiéndose la intervención judicial en los casos de incapacidad, ausencia o negativa injustificada (76.2).

424 Considerando irrelevante para su derecho de viudedad la comparecencia del actor al acto de donación realizado por su esposa *vid.* sentencia de 28 de marzo de 1984 del Juzgado de 1ª Instancia de Huesca, confirmada en segunda instancia por sentencia ATZ de 7 de marzo de 1986: "(...) *la simple comparecencia del precitado actor al acto de donación de 14 de octubre de 1968, al sólo objeto de conceder a su esposa la correspondiente licencia marital, integrando de esa manera su capacidad jurídica de obrar, en modo alguno supone su renuncia al derecho expectante de viudedad que sobre los bienes transmitidos en aquél momento tenía*" (el subrayado es mío), *cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., "Crónica de un casamiento en casa", *separata de la RDCA*, VI, nº 2, 2000, pp. 143 y 144.

2.7.2. Examen del precepto

El apartado 2º del art. 98 establece:

Salvo reserva expresa, en toda enajenación en que hayan concurrido ambos cónyuges se extinguirá el derecho expectante de viudedad.

Según el apartado XII del Preámbulo, *Si concurren ambos cónyuges a una enajenación, cualquiera que sea el concepto en que uno u otro concurren, se extingue para ambos el expectante, salvo reserva expresa*. Supone el retorno a los criterios de los Anteproyectos de la Compilación de 1961 y 1962 si bien, a diferencia de ellos, el art. 98.2 Lrem. permite la reserva expresa, posibilidad que ya había sido introducida por primera vez tras la reforma del 85 en el art. 76.2 Comp. aragonesa, aunque como excepción al consentimiento a la enajenación entonces vigente.

La mera concurrencia de ambos provoca *ex lege* la extinción del expectante en la Lrem., salvo manifestación en contra, superando las complejas equiparaciones consentimiento-renuncia de la legislación anterior.

El objetivo perseguido por el legislador es la agilidad en el tráfico de inmuebles y la simplificación de los trámites que, para su efectiva disposición, deban realizar los cónyuges⁴²⁵. Sin

425 El origen de esta norma procede de una enmienda de Calatayud Sierra en la que proponía añadir al artículo de la renuncia expresa (el actual apartado a del 98.1 Lrem.) lo siguiente: "La concurrencia al acto de disposición implica renuncia al derecho expectante de viudedad si no se hace reserva expresa del mismo". Explicaba al respecto que su objetivo era evitar formalismos e incrementar la protección del tercer adquirente. En su opinión, era el lugar más adecuado para una norma de estas características pues consideraba que lo que había en estos supuestos era una renuncia implícita.

Giménez Martín expuso que la ponencia había traído una propuesta de añadido de un número nuevo a este precepto (art. 98.1) de finalidad similar: "En toda disposi-

embargo, a pesar de su loable finalidad, la interpretación del precepto quizá pueda provocar ciertas dudas en dos cuestiones que pasamos a analizar:

2.7.2.1. La concurrencia a la enajenación de un bien: ¿común, privativo o ambos?

Para el análisis de esta cuestión debemos partir de la premisa de que en la norma se habla de “*concurrencia*” cuyo significado específico respecto a diferentes personas, sucesos o cosas es “juntarse en un mismo lugar o tiempo”⁴²⁶.

Por lo tanto, el supuesto de hecho es una enajenación en la que coinciden ambos cónyuges, equivalente a una mera presencia carente de oposición.

La *ratio legis* del precepto parece comportar un ámbito de aplicación que incluye ambas clases de bienes⁴²⁷. La afirmación anterior puede fundamentarse tanto en la ausencia de limitación expresa a alguno de ellos por parte del legislador como en que,

ción en que concurren ambos cónyuges se entenderá extinguido el derecho expectante de viudedad, salvo reserva expresa”. Explicaba que esta redacción era más conforme con los Anteproyectos aragoneses de la Compilación, como el art. 143 del de 1961, norma que, según SANCHO REBULLIDA, tenía antecedentes en las Observancias.

Finalmente, hay acuerdo en que debe incluirse una norma como la propuesta, si bien de manera independiente, siguiendo el criterio del Presidente de la Comisión, Delgado Echeverría, contrario a que las renunciaciones puedan presumirse, *cfr.* “Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 8 y 9.

426 *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., <http://www.rae.es/>.

427 En este sentido *vid.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés, op. cit.*, p. 89; BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 412; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., “La viudedad aragonesa según la Ley de 12 de febrero de 2003”, *Homenaje al profesor Luis Puig i Ferriol*, vol. I, *op. cit.*, p. 324.

como señala en el Preámbulo, es indiferente el concepto por el cual se concurra⁴²⁸.

En los bienes comunes, no presenta mayores problemas justificar que los dos cónyuges estén presentes en tanto que, salvo pacto en contrario, su gestión es conjunta a excepción de los supuestos de legitimación individual expresamente contemplados en los artículos 48, 49 y 50. En aplicación del 98.2 Lrem., habrá que considerar en estos casos que, salvo reserva expresa, la mera comparecencia de ambos extingue el expectante, sin necesidad de ningún requisito añadido.

Sin embargo, el sentido del precepto no queda, en principio, tan nítido si el bien es de carácter privativo, pues su disposición corresponde, en exclusiva, al cónyuge propietario. Problema añadido es que si la enajenación se realiza en documento público, no ha lugar hablar de mera presencia ya que, en aplicación de los artículos 164 y 169 del Reglamento Notarial, la intervención del cónyuge que acompaña a su consorte a vender un bien que no le pertenece no puede ser objeto de constancia en la escritura si no es para realizar una manifestación de voluntad⁴²⁹.

428 Como apunta acertadamente CALDUCH GARGALLO, lo que exige el precepto es la "conurrencia" del cónyuge titular del derecho en la enajenación, no que sea él mismo quien enajene y preste el consentimiento al que se refiere el art. 1258 Cc., *cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, *op. cit.*, p. 89.

429 BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 412. Los artículos 164 y 169 del Reglamento Notarial señalan al respecto lo siguiente (el subrayado es mío):

Art. 164.- (...) *También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan a efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.*

Art. 169.- *Las personas casadas podrán intervenir por sí solas en todos los actos y contratos que con arreglo a derecho puedan realizar sin el consen-*

Ahora bien, la presencia del cónyuge no propietario en las enajenaciones en documento privado sí que podría subsumirse fácilmente en el supuesto del 98.2 Lrem. ya que, al no tener obligación ni de asistir ni de pronunciarse, como ocurre ante notario, el hecho de acompañar a su consorte y no hacer reserva alguna probablemente no tenga otro fundamento distinto a la aceptación del efecto extintivo que el acto supone para su derecho.

En cualquier caso, dado el arraigo, conocimiento y tradición de esta institución en la sociedad aragonesa, serán minoritarios los casos en que se presente uno sólo de los cónyuges a vender un bien, sea consorcial o privativo; y si a esto le sumamos que el tráfico jurídico de inmuebles se canaliza básicamente a través de documento público, la aplicación del 98.2 Lrem. tendrá su mayor virtualidad, según lo más arriba expuesto, en los bienes consorciales. Pero, en mi opinión, no habrá inconveniente en aplicarlo igualmente a bienes privativos cuya enajenación se realice a tra-

timiento de su consorte, ya sean dichos actos de administración o de dominio. *Cuando se precisare dicho consentimiento y no se acredite, el Notario podrá autorizar el documento siempre que, haciendo la oportuna advertencia a las partes, éstas insistieren en ello y prestaren su conformidad, todo lo cual se consignará expresamente.*

Por otro lado, tal y como apunta BAYOD LÓPEZ, puesto que el notario tiene obligación de efectuar, en virtud del art. 194 del citado Reglamento, las advertencias legales precisas, entre ellas estará la relativa al expectante del cónyuge no disponente, de tal modo que deberá pronunciarse a favor de la conservación o de la renuncia:

Art. 194.– Los Notarios harán de palabra, en el acto del otorgamiento de los instrumentos que autoricen, las reservas y advertencias legales establecidas en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales, haciéndolo constar en esta o parecida forma: *Se hicieron a los comparecientes las reservas y advertencias legales. Esto no obstante, se consignarán en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras en que por su importancia deban, a juicio del Notario, detallarse expresamente, bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario.*

vés de documento privado, cobrando mayor sentido la presencia de los dos cónyuges cuando se enajenen, en un mismo acto, bienes privativos de ambos⁴³⁰.

2.7.2.2. Consecuencias para el expectante: ¿Criterio general en toda la Lrem. o particular en sede de expectante?

El defender la aplicación del 98.2 Lrem. respecto de bienes comunes y privativos puede llevarnos, en un primer momento, a

430 Con esta regulación del art. 98.2 Lrem. se da una solución a supuestos como el que fue objeto de la sentencia TSJA de 30 de octubre de 1996 en el que no se consideraba extinguido el expectante de dos cónyuges que enajenaban cada uno de ellos, en un mismo documento privado, bienes privativos (piso, mobiliario, plaza de garaje y tres locales). La APZ, en segunda instancia (sentencia de 7 de febrero de 1996), y el magistrado emisor del voto particular de la sentencia citada del TSJA (Exmo. Sr. D. José Ramón San Román Moreno) argumentaron, sin embargo, a favor de la extinción, apoyándose en una interpretación errónea del art. 76.2 entonces vigente (“salvo reserva expresa, este derecho se extingue por la enajenación del bien o el consentimiento a ella”) en virtud de la cual consideraban que se había producido una suerte de renuncia tácita por la concurrencia de ambos cónyuges que implicaba también, a falta de oposición expresa, la desaparición recíproca del expectante. *Vid.*, en extenso, BAYOD LÓPEZ, C., “El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)”, *op. cit.*, pp. 132 y 133.

Solamente con la regulación actual se podía haber llegado a una conclusión semejante pues ni el art. 76.2 era aplicable a bienes privativos ni contemplaba ningún supuesto de renuncia tácita sino de acto equiparable a la renuncia expresa. Sobre la inadmisibilidad de la renuncia tácita durante la vigencia de la Compilación consúltese SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al artículo 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 688 (nota 18) y 742 a 744.

La regulación actual supera, en cualquier caso, cualquier incertidumbre al respecto. La diferencia sustancial con la Compilación es que ahora carece de sentido establecer equiparación alguna pues son actos con efecto legal extintivo propio. *Vid.* en esta línea CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, *op. cit.*, p. 90.

la conclusión de que estamos ante un criterio general imperante en toda la ley: la concurrencia de ambos cónyuges en una enajenación extingue el expectante.

Lo cierto es que cuando el legislador ha querido acotar el efecto extintivo de este derecho respecto de una clase concreta de bienes lo ha hecho expresamente⁴³¹ y que, de modo literal, el 98.2 Lrem. tampoco se pronuncia al respecto.

Aquí parece, más bien, que lo que se regula es un criterio general merecedor por ello de un párrafo individual, como ocurre con los apartados 3 y 4 del art. 98 Lrem. Sin embargo, de admitir esta premisa, son dos los artículos fuera de sede de viudedad en los que se podría pensar que también surge el criterio citado en tanto que los dos cónyuges están presentes igualmente: el 8.1 Lrem., relativo a la vivienda familiar y el 53 Lrem., regulador de las disposiciones onerosas efectuadas por uno sólo de los cónyuges, si efectivamente se produjera el consentimiento posterior del no disponente. No considero, sin embargo, que sea de este modo en atención a las razones siguientes:

a. Incompatibilidad de la extinción del expectante por concurrencia de ambos cónyuges con el régimen de la vivienda familiar privativa

Considerar que el expectante se extingue en ambos casos por la presencia de los cónyuges llevaría implícita una identidad de razón entre ambos preceptos. Sin embargo, si se realiza un análisis comparativo entre ambos, resulta evidente que regulan supuestos absolutamente distintos:

431 Concretamente, en dos de los supuestos regulados en el apartado 1º del art. 98 Lrem.: consorciales, en la enajenación válida del apartado b; privativos, en la enajenación de bienes incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio del c.

a.1. Naturaleza del acto. Concurrencia y consentimiento

En el 98.2 Lrem. se habla de *concurrencia* y en el 8.1 Lrem de *consentimiento* propiamente dicho. *Concurrir* es comparecer simultáneamente y *consentir* es otorgar, obligarse ineludiblemente a través de una manifestación de voluntad⁴³². Ni toda concurrencia implica consentimiento ni tampoco a la inversa pues el consentimiento podrá ser coetáneo pero también anterior o posterior, expreso o tácito.

a.2. Causas

Las razones a las que obedecen una y otro son muy diferentes.

En el 98.2 Lrem., si se trata de bienes consorciales, la concurrencia responde a las normas derivadas de la gestión conjunta y si son bienes privativos, al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Lrem. para la extinción del expectante.

Por su parte, en el art. 8 Lrem. *consentir* tiene como finalidad la protección al hogar familiar de tal modo que, a pesar de ser bien privativo y en consecuencia de libre disposición por parte del cónyuge propietario, es preciso el consentimiento del otro para evitar que por su única voluntad se deje a los demás miembros de la familia sin su vivienda habitual. Es por ello que la doctrina considera que ante lo que estamos en realidad es ante un *asentimiento* para un negocio jurídico ajeno⁴³³, requerido precisamente en aras a la

432 *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., <http://www.rae.es/>.

433 *Vid.* en este sentido, durante la vigencia de la Compilación, RAMS ALBESA, J., "Comentario al art. 51 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 272 e, igualmente, en "Gestión y pasivo de la comunidad conyugal aragonesa" (ponente), *Foro de Derecho aragonés, Segundos Encuentros*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, p. 38; en el mismo sentido, consúltese

protección antedicha, pero no ante un consentimiento dispositivo. Con independencia de este matiz, y aunque es cierto que lleva aparejado automáticamente la extinción del expectante, su emisión obedece, en última instancia, a los motivos expuestos.

a.3. Objeto

Mientras que en el 98.2 Lrem. se concurre a una *enajenación*, en el art. 8 Lrem. a lo que se consiente es a *actos de disposición voluntaria*. Disponer supone no solamente enajenar sino todo acto, aunque no sea transmisivo de la propiedad como la enajenación, que prive actual o potencialmente a la familia del uso de la vivienda familiar.

a.4. La posibilidad de reserva del expectante

La regulación de la viudedad carece del carácter imperativo (arts. 3.2 y 10 Lrem.) que posee el art. 8 Lrem. Por lo tanto, este último no puede ser objeto de modificación alguna por los particulares y no cabe pacto en contrario como el *salvo reserva expresa* del 98.2 Lrem. Admitir esta posibilidad en la disposición de la vivienda habitual supondría incluir un supuesto nuevo no previsto por el legislador que vulneraría el principio del *favor viduitatis*⁴³⁴.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., "Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón" (ponente), *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, p. 56; BAYOD LÓPEZ, C., "El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (A propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)", *op. cit.*, p. 133 y MARTÍNEZ CORTÉS, J., "El régimen económico matrimonial de la separación de bienes" (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 133 y 134.

434 Si con el ahora derogado art. 51 Comp. aragonesa la doctrina defendía la necesidad de renuncia expresa cuando de vivienda habitual se trataba por no estar recogido de modo explícito en la ley que el consentimiento extinguía el expectante

b. La imposibilidad de extinción del expectante por concurrencia de ambos cónyuges en el supuesto del art. 53 Lrem.

El art. 53 Lrem. parte de una situación atípica puesto que uno de los cónyuges no está presente, por desconocimiento, en una enajenación de un bien consorcial en la que debería emitir necesariamente su consentimiento. Por lo tanto, en un primer momento, no existe ni *concurrencia* ni *consentimiento* sino *mera ausencia*.

La tesis que defendimos respecto a la extinción del expectante en este artículo pasaba por la necesidad de una venta válida y eficaz (a excepción de usucapión o de la aplicación de las reglas de protección a los terceros de buena fe) lo cual implicaba, respecto al cónyuge no enajenante, la emisión posterior de su consentimiento. Pues bien, siguiendo en la línea que allí proponíamos, aunque éste último llegara a producirse, tampoco creo factible una equiparación entre ambos artículos:

b.1. Naturaleza del acto. Concurrencia y consentimiento

Partimos igualmente de *concurrencia* en el 98.2 Lrem. y *consentimiento* en el 53 Lrem., con el agravante añadido de que en la emisión posterior del consentimiento del 53 no hay posibilidad de coincidencia en el tiempo de ambos cónyuges como al menos existía en el art. 8 Lrem.

(*vid.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al artículo 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 743 y 744) ahora que se ha producido un avance sustancial en este sentido y en el art. 8 Lrem. se regula específicamente así, entiendo que no cabe considerar la posibilidad de extenderlo más allá y admitir reserva expresa del mismo modo que antes no cabía renuncia tácita. Ambos supuestos no han sido contemplados nunca de modo expreso por el legislador con lo que no es admisible, por tanto, su aplicación.

b.2. La posibilidad de reserva del expectante

La posibilidad de *reserva expresa* del 98.2 Lrem. no aparece específicamente regulada en el 53.2 Lrem. Quizá podría admitirse, en principio, que el cónyuge no disponente consintiera con posterioridad reservándose el expectante, dado que nos encontramos con normas no imperativas en ambos supuestos y ante bienes consorciales a los que la aplicación del 98.2 Lrem. no plantearía duda alguna⁴³⁵.

Sin embargo, tal y como está estructurado el art. 53 y el supuesto de hecho que regula, la posibilidad de reserva expresa para proteger el expectante es, en mi opinión, innecesaria.

Estamos ante ventas realizadas por un cónyuge sin contar con el otro con lo que lo normal es que cuando éste último tenga constancia del hecho le incomode y quiera defender su propiedad y su expectante. Y precisamente a través del mecanismo de inoponibilidad por el que ha optado el legislador puede canalizar la protección de ambos sin problemas. Esta posibilidad la tiene abierta mientras no consienta y lo lógico, en el supuesto del 53 Lrem., será que no quiera hacerlo puesto que con el consentimiento posterior la enajenación es válida y el expectante queda automáticamente extinguido *ex art. 98.1.b) Lrem.* que tampoco prevé posibilidad de reserva alguna. Por el contrario, no consentir supone, implícitamente, reservarse el expectante ante la ineficacia de la venta.

Igualmente a la inversa, no resultaría idónea tampoco la opción de la inoponibilidad del 53 con la de la reserva expresa

435 Y respecto de los que, exclusivamente, admitía igualmente tal posibilidad la Compilación en su art. 76.2: “*Salvo reserva expresa*, la enajenación o el consentimiento a ella de *los bienes comunes* (...) equivaldrán a la renuncia al derecho expectante de viudedad de quien enajena o consiente”.

del 98.2 Lrem. en una enajenación en la que comparecen ambos cónyuges puesto que mientras la primera presupone una venta en la que no se ha participado el 98.2 Lrem. implica un acto en el que, cuando menos, se conoce y comparece.

c. Conclusión

Afirmar, con carácter general, que por la mera presencia de los cónyuges en una enajenación queda extinguido el expectante de ambos es difícilmente sostenible sin ponderar otras cuestiones como el régimen matrimonial vigente, el modo en que están aquéllos presentes en el acto o la clase de bien objeto de este último.

En cualquier caso, lo que resulta evidente es que el 98.2 Lrem. no contempla en absoluto un criterio general del que los artículos 8⁴³⁶ y 53 Lrem. sean deudores, no solamente porque la intervención de los cónyuges en estos últimos obedece a motivos totalmente distintos sino también porque la posibilidad de

436 Vid. igualmente BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 412. En contra, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., "La viudedad aragonesa según la Ley de 12 de febrero de 2003", *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. I, op. cit., p. 324 y nota 5; LERMA RODRIGO, M^a del C. (coponente), "Extinción del derecho expectante de viudedad", *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op. cit., p. 150. Esta última autora establece, en coherencia con su postura, una distinción entre supuestos en los que, tratándose de vivienda familiar, el cónyuge no propietario titular del expectante renuncia o no a su derecho al comparecer como deudor, fiador o por cualquier otra causa para consentir, de tal modo que el no renunciar le lleva a la conclusión de que entonces la extinción del expectante se produce por la concurrencia del 98.2 Lrem.

En mi opinión, tal diferenciación no sería precisa desde el momento en que, en aplicación del 8.1 Lrem., el consentimiento lleva aparejada *ipso iure* la extinción en cualquier caso.

reserva expresa que aquél contempla no tiene en éstos ni razón de ser ni apoyo legal⁴³⁷.

A mi juicio, parece más correcto entender que el artículo 8 Lrem. constituye un ejemplo más de extinción a añadir a la lista del 98 Lrem. y el consentimiento posterior del art. 53 Lrem. un supuesto subsumible, directamente, en la enajenación válida del 98.1.b) Lrem.

2.8. EL ACUERDO JUDICIAL SUSTITUTORIO DE LA RENUNCIA

2.8.1. Antecedentes legislativos

2.8.1.1. Los Anteproyectos de la Compilación

La regulación de esta causa de extinción aparece por primera vez en el Anteproyecto de la Compilación redactado por la Comisión de Jurisconsultos aragoneses en julio de 1962. El Anteproyecto exigía la concurrencia de ambos cónyuges para la extinción del expectante en los bienes comunes y el asentimiento del no propietario en los bienes privativos. Sin embargo, establecía como novedad la posibilidad de que el acuerdo entre los cónyuges o el asentimiento, en su caso, se supliera por decisión parental aprobada judicialmente en supuestos de imposibilidad o negativa injustificada:

⁴³⁷ Tanto en el derogado 76.2 Comp. aragonesa como en el 98.2 Lrem., el poder reservarse o no el expectante deriva, a mi entender, del derecho a la igualdad e información entre los cónyuges que debe existir en el matrimonio y que supone tener conocimiento y ser parte implicada en el negocio dispositivo de que se trate, de tal modo que haya consciencia de que enajenando, consintiendo o compareciendo se va a perder el bien junto con el expectante y que si no se desea que así ocurra ese es el momento de objetarlo. *A contrario sensu*, si el acto es ajeno, el fundamento de la reserva decae y la protección del expectante la encauza el legislador por otras vías como son el carácter imperativo del art. 8 y la inoponibilidad en el caso del art. 53 Lrem.

Art. 148.– Desde el momento en que los bienes inmuebles ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan afectos al derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la enajenación ulterior del inmueble si no concurren a ella ambos cónyuges con aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el art. 119.

Art. 119.– Fuera de las facultades de administración, la disposición de bienes comunes requiere el acuerdo de marido y mujer, y la de bienes propios de cada cónyuge el asentimiento del otro. Tal acuerdo o asentimiento podrá ser suplido, no pudiendo o no queriendo prestarlo el cónyuge, por decisión del Consejo de parientes con aprobación judicial.

Esta posibilidad aparece de nuevo regulada en el Anteproyecto redactado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación presentado al Pleno de la Comisión en mayo de 1966. Aquí el consentimiento a la enajenación de inmuebles puede ser emitido subsidiariamente por la Junta de Parientes o, en su defecto, por el Juez, con la limitación, en este último caso, a los supuestos de incapacidad, ausencia o negativa infundada.

El art. 76.2 del Anteproyecto de 1966 disponía en este sentido:

Art. 76.2.– Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los inmuebles, a menos que fuere consentida por el otro cónyuge o, subsidiariamente, por la Junta de Parientes y, en su defecto, por la Autoridad judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada.

Idéntico texto fue mantenido en el Anteproyecto aprobado por el Pleno de la Comisión General de Codificación, aceptado por el gobierno y presentado a las Cortes españolas como Proyecto de Ley así como en la ponencia designada para informar este último, si bien con la variante de la sustitución de la ex-

presión “en su defecto” por la conjunción “o”, de manera que permitía acudir a la Junta de Parientes o a la autoridad judicial alternativamente⁴³⁸.

Sin embargo, el cambio radical de criterio que se produjo en las Cortes tras el Pleno y el Proyecto de Ley a favor de la renuncia supuso el abandono de la enajenación o del consentimiento a la misma como causa de extinción del expectante y, con ello, cualquier posibilidad de sustitución⁴³⁹.

2.8.1.2. La reforma de 1985 y el segundo inciso del art. 76.2 de la Compilación. Justificación e interpretación

a. Justificación

La necesidad de renuncia expresa y personalísima se mantendrá inquebrantable desde el año 1967 en el que se promulga la Compilación hasta su reforma en 1985. Los problemas que causaba esta regulación en los casos de incapacidad o cónyuge que actuase de mala fe eran muy graves y devenían, en la práctica, en

438 Como apunta LORENTE SANZ, fue propuesta por el Sr. Ballarín con el fin de agilizar los trámites, *cfr.* LORENTE SANZ, J., “El Anteproyecto de Compilación y el Proyecto de Ley en la Comisión General de Codificación y en las Cortes Españolas (En la Comisión General de Codificación)”, *op. cit.*, p. 373.

En opinión de MERINO, suponía también una mayor garantía de imparcialidad y objetividad para el cónyuge propietario de los bienes que no se veía limitado a acudir a la Junta de Parientes, integrada por miembros de ambas familias en quienes los sentimientos personales podían influir, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés”, *op. cit.*, p. 1413.

439 Aunque no se dijo explícitamente, quedó suprimida la suplencia de la renuncia en casos de incapacidad, ausencia o negativa injustificada, *cfr.* LORENTE SANZ, J., *Ídem*, p. 374. Evidentemente si el consentimiento del propio cónyuge titular del derecho a la enajenación realizada por su consorte no extinguía el expectante, con más razón carecía de tales efectos extintivos la que fuera consentida por personas o entidades distintas de aquél.

una verdadera amortización de los bienes⁴⁴⁰. Habrá que esperar hasta la reforma citada para volver a encontrar de nuevo esta forma de extinción, cuya introducción intenta dar una solución satisfactoria a los inconvenientes que provocaba el expectante en los casos mencionados. Se añade con este fin⁴⁴¹ un nuevo párrafo en el art. 76.2 que permite en los casos de incapacidad o negativa injustificada de uno de los cónyuges la posibilidad de que el Juez acuerde la extinción del expectante:

Art. 76.- Régimen

2. (...) En los mismos casos de enajenación, también se extinguirá el derecho expectante de viudedad cuando así lo acuerde el Juez de Primera Instancia, a petición expresa del propietario de los bienes, si el cónyuge titular del expectante se encuentra incapacitado o se niega a la renuncia con abuso de su derecho.

Obsérvese como mientras en los dos Anteproyectos se hace referencia a una sustitución del consentimiento —o asentimiento, en el caso del Anteproyecto de 1962— a la enajenación que, implícitamente, conlleva la renuncia, la redacción definitiva del 76.2 Comp. aragonesa menciona un acuerdo judicial que lo que sustituye es la renuncia propiamente dicha.

440 Vid. al respecto ZAPATERO GONZÁLEZ, R., “De la viudedad foral”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés, op. cit.*, pp. 208 y 227; DE PABLO CONTRERAS, P., “El derecho expectante de viudedad y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés, op. cit.*, pp. 247 y 248; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés”, *op. cit.*, p. 1414; SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 744.

441 El precepto fue consecuencia de una enmienda *in voce* de carácter transaccional presentada en el Pleno de las Cortes de Aragón de 16 de mayo de 1985, *cfr. Diario de Sesiones*, núm. 33, año 1985, Primer Período, Legislatura I, pp. 1344 y ss.

b. Interpretación del precepto

La determinación del ámbito de aplicación pasaba por la previa delimitación de los siguientes puntos⁴⁴²:

b.1. Legitimación activa

A petición expresa del propietario de los bienes. El solicitante debía ser el que fuera propietario en el momento de la solicitud, es decir, exclusivamente uno de los cónyuges y no el futuro adquirente⁴⁴³.

b.2. Clase de bienes

Partiendo de los antecedentes citados y de la regla general del 76.2 Comp. aragonesa que, salvo reserva expresa, equiparaba el consentimiento de la enajenación a la renuncia, junto con la redacción del precepto autorizando la intervención del juez *a petición expresa del propietario de los bienes* sin matizar o limitar, en su

442 BAYOD LÓPEZ, C., "El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)", *op. cit.*, p. 126; de la misma autora *vid.*, en igual sentido, "La viudedad", *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, pp. 413 y 414.

443 Por este motivo, la sentencia del TSJA de 30 de octubre de 1996 afirmaba que el matrimonio demandante adquirente del bien objeto del litigio carecía de legitimación *ad causam* para solicitar la petición de extinción del expectante. *Vid.* al respecto BAYOD LÓPEZ, C., "El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)", *op. cit.*, p. 126. Señala que ésta era la doctrina unánime aragonesa y que diversas sentencias se manifestaron también en ese sentido, citando como ejemplo, entre otras, las ss. APZ de 11 de julio de 1994 y TSJA de 4 de abril de 1995; aludiendo igualmente a éstas últimas y con igual criterio, consúltese de la misma autora "La viudedad foral aragonesa", *Derechos civiles de España*, vol. VI, II parte, dirigidos por Bercovitz y Martínez Simancas, Aranzadi-BSCH, 2000, p. 3512.

caso, la clase concreta de éstos, podía defenderse que su aplicación parecía circunscribirse a los supuestos de enajenación de bienes privativos⁴⁴⁴.

Sin embargo, el hecho de que se considerase que ni las decisiones judiciales o parentales del art. 49.1⁴⁴⁵ ni la autorización judicial supletoria del art. 50⁴⁴⁶ —previstas respectivamente, para los supuestos de disposición de bienes consorciales en los que hubiera desacuerdo entre los cónyuges o bien uno de ellos se hallare impedido para consentir aquélla— extinguían el expectante⁴⁴⁷, la *ratio legis* del precepto y la finalidad última de

444 Esta era la opinión de ZAPATERO GONZÁLEZ, R., “De la viudedad foral”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 227; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Comentario a la STS de 27 de mayo de 1988”, *op. cit.*, p. 571 y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIII, volumen 2º, *op. cit.*, p. 330.

445 Art. 49.— *Desacuerdo en la gestión*

1.— En caso de desacuerdo entre los cónyuges sobre administración y disposición de los bienes comunes, decidirá la Junta de Parientes o el Juez de Primera Instancia del domicilio familiar, a elección de los cónyuges, sin ulterior recurso. A falta de acuerdo en la elección decidirá siempre el Juez.

446 Art. 50.— *Consentimiento supletorio*

Cuando uno de los cónyuges se hallare impedido para prestar su consentimiento sobre uno o varios actos de administración o disposición de los bienes comunes resolverá el Juez.

Como apuntaba ZAPATERO, igualmente ocurría también respecto al art. 51 de la Compilación del 67 relativo a la disposición de bienes comunes (“El cónyuge administrador, por sí sólo, puede enajenar los bienes comunes; más para actos de disposición voluntaria sobre inmuebles y establecimientos mercantiles necesitará el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, aprobación de la Junta de Parientes y, en otro caso, autorización judicial”), máxime cuando solamente la renuncia expresa era la única forma admitida para la extinción del expectante, *cfr.* ZAPATERO GONZÁLEZ, R., *Ídem*, p. 227.

447 Así lo entendieron SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, argumentando que lo que realizaban el Juez o los Parientes no era consentir sino

seguridad en el tráfico jurídico de inmuebles afectos a la que obedecía apuntaban como criterio más acertado, por el contrario, admitir la extinción del expectante en cualquier caso en el que se dieran las circunstancias antedichas, sin distinción de la clase de bien⁴⁴⁸.

b.3. *Momento*

La norma no se pronunciaba al respecto. Ahora bien, como era la negativa injustificada o el hecho de que el cónyuge se encontrara incapacitado lo que frenaba la venta, parecía correcto entender que iba referida a un momento anterior a aquélla⁴⁴⁹.

autorizar la enajenación, excepcionándose así la necesidad de que ésta fuera conjunta, pero no afectaba para nada al expectante del cónyuge que no consentía, *cf.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 746, nota 89.

448 *Cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 745; BAYOD LÓPEZ, C., "El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)", *op. cit.*, p. 127.

Defendiendo su aplicación solamente a la enajenación de bienes privativos y, por analogía, a la de bienes comunes en las que no era necesario el consentimiento del otro (actos de disposición de bienes comunes incluidos en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio del art. 48.2.1 Comp. aragonesa) *vid.* SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, *op. cit.*, p. 163.

449 BAYOD LÓPEZ, C., "El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)", *op. cit.*, p. 126.

En relación a la regulación contenida en el derogado 76.2.2º Comp. aragonesa matizaban SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS que, en principio, habría de ser anterior a la enajenación pues si era necesario que el cónyuge se

b.4. Con abuso de su derecho

Con esta expresión, la Compilación hacía referencia a la negativa a renunciar sin una razón fundada, tal y como ocurría en los antecedentes legislativos del precepto⁴⁵⁰.

La utilización de una expresión similar en el art. 7.2 Cc.⁴⁵¹ podía plantear la duda de si respondía a un concepto equivalente al recogido en el Código⁴⁵².

hubiera negado a la renuncia lo razonable era solicitarla antes de proceder a aquélla. Sin embargo, excepcionalmente, también admitían que fuera posterior si las circunstancias así lo aconsejaban, poniendo como ejemplo la ausencia temporal del cónyuge unida a una oportunidad de venta que hiciera poco racional demorarla, *cfr.* SANCHEZ REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 748.

450 Este significado estaba en línea con los Anteproyectos de la Compilación vistos *supra*, apartado 2.8.1.1. Y así, por ejemplo, éste era el sentido del "no pudiendo o no queriendo prestarlo el cónyuge" del art. 119 del de 1962 o de la "negativa infundada" del art. 76.2 del de 1966.

451 El apartado 2º del art. 7 del Código Civil dispone lo siguiente:

La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para un tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las correspondientes medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso.

452 Así lo consideraba MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en línea con su opinión de aplicación del precepto exclusivamente a los bienes privativos, *cfr.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "Comentario a la sentencia de 27 de mayo de 1988 (comunidad conyugal y viudedad)", *op. cit.*, p. 572.

Éste fue igualmente el criterio sostenido tanto por la sentencia de APZ de 7 de febrero de 1996 como después, en casación, por el magistrado disidente (Excmo. Sr. D. Jose Ramón San Román Moreno) en la sentencia de TSJA de 30 de octubre de 1996, entendiendo que se había producido, por parte de los vendedores, una clara situación de abuso de derecho por no alegar la existencia del expectante que resolvían mediante la aplicación del 7.2 Cc. y la subsiguiente extinción del mismo, *cfr.* BAYOD LÓPEZ,

Sin embargo, siguiendo a BAYOD LÓPEZ, parecía más razonable y coherente considerar que ambas expresiones no correspondían a un mismo concepto de abuso de derecho en tanto que las consecuencias derivadas de uno u otro artículo eran bien distintas: indemnización de daños para el tercero perjudicado o adopción de medidas cautelares, en su caso, en el Cc. y extinción del expectante en el art. 76.2.2. Comp. aragonesa.

La Compilación regulaba un supuesto concreto de extinción del expectante que hacía referencia a negativas arbitrarias o injustificadas de renuncia no equiparables a un abuso de derecho en sentido propio como era el regulado en el art. 7.2 Cc.⁴⁵³.

El sentido de la norma era distinto y enlazaba, como apuntaban SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, con la idea de la necesidad de actuar de buena fe, no siendo precisa la intención de perjudicar al otro cónyuge pero sí que existiera de hecho un perjuicio⁴⁵⁴.

Por lo tanto, y en coherencia con la legitimación activa del precepto, el abuso de derecho por parte del cónyuge no renunciante había que considerarlo referido exclusivamente respecto a su consorte y no frente a un tercer adquirente.

C., "El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)", *op. cit.*, p. 134.

453 En extenso, *vid.* BAYOD LÓPEZ, C., "El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)", *op. cit.*, pp. 136 y 137.

454 *Cfr.* SANCHO REBULLIDA F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 747; en igual sentido, BONET NAVARRO, A., "Normas procesales civiles aragonesas", *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, *op. cit.*, p. 131.

2.8.2. Presupuestos del precepto

La posibilidad de solicitar el acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia se mantiene en la regulación establecida por la Lrem. El apartado 3 del art. 98 recoge la esencia que tenía en la Compilación pero con una redacción más precisa que intenta evitar dudas como las que habían surgido en el ámbito jurisprudencial.

La norma puntualiza expresa y certeramente cuestiones sobre las que habían nacido las diferencias interpretativas, centradas en los cuatro puntos básicos citados en el apartado anterior y objeto de comentario comparativo con la regulación del 98.3 Lrem. en las líneas siguientes: legitimación *ad causam* para solicitar la extinción (si el solicitante debía ser exclusivamente uno de los cónyuges o también podía serlo un tercero), bienes sobre los que se puede aplicar (consorciales, privativos o ambos), el abuso de derecho por parte del cónyuge no renunciante que mencionaba el 76.2.2 Comp. aragonesa (si era coincidente con el regulado en el art. 7.2 Cc. y las consecuencias que acarrea su aplicación, en su caso) y el momento en que se podía pedir (antes o después de la enajenación).

El art. 98.3 Lrem. dispone:

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.

El precepto posibilita solicitar un acuerdo judicial que declare extinguido, por causa fundada en necesidades o intereses familiares, el derecho expectante de quien no quiere o no puede renunciar a él.

Se encuentra en relación directa con el propósito perseguido por el legislador con la regulación de la viudedad, recogido expre-

samente en el apartado X del Preámbulo, de *contribuir a la seguridad jurídica y limitar eventuales abusos, por la presencia continuamente reiterada en el tráfico jurídico sobre inmuebles del expectante.*

2.8.2.1. Legitimación activa

A *petición de un cónyuge*, reza literalmente el tenor del artículo. Está legitimado activamente sólo el enajenante no titular del expectante⁴⁵⁵. Nadie más puede dirigirse al Juez en petición de la extinción, aunque tenga un interés directo en que la enajenación se lleve cabo, como sería, lógicamente, el caso de los adquirentes⁴⁵⁶.

455 A pesar de que el criterio doctrinal mayoritario durante la vigencia de la Compilación fue, como se ha visto, limitar la legitimación activa del precepto a los cónyuges, en los debates de la Comisión aragonesa se plantearon de comienzo las dos opciones:

5) Declaración del Juez, a *petición del titular del bien enajenado o por enajenar*, cuando así lo decida en razón de las necesidades o atenciones familiares (el subrayado es mío), *cfr.* "Documento núm. 2. Documento de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)", *op. cit.*, p. 8

5. A *petición del titular del bien que se propone enajenar*, el Juez puede declarar extinguido el derecho expectante de su cónyuge cuando este sacrificio sea proporcionado a las necesidades familiares que con la enajenación se trata de atender o al daño de que no enajenar se seguiría para los intereses familiares (el subrayado es mío), *cfr.* "Documento núm. 1. Primer Borrador de Jesús Delgado (julio 2001)", *op. cit.*, p. 2.

La principal diferencia entre ambos textos se encontraba en que el primero atribuía la acción para solicitar la declaración judicial no sólo al cónyuge que enajena sino también al tercer adquirente. Se debatieron ambas e incluso la posibilidad de incluir una norma para la protección del tercer adquirente. Finalmente, se prescinde de esta última dada la complejidad que entrañaba y se decidió, por mayoría, limitar la legitimación activa al otro cónyuge. *Vid.* al respecto "Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 10 y 11.

456 Así ocurrió con el matrimonio adquirente del bien en la s. TSJA de 30 de octubre de 1996 pues sustentaba su pretensión para solicitar la petición de ex-

La Compilación hacía referencia a una *petición expresa del propietario de los bienes*, con lo que quizá fuera admisible dudar si se refería tanto al cónyuge disponente como al adquirente⁴⁵⁷.

Hoy, la redacción precisa del 98.3 Lrem. elimina definitivamente todas las dudas en esta cuestión⁴⁵⁸.

2.8.2.2. Autoridad competente

La autoridad judicial es la única que puede resolver sobre el fondo de esta cuestión. No puede hacerlo la Junta de Parientes de ninguno de los dos ni tampoco de manera conjunta⁴⁵⁹.

tinción del expectante en esta interpretación errónea del 76.2.2º Comp. aragonesa. Sobre ello, BAYOD LÓPEZ, C., "El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)", *op. cit.*, pp. 122 y 123.

457 BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., "La viudedad aragonesa según la Ley de 12 de febrero de 2003", *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. I, *op. cit.*, p. 325.

458 Señala acertadamente en esta línea LERMA RODRIGO como "no tendría sentido permitir a un adquirente solicitar al juez que declare extinguido el expectante para atender los intereses familiares del transmitente", *cfr.* LERMA RODRIGO, Mª del C., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 151. En igual sentido, durante los debates del precepto, se manifestó CALATAYUD SIERRA, *cfr.* "Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 11.

459 La llamada a la Junta de Parientes y, en su defecto, a la autoridad judicial, estuvo presente en los arts. 148 del Anteproyecto provisional y 144 del definitivo así como en la redacción que del 76.2 Comp. aragonesa se efectuó por la Comisión de Códigos del Proyecto. Sin embargo, fue suprimida en su debate en las Cortes, manteniéndose solamente el recurso a la autoridad judicial, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 744 y 745. Este es el criterio mantenido en la Lrem.

Actualmente, sigue sin resolverse el problema de la ausencia de un procedimiento procesal específico para estos supuestos que se arrastra desde la vigencia de la Compilación⁴⁶⁰ y que obliga inexcusablemente a los jueces a recurrir a un proceso ordinario que resulta inadecuado para la agilidad que requiere la finalidad perseguida en el precepto⁴⁶¹.

La falta de cauces formales *ad hoc* limita notablemente la eficacia real de la norma sustantiva y constituye un serio inconveniente para su plena aplicación⁴⁶². Hasta entonces, la pro-

460 Como se ha señalado anteriormente, el art. 98.3 Lrem. es herencia directa del derogado art. 76.2.2 Comp. aragonesa, si bien mejorado en algunos extremos que habían presentado dudas en su aplicación. Sin embargo, no ha sido así por lo que al ámbito procesal respecta, resultando plenamente vigente hoy lo que BONET NAVARRO puso de manifiesto en su día en relación a aquél. Y así, señalaba este autor que, ante el silencio de la Compilación de la disciplina procesal que sirviera de cauce a la aplicación del precepto, el acuerdo judicial sustitutorio no tenía otra posibilidad de obtenerse si no era como consecuencia de la formulación de la oportuna demanda judicial que abriera el proceso jurisdiccional contradictorio correspondiente, puesto que el artículo estaba aludiendo a actuaciones judiciales que denotaban controversia.

En opinión de BONET, el proceso necesario al efecto debería ser sumario, concentrado y limitado en los medios de ataque y defensa de tal manera que, en relación con el expectante, lo único que pudiese pretenderse fuera, exclusivamente, la extinción del mismo, *cfr.* BONET NAVARRO, A., "Normas procesales aragonesas", *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, pp. 121, 127, 131 y 141.

461 Obsérvese que mientras que para determinar la necesidad de los actos de disposición necesarios para satisfacer la atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge del art. 36.1.a), el art. 48.d) Lrem. sí admite como medio bastante la autorización parental de la familia del cónyuge no disponente que, seguramente, será mucho más ágil, la solicitud de extinción del expectante en razón de necesidades o intereses familiares es competencia exclusiva del Juez *ex* art. 98.3 Lrem.

462 Como la Lrem. no hace referencia alguna al respecto, será inevitable acudir a los procesos ordinarios correspondientes a la cuantía litigiosa por no venir especificada la clase de juicio por razón de la materia, siendo aplicable el juicio

puesta de SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS⁴⁶³ de que la cuestión se ventile como contenciosa, por los trámites de los incidentes, puede ser, quizás, una solución provisional aceptable.

2.8.2.3. Clase de bienes a los que se aplica la norma

Nada señala el artículo de la clase de bien a la que se refiere como tampoco lo hacía de modo expreso la Compilación. Considero que si la línea es —tal y como se afirma en el apartado XII del Preámbulo— el *mantenimiento de la regla procedente de la reforma del 85, aclarando algunos extremos* y, entre estos últimos, no se hace mención alguna al respecto, lo que se hubiera defendido

ordinario si la cuantía supera los 3000 euros o resulta imposible de calcular (art. 249.2 Lec.) o el juicio verbal, en su caso, para cantidades inferiores a 3000 euros (art. 250.2 Lec.). Como ya apuntaban SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, la rapidez que estos supuestos precisan no encuentra respuesta oportuna en un procedimiento de este tipo, haciendo que, en la práctica, devenga inaplicable dada su lentitud hasta que no se regule un proceso específico, *cf.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 748 y 749. *Vid.*, en esta línea, la primera de las conclusiones de la 1ª Ponencia del Congreso de la Abogacía Aragonesa (Teruel 2000) señalando que la Comunidad Autónoma de Aragón tiene competencia para legislar en materia procesal “cuando la peculiaridad del derecho sustantivo propio exija la creación de instrumentos necesarios o la determinación de cauces procesales para la tutela de las pretensiones amparadas en nuestro ordenamiento civil”; la segunda, por su parte, afirma la necesidad de la norma procesal aragonesa “cuando no exista norma estatal o cuando no sea satisfactoria para la tutela efectiva de los derechos subjetivos regulados por norma sustantiva aragonesa o cuando la peculiaridad de ese derecho sustantivo o de la institución jurídica así lo requiera ...” (el subrayado es mío), *RDCA*, VI, nº 1, 2000, p. 353.

⁴⁶³ SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 749.

durante la vigencia de aquélla podrá trasladarse igualmente sin problemas al momento actual.

Creo, como señalaban entonces SANCHO y DE PABLO⁴⁶⁴, que se trata de una norma aplicable también hoy a ambas clases de bienes. Este criterio se ve reforzado, en mi opinión, a la vista de la propia redacción del art. 98.3 Lrem., carente de cualquier limitación a alguna clase de bien y, sobre todo, de las causas en las que se basa la posibilidad de extinción del expectante. No tiene mucho sentido utilizar un término tan amplio como *necesidades o intereses familiares* —eliminando además la referencia al abuso de derecho cuya interpretación había provocado dudas más que razonables— y luego restringirlo solamente a una clase de bien.

2.8.2.4. Momento: antes o después de la enajenación

El momento en que una posible extinción del expectante cobra protagonismo en el tráfico jurídico de inmuebles es, evidentemente, en el de su enajenación. La solicitud del acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia puede hacerse, según el 98.3 Lrem., con independencia de la realización del acto dispositivo (*antes o después de la enajenación*), lo que constituye una novedad respecto a la regulación de la Compilación que no entraba a regular expresamente el elemento temporal.

464 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 745; igualmente, BAYOD LÓPEZ, C., “El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)”, *op. cit.*, p. 127.

2.8.2.5. Causa: en razón de las necesidades o intereses familiares

La posibilidad de acudir al Juez para que declare extinguido el expectante del otro es *en razón de las necesidades o intereses familiares*.

Mientras que la Compilación contemplaba esta posibilidad si el cónyuge titular del expectante estaba incapacitado o se negaba a la renuncia *con abuso de su derecho*, conllevando entrar a valorar, en este último caso, la causa de la negativa o la eventual presencia de la buena fe del cónyuge titular del expectante⁴⁶⁵, la Lrem., a la vista de los problemas que su interpretación había causado, prescinde de la referencia a este último y utiliza, en su lugar, esta otra opción con la que se pretende dar amplio margen a la posibilidad del acuerdo judicial extintivo⁴⁶⁶.

a. Antecedentes y delimitación del concepto de necesidad o interés familiar

La reforma del Código Civil efectuada por ley de 2 de mayo de 1975 introduce por primera vez en el ordenamiento español común esta expresión, ampliándose las remisiones a la misma en las posteriores reformas de las que ha sido objeto el Derecho de Familia que se mantienen hasta hoy. Como su alcance y significado no resulta fácil de fijar y tampoco existe

⁴⁶⁵ CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, op. cit., p. 132. Como apunta el autor, ni siquiera la renuncia se menciona en el precepto.

⁴⁶⁶ El presidente de la Comisión, Delgado Echeverría, afirmaba ya en la fase de preparación del precepto: "Se trata de evitar la poco clara construcción del abuso de derecho", cfr. "Documento núm. 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre 2001)", op. cit., p. 5.

una delimitación legislativa concreta y precisa, su utilización se ha realizado por doctrina y jurisprudencia respondiendo a criterios muy distintos.

Lo cierto es que si bien en un primer momento puede pensarse que hace alusión a un interés diferente y superior al de los intereses individuales de cada uno de sus miembros, el sentido con el que se utiliza tanto en el Código Civil como en Lrem. no es éste sino el de la familia concreta a la que se esté aplicando la norma, entendida como una suma de individuos con un interés colectivo no supraindividual⁴⁶⁷. No puede considerarse como un principio o ideal jurídico ni como una cuestión de interés público en materia familiar sino que, simplemente, hace referencia al interés de una familia determinada, en nuestro caso, la del cónyuge que solicita el acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia⁴⁶⁸.

467 En este sentido, GARCÍA GARCÍA destaca que, aunque resulta claro que hay un interés diferente del de los componentes de la familia que deberá prevalecer en caso de conflicto, no lo es tanto que dicho interés transpersonalista tenga que denominarse interés familiar, sino que sería un interés social de carácter familiar como sinónimo de interés social no individual presente de igual manera en otros muchos ámbitos del Derecho y no merecedor por ello una denominación específica, *cfr.* GARCÍA GARCÍA, M. A., "El interés familiar supraindividual", *RGLJ*, noviembre, 1982, pp. 373 a 374 y 397 a 400.

Por su parte, LACRUZ se muestra favorable a la denominación "familiar" pero prefiere hablar en lugar de interés de "un conjunto de bienes o aspiraciones familiares cuya consecución o conservación constituye el objetivo legal", *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, nueva edición revisada y puesta al día por Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2005, p. 32.

468 En este sentido, no debe entenderse que la subordinación a las necesidades o intereses familiares sea absoluta porque, como apunta ROCA JUAN, puede llevar a borrar el interés particular de cada uno de los miembros y conducirnos a un totalitarismo familiar que debe ser rechazado, *cfr.* ROCA JUAN, J., "Comentario al art. 67 Cc. (El interés de la familia)", *Comentarios a las reformas del Código Civil*, T. II, Tecnos, Madrid, 1977, p. 901.

No obstante, debe puntualizarse que su aplicación exige un concepto de familia muy restringido comprensivo, exclusivamente, de la familia nuclear (esposos e hijos). Por lo tanto, se extiende solamente a aquellos familiares cuyas necesidades sean constitutivas de cargas de la familia, entendiendo esta última como una unidad de consumo a la que afluyen rentas, sueldos y beneficios de cualquiera de los cónyuges y de los mismos hijos comunes o no en cuanto convivan con ella⁴⁶⁹.

De este modo, mientras haya convivencia y unidad de consumo hay cargas de la familia como tales y, por extensión, deber de actuar en interés de aquélla⁴⁷⁰.

Tampoco puede justificar la subordinación de la mujer al marido, o a la inversa, en nombre de una supuesta protección de aquéllos, desde el momento en que existe una igualdad en derechos y deberes, *cfr.* GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C., "Comentario al art. 67 Cc. (3. La actuación en interés de la familia)", *Comentario del Código Civil*, T. I, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Salvador Cordech, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1991, p. 318.

Aunque las normas aragonesas sustituyen y desplazan lo regulado en este tema en los artículos 67 y 68 Cc. su contenido es prácticamente idéntico con lo que considero que la doctrina civilista sobre este punto es igualmente aplicable, si bien con las cautelas lógicas derivadas de las peculiaridades del ordenamiento civil aragonés.

469 La convivencia entre ellos es requisito indispensable para que el interés familiar como tal subsista. Por este motivo, deberán entenderse incluidos los hijos no comunes en tanto que convivan en el hogar familiar y excluirse a aquellos hijos, comunes o no, que se encuentren emancipados. En coherencia con este criterio, el art. 36.1.a) Lrem. establece que "son a 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 sólo de ellos que convivan con el matrimonio*".

470 Respecto a su aplicación exclusiva a la familia nuclear y al requisito imprescindible de la convivencia *vid.* en doctrina relativa al Código Civil, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 67; GARCÍA GARCÍA, M. A., "El deber de actuar en interés de la familia", *RDP*, marzo 1984, pp. 244 y 276; DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS,

En el ordenamiento civil aragonés ya aparecía la mención a los *intereses familiares* con anterioridad a la Lrem. en el art. 68.5 Comp. aragonesa, referido a las causas de disolución de la comunidad conyugal continuada “por gestión y administración dolosa o negligente con grave perjuicio para los *intereses familiares*” y, anteriormente a la reforma de 1985, en la redacción del artículo 50 de la Compilación de 1967 que permitía privar al cónyuge administrador por resolución judicial, en procedimiento sumario, de sus facultades si en su ejercicio incurriere en culpa grave o negligencia habitual “con notorio perjuicio de los *intereses familiares*”.

b. Las necesidades o intereses familiares en la Lrem. Su sentido en el apartado 3º del art. 98 Lrem.

En la Lrem., *las necesidades e intereses familiares* no aparecen solamente en sede de viudedad sino que el respeto a las mismas constituye uno de los principios informadores de toda la ley. Y así, junto al artículo 98.3 que ahora examinamos, la referencia a las primeras aparece en los artículos 5.1 sobre satisfacción de las necesidades familiares (establece el deber de ambos cónyuges de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares con la atención directa al hogar y a los hijos, la dedicación de los bienes al uso familiar, la remuneración de su trabajo, los rendimientos de sus capitales y otros ingresos y, en último término,

A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 93; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Comentario al art. 67 Cc. (3. La actuación en interés de la familia)”, *Comentario del Código Civil*, T. I, *op. cit.*, p. 319; O, CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2001, p. 132; DORAL GARCÍA, J. A., “El interés de la familia”, *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, vol. 1º, núms. 33 a 36, enero-diciembre 1982, pp. 7 y 8.

con su patrimonio); 6, relativo al deber de información recíproca (contempla la posibilidad de exigir al otro cónyuge información suficiente y periódica de la gestión de su patrimonio, de sus ingresos y de sus actividades económicas en orden a la atención de las necesidades familiares) y 7, acerca de la responsabilidad frente a terceros (regula la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges, frente a terceros de buena fe, por las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares).

Por su parte, a los intereses familiares se hace referencia en los artículos 1.2 sobre la comunidad de vida que constituye el matrimonio (el legislador establece con carácter imperativo el deber de actuar en interés de la familia en toda comunidad de vida matrimonial); 36.2, sobre deudas comunes (impide que sea a cargo del patrimonio común las deudas contraídas por un cónyuge con grave descuido de los intereses familiares) y 45.2, que contiene reglas generales de gestión del consorcio (la gestión de los patrimonios común y privativo debe realizarse teniendo en cuenta el interés de la familia).

El análisis jurídico de este concepto en la Lrem. puede hacerse desde una triple perspectiva⁴⁷¹:

471 Sobre esta cuestión, se extrapolan los planteamientos para el Código Civil de GARCÍA GARCÍA, M^a A., "El deber de actuar en interés de la familia", *op. cit.*, pp. 243 a 277 y DORAL GARCÍA, J. A., "El interés de la familia", *op. cit.*, pp. 3 a 23. La primera considera que es una expresión de significado multívoco que ha sido utilizada como comodín que puede encajar bien en cualquier parte mientras que el segundo autor lo incluye directamente dentro de la categoría de concepto jurídico indeterminado.

b.1. Extramatrimonial

Consiste en no quebrantar la base fundamental de la convivencia en común, contribuyendo a mantener a la familia unida y en armonía y potenciando el desarrollo personal de todos sus componentes. Su reflejo en la Lrem. estaría en el art. 1.2 en el que el legislador establece, con carácter imperativo, el deber de marido y mujer de actuar en interés de la familia⁴⁷².

b.2. Patrimonial

Su manifestación sería el interés de los individuos de la familia en la formación, incremento y conservación de una masa de bienes para subvenir a las necesidades ordinarias y extraordinarias de la familia⁴⁷³ y en conseguir una calidad de vida para todos.

472 Como apunta VAZQUEZ IRUZUBIETA, la obligación de una actuación comprometida resulta de la expresión legal "actuar en interés de la familia". Y así, entiende que no basta con hacer la vida con placidez, sin menoscabo de la paz o seguridad de los demás, sino que es preciso una actuación de compromiso, asumiendo la condición de parte interesada de las vicisitudes familiares. Para el autor, lo que impone la ley es una participación activa, con lo que la infracción de este deber puede hacerse por acción o por omisión, es decir, no sólo con una actividad contraria sino también con la indiferencia sin causar agravio activo sobre los demás familiares, *cfr.* VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, 5ª ed., Bosch, 1999, p. 132.

473 Afirma LACRUZ en relación a las cargas del matrimonio reguladas en el art. 1362.1 Cc. que a los usos y circunstancias de la familia se ha de acomodar, en general, la vida familiar, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de familia*, *op. cit.*, pp. 34 y 35; anteriormente, en igual sentido, en *El nuevo derecho civil de la mujer casada*, Civitas, Madrid, 1975, p. 36.

Matiza en esta cuestión GARCÍA GARCÍA como los usos del lugar en que la familia se desenvuelve y las circunstancias sociológicas son las que determinan la racionalidad o no de las cargas del matrimonio, siendo en última instancia las posibilidades de aquélla las que marcan la pauta de las necesidades a las que tiene

En este sentido, el art. 45.2 Lrem. determina como regla general en la gestión de los patrimonios común y privativos el tener en cuenta el interés de la familia⁴⁷⁴, que llevaría implícito el actuar con la debida diligencia y el deber de información recíproca sobre la gestión de aquéllos y sobre los resultados económicos de la profesión o negocio que ejerzan los cónyuges (art 45.3 Lrem.).

En las actuaciones conjuntas o colegiadas o cuando intervienen por separado en asuntos familiares debe decidirse en función de lo que sea mejor para el interés familiar; en cambio, en asuntos personales y en la gestión de bienes privativos basta con tenerlo en cuenta y no dañarlo ni perjudicarlo⁴⁷⁵.

que hacer frente, *cfr.* GARCÍA GARCÍA, M^a A., "El deber de actuar en interés de la familia", *op. cit.*, p. 249.

474 Para SERRANO GARCÍA, también tienen la consideración de imperativas las disposiciones generales del art. 45 Lrem. por su clara relación con las del Título primero, SERRANO GARCÍA, J. A., "La gestión del consorcio conyugal aragonés", *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 288.

Ciertamente, se trata de una reiteración en sede de gestión del consorcio de los principios generales que deben informar todo matrimonio y que resultan indisponibles para los cónyuges, a excepción de la forma concreta de su cumplimiento.

475 *Cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., "La gestión del consorcio conyugal aragonés", *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 284.

Como señala LACRUZ para el Código Civil, "esta regla tiene un doble efecto: individualmente no está obligado cada cónyuge, en un aspecto positivo, a actuar en interés de la familia siempre, aunque sí, en un aspecto negativo, debe evitar que sus actos lesionen dicho interés. Cuando el concepto cobra toda su virtualidad es al instaurarse la diarquía conyugal como órgano de gobierno de la familia", *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de familia, op. cit.*, p. 32. *Vid.* en igual sentido DIEZ PICAZO y GULLÓN, para quienes la actuación en interés de la familia rige la vida familiar pero no necesariamente las actuaciones desarrolladas fuera de ella, existiendo esferas de libertad personal e individual, *cfr.* DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *op. cit.*, p. 93. Igualmente, O, CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia, op. cit.*, p. 132.

b.3. Judicial

Sirve al juez como criterio general para ponderar el ejercicio que cada uno de los cónyuges realiza de los poderes que mutuamente les corresponden en la gestión de sus bienes y para resolver conflictos entre ellos y establecer las cautelas que considere oportunas⁴⁷⁶.

El legislador no ha establecido de un modo específico su alcance ni ha concretado sanciones para los supuestos de un posible incumplimiento⁴⁷⁷ con lo que deberá ser objeto de aplicación caso por caso atendiendo a las circunstancias que rodeen a la familia⁴⁷⁸, las condiciones económicas de la enajenación y la importancia que posee el bien enajenable en la economía familiar⁴⁷⁹.

476 Cfr. GARCÍA GARCÍA, M^a. A., "El deber de actuar en interés de la familia", *op. cit.*, p. 277. Para O, CALLAGHAN, dicho principio general puede tener importancia a la hora de solucionar cuestiones concretas planteadas que no tengan una regulación específica, *cfr.* O, CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 132.

477 En opinión de DÍEZ PICAZO, su contenido es básicamente de carácter ético y habrá que evaluarse de conformidad con las creencias sociales sentidas o profesadas en cada momento, *cfr.* DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, IV, *op. cit.*, p. 92.

478 *Vid.* sobre este aspecto comentarios a la expresión "interés de la familia" en el ámbito de aplicación del Código Civil en MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al art. 67 Cc." y MORALEJO IMBERNÓN, N., "Comentario al art. 1377 Cc.", *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, pp. 168 y 1604, respectivamente.

479 En Derecho aragonés, en relación con el expectante y vigente la regulación de la Compilación, *vid.*, con igual criterio, respecto al art. 76.2.2^o Comp. aragonesa a ZAPATERO GONZÁLEZ, R., "De la viudedad foral", *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, *op. cit.*, p. 228 y SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 748.

Es precisamente este último sentido judicial el que predomina en el art. 98.3 Lrem. puesto que el juez se apoyará en él para decidir discrecionalmente⁴⁸⁰ acerca de la extinción del expectante de uno de los cónyuges sobre el bien objeto de la enajenación si el otro lo considera necesario y no tiene su aprobación.

En consecuencia, podrá haber impedimento cierto o negativa sin fundamento para una enajenación pero no constituirá motivo bastante para que aquél decida a favor de la desaparición del expectante si las necesidades o intereses familiares no quedan privados de la protección que la Lrem. les dispensa imperativamente.

480 CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, op. cit., p. 132.

El interés de la familia puede llevar al Juez a la inaplicación *ad casum* de una norma (como por ejemplo pueda ser en nuestro caso la necesidad de renuncia expresa del expectante por parte de su titular en un bien privativo). Pero, como señala DORAL GARCÍA, eso no significa que su arbitrio sea absoluto en tanto que viene determinado no solamente por las circunstancias de la familia ya apuntadas sino también por la verificación de los hechos y la posibilidad de que terceros perjudicados puedan ejercitar las acciones que les correspondan. Por otro lado, apunta también DORAL que, una vez adoptada la correspondiente decisión, ésta tiene el carácter de *res iudicata* pero acota el interés de la familia en un ámbito temporal de tal modo que, si cambiasen las circunstancias motivadoras y se ejercitara de nuevo la acción, la resolución podría ser otra distinta por la sencilla razón de que la pretensión también es diferente, *cfr.* DORAL GARCÍA, J. A., "El interés de la familia", op. cit., pp. 7, 11 y 12. En igual sentido, se expresaban SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS en relación con el 76.2.2 Comp. aragonesa: "(...) habrá de contraerse a la concreta enajenación en relación con la cual se haya solicitado; si, eventualmente, las circunstancias de la misma variaran, o no llegara a llevarse a cabo, el acuerdo judicial no produciría los efectos que le atribuye el precepto, subsistiendo entonces el derecho expectante", *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, op. cit., p. 748.

2.8.3. Consecuencias para el expectante del no disponente

A la vista de lo expuesto, si el Juez estima que la pervivencia del derecho expectante de un cónyuge sobre un bien inmueble entra directamente en conflicto con las necesidades o intereses familiares podrá declararlo extinguido, a petición del otro consorte.

Como apunta el apartado XII del Preámbulo, la Lrem. mantiene la norma procedente de la Compilación *aclarando ahora algunos extremos y prescindiendo de la referencia al abuso de derecho*, introduciendo mejoras sustanciales para la praxis del precepto.

En cualquier caso con independencia de las mejoras formales mencionadas, y puesto en relación con el resto del articulado, es evidente que el ámbito de aplicación también ha variado notablemente respecto a la regulación anterior:

2.8.3.1. En bienes consorciales

En relación con esta clase de bienes, le afecta directamente la extinción automática del expectante como consecuencia de una enajenación válida regulada en el art. 98.1.b). Ciertamente, el amplio número de supuestos que abarca este último precepto, incluidos los de legitimación individual, disminuye de manera relevante, en comparación con la regulación anterior, el ámbito potencial de la norma que nos ocupa⁴⁸¹. A mayor abundamiento,

481 *Vid.* en este sentido BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 414. En contra, consúltese BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA para quien, aunque nada diga la norma, lo lógico es entender que hace referencia a los privativos y no a los consorciales, a los que considera ya regulados en el art. 98.1.b) Lrem., *cfr.* BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., "La viudedad aragonesa según la ley de 12 de febrero de 2003", *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. I, *op. cit.*, p. 325.

el juego derivado de la interacción de los artículos 98.1.b) y 52 Lrem. también le influye directamente en este sentido.

En efecto, el art. 52 permite solicitar autorización judicial para hacer la enajenación si el otro cónyuge se encontrara impedido para prestar su consentimiento o se negara injustificadamente. Dado el contexto al que obedecen esta clase de enajenaciones, la situación del titular del expectante será predicable tanto del acto en sí como de sus consecuencias, es decir, no sólo que no pueda o quiera consentir el acto de disposición que pretende realizar su cónyuge, sino también que no pueda o quiera renunciar a su derecho.

Por lo que aquí interesa, y a diferencia de la Compilación⁴⁸², este caso será también directamente subsumible dentro del supuesto de enajenación válida que extingue automáticamente el expectante del art. 98.1.b) Lrem.

Por lo tanto, aunque la venta no se haya realizado todavía, si existe negativa injustificada o impedimento contrario a los intereses familiares, lo normal será acudir a la autorización judicial que regula el art. 52 Lrem. pues consigue, de una vez, tanto su

482 El art. 50 Comp. aragonesa regulaba la posibilidad de un consentimiento supletorio del juez para supuestos de disposición de un bien consorcial en los que un cónyuge se hallara impedido para prestarlo. Como afirmaban SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, lo que aquéllas normas únicamente excepcionaban era la necesidad de disposición conjunta en todos estos supuestos. Por lo tanto, aunque se obtuviera del juez la autorización pertinente, quedaba vigente el expectante del cónyuge que no consentía, *cf.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 745 y 746 y nota 89. Veían especialmente acertada estos autores la regulación de este punto en la Comp. aragonesa para casos de incapacitación, pues el que la resolución judicial del 50 Comp. aragonesa no extinguiera el expectante hacía —en su opinión— que el incapacitado quedara protegido en caso de supervivencia, *Ídem*, p. 746, en especial, nota 90.

efectiva realización como la extinción *ipso iure* del expectante del no disponente.

No obstante, el precepto sí será de plena aplicación en los casos regulados en el art. 53 Lrem. en los que falte el consentimiento necesario de uno de los cónyuges ya que, tal y como defendimos *supra*⁴⁸³, a pesar de la validez del acto, la falta de eficacia con que el legislador califica la venta así realizada impide la extinción del expectante hasta que no haya una verdadera traslación de dominio⁴⁸⁴.

Igualmente resultará aplicable en todos los supuestos en los que estuviera aparentemente legitimado uno sólo de los cónyuges para disponer individualmente y luego no quedase acreditada la causa en la que efectivamente se apoyase su actuación⁴⁸⁵, pues pasaría a aplicarse la regla general de disposición conjunta del art. 51 Lrem. y, en consecuencia, también el art. 53 Lrem., al faltar el consentimiento necesario de uno de los consortes.

2.8.3.2. En bienes privativos

Con carácter general, la disposición de esta clase de bienes precisa la renuncia del titular del expectante para que pueda considerarse extinguido, a excepción de los supuestos tasados de extinción automática contemplados en el apartado 1º del art.

483 *Vid.*, en concreto, apartado 2.2.2.5, letra b).

484 *Cfr.* BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 414.

485 Y así, por ejemplo, casos en los que la necesidad de la disposición para la atención de las atenciones legítimas de la familia del 48.d) Lrem. no quedase suficientemente justificada o en los que no fuera probado debidamente que el bien dispuesto en aplicación de las posibilidades de actuación disjunta del art. 49.1 Lrem. estuviera dentro del tráfico habitual de la profesión del cónyuge enajenante.

98 Lrem. Por lo tanto, el acuerdo judicial del 98.3 Lrem. tendrá en ellos un campo más amplio de actuación, tanto antes como después de la enajenación, en tanto que ésta última no provoca siempre automáticamente los efectos extintivos que sí causa, mientras sea válida, en los consorciales (art. 98.1.b).

En última instancia, será el juez quien deberá valorar caso por caso, teniendo presente, por un lado, el principio del "*favor viduitatis*" y, por el otro, el alcance y contenido de las necesidades o intereses de la familia del disponente en atención a sus circunstancias concretas. No obstante, a pesar de las innegables mejoras introducidas en el precepto y su loable finalidad, la falta de cauce procesal específico sigue siendo, como se ha comentado más arriba, la asignatura pendiente para su plena aplicación.

2.9. ARTÍCULO 98.4 LREM.: EXTINCIÓN REGISTRAL

El apartado 4 del artículo 98 Lrem. regula el supuesto siguiente:

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.

El precepto recoge una causa de extinción del derecho expectante absolutamente nueva, sin precedente alguno en el ordenamiento civil aragonés. Impone al titular del expectante la carga de pronunciarse expresamente en relación a la eventual conservación de su derecho en el Registro de la Propiedad en un plazo de dos años desde que se le notifique una enajenación efectuada por el otro cónyuge.

La reserva es necesaria, por tanto, en las condiciones y plazo fijados para evitar la extinción o, lo que es lo mismo, la inactividad genera un silencio positivo que tiene como efecto inmediato la extinción del derecho⁴⁸⁶.

2.9.1. Presupuestos de hecho del precepto

2.9.1.1. El contexto matrimonial de aplicación de la norma: las dificultades en la comunicación entre cónyuges. Ejemplos prácticos

Afirma el legislador en el apartado XII del Preámbulo que el precepto tiene como objetivo *supuestos extraordinarios en que resulta muy difícil la comunicación y trato entre los cónyuges, especialmente si uno de ellos rehúye cualquier respuesta*. Constituye un novedoso cauce que puede ofrecer solución para aquellos casos en los que las relaciones entre los cónyuges son casi inexistentes o nulas.

486 Idéntica obligación de pronunciamiento, pero en el ámbito del tráfico forzoso, existe en el apartado 2º del art. 99. *Vid. infra*, en Capítulo IV, el comentario al art. 99 Lrem.; en especial, sobre este punto, consúltese el apartado 2.2.3.3.

Considerando que este supuesto de extinción se produce "por voluntad presunta" *vid.* NAVARRO VIÑUALES, J. M., "Introducción a la legislación de Derecho civil aragonés", *Legislación civil de Aragón, op. cit.*, p. 50; lo califica de "renuncia tácita" GIL NOGUERAS, L. A., "El derecho de viudedad durante el matrimonio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 323.

En mi opinión, no cabe hablar de renuncia de ninguna clase cuando el precepto hace referencia literalmente a una "voluntad de conservar". Por esta razón, entiendo que lo más correcto es calificarlo simplemente como un supuesto más de extinción *ex lege*. Igualmente, con este último criterio, estimando que, en puridad, se trata de "un imperativo legal originario de la ley 2/2003" *vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (ponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés, op. cit.*, p. 137.

El contexto de aplicación del precepto debe situarse en supuestos en los que la comunidad de vida que debe constituir todo matrimonio no está rota pero sí seriamente dañada de tal modo que la vigencia de los derechos de toma conjunta de decisiones e información recíproca que necesariamente deben acompañarla (arts. 4, 6 y 45 Lrem.) carecen de apoyo *de facto* sobre el que sustentarse.

Ahora bien, esta situación deberá obedecer a motivos reversibles —al menos aparentemente— sobre los que exista alguna posibilidad de cambio de opinión que justifique, cuando menos, la realización del requerimiento contemplado en el artículo⁴⁸⁷.

Posibles ejemplos prácticos de aplicación serían los siguientes:

⁴⁸⁷ Los ponentes de la Comisión Aragonesa autores de la idea original fueron Batalla Carilla y Giménez Martín. En los debates del precepto, afirmaba el primero que lo habían concebido “como una posible vía de solución para algunos casos en los que el cónyuge no ha renunciado al expectante *pero puede reconsiderar su actitud*”; en la misma línea, el segundo afirmaba: “la propuesta no pretende solucionar todos los problemas pero puede ser de utilidad en los casos de negativa a renunciar sin mayor justificación, enfados, desavenencias pasajeras *que con el paso del tiempo pueden desaparecer*” (el subrayado es mío), *cfr.* “Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001 (Acta 138)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 2. En coherencia con estos argumentos y a *contrario sensu* de lo que afirmaba RAMS ALBESA para negar la existencia de usufructo sobre bienes consorciales en matrimonios separados de hecho durante la vigencia de la Compilación, se trataría de poder apreciar en un ámbito extrajudicial una presencia de la *afectio* necesaria para la pervivencia de la familia y del régimen familiar, *cfr.* RAMS ALBESA, J., “Usufructo viudal aragonés y existencia de bienes consorciales en el supuesto de separación de hecho”, *CCJC*, n° 11, abril-agosto 1986, pp. 3670 y 3671.

*a. Supuestos de mantenimiento del expectante del art. 78 Comp. aragonesa*⁴⁸⁸

a.1. Redacción de 1967

El mismo Preámbulo de la Lrem. (apartado XII), al referirse a este precepto, pone como ejemplo el supuesto de *cónyuges que viven separados por sentencia judicial anterior a la entrada en vigor de la reforma del art. 78 de la Compilación operada en 1985 y que, por tanto, conservan su derecho de viudedad*.

El tenor literal del art. 78 de la Compilación de 1967 señalaba: (...) *en los casos de separación judicial pierde el derecho expectante el cónyuge declarado culpable en tanto no medie reconciliación*. Por tanto, el “no culpable” seguía manteniendo vigente su derecho.

a.2. Redacción de 1985

La reforma de la Compilación de 1985 suprimió la referencia al cónyuge culpable, en línea con la del Código Civil efectuada por la ley de 7 de julio de 1981 que eliminaba toda mención a la culpabilidad de un cónyuge en un proceso de separación, con lo que quedaba extinguido el expectante para ambos, sin distinción. También se suprimió del precepto la mención al renacimiento del derecho para el caso de reconciliación.

Sin embargo, se añadió la posibilidad de pacto impeditivo de la extinción del expectante en los supuestos de separación ju-

488 Pueden resultar de aplicación en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 2ª de la Lrem., *in fine* (el subrayado es mío):

Hechos, actos y negocios.– (...) los relativos al derecho expectante y al usufructo de viudedad solo se registrarán por esta Ley cuando tengan lugar o hayan sido realizados *con posterioridad a su entrada en vigor*.

dicial⁴⁸⁹: *El derecho expectante se extingue por las causas previstas en esta Compilación y, en cuanto le sean aplicables, (...) por la declaración de nulidad del matrimonio, por el divorcio y por la separación judicial, salvo en este último caso pacto en contrario.*

En consecuencia, el art. 98.4 Lrem. puede igualmente resultar de aplicación para cónyuges separados por sentencia judicial posterior a la entrada en vigor de la reforma del 85 del art. 78 Comp. aragonesa que conserven todavía su derecho expectante en virtud de pacto.

b. Supuestos del mantenimiento de viudedad del art. 94.2 Lrem.

Casos de interposición de demandas de separación, nulidad o divorcio en las que se acordó, en un principio, el mantenimiento de la viudedad previsto en el art. 94.2 Lrem. y, posteriormente, se produce un deterioro de las relaciones entre los cónyuges⁴⁹⁰.

Como novedad de la Lrem., debe subrayarse que la simple admisión a trámite de la demanda de separación, nulidad o divorcio supone la extinción del expectante salvo pacto en contrario⁴⁹¹ mientras el matrimonio subsista *ex art. 94.2*.

489 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 78 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 771. En efecto, el derogado art. 78 Comp. aragonesa exigía sentencia firme para la extinción pero admitía pacto de subsistencia del expectante para el caso de la separación judicial.

490 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", en *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 415.

491 El pacto podrá hacerse dentro del convenio regulador del art. 90 Cc. o bien de modo independiente. En el primer caso, por aplicación supletoria del Cc., no será precisa forma especial pero sí cuando menos que esté redactado por escrito, *cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J.*, "Comentario al art. 195 Cc.", *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, p. 195; en el segundo, escritura pública o testamento mancomunado, en virtud del art. 90.1 Lrem.

c. Separaciones de hecho

Matrimonios sin convivencia que no han iniciado ninguna clase de trámite para separarse pero tienen constancia recíproca del domicilio del otro.

2.9.1.2. Ambito objetivo de aplicación

El precepto no menciona la clase de bienes a los que está destinado. Sin embargo, precisamente por eso, creo que puede defenderse que se trata de una norma aplicable tanto a bienes comunes como privativos⁴⁹² puesto que si hubiera quedado limitado a una clase concreta el legislador lo habría mencionado expresamente, tal y como lo ha hecho en otros apartados del mismo art. 98 Lrem. Por otro lado, un ámbito así delimitado es el único que resulta coherente con la finalidad de la norma de facilitar el tráfico jurídico de inmuebles en estos peculiares supuestos.

a. Bienes comunes

El precepto será de plena aplicación en los casos regulados en el art. 53 Lrem. en los que la venta no ha provocado la extinción automática del expectante. Serán supuestos en los que falta el consentimiento necesario de uno de los cónyuges y, tal y como defendimos *supra*⁴⁹³, a pesar de la validez del acto, la falta de eficacia con que el legislador lo califica impide, en nuestra opinión, la extinción del expectante hasta que no haya una verdadera traslación de dominio⁴⁹⁴.

492 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 415.

493 *Vid.*, en concreto, apartado 2.2.2.5, letra b).

494 Igualmente, en este sentido, BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 414.

Igualmente resultará aplicable en todos los casos en los que estuviera legitimado aparentemente uno sólo de los cónyuges para disponer y luego no quedase acreditada la causa en la que efectivamente se apoyase su actuación, pues pasaría a aplicarse la regla general de disposición conjunta del art. 51 Lrem. y, en consecuencia, también el art. 53 Lrem., al faltar el consentimiento necesario de uno de los cónyuges.

b. Privativos

Enajenaciones de bienes privativos no comprendidas en los supuestos de extinción automática de los apartados c, d, e y f del art. 98.1 Lrem. (enajenación de bien privativo perteneciente al tráfico profesional, partición y división de bienes, enajenación de bienes por el cónyuge del declarado ausente y expropiación o reemplazo por otros en virtud de procedimiento administrativo, respectivamente) en las que, además, no ha mediado tampoco renuncia expresa (apartado a del art 98.1 y 23.2 Lrem.) o concurrencia de ambos cónyuges a la enajenación (art. 98.2 Lrem.).

2.9.1.3. La notificación

a. Legitimación activa

El supuesto de hecho previo a la eventual aplicación de la norma es una enajenación realizada por uno de los cónyuges en

En contra, CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés, op. cit.*, p. 163. En opinión de este último autor, la enajenación a la que se refiere el artículo 98.4 es la de un bien privativo del cónyuge notificante, pues tratándose de uno consorcial, o no hubiera sido posible enajenarlo válidamente sin contar con el consentimiento del otro o, por el contrario, habiéndose enajenado válidamente, se habría extinguido por ello el derecho.

la que se ha prescindido de la intervención del otro, ya sea para consentir como para renunciar, en su caso.

En el artículo no se menciona quién está legitimado para efectuar la notificación necesaria para iniciar el *iter* extintivo del expectante del no disponente pero parece lógico pensar que, dada la situación referida, puedan ser tanto el mismo cónyuge enajenante como el tercer adquirente, pues ambos podrán tener interés directo en la desaparición de aquél.

Así entendido, el precepto se complementa además perfectamente con el acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia recogido en el art. 98.3 Lrem. En este último, como el Juez está condicionado para tomar su decisión por la atención de las necesidades o intereses familiares del transmitente, el legislador limita la legitimación a este consorte (*A petición de un cónyuge*, señala literalmente el precepto). Nadie más puede dirigirse a aquél en petición de la extinción aunque tenga un interés directo, como sería, lógicamente, el caso de los adquirentes, pues no tendría sentido permitirlo para atender unos intereses familiares ajenos.

Por el contrario, tal y como se ha expuesto anteriormente, como el contexto matrimonial de aplicación del 98.4 parte de unas relaciones familiares deterioradas presididas por la falta de comunicación, el fundamento principal de la extinción obedece, fundamentalmente, a la fluidez del tráfico. Por este motivo, resulta coherente que el tercero pueda instar también la notificación con esta finalidad⁴⁹⁵, lo que le resultará especialmente útil cuando desconozca en el momento de la enajenación la existencia de la institución o el disponente haya actuado fraudulentamente.

⁴⁹⁵ En este sentido, Delgado Echeverría en "Acta de la sesión de veintiuno de noviembre de 2001 (Acta 137)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 12.

En cualquier caso, quien pretenda solicitar la notificación prevista en la norma tendrá que acreditar con antelación su legitimación⁴⁹⁶.

b. El contenido: la comunicación fehaciente de la enajenación y el requerimiento de manifestación de voluntad

La norma comienza afirmando que también se extingue el expectante *cuando se haya notificado fehacientemente al cónyuge la enajenación, con el requerimiento de que manifieste su voluntad de conservar o renunciar a su derecho con las consecuencias legales que de ello se derivan*. No indica nada acerca de los requisitos de dicha notificación a excepción de que sea “fehaciente”.

Existió acuerdo entre los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en que la notificación debía ser la habitual propia de los Notarios, que se considera hecha sin que la haya recibido personalmente el notificado siempre que se haya practicado en el domicilio apropiado⁴⁹⁷.

Por lo tanto, deberá responder, únicamente, a lo regulado en los arts. 202 y ss. del Reglamento Notarial sobre actas de notificación y requerimiento⁴⁹⁸ o bien, en su caso, una notificación

496 Cfr. “Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001 (Acta 138)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

497 Cfr. “Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001 (Acta 138)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3. Se llega al convencimiento de que es suficiente con decir que se requiere notificación fehaciente, considerando bastante aludir al resultado, *Ídem*, p. 4.

498 LERMA RODRIGO, M^a del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *op. cit.*, p. 151; BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 415; CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés, op. cit.*, p. 165. Matiza este último que, aunque la forma más adecuada será la recogida en el Reglamento

judicial. Según dicha normativa, las actas de notificación tienen por objeto dar a conocer a la persona notificada una información o una decisión del que solicita la intervención notarial mientras que las de requerimiento, además de lo anterior, buscan intimar al requerido para que adopte una determinada actitud.

En el artículo 98.4 Lrem., el acta notarial es el cauce utilizado por el legislador para que el cónyuge disponente pueda dar a conocer una enajenación de un bien al titular de un derecho expectante sobre el mismo (...*cuando se haya notificado fehacientemente al cónyuge la enajenación*) y el requerimiento que contiene implica el necesario deber para este último de pronunciarse ante el Registro de la Propiedad en relación a la eventual conservación de aquél (...*con el requerimiento de que manifieste su voluntad de conservar o renunciar a su derecho*), bajo apercibimiento de las consecuencias legales que implica el no hacerlo (...*con las consecuencias legales que de ello se derivan*).

c. Domicilio hábil

Al no haber mención alguna sobre ello, podría entenderse, en principio, que, en aplicación del art. 2.1 Lrem., sería el fijado de común acuerdo por ambos cónyuges, presumiéndose, en todo caso, tal y como regula el apartado 2º del mismo precepto, que en

Notarial, considera igualmente válidas otras formas de notificación por medios públicos (p. ej. telefax) que permitieran dejar constancia de la recepción, la fecha y el contenido. Negando que la "fehaciencia" exigida en Lrem. permita esta última posibilidad aún considerándolo criticable *vid.* GIL NOGUERAS, L. A., "El derecho de viudedad durante el matrimonio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, *op. cit.*, pp. 323 y 324. Considerando igualmente que la norma no admite la utilización de medios telemáticos consúltese LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (ponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 138.

defecto de aquél sería el que convivieran habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia.

Ahora bien, el domicilio conyugal no será fácil de determinar en aquéllos casos —que serán mayoritarios— de separación prolongada o falta de convivencia.

Por otro lado, habrá supuestos en los que directamente se ignore (paradero desconocido, separaciones de hecho, ausencias no declaradas) y su fijación para las notificaciones no sea posible con lo que el precepto quedaría en ellos igualmente inoperante⁴⁹⁹.

Aunque se buscaron fórmulas para tratar de concretarlo, finalmente se decidió no fijar uno especial sino hacer las notificaciones por el procedimiento habitual previsto en el Reglamento Notarial, entendiéndose, no obstante, que sólo tendrá efectos cuando se consiga hacer correctamente⁵⁰⁰, es decir, en un domicilio en el que se tenga constancia indubitada de que reside el consorte titular del derecho.

499 Cfr. LERMA RODRIGO, M^a del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *op. cit.*, p. 151.

El Reglamento Notarial es flexible y permite en los supuestos en los que no se halle el destinatario en el domicilio o lugar en que la notificación o el requerimiento deba practicarse hacer la diligencia con cualquier persona que esté allí en ese momento, incluso con el portero de la finca, un vecino o a través de correo certificado, siempre que no haya norma en contrario (art. 202 Rn.). Pero lo cierto es que en todos estos casos la necesidad de disponer de una dirección correcta es ineludible.

500 Existió acuerdo entre los miembros de la Comisión en que sólo cuando se consiga hacer correctamente la notificación podrá resultar de aplicación la norma que nos ocupa, *cfr.* “Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001 (Acta 138)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 3 y 4.

2.9.1.4. Cómputo del *dies a quo*

a. El plazo

Para que se produzca el efecto extintivo del expectante, deben haber transcurrido dos años entre la notificación fehaciente indicada en la primera parte del precepto y la eventual constancia en el Registro de la Propiedad de la voluntad del cónyuge de conservar su derecho regulada *in fine* (... 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).

El plazo de dos años resulta quizá excesivo para tomar la decisión correspondiente⁵⁰¹. Probablemente, un plazo más corto hubiera sido suficiente puesto que si se ha practicado el requerimiento en el domicilio apropiado —tal y como implica la utilización correcta del precepto— el cónyuge no precisará de un período de tiempo tan amplio como el señalado en la norma para tomar una decisión. Más bien puede, por el contrario, resultar perjudicial, favoreciendo incluso prácticas fraudulentas.

b. El comienzo efectivo del cómputo

El art. 98.4 Lrem. exige únicamente la constancia en el Registro de la voluntad del titular del expectante en dos años desde

501 En este sentido, LERMA RODRIGO, M^a del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *op. cit.*, p. 151; BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 416; GIL NOGUERAS, L. A., “El derecho de viudedad durante el matrimonio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, *op. cit.*, p. 323.

No obstante, el plazo que había en la redacción inicial del precepto era de tres años. Aunque se propuso sustituirlo por uno, se acabó acordando por dos, *cfr.* “Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001(Acta 138)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 6.

la fecha del requerimiento. Nada apunta, sin embargo, sobre la necesidad de inscribir también este último.

Curiosamente, en la redacción inicial del precepto sí que se exigía para el comienzo del cómputo⁵⁰² pero la mayoría de los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil opinaron de otro modo y cuestionaron la necesidad de este requisito, acordando, finalmente, la supresión del mismo en la versión final. El plazo comienza a correr, por tanto, desde la notificación fehaciente⁵⁰³.

Una vez realizada, el cónyuge titular del expectante puede proceder como estime oportuno, manifestando su voluntad de conservar o renunciar su derecho. Si no se manifiesta en ningún sentido, la extinción se producirá *ex lege* una vez finalizado el plazo. No obstante lo expuesto, aunque nada indique la norma,

502 El tenor literal inicial de la norma que sería posteriormente objeto de debate entre los miembros de la Comisión fue el siguiente:

6) Cuando habiendo sido notificado el cónyuge de la disposición, *constando dicha notificación en el Registro de la Propiedad*, haya transcurrido tres años desde dicha constancia sin que resulte del mismo la voluntad del cónyuge de mantenerse en el derecho expectante (el subrayado es mío), *cfr.* "Documento núm. 2. Documento de Ricardo Giménez-Jose Luis Batalla (julio 2001)", *op. cit.*, p. 8.

503 Martínez Cortés y Calatayud Sierra se preguntaron, durante los debates del precepto, por el valor que tendría la notificación notarial que no se hubiera hecho constar en el Registro de la Propiedad. En su opinión, la constancia de la notificación en el Registro no debía ser obligatoria ni impedir el comienzo del cómputo del plazo. Propusieron, en consecuencia, que el plazo comenzara a correr desde la notificación fehaciente. En la misma línea, Delgado Echeverría, Sancho-Arroyo y López Rioboo y Torrente Jiménez opinaban que aquí el juego del Registro de la Propiedad era algo forzado y no consideraron necesario que todo el mundo pudiera saber que la notificación dirigida a la posible pérdida del expectante había sido realizada. Batalla Carilla, que había participado en la redacción, también opinó que era más razonable y propuso, a sugerencia de Martínez Cortés, la definitiva supresión en el precepto, *cfr.* "Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001 (Acta 138)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 5 y 6.

no existe impedimento para la constancia registral del requerimiento si así se desea⁵⁰⁴. Será particularmente eficaz en aquellos supuestos en los que el adquirente pretenda de nuevo la enajenación del bien afecto antes de la finalización del plazo de los dos años y entre en juego otra tercera persona ajena al ámbito subjetivo inicial en el que se hizo la notificación pues ésta no podría de otro modo comprobar su efectiva realización.

Además, con la inscripción registral no solamente quedará constancia frente a terceros de que el expectante sigue vigente sino que se mantendrá abierta la posibilidad de la solicitud de su cancelación, ante la ausencia de manifestación en contrario del titular en plazo, a través del procedimiento del art. 353.3. Rh.⁵⁰⁵,

504 Cfr. "Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001 (Acta 138)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5.

505 Art. 353 Reglamento hipotecario:

Certificaciones de cargas.— (...) A este efecto, se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación, y se practicará mediante extensión de la correspondiente nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquélla. Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado.

El presente apartado constituye una especialidad del principio hipotecario de rogación pues la solicitud de cancelación "se presume" independientemente de quien sea el solicitante, cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al art. 353.3 Rh.", *Código de Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, Thomson-Civitas, 2004, p. 607, nota 51.

Se trata de una "petición presunta" que la ley induce de otras que no tienen por finalidad directa el asiento en sí mismo en la que el Registrador actúa de oficio cancelando asientos que han perdido legalmente su valor por haber caducado, cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, edición revisada y puesta al día por Delgado Echeverría y Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 250 y 251.

En línea con lo expuesto, argumentando, acertadamente en mi opinión, a favor de la calificación de caducidad del plazo de los dos años del 98.4 Lrem. *vid.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés, op. cit.*, pp. 164 y 165.

con ocasión de expedir certificación o de practicar algún asiento sobre la finca⁵⁰⁶.

2.9.2. Consecuencias para el expectante del no disponente

La aplicación del precepto implica la previa realización de un acto de disposición de un bien por uno sólo de los cónyuges sin presencia ni conocimiento del otro. Las situaciones que podrán surgir en relación con el expectante de este segundo consorte vinculadas a la existencia de un pronunciamiento referido a la eventual conservación de su derecho se resumen así:

2.9.2.1. Manifestaciones del no disponente

a. Conservación

Una vez efectuada la notificación de modo fehaciente, si la intención del cónyuge es mantener su derecho deberá manifestar su deseo de conservarlo antes de dos años.

La oposición a la extinción deberá efectuarse ante cualquier Notario y posteriormente habrá que hacerla llegar al Registro para que sea eficaz⁵⁰⁷. La enajenación se inscribirá entonces manteniendo la carga del expectante.

506 Sobre esta posibilidad de cancelación *vid.* LERMA RODRIGO, M^a del C., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (coponente), *op. cit.*, p. 152 y BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 416.

507 *Cfr.* "Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001 (Acta 138)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3. Aunque nada dice la norma GIL NOGUERAS precisa atinadamente que deberá realizarse ante el encargado del Registro de la Propiedad del lugar donde esté inscrito el bien objeto de la transmisión, *cfr.* GIL NOGUERAS, L. A., "El derecho de viudedad durante el matrimonio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 323.

b. Renuncia

Si el cónyuge no disponente desea renunciar a su derecho, podrá hacerlo siguiendo lo dispuesto en el art. 98.1.a) Lrem., es decir, mediante renuncia expresa en escritura pública⁵⁰⁸. La excepción prevista sobre este requisito formal en este último precepto, *in fine* (...a menos que se otorgue en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien) no resulta de aplicación aquí pues estamos ante enajenaciones ajenas al cónyuge notificado.

El 98.4 Lrem. solamente exige la constancia registral de la voluntad de conservar el expectante, no de la renuncia (...sin que en el Registro de la Propiedad conste la voluntad del cónyuge de conservar el derecho expectante) por lo que, si hay contestación al requerimiento renunciando, el bien podría inscribirse ya libre de cargas. Mientras tanto, hasta que no se efectúe dicha inscripción, el expectante seguiría vigente en apariencia no obstante la realización tanto del requerimiento como de la renuncia válida.

c. Ausencia de manifestación

El cónyuge notificado puede adoptar también una actitud pasiva. La norma penaliza la ausencia de pronunciamiento expreso puesto que, transcurrido el plazo de los dos años, y ante la falta de manifestación a favor de la conservación en el Registro, el expectante queda extinguido *ipso iure*.

El bien deberá inscribirse con la carga del expectante durante el transcurso del plazo. Una vez finalizado, y comprobada la inexistencia de oposición con constancia registral a la extinción, el adquirente podría solicitar la cancelación de la carga acreditando la fecha de la notificación fehaciente.

508 Igualmente en este sentido *vid.* CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, op. cit., p. 166.

2.9.2.2. Valoración de la norma

Señala el Preámbulo que el objetivo de este apartado del art. 98 es, al menos, aliviar *casos extremos que la práctica conoce* pero matizando, a renglón seguido, *sin enturbiar el funcionamiento normal del derecho de viudedad durante el matrimonio en los casos más regulares y frecuentes*.

El legislador confía en la utilidad práctica de la norma — que resulta innegable— pero, paralelamente, reconoce implícitamente que puede generar prácticas que se desvíen de su objetivo final⁵⁰⁹.

En casos extraordinarios a los que inicialmente va destinada, la norma resultará especialmente práctica. Por el contrario, usado como cauce alternativo para, de manera indirecta y soterrada, convencer a un potencial adquirente eludiendo, de momento, el expectante del otro cónyuge en aquellos supuestos en los que anteriormente éste último se hubiera negado de manera firme y fundada a renunciarlo o bien se hubiera realizado una enajenación sin su consentimiento, supondría una evidente vulneración del principio del *favor viduitatis* absolutamente contraria a la voluntad última del legislador perseguida en el precepto.

509 Se mencionan, como ejemplos, durante los debates de la Comisión Aragonesa, la mala fe en la designación del domicilio, el aplazamiento del precio hasta la finalización del plazo de los dos años o el condicionar parte de aquél a la eventual extinción del expectante, *cf.* “Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001 (Acta 138)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 4 y 5.

2.10. CUADRO-RESUMEN DE LA EVOLUCIÓN DE LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL ART. 98 LREM.

El cuadro siguiente pretende sintetizar toda la evolución expuesta. Para su correcta interpretación, ténganse presentes las puntualizaciones siguientes:

— Todas las causas de extinción son, exclusivamente, del derecho expectante, salvo dos excepciones:

En la renuncia, se ha considerado oportuno incluir los preceptos relativos tanto a la viudedad como al expectante puesto que, hasta la actual regulación de la Lrem., renunciar a la primera era renunciar al segundo.

Los antecedentes de la expropiación forzosa van referidos al derecho de viudedad en su conjunto porque así aparecía regulado expresamente en todos los casos.

— Se han tomado en consideración, exclusivamente, los textos legislativos en los que se han podido detectar algún antecedente de la regulación actual con independencia de que llegaran o no a ser promulgados.

— El número contenido en cada casilla equivale al precepto regulador de cada causa en concreto.

— Las casillas que permanecen vacías suponen una ausencia de normativa específica de la causa de extinción de referencia.

LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE SOBRE BIENES...

	OBSERVANCIAS	PROY. 1899	PROY. 1904	APEN. 1925	ANTEPROY. y COMP. 1967	COMP. 1985	LREM. 2003
RENUNCIA	19 y 58 <i>De Iure Dotium</i>	146.5 172.5 174.6	177.1 181.4	63.2 73.2	74 (1967) 76.2 (1967)	74 76.2	92 98.1.a)
CONSENTIMIENTO A LA ENAJENACIÓN DEL OTRO CÓNYUGE	26 <i>De Iure Dotium</i> y 2ª <i>Ne vir sine uxore</i>	13.2	25.5	49.2 y 3	144.1 (1963) 75.2 (1965) 76.2 (1966)	76.2	
ENAJENACIÓN VÁLIDA DE BIEN CONSORCIAL							98.1.b)
ENAJENACIÓN DE BIENES PRIVATIVOS INCLUIDOS EN TRÁFICO PROFESIONAL					119.1 (1962)		98.1.c)
PARTICIÓN / DIVISIÓN DE BIENES	55 <i>De Iure dotium</i> 2ª <i>De Secundis nuptiis</i>						98.1.d)
AUSENCIA				47.2		7	98.1.e)
EXPROPIACIÓN FORZOSA		153.1	136.2	66.2			98.1.f)
CONCURRENCIA A ENAJENACIÓN					143.1 (1961) 148.1 (1962)		98.2
ACUERDO JUDICIAL SUS- TITUTORIO DE RENUNCIA					119.1 (1962) 76.2.2 (1966)	76.2.2	98.3
EXTINCIÓN REGISTRAL							98.4

CAPÍTULO III
EXTINCIÓN DEL EXPECTANTE Y
VIVIENDA FAMILIAR

§ 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 8 Lrem. dispone:

Artículo 8.– *Vivienda familiar*

1.– Para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges le 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.

2.– 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.

3.– No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe cuando el disponente manifestó que no constituía mobiliario o vivienda familiar.

Este precepto regulador del régimen de la vivienda familiar recoge en su apartado primero *in fine* un caso más a añadir a la

lista comprendida en el artículo 98 de disposiciones voluntarias de bienes inmuebles con extinción automática del expectante.

La extraordinaria importancia del supuesto de hecho que regula le ha hecho merecedor, por parte del legislador, de un artículo completo e independiente ubicado en las Disposiciones Generales que cierra, con peculiaridades propias, todos los casos de extinción del expectante en inmuebles a considerar en el tráfico jurídico privado.

§ 2. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LREM.

2.1. EL CONCEPTO DE VIVIENDA FAMILIAR

El objeto de protección del art. 8 Lrem. es, de entrada, la vivienda familiar. Pero lo cierto es que no existe ninguna definición legal de lo que debe considerarse por tal ni en la Lrem. ni tampoco en el Derecho estatal.

El artículo 47 CE sí que establece, de una manera muy general, que *Todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna y adecuada*. Indudablemente, resulta incluida también aquí la vivienda de la familia⁵¹⁰. La exigencia de que sea “digna y adecuada” implica la necesaria concurrencia de las condiciones suficientes para que se puedan desarrollar las diversas facetas de la vida humana de una manera honrosa⁵¹¹ con lo que

510 Cfr. GARCÍA CANTERO, G., “Notas sobre el régimen matrimonial primario”, *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, vol. 1º, núms. 33 a 36, enero-diciembre 1982, p. 307.

511 Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, M., “La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 Cc.”, *RCDI*, nº 582, 1987, p. 1436.

En contra se manifiesta LETE DEL RÍO, para quien el art. 47 CE marca una aspiración y su finalidad es que todos los españoles tengan acceso en propiedad o por

parece incuestionable que la vivienda familiar tendrá que ser también, cuando menos, habitable⁵¹².

En defecto de precepto legal, son varios los conceptos que han dado la doctrina científica y la jurisprudencia de esta clase de vivienda si bien todos ellos tienen el denominador común de tomar como punto de partida la concepción de la familia como sujeto colectivo a los efectos de la protección de aquélla⁵¹³.

cualquier otro título a una vivienda digna y adecuada, estableciendo seguidamente a tal efecto como “los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho”. Para este autor, “otra interpretación conduciría al absurdo de negar la protección a quien, por su particular situación económica, habita o desarrolla su vida en una vivienda no digna o adecuada, cuando de ello simplemente se debe derivar la necesidad de que los poderes públicos procuren subsanar esa triste realidad”. Por ello entiende que el fundamento de la protección de la vivienda familiar descansaría en el art. 39.1 CE en el que se dispone que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Consúltese al respecto LETE DEL RÍO, J. M., “La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge no titular”, *Actualidad Civil*, octubre 2003, n° 39, pp. 1059 y 1060.

512 Cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea”, *Actualidad Civil*, n° 5, marzo, 2005, p. 539.

513 Cfr. RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Comentario al art. 1320 Cc.”, *Jurisprudencia Civil comentada, op. cit.*, p. 2362. En el ámbito jurisprudencial, la Audiencia Provincial de Granada en sentencias de 12 de marzo [AC 1994/467] y 31 de diciembre de 1994 [AC 1994/10330] y la Audiencia Provincial de Córdoba en sentencias de 10 de mayo [AC 1993/1050], 14 de septiembre [AC 1993/1773] y 16 de diciembre [AC 1993/2542] de 1993 la han definido como “Aquel lugar, susceptible de servir de cobijo, destinado a alojamiento y que ha de ocuparse por la familia con habitualidad”; por su parte, el TS en sentencia de 31 de diciembre de 1994 [R. 10330] la delimita como “Bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario”, cfr. RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Comentario al art. 1320 Cc.”, *Jurisprudencia Civil comentada, op. cit.*, p. 2363.

La STS 26 de abril de 1995 [RJ 1995, 3256] identifica la finalidad del art. 1320 Cc. relativo a la protección de la vivienda familiar en Derecho estatal con “atender

Si aunamos el requisito objetivo de la habitabilidad de la vivienda que se desprende del texto constitucional con el subjetivo de la familia como sujeto destinatario de la salvaguarda de aquélla puede afirmarse con carácter preliminar, y a salvo de matizaciones y puntualizaciones que se desarrollarán con posterioridad a lo largo de este capítulo, que vivienda familiar es el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar⁵¹⁴.

2.2. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

2.2.1. El reflejo indirecto en los principios generales de la Lrem.

Como se ha indicado en el apartado anterior, el legislador aragonés no entra a delimitar el concepto de vivienda familiar. Sin embargo, su presencia sí que aparece reflejada indirectamente en los principios generales recogidos en el Título I de la Lrem., compendio de los caracteres que ha considerado fundamentales en la comunidad de vida que todo matrimonio constituye:

las necesidades del alojamiento familiar durante el matrimonio”, *cfr.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Comentario al art. 1320 Cc.”, *Código Civil*, Colección “Códigos con Jurisprudencia”, 8ª edición, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 1232.

514 *Cfr.* HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario al art. 1320 Cc.”, *Comentario al Código Civil*, t. II, *op. cit.*, p. 588. *Vid.*, en la misma línea, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE para quien vivienda familiar es “el edificio o parte de él que se destina a ser habitado por una familia” (*Cfr.* CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal de la vivienda familiar”, *RCDI*, nº 588, 1988, p. 1586) y ORTEGA y DÍAZ-AMBRONA, quien la define como “aquella que constituye el ámbito habitual de desarrollo de las relaciones conyugales y de filiación” (*Cfr.* ORTEGA y DÍAZ-AMBRONA, J. A., “Constitución y vivienda familiar”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, coordinado por Viladrich Bataller, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, p. 47).

2.2.1.1. Obligación de vivir juntos (art. 1.2° Lrem.)

Marido y mujer deben vivir juntos como uno de los deberes que el matrimonio comporta junto con el de fidelidad, socorro, respeto mutuo y actuar en interés de la familia.

2.2.1.2. Determinación de la vivienda familiar (art. 2 Lrem.)

Corresponde de común acuerdo a ambos cónyuges, estableciendo el legislador la presunción de que es aquél donde conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia. En caso de desacuerdo, se puede solicitar al Juez o a la Junta de Parientes su determinación.

2.2.1.3. Dirección de la vida familiar (art. 4 Lrem.)

Corresponde a ambos cónyuges el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar.

2.2.1.4. Dedicación de los bienes al uso familiar (art. 5.1° y 2° Lrem.)

Para la contribución a la satisfacción de los intereses familiares los cónyuges deberán dedicar sus bienes al uso de la familia. En ausencia de pacto, para determinar dicha contribución 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.

2.2.1.5. Deber de información recíproca (art. 6 Lrem.)

Cada cónyuge puede exigir al otro la información que precise de la gestión de su patrimonio en orden a la toma de decisiones de la economía y atenciones familiares.

2.2.2. Consecuencias de la aplicación de los principios generales

2.2.2.1.– Determinación de una vivienda familiar

La obligación de convivencia marital (art. 1.2 Lrem.) implica la fijación ineludible por parte de los cónyuges de, al menos, un domicilio que se considere vivienda familiar (art. 2 Lrem)⁵¹⁵.

2.2.2.2. Afeción al interés familiar

Todos los bienes de los cónyuges se encuentran afectos al sostenimiento de las cargas familiares (arts. 5.1 y 2 Lrem.) de tal manera que si el matrimonio no tuviera medios suficientes para adquirir una vivienda conjuntamente y un consorte fuera propietario privativo de una deberá dedicarla al uso de la familia.

515 La fijación de común acuerdo del domicilio familiar es requisito inexcusable para la aplicación de las reglas del art. 8 Lrem. Supone la determinación de que la vivienda es apta para satisfacer los intereses de la familia en función de sus específicas necesidades y por ello la legitimación para fijarla es conjunta e independiente de la titularidad sobre la misma.

Como señala ESPIAU ESPIAU para el Derecho catalán, este “acto de destinación” previo determina que la vivienda está sujeta, a partir de ese momento, a un régimen jurídico específico distinto al que le correspondería por razón de su titularidad real o personal, *cfr.* ESPIAU ESPIAU, S., “La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el Derecho civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)”, *La Notaría*, Colegio de Notarios de Cataluña, núm. 4, abril 2001, pp. 19 y 20. Sobre la idea de destinación en general *vid.*, del mismo autor, ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, pp. 55 y ss.

2.2.2.3. Deber de información recíproca y toma conjunta de decisiones

Cualquier actuación en torno a la vivienda deberá ser conocida por ambos con independencia de su carácter consorcial o privativo, como reflejo del deber de información recíproca de la vida económica del matrimonio (art. 6 Lrem.) y de la toma conjunta de decisiones del gobierno familiar (art. 4 Lrem.).

2.2.3. La *ratio legis* del art. 8 Lrem.

Todos los principios generales mencionados informan la Ley en su conjunto y sirven de sustrato a la protección que el legislador brinda a la vivienda familiar en el artículo 8 Lrem. frente a la posibilidad de que uno de los cónyuges pueda disponer de los derechos que sobre ella le correspondan, impidiendo al resto de la familia permanecer en la misma.

La *ratio* y objetivo último del precepto es la protección cualificada del interés de la familia, pues deberá presidir toda actuación de cualquiera de los cónyuges de modo preferente sobre sus intereses individuales con total independencia de quien sea propietario del inmueble⁵¹⁶.

516 Sobre esta cuestión durante la vigencia de la Compilación *vid.* RAMS ALBESA, J., "Comentario al art. 51 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T II, *op. cit.*, p. 271. El autor hacía referencia a un "derecho al hogar" que "tiende a impedir, como acuerda la doctrina mayoritaria, que uno de los cónyuges, con su actuación individual y separadamente del otro modifique, en el sentido más amplio del término, el marco físico en el que se desarrolla la vida familiar, de ahí la alusión a los muebles de amueblamiento".

§ 3. EL ARTÍCULO 8 LREM.

3.1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PRECEPTO

La regulación de la disposición de la vivienda familiar aparece recogida en la Lrem. en el artículo 8⁵¹⁷. Se trata, como ya se ha mencionado, de una de sus Disposiciones Generales aplicable, en consecuencia, a cualquier matrimonio sujeto al Derecho aragonés con independencia de su régimen económico⁵¹⁸.

517 En el resto de los Derechos civiles autonómicos solamente existen normas generales de protección de la vivienda familiar en Cataluña (artículo 9 CF) y Navarra (Ley 55, resultado de la reforma de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra realizada por Ley 5/1987, de 1 de abril). Fuera de los Derechos navarro y catalán, no existe una disposición de carácter general que reproduzca los términos del art. 1320 Cc., regulador de esta materia en el Derecho común. Ahora bien, tanto en el vasco como en el gallego se articulan medidas protectoras para el hogar familiar y el mobiliario a través del consentimiento dual en el primer caso (artículo 99 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral vasco) y de la remisión al sistema de gananciales del Cc. en el segundo (artículo 112 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia). En el caso concreto de Baleares no existe ninguna norma con esta finalidad por decisión expresa del legislador autonómico, pues ha considerado a la vivienda familiar como una institución ajena al Derecho civil balear dado el arraigo del régimen económico de separación de bienes que, históricamente, rige en las islas. Sobre esta cuestión *vid.* FERRER VANRELL, M. P., "La problemática de la aplicabilidad del art. 1320 del Código Civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares)", *RDCI*, n° 665, mayo-junio 2001, pp. 1122 a 1125.

Acerca los problemas que esta heterogénea situación legislativa traslada al Derecho Interregional *vid.* DIAGO DIAGO, M. P., "La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional", *Actualidad Civil*, n° 42, 1999, pp. 1343 a 1363.

518 En este sentido *vid.* CURIEL LORENTE, F., "Las exigencias del principio de tracto sucesivo para la publicidad registral del embargo judicial de bienes inmuebles de personas casadas" (coponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 81.

Sobre este aspecto, propuesto por García Almanzor, existió acuerdo desde el principio en los debates del precepto de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Consúltese en "Acta de la sesión de doce de enero de 2000", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3.

El legislador la ha calificado además, expresamente, como norma imperativa (art. 3.2 Lrem.) con lo que no cabe pacto alguno en el que los cónyuges renuncien o sustituyan el régimen diseñado en la misma. Como señala el apartado II del Preámbulo, *atiende aspectos hasta ahora no regulados, como la extinción del derecho de viudedad*, y pretende dar una regulación completa y sencilla del importante y complejo supuesto que recoge.

Esta cuestión aparecía en la Compilación en su art. 51, dedicado a la gestión de bienes privativos en el régimen matrimonial legal. Nada mencionaba acerca de aspectos como el carácter de la norma, el régimen económico matrimonial al que iba destinado, la sanción del incumplimiento o las consecuencias para el expectante del no propietario⁵¹⁹, si bien existían opiniones doctrinales que abogaban por su carácter imperativo⁵²⁰ y aplicación supletoria al régimen de separación de bienes⁵²¹.

519 *Vid.* al respecto RAMS ALBESA criticando los problemas que, a su juicio, surgían con el cómputo para la interposición de la acción de impugnación en relación con el expectante: “Y es que el cómputo también plantea problemas: desde que se escrituró —si comparece y consiente en la venta—, pero sólo a los efectos de la viudedad ya veremos si consintió, asintió o calló”, *cf.* “Gestión y pasivo de la comunidad conyugal aragonesa” (ponente), *Foro de Derecho aragonés, Segundos Encuentros*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, p. 39.

520 En este sentido consúltese SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón” (ponente), *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, p. 55. BAYOD LÓPEZ señala al respecto como con el artículo 51 Comp. aragonesa se buscaba trasladar el mismo espíritu del 1320 Cc. a Aragón y, por tanto, su imperatividad, cualquiera que fuera el régimen matrimonial, *cf.* “Aplicación del Código Civil como derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés” (ponente), *Actas de los Octavos Encuentros de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, p. 92 y, en el mismo sentido, en “El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)”, *op. cit.*, p. 133.

521 *Cf.* LACRUZ BERDEJO, J. L., “Comentario al artículo 36 Comp. ara-

El art. 8 Lrem. goza de una ubicación sistemática más acorde con la finalidad de protección que persigue y parte de una redacción similar a la del art. 51 Comp. aragonesa que mejora y completa todas estas cuestiones, otorgando la necesaria seguridad jurídica que demandaba esta materia básica en todo matrimonio⁵²².

3.2. ANÁLISIS DE LA EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE EN EL ARTÍCULO 8 LREM.

3.2.1. El apartado 1º. Los presupuestos de extinción del expectante

El art. 8.1 Lrem. establece:

Para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges le 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 extinción del derecho expectante que ostenta el no propietario sobre la vivienda habitual se produce *ipso iure* como consecuencia del necesario consentimiento que debe emitir para que el otro disponga o sustraiga al uso común los derechos que sobre

gonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. I, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

522 *Vid.* en esta línea, durante la vigencia de la Compilación, apuntando ya, *de lege ferenda*, la necesidad de unas disposiciones generales que concretaran la disponibilidad de la vivienda familiar y el tipo de invalidez de los actos que requirieran el consentimiento de ambos cónyuges en BAYOD LÓPEZ, C., “Aplicación del Código Civil como derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés” (ponente), *Actas de los Octavos Encuentros de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 94.

la misma le corresponden. Idéntico efecto extintivo produce la autorización judicial que puede suplir aquél⁵²³.

Resulta evidente que quien consiente esta clase de actos admite, de modo implícito, que no va a poder continuar con el uso y disfrute de la vivienda y que, en consecuencia, pierde tanto su expectante como la eventual posibilidad de usufructo si se diera el caso de la premoriencia de su cónyuge⁵²⁴.

Pero lo cierto es que estamos ante una regulación totalmente nueva en este punto que simplifica los trámites para estos casos pues elude la necesidad de una doble intervención por parte del

523 En la redacción inicial del precepto, la posibilidad de extinción por la autorización judicial se planteaba como potestativa para el juez (“...que *podrá* también declarar extinguido el derecho expectante de viudedad”, decía la redacción original del 8.1 Lrem., *in fine*). Esta cuestión fue objeto de debate entre los miembros de la Comisión. Delgado Echeverría se muestra favorable a que quede a la discrecionalidad del Juez, argumentado como la conservación del expectante no impide jurídicamente enajenar o gravar un bien.

En contra, Martínez Cortés encontraba carente de sentido que existiera una autorización judicial para disponer que dejase subsistente el expectante tras la enajenación. En esta misma línea se expresaron Calatayud Sierra y García Almanzor, apuntando como preferible el automatismo, así como Sancho-Arroyo y López Rioboo para quien, si el consentimiento implicaba la extinción, idéntico efecto debía conllevar la autorización judicial. Esta última opción es la que, finalmente, se acabaría adoptando añadiendo, a propuesta de Delgado, y en lugar del texto inicial, que “en ambos casos con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad”. *Vid.* sobre este punto “Acta de la sesión de veinte de marzo de 2002 (Acta 152)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 3 y 4.

524 MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO considera al efecto extintivo del expectante regulado en el art. 8 Lrem. derivado tanto del consentimiento como de la autorización judicial un ejemplo de adecuación por parte de los juristas a la vida real y a las necesidades sociales a la hora de elaborar las leyes, *cfr.* MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, Colección “El Justicia de Aragón”, n° 32, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, p. 122.

no propietario —consintiendo y renunciando— que, durante la vigencia de la Compilación, era inexcusable⁵²⁵.

525 El derogado artículo 51 Comp. aragonesa regulaba respecto a la gestión de los bienes privativos que para la disposición de la vivienda habitual era preciso el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, autorización judicial. Como nada se decía en ningún otro artículo de la Compilación acerca de las consecuencias que dicho acto acarrearba para el expectante del no propietario, se consideraba que éste se mantenía intacto salvo renuncia expresa de su titular. El consentimiento no presuponía en ningún caso la renuncia ni siquiera en los casos de la autorización judicial. Véanse sobre el tema “Comentarios al art. 51 y al artículo 76 de la Comp. aragonesa” por RAMS ALBESA, J. y SANCHO REBULLIDA, F. con DE PABLO CONTRERAS, P., respectivamente, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II., *op. cit.*, pp. 271-272 (art. 51) y 745-746 (art. 76).

Para LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, el art. 8 Lrem. resulta innecesario en el Derecho aragonés a excepción de matrimonios que pactan régimen de separación de bienes con renuncia del expectante pues considera que este derecho ha protegido desde siempre suficientemente la vivienda habitual. Partiendo de esta premisa, que el legislador haya optado por la inclusión de un artículo *ad hoc* y contemplado en él un efecto extintivo del expectante derivado del consentimiento no es entonces sino reflejo de su actitud favorable a su desaparición que, en su opinión, se desprende de toda la Lrem., *cfr.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Disposiciones generales”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, pp. 35 a 39.

Ciertamente, es incuestionable el papel fundamental del expectante en situaciones de normalidad matrimonial pues implicará, ineludiblemente, la necesidad de cooperación e información entre los cónyuges. Sin embargo, donde el precepto cobra toda su virtualidad es, precisamente, fuera de aquéllas, siempre que aún no haya habido intervención judicial. En efecto, si partiéramos, en hipótesis, de un vacío legal en este punto, la ausencia de renuncia no afectaría a la validez de la venta ni impediría, en su caso, que el posible adquirente pudiera usar el hogar familiar del cónyuge no enajenante hasta que una eventual premoriencia de su consorte diera comienzo al correspondiente usufructo. Por el contrario, la falta del necesario asentimiento exigida en el art. 8 supone la posibilidad de impugnar el acto realizado sin su anuencia y la posibilidad de retorno a la situación previa a la enajenación si la acción se interpone en plazo y constante matrimonio. Sobre el ejercicio de esta última y sus consecuencias para el expectante *vid.* apartado 3.2.2 en este mismo Capítulo.

Para la correcta inteligencia de la extinción del expectante en el precepto parece conveniente una delimitación previa de los siguientes conceptos presentes en el apartado 1º:

3.2.1.1. Actos de disposición voluntaria

El art. 8 Lrem. no debe identificarse con una protección de carácter general a la vivienda habitual sino solamente frente actuaciones del cónyuge titular de los derechos sobre la misma que impidan o comprometan su uso normal. Por este motivo, no bastará una mera disposición voluntaria sino que será preciso además que traigan como consecuencia directa la privación a la familia, tanto actual como potencialmente⁵²⁶, del uso y disfrute de aquélla.

Como hipótesis más frecuentes de disposición de derechos sobre la vivienda están la transmisión del derecho de propiedad, la disposición del derecho de arrendamiento⁵²⁷, los actos

526 Vid. al respecto en la doctrina civilista pero igualmente trasladable a Derecho aragonés ALBADALEJO, GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1982, p. 154 e, igualmente, GARCÍA CANTERO, G., "Notas sobre el régimen matrimonial primario", *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981, *op. cit.*, p. 308 y SERRANO ALONSO, E., "La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio", *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, *op. cit.*, p. 97. Señala acertadamente este último la naturaleza secundaria del acto, siendo lo determinante las consecuencias que del mismo se desprenden respecto a la utilización y disfrute de la vivienda.

527 Como afirma LACRUZ BERDEJO, en el ordenamiento español no se comunica al otro cónyuge la titularidad del arrendamiento si bien la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos (Lau.), recoge el criterio del 1320 Cc. (y por añadidura del 8 Lrem.) aunque de una forma un tanto anómala, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, IV, *op. cit.*, p. 129. Y así, la Lau. prevé, con determinados requisitos, la subrogación del cónyuge no titular en caso de desistimiento o abandono del titular del bien o muerte del mismo, así como el

de gravamen como, por ejemplo, una hipoteca⁵²⁸, la extinción del derecho real que atribuye el uso de la vivienda familiar como el usufructo, uso o comodato e incluso actos que la ley permita pero que, indirectamente, vulneren el fin perseguido en el artículo⁵²⁹.

A sensu contrario, no habría necesidad de consentimiento o autorización judicial para los casos de enajenación con reserva de usufructo para el cónyuge y su familia⁵³⁰, sustitución de una

derecho de uso para los casos de separación, nulidad o divorcio (arts. 12, 15 y 16 Lau.). Sin embargo, nada recoge acerca de la cesión de contrato y subarriendo (art. 8 Lau.) con lo que quedarían afectados por las limitaciones de disposición que estamos analizando.

528 Sería un ejemplo de privación potencial del uso de la vivienda puesto que ésta solamente se produciría de modo efectivo con la ejecución de la hipoteca pero no con su simple constitución. No obstante, la mera existencia de dicha posibilidad implica la necesidad del consentimiento o autorización judicial, en su caso. La redacción inicial del art. 8.1 Lrem. indicaba “para la disposición voluntaria...”. García Almanzor, ante las dudas suscitadas en varios registradores, propuso después cambiarla por “para realizar actos de disposición voluntaria” para que quedase más claro que, entre dichos actos, se encontraba incluida la hipoteca, *cfr.* “Acta de la sesión de dos de mayo de 2002 (Acta 157)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 2. Esta última mención es la que, finalmente, quedaría como redacción definitiva en el precepto.

529 Señala GARCÍA CANTERO, siguiendo a LACRUZ, que la frase “disponer de los derechos” del art. 1320 Cc. no expresa la total intención del legislador en la que se contempla, asimismo, la prohibición de destruirlos o hacerlos inservibles e incluso los casos de abstención culpable en el ejercicio de alguno de los relacionados con la vivienda, como, por ejemplo, el impago del arriendo para incurrir en causa de desahucio, *cfr.* GARCÍA CANTERO, G., “Notas sobre el régimen matrimonial primario”, *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981, *op. cit.*, p. 308. Iguales consideraciones cabría hacer, a mi juicio, de los “actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges le correspondan” del apartado 1º del art. 8 Lrem.

530 En este supuesto, el consentimiento o la autorización serán innecesarias siempre y cuando la reserva se haga a favor del cónyuge sobreviviente y la familia conviviente en ese momento, puesto que si no fuera así y se diera el caso de la pre-

vivienda familiar por otra distinta de mutuo acuerdo o, simplemente, cuando el no disponente conociera los tratos previos y obrase en consecuencia, pues se trataría de actos que no dificultan el uso normal de la vivienda⁵³¹.

También quedarán excluidos por su propia naturaleza todos aquellos actos que no sean “voluntarios”⁵³², es decir, los actos procesales (de jurisdicción voluntaria o contenciosa), los de ejecución

moriencia del enajenante, la familia sí quedaría privada del uso de la vivienda. *Vid.* en este sentido, en Derecho común, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, IV, *op. cit.*, p. 129; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea”, *op. cit.*, p. 536; GARCÍA CANTERO, G., “Notas sobre el régimen matrimonial primario”, *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981, *op. cit.*, p. 308; DE LOS MOZOS, J. L., “Comentario del art. 1320 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XVIII, vol. 1º, *op. cit.*, p. 129.

En contra, ÁVILA ÁLVAREZ, P., “El régimen económico matrimonial en la Reforma del Código Civil”, *RCDI*, nº 547, 1981, p. 1380 y HERRERO GARCÍA, M. J., “Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Cc.”, *Libro-Homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, p. 307 e, igualmente, en “Comentario al art. 1320 Cc.”, *Comentario al Código Civil*, t. II, *op. cit.*, p. 590. Alega HERRERO GARCÍA como razones de su postura la dificultad técnica de constituir este tipo de usufructos y la menor estabilidad de éstos respecto al derecho de propiedad, críticas que ya habían sido apuntadas anteriormente por GIMÉNEZ DUART. Sobre este último consúltese GIMÉNEZ DUART, T., “La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *RDN*, núms. CXIII-CXIV, julio-diciembre 1981, p. 88.

531 RAMS ALBESA, J., “Comentario al art. 51 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 272.

532 Como señala SERRANO GARCÍA, se ha mejorado en este punto la redacción que sobre el régimen de disposición de la vivienda habitual se efectuaba en el artículo 51 Comp. aragonesa al especificar que la protección se limita a los actos de disposición de carácter “voluntario”, *cf.* SERRANO GARCÍA, J. A., “Régimen económico matrimonial y viudedad: Disposiciones Generales”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, pp. 208 y 209.

o enajenación forzosa⁵³³ (puesto que son consecuencia de contraer deudas y su posterior impago pero no de la disposición de la vivienda o de los derechos que se tengan sobre la misma⁵³⁴) así como los de carácter *mortis causa* (como resultado de la disolución del matrimonio tras la muerte de uno de los cónyuges⁵³⁵).

3.2.1.2. Derechos que a uno de los cónyuges correspondan

a. Derechos

Está incluido cualquiera que haya permitido a su titular poner a disposición de su familia el inmueble apto para servirle de

533 La vivienda familiar es embargable por deudas de su titular con independencia de la situación de normalidad o crisis del matrimonio. En nuestro ordenamiento jurídico no existe ningún principio de inembargabilidad de la misma, tal y como se deduce directamente del art. 592.2.7º Lec. y se presume del 144.5 Rh. en cuanto a la notificación del embargo al cónyuge no titular, *cfr.* ALGARRA PRATS, E., “Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, vol. 10, nº 16, enero-diciembre 2002, p. 31. Sobre expectante y enajenación judicial de inmuebles *vid. infra*, capítulo IV.

534 *Cfr.* STS de 18 de febrero de 1995 citada por ALGARRA PRATS, E., “Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)”, *op. cit.*, p. 32, nota 43.

535 En relación con los actos *mortis causa*, indica SERRANO GARCÍA como el art. 8 Lrem. no está pensado inicialmente para ellos al quedar su eficacia condicionada a un momento posterior a la disolución del matrimonio en el que la vivienda habrá dejado de ser conyugal, *cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., “Régimen económico matrimonial y viudedad: Disposiciones Generales”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 211. Señala, no obstante, como excepción, los pactos sucesorios con institución de presente. En ellos se produce la transmisión actual de la vivienda habitual privativa de uno de los cónyuges al instituido (arts. 74 a 76 Lsuc.), con lo que, a pesar de estar ante un acto *mortis causa*, la transmisión se produciría constante el matrimonio. Creo, con SERRANO, que este caso podría constituir una excepción de todo lo expuesto más arriba y precisar el consentimiento del otro cónyuge ya que, en definitiva, privaría del uso de la vivienda a la familia con similares consecuencias a cualquier otro acto *inter vivos*.

vivienda habitual con independencia de su carácter real o personal como, por ejemplo propiedad, usufructo, uso y habitación, derecho de superficie o arrendamiento.

b. Que a uno de los cónyuges correspondan

La norma está destinada a supuestos en los que los derechos sobre la vivienda habitual corresponden a *uno sólo los cónyuges*, aunque sea parcialmente. Constituye una limitación legal a la regla general de la libre disposición de los bienes propios (arts 23.1 y 61.1 Lrem.) en aras a la protección que el legislador dispensa a aquélla.

Si fuera un bien consorcial, la regla aplicable sería la contenida en el artículo 51 Lrem. que exige la actuación conjunta de ambos cónyuges o bien la de uno de ellos con el consentimiento del otro.

Si se tratara de un bien común en proindiviso, el art. 397 Cc. establece para la administración y disfrute de la cosa común el acuerdo tomado por mayoría de los partícipes⁵³⁶.

536 Como señala SÁNCHEZ-RUBIO, cuando el régimen del matrimonio —cualquiera que sea— implica la existencia de bienes comunes y entre ellos se encuentra el inmueble afectado, los principios de coadministración y codisposición que rigen entonces tutelan ya por sí mismos este derecho al hogar y por ello no requieren de especificidades relativas a la vivienda dentro de su régimen general. La situación que merece especial atención es, precisamente, la de un derecho —dominical o de otra clase— privativo sobre el que se apoya el uso de la vivienda familiar, y ello tanto en las situaciones normales como en las de crisis matrimonial, *cfr.* SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón” (ponente), *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, p. 50.

3.2.1.3. Vivienda habitual

Es el marco físico donde se desenvuelve la vida cotidiana de la familia de modo permanente. El artículo 47 CE recoge el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada. Por lo tanto, deberá reunirse un mínimo de condiciones necesarias para el desenvolvimiento normal de la vida de sus ocupantes.

Si deja de ser habitual, las limitaciones legales desaparecerán pues la norma protege de modo exclusivo aquélla que tenga el carácter de habitualidad pero no cualesquiera otras que, siendo igualmente familiares, no tengan dicho carácter⁵³⁷. Sí resulta admisible la existencia de varias viviendas habituales en tanto que la ley no lo prohíbe expresamente, siempre y cuando el requisito de la habitualidad esté igualmente presente en todas ellas⁵³⁸.

537 En este sentido, en Derecho estatal, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea", *op. cit.*, p. 539. Como apunta la autora, no cabrán las segundas viviendas ni cualesquiera otras que sean de temporada o recreo así como los locales profesionales o comerciales, excepto cuando, en este último caso, esté en el mismo inmueble que la vivienda habitual y sea segregable, aplicándose entonces al resto de aquél la normativa de la vivienda familiar. *Id.*, con igual criterio, GARCÍA CANTERO, G., "Notas sobre el régimen matrimonial primario", *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981, *op. cit.*, p. 308 y en "Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español", *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, *op. cit.*, p. 73; CARCABA FERNÁNDEZ, M., "La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 Cc.", *op. cit.*, p. 1437.

538 Y así, por ejemplo, la familia que posee una vivienda en un pueblo de indiscutible calificación "familiar" pero también tiene otra en la ciudad donde alguno de sus miembros estudian o trabajan acudiendo indistintamente y con frecuencia, *cfr.* CARCABA FERNÁNDEZ, M., "La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 Cc.", *op. cit.*, p. 1438. Igualmente, ALBADALEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, IV, *op. cit.*, p. 154; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, IV, *op. cit.*, p. 129; GARCÍA CANTERO, G., "Configuración del concepto

3.2.1.4. De la familia

a. En situaciones de normalidad

El concepto de familia al que hace referencia el art. 8 Lrem. se restringe a la familia matrimonial. Su aplicación se limita, exclusivamente, a aquéllos supuestos en los que exista un matrimonio vigente en el momento en que se realicen los actos que afecten de algún modo al uso de la vivienda habitual.

Esta interpretación restrictiva es consecuencia de estar ante una norma configurada por el legislador como una Disposición General del régimen económico matrimonial que literalmente protege los derechos que correspondan *a uno de los cónyuges*.

Quedarán excluidos, por tanto, del ámbito del precepto, los casos de nulidad, divorcio o separación legal, así como los de disolución por fallecimiento de uno de ellos o las uniones de hecho⁵³⁹. No es vinculante, en cualquier caso, para la delimitación

de vivienda familiar en el Derecho español”, *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, *op. cit.*, p. 74.

En el ámbito del Derecho aragonés, con idéntico criterio para el art. 8 Lrem. consúltese CURIEL LORENTE, F., “Las exigencias del principio de tracto sucesivo para la publicidad registral del embargo judicial de bienes inmuebles de personas casadas” (coponente), *op. cit.*, p. 81. En su opinión, el art. 2 Lrem. sobre determinación del domicilio familiar, redactado en singular por razones obvias, no representa ningún obstáculo a la afirmación expuesta.

539 No debe concluirse, sin embargo, que en estos casos no hay familia y que, por tanto, no merece tratamiento alguno la vivienda que ocupen. Simplemente, no se da la “familia” objeto de la Lrem. y, por tanto, no le resulta aplicable el régimen peculiar regulado por ésta.

En los casos de crisis, y ante la ausencia de normativa específica aragonesa, serán aplicables las medidas previstas en el Cc. para casos de conflicto en los artículos 90 y ss. (en especial, el convenio regulador y la intervención judicial), que rigen desde la misma interposición de la demanda; en el caso de parejas de hecho, los artículos 5 y 9 de la Ley aragonesa 6/1999, de parejas estables no casadas; y en

de la familia destinataria de la protección legal de la vivienda habitual la eventual existencia de hijos en el matrimonio⁵⁴⁰.

b. En situaciones de crisis matrimonial

La calificación de familiar de la vivienda puede resultar difícil de mantener en aquellos casos en los que se da una separación *de facto* puesto que se produce un cese en la convivencia conyugal. No obstante, en tanto persista el vínculo matrimonial, la necesidad de que exista un domicilio familiar implícita en la comunidad de vida que todo matrimonio consiste subsiste tam-

los supuestos de fallecimiento, el cónyuge sobreviviente siempre tendrá en Aragón el usufructo de la vivienda y en ella podrá seguir, en principio, con el resto de su familia, a diferencia del Cc. que solo permite dicha posibilidad en el caso de que el inmueble sea ganancial (arts. 1406.4º y 1407 Cc.). En este sentido, véase durante la vigencia de la Compilación —igualmente aplicable hoy— lo que afirmaba SÁNCHEZ-RUBIO GARCIA, destacando la utilidad en Aragón, y en no escasa medida en su opinión, para el régimen de protección de la vivienda familiar en situación de normalidad matrimonial el instituto de la viudedad manifestado en el usufructo viudal, al servir eficazmente para la continuidad del sobreviviente en la vivienda, aunque fuera de propiedad exclusiva del premuerto, *cfr.* SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón” (ponente), *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, p. 55.

En relación a este mismo supuesto pero en Derecho estatal y con el objetivo de evitar que la finalidad de la protección de la familia se vulnere por un acto *mortis causa*, CARCABA FERNÁNDEZ propone, *de lege ferenda*, que sólo se permita esta posibilidad cuando se hubiera reservado el derecho de uso con carácter de derecho real y a favor de cualquier miembro de la familia, *cfr.* “La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1.320 Cc.”, *op. cit.*, p. 1454. *Vid.* en igual sentido, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea”, *op. cit.*, 537.

540 En este sentido, LACRUZ incluye dentro del concepto de familia el matrimonio con hijos pero no al viudo/a con hijos puesto que el vínculo matrimonial queda disuelto con el fallecimiento de uno de los cónyuges y no es posible, por tanto, la aplicación de régimen matrimonial alguno, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, IV, *op. cit.*, p. 129.

bién no siendo posible que los cónyuges, de mutuo acuerdo, determinen su cese⁵⁴¹.

A mayor abundamiento, el art. 2.2 Lrem. establece la presunción de que es domicilio familiar tanto aquel en el que los cónyuges convivan habitualmente como el que vivan uno de ellos y la mayor parte de la familia.

Ante la ausencia de regulación específica de esta cuestión en la Lrem. y siguiendo el criterio favorable de la doctrina civilista⁵⁴² considero que la aplicación del art. 8 Lrem. deberá subsistir

541 Cfr. para el régimen del Cc. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, IV, *op. cit.*, p. 129.

En el Derecho catalán, a diferencia del Cc. y de la Lrem., el art. 9 CF, regulador de la disposición de la vivienda familiar, suprime la necesidad de consentimiento o autorización judicial, en su caso, del otro cónyuge para disponer libremente de lo que había sido vivienda familiar en los supuestos de separación judicial, nulidad o divorcio, pero no establece nada tampoco para las separaciones de hecho. Afirma ESPIAU ESPIAU que si el cese de la convivencia fuera producto del mutuo acuerdo entre cónyuges admitiría la modificación del régimen de vivienda familiar con iguales requisitos que para la aprobación judicial del convenio regulador para los casos de separación judicial, nulidad o divorcio recogidos en el art. 78 CF pero no en aquellos otros supuestos en los que aquélla se debiera a una decisión unilateral de cualquiera de los cónyuges, *cfr.* "La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el Derecho civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)", *op. cit.*, p. 24.

En la normativa aragonesa, la ubicación sistemática del precepto dentro de las Disposiciones Generales, su expresa catalogación como imperativo en el art. 3.2 Lrem. y la ausencia de normativa específica sobre situaciones de crisis matrimonial delimitan rígidamente el supuesto de hecho concreto que regula, no siendo posible, en mi opinión, la modificación del régimen legal en ningún caso mientras, al menos *de iure*, exista el vínculo matrimonial que determine su aplicación.

542 Sobre la permanencia de la calificación de "familiar" de la vivienda en estas situaciones de crisis para el régimen del Cc. *vid.* ÁVILA ÁLVAREZ, P., "El régimen económico matrimonial en la Reforma del Código Civil.", *op. cit.*, p. 1381; CARCABA FERNÁNDEZ, M., "La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 Cc.", *op. cit.*, pp. 1440 y 1441; LÓPEZ ALARCÓN, M., "Efectos de

igualmente en estas situaciones. Es aquí cuando la protección de la vivienda familiar adquiere especial relevancia pues lo lógico en contextos de normalidad será que la actuación del cónyuge propietario respete de modo natural el bien de su familia.

Ahora bien, cuando las relaciones estén muy deterioradas, serán las circunstancias concretas de la separación las que determinarán si resulta más aconsejable solicitar autorización judicial que intentar recabar sin éxito el consentimiento del otro para los actos de disposición sobre la vivienda.

3.2.1.5. Consentimiento del otro

a. Naturaleza jurídica

Si partimos de la premisa de que la vivienda habitual a la que va dirigida el precepto es privativa, aunque sea parcialmente, del cónyuge disponente, lo que emite en puridad el consorte no propietario no es un consentimiento sino un *asentimiento*, es decir, autoriza un acto que le es ajeno en tanto que no es parte en el mismo.

La distinción no es meramente teórica sino que tiene importantes efectos prácticos ya que solamente los que son parte

las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones particulares”, *La Ley* (1982), 2, p. 918.

En igual sentido sobre esta cuestión, consúltese RDGRN de 17 de mayo de 2005 [RJ 2005, 5540]: “*Cuando el transmitente está separado legal o judicialmente (...) no puede recabarse del mismo manifestación alguna a los efectos previstos en el art. 1320 Cc.* (Cfr. RDGRN de 6 de marzo de 2004 [RJ 2004, 2474]); sin embargo, *no ocurre así en la separación de hecho*, en la que por no haber tenido lugar el control y garantía que en orden a la protección y estabilidad familiar supone la sentencia judicial de separación, *subsiste incólume el fundamento y finalidad de la norma reguladora de los límites a que está sujeta la facultad de disposición del cónyuge titular sobre la vivienda habitual de la familia*” (el subrayado es mío), cfr. FERNANDEZ URZAINQUI, F. J., “Comentario al art. 1320 Cc.”, *Código Civil*, Colección “Códigos con Jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 1231.

asumirán las consecuencias jurídicas derivadas del acto como, por ejemplo, el saneamiento por evicción o la participación en el precio⁵⁴³.

b. Momento de la emisión

Su emisión podrá ser anterior, coetánea, o posterior al negocio por el que se disponen los derechos sobre la vivienda habitual pues nada dice la norma expresamente al respecto.

Ahora bien, si es anterior, el carácter imperativo del precepto impide un consentimiento con carácter general e irrevocable pues ello llevaría implícito la renuncia a un derecho indisponible por las partes, capitularmente o no. Cabría, sin embargo, un consentimiento anterior específico para un acto concreto y revocable según las circunstancias, pues el que no sea posible suprimir o modificar el régimen legal no impide que los cónyuges pacten acerca de la manera de su particular cumplimiento.

543 *Vid.* en este sentido durante la vigencia de la Compilación específicamente en la doctrina aragonesa RAMS ALBESA, J., "Comentario al art. 51 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 272 y "Gestión y pasivo de la comunidad conyugal aragonesa" (ponente), *Foro de Derecho aragonés, Segundos Encuentros*, *op. cit.*, p. 38; igualmente, SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., "Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón" (ponente), *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés op. cit.*, p. 56; BAYOD LÓPEZ, C., "El Derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (A propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)", *op. cit.*, p. 133; MARTÍNEZ CORTÉS, J., "El régimen económico matrimonial de la separación de bienes" (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 133 y 134; DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La gestión de la comunidad conyugal aragonesa", *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, *op. cit.*, p. 290.

El consentimiento posterior quedaría admitido implícitamente en el apartado 2º del artículo 8 al calificar de anulable todo acto realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro. La opción por el régimen de la anulabilidad permite su posterior confirmación durante el transcurso del plazo de cuatro años que el precepto concede para el ejercicio de la acción⁵⁴⁴. Estaríamos ante una convalidación del acto que puede realizar tanto el cónyuge como sus herederos en caso de fallecimiento de aquél.

3.2.1.6. Autorización judicial

La autorización judicial es posible *en defecto* del consentimiento del otro. No es, por tanto, una alternativa a este último sino que posee un carácter subsidiario.

Nada indica el precepto acerca de la causa concreta a la que puede obedecer si bien considero que, al igual que en sede de gestión del consorcio (art. 52 Lrem.), será preceptiva en casos de imposibilidad para prestar el consentimiento⁵⁴⁵ o en los de negativa injustificada. Por otro lado, si los cónyuges deben actuar teniendo siempre presente el interés de la familia con independencia del régimen económico de su matrimonio *ex art. 1.2 Lrem.* igual criterio deberá presidir una eventual intervención judicial⁵⁴⁶.

544 Igualmente para el 1320 Cc. DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M. A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica, op. cit.*, pp. 341 y 342.

545 El carácter especial e imperativo del art. 8 Lrem. y la regulación expresa de los efectos que provoca en el expectante no permiten dudar, a mi juicio, de la aplicación preferente de su régimen sobre la extinción automática para los supuestos de ausencia declarada del art. 98.1.e) Lrem. y de la necesidad, por tanto, de autorización judicial. Sobre esta última cuestión *vid. supra* Capítulo II, apartado 2.5.2.2.

546 La autorización judicial extingue el expectante del cónyuge no propietario (art. 8.1 Lrem.). Si el 98.3 Lrem. regula, con carácter general, la posibilidad de

Emitida, en su caso, la autorización, el acto será válido exactamente igual que si hubiera mediado asentimiento del cónyuge imposibilitado o reticente para consentir y producirá idénticos efectos extintivos en su derecho expectante sobre la vivienda.

3.2.2. El apartado 2º. Acción de nulidad y expectante

Señala el art. 8.2º Lrem.:

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.

El precepto consagra la anulabilidad de esta clase de supuestos de modo similar al art. 1322 Cc., legitimando activamente para solicitarla al cónyuge perjudicado y a sus herederos. No cabe la impugnación por el adquirente.

3.2.2.1. Momento de la extinción del expectante

El carácter imperativo de la norma y el principio del *favor viduitatis* traen como consecuencia la imposibilidad de considerar una extinción del expectante en supuestos no contemplados de modo expreso en la Ley. Por lo tanto, y a la inversa de lo establecido en el art. 8.1 Lrem., siempre que se produzca un acto de disposición voluntaria o de sustracción al uso común de la

que el Juez declare igualmente extinguido el expectante para bienes consorciales y privativos a petición de uno de los cónyuges “*en atención a necesidades o intereses familiares*”, con mayor razón deberá exigirse en la disposición de la vivienda habitual, dada su importancia tanto para la economía como para la vida en general de cualquier familia.

vivienda habitual de la familia por parte del propietario sin el consentimiento de su cónyuge o, en su defecto, de la autorización judicial correspondiente, el expectante que éste último ostenta sobre la misma no sufrirá alteración alguna.

En consecuencia, si el titular privativo de la misma ha prescindido de tales requisitos legales y el cónyuge cuyo consentimiento se pretirió decide ejercitar la acción que el 8.2 Lrem. le concede, estará pleiteando, exclusivamente, por su derecho a usar y disfrutar de la vivienda familiar, sin estar en ningún caso en entredicho su expectante sobre ella mientras no haya permitido el acto⁵⁴⁷.

547 En opinión de LETE DEL RÍO, el Código Civil, tanto en el artículo 1320 como en el 1322, da “tratamiento ganancial” a los efectos de una disposición de vivienda familiar que pertenece privativamente a uno de los cónyuges, puesto que, aplicando la normativa de los bienes gananciales, se llega a idéntico resultado: a tenor del artículo 1378 Cc. el acto de disposición a título gratuito será nulo y, según se infiere de los artículos 1390 y 1391, el acto realizado a título oneroso será meramente impugnabile, *cfr.* LETE DEL RÍO, J. M., “La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge no titular”, *op. cit.*, p. 1071.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en la legislación aragonesa, pues mientras el artículo 8 recoge imperativamente la anulabilidad de los actos de disposición de vivienda habitual sin el consentimiento del otro cónyuge, el artículo 53.1 Lrem. legitima al consorte en régimen consorcial cuyo consentimiento se omitió en un acto de disposición de un bien perteneciente al acervo común a solicitar la inoponibilidad del acto mientras no consienta. El amparo específico que el legislador pretende de la vivienda habitual se obtiene de un modo probablemente más idóneo con el régimen de anulabilidad por ser mucho más estricto. En última instancia, la opción por uno u otro régimen se trata de una decisión de política legislativa cuando de proteger los intereses de terceros se trata.

No obstante, considero que la elección no interfiere, en un primer momento, en la subsistencia del expectante de quien no consintió puesto que la pérdida del mismo implica la salida del bien del patrimonio de su dueño, con lo que precisa como premisa ineludible una venta válida y plenamente eficaz de la que no se parte en ninguno de los dos casos.

Durante la vigencia de la Compilación, SÁNCHEZ-RUBIO defendía *de lege ferenda* como más beneficiosa la inoponibilidad para estos supuestos, aplicando

3.2.2.2. Expectante y cómputo de la acción de anulabilidad. La importancia del momento del conocimiento del acto impugnado

Admitiendo que se trata de cuestiones distintas, habrá que tener en cuenta, no obstante, que, según el momento en que se inicie el cómputo del *dies a quo* del plazo de cuatro años fijado por la norma para el ejercicio de la acción el expectante no siempre estará presente.

El apartado 2º del art. 8 indica que debe hacerse *desde que los conoció o pudo razonablemente conocer y, en todo caso, desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal*. El plazo para el ejercicio de la acción es similar al recogido en el artículo 1301 Cc. para esta clase de actos, calificado por la opinión civilista más extendida como un plazo de caducidad⁵⁴⁸ y coincidiendo

por analogía la que, en su opinión, ya aparecía en el derogado art. 76.2 Comp. Aragonesa al interpretar que configuraba inoponible, pero no inválido ni ineficaz, el negocio dispositivo de bienes sujetos al expectante sin renuncia del mismo por su titular al establecer que aquél “no se extinguía o menoscababa” en estos casos, *cfr.* SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón” (ponente), *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, op. cit.*, pp. 65 y 66. En mi opinión, que no se extinguiera o menoscabara el expectante en el precepto compilatorio era solamente consecuencia del carácter real y la eficacia reipersecutoria de este derecho pero no de una opción del legislador por la inoponibilidad del negocio dispositivo así realizado que, en cualquier caso, tampoco adoptaba expresamente.

548 Ello trae como consecuencia el que pueda ser apreciada de oficio por los Tribunales y la imposibilidad de interrupción o renuncia. Frente a la doctrina mayoritaria a favor de la caducidad *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, quien sostiene que el plazo marcado por el Cc. no hace referencia a la acción de anulabilidad en sí, que considera meramente declarativa, sino al ejercicio de la acción de restitución de lo entregado en virtud del contrato, *cfr.* “Comentario al artículo 1301 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1981, pp. 249 a 252; igualmente, en *Elementos del Derecho Civil*, III, *op. cit.*, p. 555 y,

con él en el momento del inicio del cómputo, a excepción de la referencia a la separación conyugal⁵⁴⁹. Comenzará a correr desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal a no ser que, con anterioridad, el cónyuge que debía consentir hubiera conocido o podido razonablemente conocer el acto⁵⁵⁰, lo que no resultará indiferente si se pone en relación con su derecho expectante sobre la vivienda:

a. Desde que los conoció o pudo razonablemente conocer

a.1. Desde que los conoció

Supone conocimiento efectivo del acto. Si la interposición de la demanda se realiza en ese momento, se parte de un matrimonio todavía vigente y, por lo tanto, de un expectante subsistente sobre la vivienda habitual objeto del litigio.

junto a PARRA LUCÁN, M^o A., en *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica, op. cit.*, pp. 117 a 124.

549 En mi opinión, aunque sólo se habla de separación *conyugal*, los presupuestos de aplicación de la norma y las graves consecuencias derivadas de la inobservancia de la misma hacen que su ámbito de aplicación deba limitarse a separaciones *judicialmente* declaradas y no a las meras separaciones de hecho. En esta misma línea *vid.* Ley 59 de la Compilación Navarra, que establece un régimen de anulabilidad similar y hace referencia a la separación legal:

Ley 59.- Ratificación

Los actos realizados por uno de los cónyuges sin el necesario consentimiento del otro, podrán ser ratificados por éste o sus herederos, y serán válidos si aquél o éstos no los impugnaren dentro del plazo de cuatro años, a contar del día de la disolución del matrimonio o de la *separación legal*.

550 COLAS ESCANDÓN, A., "Comentario al art. 1301 Cc.", *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 1525. La carga de la prueba de que ese conocimiento ha sido anterior recae en quien oponga la expiración del plazo del ejercicio de la acción, en aplicación del artículo 217.3^o Lec.

a.2. Desde que pudo razonablemente conocer

Implica, por el contrario, que tal conocimiento se podía haber producido pero no ha sido —razonablemente— así, quedando sujeto a criterios de interpretación judicial en función de las circunstancias que hayan rodeado a la ejecución del acto.

El *conocer razonablemente* podría identificarse con la *diligencia in abstracto* que toma como referente la que se supone propia de un buen padre de familia y que implica una actitud activa, cuidadosa y eficaz respecto a todos los asuntos de aquélla⁵⁵¹. Se trata, no obstante, de una cuestión jurídica indeterminada que favorece —siempre dentro de los límites del interés familiar— un amplio margen de discrecionalidad judicial pero que quizás pueda provocar una cierta inseguridad jurídica en este punto ya que su ponderación responderá, en última instancia, a criterios de apreciación subjetiva.

En cualquier caso, transcurridos los cuatro años del plazo sin ejercitarse la acción, el acto habrá quedado confirmado tácitamente y el expectante extinguido⁵⁵².

551 Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española se dice que es razonable una persona prudente, sensata y que obra con buen juicio y, respecto de un acto, aquél que es justo, equitativo y suficiente en cantidad o calidad, *cfr.* <http://www.rae.es/>.

Los aspectos a conocer “razonablemente” podrían identificarse con el “conocimiento suficiente” del 1301 Cc. que, siguiendo a DELGADO ECHEVERRÍA, lo es del otorgamiento del acto y contrato, siendo suficiente cuando se conozca, al menos, que el otro cónyuge ha realizado un acto que afecta a un bien común que requería su consentimiento y la identidad del contratante, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al artículo 1301 Cc.”, *Comentario del Código Civil*, T. II, *op. cit.*, p. 547; en igual sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M^a A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, *op. cit.*, p. 149.

552 Contra una opinión muy extendida de la doctrina menos reciente y que sigue teniendo defensores DELGADO ECHEVERRÍA considera, para el ámbito

b. En todo caso, desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal

Si no se ha tenido conocimiento efectivo del acto de disposición de la vivienda o de un modo “razonable” no se ha podido conocer, el plazo de cuatro años comienza a contar *desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal*. En ambos casos ya no existe vínculo matrimonial y quizá por ello resulte un tanto paradójico que el plazo comience en este preciso momento en el que ni existe la “familia” objeto de protección del art. 8 Lrem. ni cargas del matrimonio o afectación de la vivienda a éstas últimas⁵⁵³.

del Derecho estatal, que no constituye confirmación la inactividad del titular de la acción durante el tiempo señalado para su ejercicio puesto que puede prescribir aquélla sin que fuera posible tal confirmación, poniendo el ejemplo del transcurso del plazo de los cuatro años desde la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio sin que un cónyuge llegue a saber de la celebración por el otro de un contrato anulable, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M. A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica, op. cit.*, pp. 350 y 351.

553 *Vid.* al respecto, en Derecho estatal, LETE DEL RÍO para quien la acción de anulabilidad del 1301 Cc. comenzaría a correr en estos casos únicamente desde el día en que se hubiera tenido conocimiento del acto o contrato, no resultando de aplicación la alternativa del día de la disolución del matrimonio porque con la muerte o declaración del fallecimiento del cónyuge titular o con el divorcio se termina la afectación de la vivienda. Por este motivo considera que los herederos no tienen legitimación para impugnar esta clase de actos al no existir interés digno de protección, *cfr.* LETE DEL RÍO, J. M., “La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge no titular”, *Actualidad Civil*, octubre 2003, n° 39, p. 1071. Igualmente, en contra de la legitimación de los herederos, por considerar que faltaría la hipótesis de la norma al no estar ante una vivienda habitual de la familia *vid.* LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma”, *RCDI*, n° 596, 1990, p. 109. A favor de dicha legitimación, en aplicación del 1322 Cc., véase CARCABA FERNÁNDEZ, M., “La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 Cc.”, *op. cit.*, p. 1449 y COLAS ESCANDÓN, A., “Comentario al art. 1302 Cc.”, *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 1526.

Pero además, por lo que al expectante respecta, en aplicación de lo dispuesto en el art. 94.1 Lrem., con la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte se extingue el derecho de viudedad en su conjunto, bastando para ello, en virtud del apartado 2º del mencionado artículo, la mera admisión a trámite de la demanda de separación judicial, divorcio o declaración de nulidad salvo pacto en contrario mientras el matrimonio subsista⁵⁵⁴.

El *quid* de la cuestión radica en que el 1322 Cc. establece, con carácter general, la anulabilidad para esta clase de actos realizados por un cónyuge sin el consentimiento del otro cuando éste fuere necesario y concede legitimación subsidiaria a los herederos. Sin embargo, siguiendo a LETE DEL RÍO, considero que el 1320 Cc. es una norma específica que desplaza y condiciona la aplicación del 1322, resultando preferente respecto a éste último. Consúltese al respecto LETE DEL RÍO, J. M., "La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge no titular", *op. cit.*, p. 1071.

Curiosamente, el legislador aragonés, a pesar de las dudas y críticas que ha causado esta cuestión en la doctrina civilista, así como la de la aplicación de la anulabilidad en general al consorcio conyugal (recogidas expresamente en el apartado VIII del Preámbulo y causantes de la adopción del régimen de inoponibilidad del art. 53 Lrem. para esta clase de actos en los bienes consorciales) sigue, sin embargo, el régimen del Cc., y señala además expresamente esta legitimación de los herederos en sede de vivienda habitual que, si bien resulta coherente con el inicio del cómputo de los cuatro años "desde la disolución del matrimonio", entra en colisión, a mi parecer, con los presupuestos familiares necesarios para la aplicación del artículo 8 Lrem. Criticando igualmente dicha legitimación *vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Disposiciones generales", *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 38.

554 Como pone de manifiesto CALDUCH GARGALLO, en el caso de la nulidad el pactar el mantenimiento de la viudedad mientras el matrimonio subsista no resulta coherente si, finalmente, aquélla se estima pues, en ese caso, el matrimonio no habrá existido nunca. Por ello estima preferible haberlo hecho depender de la adquisición de firmeza de la sentencia estimatoria. Este problema no se da en caso de divorcio ni en la separación, pues aquí el matrimonio sí subsiste hasta el momento en que se declara efectivamente disuelto. *Vid.*, en extenso, CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés, op. cit.*, pp. 51 a 63. En este sentido se inclinaba la enmienda nº 126 presentada al art. 93.2 (hoy

Las únicas excepciones serán aquéllos casos en los que haya mediado reconciliación, ausencia de sentencia estimatoria o lo hayan determinado así los cónyuges pues el derecho “nace de nuevo” legalmente en estos supuestos a pesar de haberse extinguido con anterioridad, según dispone el mismo 94.2, *in fine*⁵⁵⁵.

3.2.2.3. Conclusiones

El régimen de impugnación configurado por el legislador para estos actos unilaterales de disposición trae como consecuencia indirecta, y quizás no deseada, que el momento en que el cónyuge no propietario tenga constancia del acto realizado por su consorte influya en la conservación del expectante de aquél.

94.2 Lrem.) por Chunta Aragonesista que eliminaba la referencia de la admisión a trámite de la demanda de nulidad, dejando solamente las de separación o divorcio, *cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., *Ídem*, p. 57, nota 45.

⁵⁵⁵ Independientemente de que exista o no derecho de viudedad, debe tenerse en consideración en este punto que, en los supuestos de separación conyugal, se produce la atribución del uso de la vivienda convencional o judicialmente en defecto de acuerdo (arts. 90, apartado B y 96 Cc., respectivamente). La redacción del cómputo del plazo “desde la separación conyugal” puede tener aquí pleno sentido puesto que, aunque ya no exista el interés familiar originario, el cónyuge que haya recibido la atribución del uso estará evidentemente interesado en impugnar un acto que afecte a la vivienda que está disfrutando. *Vid.* en este sentido LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Disposiciones generales”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 38.

Los preceptos del Cc. no configuran la naturaleza jurídica de la atribución del uso de la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial y no existe tampoco unanimidad doctrinal al respecto aunque se admite, con carácter general, su oponibilidad *erga omnes* y matizadamente su acceso al Registro de la Propiedad, *cfr.* ALGARRA PRATS, E., “Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002 de 6 de mayo)”, *op. cit.*, pp. 27 y 28. En esta misma línea, CURIEL LORENTE, F., “Las exigencias del principio de tracto sucesivo para la publicidad registral del embargo judicial de bienes inmuebles de personas casadas” (coponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 82.

Esta cuestión puede tener relativa importancia si estamos ante un matrimonio con discrepancias puntuales acerca del destino de la vivienda habitual; pero si la pareja atraviesa una situación de crisis prolongada durante la cual se produce alguno de estos actos que finaliza con la separación o disolución matrimonial, el enterarse antes o después de éstas últimas —o el considerar que “razonablemente” se podía haber enterado— será decisivo.

La peculiaridad aragonesa de este derecho y, sobre todo, su carácter estrictamente familiar, habrían precisado de una regulación de la invalidez de esta clase de actos en la que el expectante del cónyuge no interviniente no se viera afectado de ningún modo⁵⁵⁶.

Vinculando el cómputo de la acción de impugnación a algo tan impreciso como un conocimiento razonable o bien a un momento en el que ya no existe expectante sobre la vivienda se deja abierta una posibilidad de indefensión del cónyuge no propietario difícilmente compatible, a mi juicio, con la protección cualificada e imperativa diseñada por el legislador para estos supuestos⁵⁵⁷.

556 Tratándose la vivienda de una cuestión tan primordial en la vida de cualquier familia es de justicia que su protección se extienda a todo el territorio nacional. Ahora bien, como señala en este punto CARCABA FERNÁNDEZ, en aquellas regiones que exista Derecho propio tan importante como su inclusión será su adaptación a las peculiaridades características de cada región, *cfr.* CARCABA FERNÁNDEZ, M., “La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 Cc.”, *op. cit.*, pp. 1441 y 1442.

En Aragón, que el derecho de viudedad, en sus dos fases de expectante y usufructo, incide y condiciona el régimen de aquélla es algo palmario y evidente, resultando por ello acertado que el legislador regule ambas cuestiones de modo conjunto en el art. 8 Lrem. Sin embargo, la redacción utilizada puede crear situaciones difíciles en las que la protección del expectante llegue a quedar un tanto desdibujada, especialmente cuando las relaciones entre cónyuges estén muy deterioradas.

557 El Código de Familia catalán también recoge en esta materia criterios y soluciones del Cc., estableciendo la anulabilidad para estos actos y el plazo de

3.2.3. El apartado 3º. El adquirente de buena fe a título oneroso y la manifestación del disponente del carácter no familiar de la vivienda en relación con el expectante

El art. 8.3 Lrem. dispone:

No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe cuando el disponente manifestó que no constituía mobiliario o vivienda familiar.

3.2.3.1. La improcedencia de la anulación

El apartado 3º del art. 8 Lrem. no permite la anulación del acto en el que el adquirente sea a título oneroso y de buena fe y el disponente manifieste que no constituía vivienda familiar.

La redacción es similar a la del 1320.2º Cc., a pesar de haber sido muy criticado por la doctrina civilista por hacer depender

cuatro años para su impugnación. Sin embargo, prescinde de toda referencia al conocimiento “razonable” y a la disolución del matrimonio como momento a partir del cual comienza a correr el plazo de interposición de la acción. Y así, su art. 9.2 CF parte del “conocimiento del acto o su inscripción en el Registro de la Propiedad” como momentos para el inicio de dicho cómputo. En coherencia con ello, no legitima también a los herederos sino tan sólo a los hijos menores convivientes. Como apunta ESPIAU, la explicación de tal legitimación es que son parte de la familia y disfrutan igualmente de la vivienda, si bien considera que los mayores de edad también pueden convivir y, por lo tanto, deberían ser igualmente dignos de protección, *cf.* ESPIAU ESPIAU, S. “La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el Derecho civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)”, *op. cit.*, pp. 31 y 32. LARRONDO LIZARRAGA se muestra favorable a su aplicación en este último supuesto por analogía con el 1320 Cc., siempre y cuando acrediten el perjuicio, *cf.* LARRONDO LIZARRAGA, J. M., “Comentario al art. 9 del Código de Familia catalán”, *Comentaris al Codi de família, a la llei d’unions estables de parella y a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, dirigido por Egea Fernández y Ferrer Riba y coordinado por Lamarca Marqués y Ruisánchez Capelastegui, Tecnos, Madrid, 2000, p. 132.

la eficacia de la protección de la vivienda familiar de la manifestación del disponente⁵⁵⁸. En ambos preceptos bastará con que el cónyuge propietario manifieste que el inmueble que pretende enajenar no tiene el carácter de vivienda habitual para que surta efectos frente a terceros de buena fe, dejando por tanto a su arbitrio el cumplimiento de la afección de la vivienda al interés de la familia⁵⁵⁹.

Se trata de una cuestión que, hasta la promulgación de la Lrem., no estaba regulada y sobre la que el legislador aragonés estimó oportuno puntualizar los supuestos en los que el adquirente de buena fe queda protegido⁵⁶⁰.

558 Sobre esta cuestión, ALGARRA PRATS afirma: "En situaciones de estabilidad matrimonial, la omisión del consentimiento del cónyuge no titular cede frente al tercero de buena fe, *que ha confiado en la manifestación del disponente acerca del carácter no familiar de la vivienda*, por lo que el no titular, atendiendo precisamente a que no es titular del bien y a que no tiene atribuido judicialmente ningún derecho de uso sobre la vivienda, es postergado en cuanto a su protección frente al tercero de buena fe" (el subrayado es mío), ALGARRA PRATS, E., "Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002 de 6 de mayo)", *op. cit.*, p. 23.

559 La limitación del consentimiento opera, por tanto, entre cónyuges pero no frente a terceros de buena fe. La aplicación del 1320.2 Cc. puede dejar de este modo sin efecto lo previsto en el párrafo 1º, sustituyendo la protección del alojamiento de la familia por la protección al adquirente de buena fe, *cfr.* ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea", *op. cit.*, pp. 542 a 545.

560 Así lo plantea en los debates de la Comisión García Almanzor para quien se hace necesario regular que solamente ocurre ante un adquirente a título oneroso y de buena fe cuando el propietario manifiesta que no es vivienda habitual, *cfr.* "Acta de la sesión de doce de enero de 2000", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4. Como apuntaba RAMS ALBESA, la única diferencia de construcción que existía entre el 51 Comp. aragonesa y el 1320 Cc. era este aspecto que ahora se incluye en el art. 8 Lrem., si bien consideraba entonces, en buena lógica, que los adquirentes de buena fe no podían recibir un peor trato en la disciplina de

a. El adquirente de buena fe a título oneroso

El adquirente de la vivienda debe cumplir con ambos requisitos simultáneamente para poder aplicarse la norma:

a.1. Buena fe

Se otorga protección a quien desconoce la situación fáctica de la afectación de la vivienda al uso común⁵⁶¹, es decir, su carácter o condición de “familiar”. Ahora bien, según las reglas generales de la buena fe (art. 434 Cc.), ésta, en principio, se presume siempre, con lo que no hay razón para dudar, *a priori*, de la veracidad de lo que afirma el disponente⁵⁶².

la Compilación, *cfr.* RAMS ALBESA, J., “Comentario al art. 51 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 271.

561 De momento, en nuestro ordenamiento jurídico no ha habido respuesta en este sentido si bien nada impide que se deje constancia documental, preconstituyendo la prueba, *cfr.* LETE DEL RÍO, J. M., “La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge no titular” *op. cit.*, p. 1061. Sí cabe la inscripción en los supuestos de la resolución judicial que, en caso de desacuerdo, fijase el domicilio conyugal (art. 2.3 Lrem.) o que atribuyera el uso del mismo a un cónyuge en casos de crisis (art. 96 Cc.). En relación con este último supuesto *vid.*, entre otros, RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 115 y RUIZ RICO, J. A., “Asiento registral para constatar la atribución o determinación del uso de la vivienda familiar en nulidad, separación, divorcio, en las distintas fases del procedimiento”, *B.C.R.E.*, nº 18, 1996, pp. 1762 a 1766.

562 En la formulación inicial del precepto, iba incluida, tras la “buena fe”, la coletilla “que desconocían y no estaban obligados a conocer el destino familiar del bien”. García Almanzor se manifiesta a favor de la supresión de la misma pues considera que, para la apreciación de la buena fe, basta con que, habiendo manifestado el disponente que el bien no constituye vivienda familiar, el adquirente así lo crea. En igual sentido se pronuncia Martínez Cortés, citando en su apoyo la regulación del Código de Familia catalán. La redacción inicial parece exigir algo más que el mero desconocimiento del carácter familiar pues requiere que no haya obligación de conocer el destino familiar. Delgado Echeverría explica que se exige en algunas teorizaciones de la buena fe pero que podría quitarse, *cfr.* “Acta de la

No obstante, la buena fe del adquirente necesaria para hacer inatacable la adquisición debe matizarse, siendo preciso, como requisito *sine qua non*, la manifestación del cónyuge titular del carácter “no familiar” de la vivienda y que, en todo caso, la actitud mantenida en todo el proceso adquisitivo y sus circunstancias no denote que podía ser conocedor de tal carácter⁵⁶³. La buena fe no deberá sustentarse de modo exclusivo en la manifestación del cónyuge titular sino que presupone una diligencia media basada en una realidad, cuando menos aparente, anterior a aquélla. Si partiendo de tal manifestación, se puede probar que el adquirente sabía de la discordancia entre lo afirmado y lo real, la buena fe decae y la adquisición es anulable.

a.2. Título oneroso

El precepto exige que el adquirente sea a título oneroso para que opere la protección del art. 8.3 Lrem. En cualquier caso, aunque no se mencionara expresamente, tampoco podía ser de otro

sesión de veinte de marzo de 2002 (Acta 152)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5. Finalmente, hay acuerdo sobre este aspecto y se acaba suprimiendo definitivamente en la redacción final del precepto, *cf.* “Acta de la sesión de diecisiete de abril de 2002 (Acta 155)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 7.

563 En la práctica, la buena fe en estos supuestos será difícil de mantener pero no del todo imposible pues son raros los casos en los que se adquiere una vivienda sin un examen previo de la misma en el que, con carácter general, podrá comprobarse de un modo objetivo y evidente si alberga o no a una familia. Además, como apunta GORDILLO para el 1320.2 Cc., deberá mantenerse hasta el final del proceso adquisitivo coincidente con la entrega producida con el otorgamiento de escritura (art. 1462.2 Cc.), no solamente en el momento obligacional del acuerdo, donde se produce la manifestación del propietario y es, por lo tanto, más sencillo sostenerla. Vid al respecto, GORDILLO CAÑAS, A., “La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia”, *ADC*, vol. 35, n° 4, 1982, pp. 1137 y 1138.

modo puesto que la protección del tráfico jurídico no se extiende al adquirente a título gratuito⁵⁶⁴.

b. Cuando el disponente manifestó que no constituía mobiliario o vivienda familiar

No existe obligación alguna por parte del cónyuge propietario de justificar que la vivienda no sea la habitual de la familia cuando quiera disponer de ella ni le impone tampoco la norma que deba negar tal carácter si no cuenta con la aprobación de su cónyuge o autorización judicial. Simplemente, cuando tal manifestación coincida con un adquirente oneroso y de buena fe no cabrá el ejercicio de la acción de nulidad y la falta de consentimiento del consorte no imposibilitará la adquisición de la vivienda⁵⁶⁵.

564 *Vid.* en este sentido para la regulación del Cc. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea", *op. cit.*, p. 544; igualmente, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, *op. cit.*, p. 207.

565 *Vid.* apartado 5º RDGRN 13 de julio de 1998 [RJ 1998, 5967]. En igual sentido, *vid.* RDGRN 23 de febrero de 2000 [RJ 2000, 1083], 29 de febrero de 2000 [RJ 2000, 1091] y 9 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1100], *cfr.* FERNANDEZ URZAINQUI, F. J., "Comentario al art. 1320 Cc.", *Código Civil*, *op. cit.*, p. 1231.

En los debates del precepto en la Comisión Aragonesa se propone, no obstante, añadir al final del mismo "salvo que ese carácter conste en algún Registro Público", con apoyo en la reforma efectuada en 1998 del art. 144 Rh. relativo a la práctica de la anotación preventiva de embargo sobre la vivienda conyugal así como en una resolución de la DGRN del mismo año, donde se preveía la posibilidad de que el carácter conyugal de la vivienda constase en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, finalmente no se incluye por mayoría, al considerar que no era objeto del Registro de la Propiedad la publicación del carácter familiar de una vivienda y que la referencia a otros Registros podría llevar a exigir, por ejemplo, el certificado de empadronamiento, *cfr.* "Acta de la sesión de dos de mayo de 2002 (Acta 157)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

En cualquier caso, como afirma acertadamente MARTÍNEZ-CORTÉS GI-

En el 8.3 Lrem. se habla de manifestación sin más, sin calificarla de “errónea o falsa” como en el Cc. Sin embargo, la *ratio legis* es similar a la del Código, pues la emisión de tal manifestación cuando no es necesaria busca igualmente eludir el régimen de disposición de la vivienda familiar y, por consiguiente, el consentimiento del no titular⁵⁶⁶.

Esta cuestión debe ponerse en relación con el artículo 91.1° Rh. regulador de la inscripción de los actos dispositivos sobre la vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges cuando la ley

MENO, siendo que, en la práctica, no es muy frecuente dicha constancia registral fuera de los supuestos de sentencias judiciales de nulidad, separación o divorcio o de ocasionales declaraciones conjuntas de ambos cónyuges, la aplicación del art. 8 Lrem. deberá complementarse con un énfasis por parte de los profesionales del Derecho en este sentido para que la protección prevista por el legislador sea plenamente eficaz, *cfr.* MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero, op. cit.*, pp. 121 y 126. Solo así se podrán evitar los supuestos aludidos en el precepto y la consiguiente desprotección del cónyuge no propietario.

⁵⁶⁶ Como afirma LACRUZ, el error en el Cc. no es sobre el carácter familiar de la vivienda —pues difícilmente alguien puede equivocarse sobre este aspecto— sino que la manifestación es errónea porque hace equivocarse al adquirente, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, IV, op. cit.*, p. 131.

El hecho de que el artículo 8.3 Lrem. omita cualquier calificación a la manifestación podría suscitar alguna duda acerca del carácter de la misma. El artículo 9.3 CF catalán tiene redacción similar pero con el inciso final “aunque sea manifestación inexacta” (“No procede la anulación cuando el adquirente actúa de buena fe y a título oneroso, si, además, el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de familiar, *aunque sea manifestación inexacta*”). Sin embargo, toda manifestación realizada para “negar” el carácter familiar no será sino una manera de falsear la realidad y ocultar dicha circunstancia. En este sentido, ESPIAU ESPIAU considera respecto al art. 9.3 CF que el inciso “aunque sea manifestación inexacta” nada aporta al precepto ya que toda manifestación que niegue el carácter familiar de la vivienda lo será, *cfr.* “La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el Derecho civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)”, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

aplicable exija el consentimiento de ambos para disponer pues determina, para efectuar aquélla, que el disponente manifieste en la escritura que no tiene el carácter o condición de vivienda habitual de la familia⁵⁶⁷. Establece una especie de presunción *iuris tantum* sobre el carácter familiar de una vivienda⁵⁶⁸ que se destruye por la simple declaración contraria del disponente, posibilitando la posterior inscripción del negocio dispositivo⁵⁶⁹.

567 El hecho de que el artículo no haga referencia expresa a su ámbito de actuación ha sido criticado por la doctrina si bien, como sostiene LUCINI CASALES, puede alegarse en su descargo su eventual aplicación, como norma registral, a hipótesis semejantes del Derecho de territorios no regidos por el Código Civil puesto que el único requisito que establece es que éstos “exijan el consentimiento de ambos cónyuges para la disposición de derechos sobre la vivienda”, *cfr.* LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma”, *op. cit.*, p. 110. Y ello porque, realmente, mientras el 1320 Cc. o el 8 Lrem. regulan los requisitos del negocio dispositivo, el 91.1 Rh. regula, exclusivamente, lo relativo a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

568 CARCABA FERNÁNDEZ, M., “La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 Cc.”, *op. cit.*, p. 1458; ÁVILA ÁLVAREZ, P., “Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad”, *RDCI*, 1987, pp. 44 y 45; HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario al artículo 1320 Cc.”, *Comentario del Código Civil*, T. II, *op. cit.*, p. 593; ESPIAU ESPIAU, S., “La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el Derecho civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)”, *op. cit.*, p. 37.

569 Señala acertadamente LETE DEL RÍO como es posible que el adquirente inscriba su adquisición en base a una manifestación falsa en aplicación del 91.1 Rh. ya que la labor del Notario respecto a la declaración del disponente es exclusivamente la de dar fe de que se produzca, pero no respecto de su contenido, siendo innecesario, por tanto, obtener la confirmación del otro cónyuge cuando el propietario declare que la vivienda no es familiar, *cfr.* LETE DEL RÍO, J. M., “La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge no titular”, *op. cit.*, p. 1066 y nota 38. No obstante, incluso cuando el adquirente haya inscrito, si no ha mediado buena fe por su parte y era conocedor del carácter familiar de la vivienda, permanece viva la acción de anulabilidad para el cónyuge no propietario, puesto que, en virtud del artículo 33 Lh., la inscripción no puede convalidar los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, como es este caso, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, *op. cit.*, p. 207.

3.2.3.2. Consecuencias para el expectante del no disponente

Una interpretación literal del 8.1 Lrem. sería entender que si la consecuencia *ex lege* del consentimiento del cónyuge no titular para la disposición de la vivienda familiar es la extinción del expectante, la ausencia del mismo supone, a contrario, la subsistencia del derecho.

En el supuesto concreto del art. 8.3 Lrem., si se niega el carácter familiar de la vivienda la intervención del otro cónyuge ya no es exigible. El resultado inmediato sería la adquisición a título oneroso y de buena fe de una vivienda supuestamente no familiar sin necesidad de intervención distinta a la del propietario pero gravada por el derecho expectante del no disponente. Este último sólo quedaría extinguido con la renuncia expresa —como en cualquier otro inmueble privativo que no constituyera vivienda familiar (art. 23.2 Lrem.)—, a excepción de que estuviera incluido en alguno de los supuestos de extinción automática del 98.1 Lrem.

Sin embargo, aunque normalmente el objetivo de tal manifestación es obviar el régimen de disposición aludido y, en la práctica, seguiremos estando ante una vivienda familiar, el apartado 3º del artículo 8 constituye, como ya se ha examinado más arriba, una excepción al régimen de protección a los intereses familiares diseñado por el legislador en los apartados 1º y 2º en favor de los intereses patrimoniales de un tercero⁵⁷⁰.

570 Tal y como ocurre con el 1320.2 Cc. de redacción similar al 8.3 Lrem. En relación con el primer precepto *vid.* lo apuntado al respecto por ALGARRA PRATS: “Como ha señalado la generalidad de la doctrina, cuando se incluye el segundo párrafo del art. 1320 Cc. es porque el legislador, en la opción de proteger el interés familiar o la seguridad del tráfico, se inclinó por este último (...)”, ALGARRA

Si se busca una protección eficaz del tercero de buena fe en estos supuestos, por encima incluso de los intereses familiares, y sucumbe, sin embargo, ante el expectante, el objetivo último de la norma queda incumplido. No tendría justificación que por extender excesivamente la protección del cónyuge no disponente se obviarán las necesidades derivadas de la seguridad del tráfico, objetivo al que pretende servir igualmente el legislador con la regulación de la viudedad⁵⁷¹.

Por este motivo entiendo necesaria una interpretación matizada de este apartado en relación con el expectante y considerarlo igualmente extinguido, puesto que la buena fe del tercero gozaría aquí de los mismos efectos que el consentimiento del cónyuge no propietario al conseguir que el acto sea inatacable.

3.3. EXPECTANTE Y VIVIENDA FAMILIAR. CONCLUSIONES FINALES

En coherencia con los argumentos más arriba expuestos, cuando el cónyuge propietario de una vivienda familiar quiera disponer de la misma o bien privar a la familia de un uso común,

PRATS, E., Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002 de 6 de mayo), *op. cit.*, p. 24.

Sobre el 8.3 Lrem., en los debates de la Comisión, apuntaba al respecto Calatayud Sierra como no quedaba más remedio que optar entre la protección del cónyuge no titular y el tercer adquirente y que, en su opinión, había que dar preferencia a la protección de este último —como finalmente ocurrió— para que el tráfico jurídico no padeciera, siempre y cuando la adquisición fuera onerosa y el adquirente de buena fe; ésta es la solución elegida por el resto de las legislaciones que existen en España y la que consideraba más adecuada, *cfr.* “Acta de la sesión de doce de enero de 2000”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4.

571 Tal y como señala en el apartado X del Preámbulo, *in fine*. *Vid.* idéntica conclusión con igual fundamento respecto al tercero de buena fe en actos de disposición de bienes consorciales sin el consentimiento de uno de los cónyuges a la que llegamos en comentario al artículo 53.2 Lrem., *supra*, Capítulo II, apartado 2.2.2.5.

las situaciones en relación al expectante de su consorte que podrán surgir se resumen así:

a. Es conocedor del hecho y está conforme (art. 8.1° Lrem.)

Su asentimiento traerá como consecuencia legal la extinción de su derecho expectante sobre la vivienda.

b. Es conocedor y no quiere/no puede consentir (art. 8.1° Lrem.)

En razón de los intereses de la familia, el juez puede autorizar la realización del acto. Sus efectos son igualmente extintivos para el expectante.

c. Desconoce el hecho, realizándose sin su intervención (art. 8.2° Lrem.)

Durante un plazo de cuatro años desde que conoce o pudo razonablemente conocer el acto o bien desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal podrá pedir su anulación:

c.1. Conoce o razonablemente pudo conocer el hecho constante matrimonio

Si conoce el hecho una vez realizado y ejercita la acción en plazo, podrá recuperar la vivienda con un expectante intacto, en todo caso, a pesar de la actuación de su cónyuge. Pasados los cuatro años sin ejercitarla, el acto habrá quedado confirmado tácitamente y el expectante extinguido. Igualmente ocurrirá si el juez estima que pudo razonablemente conocer el acto.

c.2. Conoce el hecho disuelto el matrimonio o tras separación conyugal

Si la acción es ejercitada tras la declaración judicial de separación, nulidad o divorcio o bien por los herederos en el caso de fallecimiento, podrá anularse el acto, pero ya no habrá expectante ni usufructo, en su caso, al no existir vínculo matrimonial.

d. Desconoce el hecho realizándose sin su intervención, el propietario afirma que la vivienda no es familiar y el adquirente es de buena fe (art. 8.3º Lrem.)

No procede la acción de anulabilidad. Quedará extinguido el expectante sobre la vivienda al priorizar el legislador en este supuesto la protección al adquirente de buena fe sobre cualquier otro interés.

CAPÍTULO IV

ENAJENACIÓN JUDICIAL DE BIENES INMUEBLES Y DERECHO EXPECTANTE

§ 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. INTRODUCCIÓN

Desde que se contrae matrimonio con efectos civiles regidos por ley aragonesa, los inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas no solamente están afectos al derecho expectante de viudedad como gravamen real de origen legal sino que también pueden quedar vinculados a las deudas tanto de la comunidad como de los cónyuges individualmente. En consecuencia, es perfectamente posible que se dé la concurrencia, en un mismo bien, del derecho expectante con la responsabilidad por aquéllas⁵⁷².

572 Respecto a la enajenación forzosa y la masa conyugal, el 541.1º Lec. establece que no se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales. Esta imposibilidad a la que se refiere el artículo se basa en la ausencia de personalidad jurídica de la masa común y en que su titularidad corresponde a ambos cónyuges sin atribución de cuotas, *cf.* GARCÍA GARCÍA, J. M., “Comentario al artículo 541 Lec.”, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*, Thomson-Civitas, 4ª edición, Madrid, 2004, p. 864, nota 198. Por lo tanto, a pesar de existir tres patrimonios (común y privativos), la demanda solamente se podrá dirigir contra los cónyuges pero no contra la sociedad. En ningún caso podrá considerarse ésta última como deudora ni como sujeto demandable al no encontrarse pasivamente

Sin embargo, el destino final del expectante cuando los bienes sobre los que recae son objeto de una enajenación no voluntaria se aborda por vez primera de modo expreso en el ordenamiento aragonés en el artículo 99 Lrem. El precepto distingue, en relación con esta cuestión, cuatro tipos distintos de deudas: comunes —ya sean contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sean de cargo o responsabilidad común—, privativas anteriores al matrimonio, por razón de sucesiones o donaciones y privativas postmatrimoniales.

Ahora bien, este carácter novedoso no debe llevar a la conclusión de que también su contenido es absolutamente innovador. La desaparición del expectante en todo supuesto de responsabilidad derivada de una deuda contraída por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro es un criterio que se remonta a la época de las Observancias. Igualmente ocurre —si bien con distintas opiniones respecto a su alcance en relación a los inmuebles comunes, como podrá verse en las líneas que siguen— con las deudas antematrimoniales.

Los problemas principales en relación con el derecho de viudedad y el pasivo de la comunidad han radicado siempre en

legitimada para soportar la acción ejecutiva. *Vid.* al respecto ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1996, pp. 14 y 87. Con todo, el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 Cc. no es excluido por la existencia del régimen de comunidad entre los cónyuges, que deberán responder, al menos, con todos sus bienes presentes y futuros.

Por su parte, el derecho de viudedad en sí mismo considerado es igualmente inembargable (*vid.*, de modo expreso, art. 91 Lrem.) pero ello no impide, por contra, que se trabase el embargo de los bienes sobre los que recae, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 74 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 685 a 686, en especial, nota 6.

la responsabilidad por deudas privativas, cuestión ésta que, si bien históricamente ha sido objeto de alguna regulación sesgada en las Observancias y de diferentes disquisiciones doctrinales, nunca se había llegado a normar posteriormente en ningún texto legal moderno.

La regulación que el legislador aragonés ha diseñado es deudora de todos estos principios pues sigue —tal y como afirma en el apartado XII del Preámbulo— un criterio tradicional en la materia, pero *adaptándolo al contexto legislativo actual y de manera que entorpezca lo menos posible las enajenaciones judiciales*. Se dota de rango legal a argumentos preexistentes y comúnmente aceptados, pero con la necesaria adaptación que tanto la nueva regulación de la viudedad como las necesidades del tráfico forzoso de bienes precisaban.

El objeto del presente apartado es el examen de los antecedentes tanto de las distintas regulaciones como de esos criterios tradicionales que han llegado hasta nuestros días con el objetivo de lograr una correcta interpretación e inteligencia del art. 99 Lrem. Se sigue para este fin, en primer lugar, la distinción del débito en atención al momento en que se hubiere contraído: anterior o posterior al matrimonio —o al expectante, en cuanto que nace con éste último—; en segundo lugar, las postmatrimoniales se van a clasificar en función del cónyuge que las contrajo —marido, mujer o los dos de modo conjunto o uno con el consentimiento del otro—; por último, se hará una breve referencia a aquéllas cuya responsabilidad viene provocada por sucesiones o donaciones.

Como consideración previa, debe tenerse presente que, dentro del Derecho histórico, la responsabilidad por deudas de los bienes afectos al derecho expectante solamente aparecía regulada

explícitamente en cuanto a las obligaciones delictuales⁵⁷³. Por este motivo, las interpretaciones de las Observancias relativas a la gestión y pasivo de la comunidad conyugal junto con las distintas opiniones doctrinales son el fundamento para el estudio y análisis de los efectos que provocaban en aquél las obligaciones procedentes del contrato o del cuasicontrato.

1.2. DEUDAS ANTERIORES AL MATRIMONIO

1.2.1. Observancias

En general, las Observancias y los autores regnicolas daban a la responsabilidad de los bienes sitios por deudas antem matrimoniales de marido y mujer el carácter de subsidiaria haciéndola recaer en ellos solamente en defecto o insuficiencia de bienes muebles⁵⁷⁴. En relación con el expectante, la regla general de las Observancias 2ª *Ne vir sine uxore*⁵⁷⁵ y 26 *De iure dotium*⁵⁷⁶ era la

573 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 160 a 163. *Vid.* al respecto Fuero 8º *De Homicidio* de 1247, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit.*, libro IX, pp. 319 (vol. I) y 164 (vol. III); Observancias 8 y 9 *De Iure Dotium*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Ídem*, libro V, pp. 33 (vol. II) y 215 (vol. III); Observancia 20 *De Homicidio*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Ídem*, libro IX, pp. 57 (vol. II) y 241 (vol. III).

574 ALBALATE GIMÉNEZ, G., "Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, colección El Justicia de Aragón, número 4, Zaragoza, 1996, p. 153.

575 *Item, vir inmobilia, in quibus uxor debet habere viduitatem, potest alienare: sed remanet ius uxoris salvum, scilicet, quod possit tenere viduitatem in eis, si talis casus evenerit*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit.*, libro II, pp. 14 (vol. II) y 196 (vol. III).

576 *Item, vir inmobilia, in quibus uxor debet habere viduitatem potest alienare, sed remanet ius salvum uxori, quod in eis possit tenere viduitatem, si talis casus evenerit, nisi alienatio sit facta de voluntate uxoris*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S.,

del mantenimiento de expectante si el marido enajenaba bienes inmuebles sin el consentimiento de la esposa constante el matrimonio⁵⁷⁷.

Si las deudas habían sido contraídas por la esposa antes del matrimonio, la Observancia 2ª *De rerum amotarum* permitía su ejecución en los bienes muebles comunes:

Observancia 2ª *De rerum amotarum*:

Así mismo, si la mujer, antes de unirse en matrimonio, ha contraído algunas deudas, para satisfacerlas puede hacerse ejecución sobre aquellos bienes muebles que le son comunes con el varón con quien después ha contraído matrimonio⁵⁷⁸.

Se suscitó entre los autores la importante cuestión de si era posible su aplicación al marido. Como señalaba ALBALATE, en general la mayoría se pronunció por la extensión de la Observancia a las deudas antematrimoniales de aquél⁵⁷⁹ pero condicionán-

Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit., libro V, pp. 34 (vol. II) y 222 (vol. III).

577 Como puntualiza DIESTE, en tanto que la obligación es una especie de enajenación tampoco podía obligarlos. Esta prohibición presente ya en el Fuero *Ne vir sine uxore* no tendía a anular tales enajenaciones sino a preservar, en todo caso, la viudedad y derechos dotales de la mujer sobre los bienes enajenados, *cfr.* DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés, op. cit.*, p. 544.

578 *Item, si mulier ante contractum contraxerit aliqua debita. Pro iliis debitis potest fieri executio in bonis mobilibus, sibi, & viro suo cum quo post contraxerit matrimonium*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit.*, libro V, pp. 38 (vol. II) y 217 (vol. III); *vid.* igualmente MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Observancias del Reino de Aragón. Vertidas del latín al castellano por los autores de "Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla"*, *op. cit.*, p. 97.

579 Aunque su tenor literal hace referencia solamente a la esposa no veían inconveniente en aplicarla igualmente al marido MOLINO, M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Justitiae Aragonum, practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis, op. cit.*, voces *Vir et*

dola a que la pretensión de los acreedores se dedujera constante el matrimonio⁵⁸⁰. También estuvo de acuerdo la doctrina en no extender su alcance a los sitios⁵⁸¹.

Si la deuda prematrimonial era del marido, de la Observancia 16 *De Iure Dotium* se infería la obligación de pago por parte de la esposa para poder disfrutar su derecho de viudedad, sin dejarle siquiera deducir —a diferencia de las postmatrimoniales— lo que necesitare para subsistir:

Observancia 16 *De Iure Dotium*:

Así mismo la mujer está obligada a pagar las deudas e indemnizaciones o a abandonar los bienes por las deudas contraídas por su marido. Pero en esto hay que distinguir porque, por las deudas contraídas antes del matrimonio, está obligada a desamparar sin deducir lo necesario para vivir. En cambio, por las demás

uxor, fol. 335, *Divisio*, fol. 102 y *Mobilia bona*, fol. 227; NOUGUÉS SECAL, P., *Tratado del consorcio conyugal con arreglo a la Jurisprudencia de Aragón*, op. cit., p. 44; FRANCO y LÓPEZ, L. y GUILLÉN y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 77; DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, op. cit., p. 541; BLAS y MELENDO, A., *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 144 (art. 173.5°); ISÁBAL y BADA, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado “Fueros y Observancias del Reino de Aragón” derogado por el Apéndice al Código Civil español*, op. cit., p. 479.

580 Cfr. ALBALATE GIMÉNEZ, G., “Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, op. cit., pp. 151 y 152.

581 Apunta ISÁBAL que el texto legal se refiere a los bienes muebles y los autores estuvieron conformes en aplicarlos solamente a éstos, cfr. ISÁBAL y BADA, *Ídem*, p. 479. Igualmente véase FRANCO y GUILLÉN, para quienes aunque no prohíbe expresamente la ejecución de bienes sitios por esta clase de deudas “se infiere con la mayor claridad, puesto que solo permite que se ejecuten los *bienes muebles* (el subrayado es mío) comunes de los dos cónyuges, lo que equivale a prohibir la ejecución en los sitios pues si fuera otra la mente de la Obs. hubiera establecido una regla general”, *Ídem*, p. 77, nota a.

deudas, contraídas después del matrimonio, no está obligada a desamparar si con los bienes que le quedan no puede vivir. Y así, en este caso, está obligada a desamparar los bienes, una vez deducido lo que es necesario para vivir. Otra cosa es cuando se trata de legados piadosos pues, si la mujer no tiene bienes muebles pertenecientes a su marido, no está obligada a pagar los legados ni a desamparar los bienes inmuebles. Con todo, pueden venderse, quedando a salvo su derecho de viudedad⁵⁸².

En última instancia, los derechos de los acreedores de esta clase de deudas se superponen al de viudedad de la mujer pues está obligada para su pago a hacer cesión de los bienes de aquél aun cuando no le quedasen bienes propios suficientes para mantenerse⁵⁸³.

En relación con la viudedad, la opinión dominante de la doctrina⁵⁸⁴ derivada de la interpretación conjunta de las observancias

582 *Item, uxor tenetur solvere debita & iniurias, vel desamparare bona pro debitis contractis per virum: sed est distinctio in hoc, quia pro debitis contractis ante matrimonium, tenetur desamparare: non deducta vita: sed pro aliis contractis post matrimonium: non tenetur desamparare si ex eis bonis quae remanent vivere non posset: & sic tenetur in hoc casu deducta vita desamparare: secus est in legatis piis nam si uxor bona mobilia quae fuerunt viri sui non teneat: non tenetur legata solvere, nec desamparare bona sedentia: sed possunt vendi, salvo iure viduitatis, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, pp. 33 (vol. II) y 216 (vol. III); vid. igualmente MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, op. cit., obs. 5.3.23, p. 190, 5.3.70, p. 195, 5.4.63 y 74, p. 208 y, del mismo autor, en "Dos colecciones de Observancias de Aragón", op. cit., obs. I. 86 y I. 88, p. 558; MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Observancias del Reino de Aragón. Vertidas del latín al castellano por los autores de "Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla"*, op. cit., p. 84.*

583 DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, op. cit., p. 541.

584 Sobre las diferentes opiniones de la doctrina regnicola al respecto vid., por todos, SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, op. cit., pp. 164 a 168; ALBALATE GIMÉNEZ, G., "Informe sobre re-

citadas fue que esta clase de deudas no perjudicaban al derecho expectante de viudedad del cónyuge no deudor en la mitad de los sitios comunes cuando, en defecto de bienes muebles, se afectaban aquéllos en satisfacerlas. Así lo consideraron PORTOLES⁵⁸⁵ y después LA RIPA⁵⁸⁶ quienes entendían que los bienes sitios comunes no se podían subastar en perjuicio del derecho de dominio que tuviera el otro cónyuge en la mitad, y del derecho de viudedad en la otra mitad, a excepción de que la deuda fuera común.

En igual sentido se pronunciaron BLAS y MELENDO⁵⁸⁷.

gímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, *op. cit.*, pp. 155 y 156 e, igualmente, en “El pasivo de las masas patrimoniales en la comunidad conyugal aragonesa”, *ADA*, IX, 1957-58, pp. 1 a 18; SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges*, *op. cit.*, pp. 133 a 135.

585 PORTOLÉS, J., *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, IV, Ad Ob. 64 *De Iure Dotium*, *op. cit.*, p. 924.

586 “De forma que ni aun los bienes sitios comunes por las deudas anteriores se podrán subastar a perjuicio del derecho de dominio que tiene el otro de los cónyuges en la mitad y del derecho de viudedad en la otra mitad a no ser que la deuda proviniese de la adquisición de fundo común o de otras causas que hacen las deudas comunes”, *cfr.* LA RIPA, J. F., *Tratado sobre los derechos de los cónyuges en el matrimonio, a los bienes que poseen durante él y de la división de ellos entre los mismos y sus herederos*, “Segunda ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón”, núm. 33, *op. cit.*, p. 174.

587 En el art. 173 de la obra de BLAS y MELENDO “Derecho civil aragonés ilustrado” se establecía lo siguiente acerca de la responsabilidad por deudas antematrimoniales:

Art. 173.– Las deudas que afectan a los bienes comunes de los cónyuges son:

4º Las deudas contraídas por el marido antes del matrimonio.

5º Las deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio, para cuyo pago se ejecutarán los bienes muebles comunes (Obs. 2ª *De rerum amotarum*), disposición aplicable también al marido, como se infiere del Fuero *De Rebus quas mortua uxore*, que consigna que no deben ser de desigual condición los cónyuges. De la Obs. 2ª *De Rerum Amotarum* se deduce que, si no bastaren

FRANCO y GUILLÉN⁵⁸⁸ siguieron la misma postura pero con la salvedad de aquellos supuestos en los que las deudas se pagaran con bienes sitios obligados por el cónyuge deudor antes de contraer matrimonio o los no obligados se hubieran inventariado o amparado a instancia de los acreedores:

Art. 135.– Para el pago de deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio, podrán ejecutarse durante éste los bienes muebles comunes de ella y de su marido (Obs 2ª *De rerum amotarum*).

Art. 136.– Si por ser estas deudas tan considerables no bastasen para su pago los bienes muebles y fuere preciso echar mano de los sitios, no podrán por las deudas del marido ser ejecutados los de la mujer ni viceversa; ni tampoco los sitios comunes en perjuicio del derecho de dominio que el cónyuge no deudor tiene en la mitad de ellos y del de viudedad que le compete en la otra mitad.

Art. 137.– Cuando en este caso se paguen las deudas con bienes sitios obligados por el cónyuge deudor antes de contraer matrimonio o los no obligados se hubieren inventariado o emparado a instancia de los acreedores, la mujer no tendrá viudedad en ellos.

La razón que sustenta su argumento es que el derecho de viudedad, posterior al adquirido por los acreedores, no puede perjudicar a éstos. A mayor abundamiento, consideran que si por la Observancia 56 *De Iure Dotium*⁵⁸⁹ se dispuso que los bienes dados

los bienes muebles comunes, no se podrá ejecutar en los sitios comunes en perjuicio del dominio que el otro cónyuge tiene en la mitad, y la viudedad en la otra mitad, *cfr.* BLAS Y MELENDO, A., *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 144.

588 FRANCO y LÓPEZ, L. y GUILLÉN y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, pp. 76 y 77.

589 *Item, mulier mortuo viro tenebit, & possidebit bona sibi assignata in dotem, nec ipsorum locorum homines possunt pignorari pro debitis vel iniuriis mariti sui ubi uxor fuit*

en dote por el marido a la mujer podían ser ejecutados por deudas de aquél cuando antes de darlos en dote los hubiera obligado especialmente o hubiesen sido amparados o inventariados a instancia de los acreedores, la misma razón concurría para privar a la mujer de la viudedad cuando hubiere un derecho anterior adquirido por los acreedores del que no podía despojarse sin una notable injusticia⁵⁹⁰, citando a FRANCO DE VILLALBA⁵⁹¹.

Igualmente se pronunció DIESTE⁵⁹², con cita también de FRANCO⁵⁹³.

dotata, nisi bona praedicta antequam essent uxori in dotem assignata, aliis essent specialiter obligata per maritum suum, vel ad instantiam creditorum iudicialiter emparata, sive testata, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, pp. 36 (vol. II) y 219 (vol. III).

590 FRANCO y LÓPEZ, L. y GUILLÉN y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 77, en especial, nota b).

591 Respecto a éste último autor *vid.* su comentario a la Obs. 56 *De Iure Dotium*, mencionando una decisión de 16 de mayo de 1682, *cfr.* FRANCO DE VILLALBA, D., *Fororum atque observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata methodica compilatio, jure civili ac canonico fvlcita, legibus castellae conciliata et omnigena eruditione contexta*, T. II, op. cit., p. 30.

592 Así se manifestaba DIESTE en relación con las deudas antem matrimoniales y la viudedad:

No están sujetos a viudedad:

1º La cosa que al ser aportada al matrimonio estuviese afecta a alguna carga, *v. gr.*, la comprada con anterioridad cuyo precio se debiese cuando el cónyuge no propietario dejase de satisfacer la mitad.

2º Los bienes que se enajenaren para pagar deudas contraídas antes del matrimonio por el cónyuge propietario.

La mujer no tiene tampoco viudedad:

5º En los bienes obligados por el marido antes del matrimonio; pues en tal caso el derecho de viudedad de la mujer es posterior al de los acreedores, a quienes no debe, por consiguiente, perjudicar.

Cfr. DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, op. cit., pp. 673 y 674 (viudedad).

593 DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Ídem*, p. 541, nota 3 (sociedad conyugal).

En contra, y aún reconociendo la generalidad de la opinión mayoritaria, se situaba NOUGUÉS⁵⁹⁴ quien, fundándose en la Observancia 2ª *De Rerum Amotarum*, se inclinaba en cualquier caso a favor de la extinción pues, a su parecer, siendo la viudedad un derecho posterior no debía tener lugar cuando había otro que, por superioridad, debía ser antepuesto.

MARTÓN y SANTAPAU mencionan y acogen esta última opinión, pero excluyen de ella el caso concreto —ya aludido por PORTOLÉS— en el que los acreedores anteriores al matrimonio no tuvieran más garantía de sus créditos que una hipoteca general y la mujer una especial posterior en seguridad del derecho de viudedad o por firma, considerando preferente entonces esta última⁵⁹⁵.

1.2.2. Memoria de Franco y López

En el primer proyecto⁵⁹⁶ se regulaba la extinción del expectante en aquellos bienes enajenados para el pago de las deudas contraídas por el marido con anterioridad a la celebración del matrimonio garantizadas con hipoteca⁵⁹⁷ así como en las rela-

594 NOUGUÉS SECAL, P., *Tratado del consorcio conyugal con arreglo a la Jurisprudencia de Aragón*, op. cit., p. 44. En igual sentido, GIL BERGES, J., *Legislación foral de España, Derecho vigente en Aragón*, T. I, op. cit., p. 151.

595 MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla por dos abogados del Ilustre Colegio de Zaragoza*, op. cit., p. 540.

596 *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, Escrita según el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1886.

597 Hace referencia exclusivamente a obligaciones antematrimoniales garantizadas con hipoteca y, por consiguiente, sólo a inmuebles privativos, cfr. SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, op.

tivas a bienes aportados por el cónyuge deudor o por razón de sucesiones o donaciones, siendo preciso, no obstante, en éste último caso, que la deuda figurase en documento público:

Art. 79.— No conserva la mujer su derecho de viudedad sobre los bienes inmuebles pertenecientes al marido que, por él mismo o por disposición de la autoridad judicial, se hubieran enajenado para el pago de las deudas hipotecarias a que se hallasen sujetos y que hubiese aquél contraído antes de su matrimonio. Los bienes enajenados con este objeto, si son de los que se hallan sujetos a la obligación hipotecaria, no lo están al derecho de viudedad sino en lo que quedase después de cubierta esta obligación.

Art. 80.— También se exceptúan de lo dispuesto en el art. 78 (derecho de viudedad sobre los bienes inmuebles privativos de los cónyuges) los inmuebles que vendieren durante el matrimonio para el pago del precio con que hubieran sido adquiridos por el cónyuge que los aportó o por la persona que se los hubiera donado o transmitido por última voluntad; siempre que la existencia de la deuda se hallase comprobada por instrumento público otorgado con anterioridad al matrimonio.

El segundo proyecto⁵⁹⁸ recoge idénticos preceptos equivalentes al 79 y 80 en los artículos 118 y 119, respectivamente.

cit., p. 165. En su opinión, la limitación que hace a obligaciones y bienes del marido carece de justificación.

598 *Adición a la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al gobierno de S. M. en 1880, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero del propio año el vocal correspondiente de la Comisión General de Codificación y Senador vitalicio del Reino D. Luis Francisco y López, Barón de Mora, y reformas y adiciones que en uso de la autoridad concedida por la Real Orden de 16 de octubre de 1889 propone al proyecto presentado con la misma Memoria para ser Apéndice primero del Código civil español, Zaragoza, Imprenta del Hospicio Provincial, 1893.*

1.2.3. Proyecto Gil Berges

Establecía la pérdida del expectante del cónyuge no deudor sobre los bienes inmuebles llevados al matrimonio por el deudor o adquiridos por el mismo a título lucrativo durante la sociedad que se hubieran empleado para satisfacer deudas antematrimoniales.

Sin embargo, si en última instancia se precisaba ejecutar para el pago la mitad de los inmuebles comunes correspondientes al deudor, quedaba a salvo el derecho expectante de viudedad sobre dicha mitad a favor de su consorte:

Art. 28.– Igualmente está obligado el marido a satisfacer las deudas anteriores al matrimonio, sean suyas o de la mujer, observándose las siguientes reglas:

1º Destinárase a ello con preferencia, y hasta donde alcancen los bienes muebles comunes, tomándose en cuenta en su tiempo y lugar lo que se establece por el artículo 23 en su número 6^o⁵⁹⁹.

2º Si no hay muebles comunes, o no son suficientes los que existan, ejercitárase el pago con los raíces o inmuebles llevados al matrimonio por el cónyuge deudor, o adquiridos por él mismo a título lucrativo durante la sociedad, aún en perjuicio de la viudedad expectante del no deudor.

3º Caso de carecer el cónyuge deudor de raíces o muebles de su pertenencia y habiéndolos comunes, únicamente podrá proceder contra la mitad correspondiente a aquél y sin perjuicio del derecho expectante de viudedad sobre dicha mitad a favor del no deudor.

599 El art. 23.6º del Proyecto Gil Berges establecía lo siguiente:

Art. 23.6º.– Tendrán la consideración de bienes comunes de la sociedad las sumas tomadas del fondo común e invertidas en beneficio particular de uno de los cónyuges para el pago de sus deudas anteriores al matrimonio.

Como afirmaba ALBALATE⁶⁰⁰, el sistema de este proyecto recogía con bastante acierto, a diferencia de los anteriores, la doctrina tradicional y el espíritu de los Fueros y Observancias. Y así, establecía, en primer lugar, la responsabilidad de los muebles comunes, por deudas del marido y la mujer, al igual que la Observancia 2ª *De Rerum Amotarum*; después la de los sitios, en defecto de muebles, afectando preferentemente a los privativos del cónyuge deudor; por último, adoptaba en relación con la viudedad un criterio intermedio que podía armonizar las encontradas opiniones de los autores regnícolas: el expectante solamente podía resultar perjudicado por la responsabilidad derivada de las deudas prematrimoniales si el pago se realizaba con bienes privativos del deudor pero no cuando se procediera contra la mitad de los sitios comunes que le pertenecieran.

1.2.4. Apéndice 1925

El sistema adoptado en el Proyecto Gil Berges fue el que pasaría con posterioridad al Apéndice:

Art. 51.– Incumbe al marido satisfacer las deudas anteriores al matrimonio, suyas o de su mujer, y a ello destinará preferentemente los bienes comunes de naturaleza mueble. La carencia o insuficiencia de éstos se suplirá con los raíces o inmuebles que el deudor haya aportado al matrimonio o con los que haya adquirido durante éste a título lucrativo, aunque darles tal aplicación perjudique la viudedad expectante del otro consorte. Si el cónyuge deudor carece de bienes inmuebles y los hay comunes, únicamente contra la mitad de éstos corresponda a aquél se

600 *Cfr.* ALBALATE GIMÉNEZ, G., “Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II., *op. cit.*, p. 157; igualmente, en “El pasivo de las masas patrimoniales en la comunidad conyugal aragonesa”, *op. cit.*, p. 20.

podrá proceder para el pago de las deudas y se dejará a salvo el derecho expectante de viudedad a favor del otro consorte.

En coherencia con el art. 51, el 66.1 interpretado *a sensu contrario* excluía la viudedad de los bienes inmuebles de un cónyuge vendidos para satisfacer deudas propias y antematrimoniales, si bien el remanente del precio, si lo hubiere, quedaba afectado por el derecho expectante a través del fenómeno de la subrogación⁶⁰¹:

Art. 66.– Al efecto de comprenderlos en la viudedad legal se reputarán bienes inmuebles:

1º El remanente que el sobreviviente reciba del producto de las fincas pertenecientes al otro cónyuge, vendidas para satisfacer las deudas de éste anteriores al matrimonio.

Señalaba ALBALATE como el artículo 51 citado tenía a su favor su fidelidad con el Derecho histórico y, desde ese punto de vista, encontraba justos tanto el orden de prelación que establecía como la reserva del expectante que regulaba.

Sin embargo alertaba, en su contra, como el sistema regulado podía resultar injusto en numerosos casos concretos, y aún fraudulento en ocasiones, además de los importantísimos y serios problemas de interpretación que, a su parecer, los defectos en su expresión podían provocar⁶⁰².

En relación con la limitación de la responsabilidad a los sitios comunes, entendía que ni siquiera un buen sistema de reembolsos y recompensas era suficiente para proteger los intereses

601 SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 112 y 128.

602 ALBALATE GIMÉNEZ, G., “Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, *op. cit.*, vol. II, pp. 148 y 158.

de los cónyuges y de los acreedores en la medida que exige el más elemental principio de justicia, citando en apoyo de su argumentación la opinión de PALÁ MEDIANO.

Para PALÁ, la regulación del Apéndice dejaba a los acreedores en una posición de inferioridad al quedar limitada la responsabilidad por deudas antematrimoniales en los bienes comunes a la mitad, con el agravante de la subsistencia del expectante sobre la misma. Por ello proponía *de lege ferenda* en estos casos la responsabilidad ilimitada de dichos bienes por deudas prematrimoniales, junto con la extinción del derecho expectante, conclusión que también refrendaba ALBALATE⁶⁰³.

SANCHO REBULLIDA, aunque admitía los riesgos mencionados, mostraba su opinión desfavorable a tales argumentos —a excepción de los bienes muebles y de los supuestos de garantía hipotecaria, considerando que el expectante se perdía en ambos casos— pues entendía que podía llevar a resultados poco acordes no solamente con el Derecho histórico sino con la esencia misma de la institución de la viudedad.

603 Cfr. ALBALATE GIMÉNEZ, G., *Ídem*, p. 158; PALÁ MEDIANO, F., “Posibles aplicaciones del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges en una nueva ordenación del Derecho aragonés”, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

En igual sentido, con anterioridad al Apéndice, se había manifestado la Audiencia de Zaragoza en sentencia de 19 de enero de 1901: “(...) el derecho adquirido por la mujer al contraer matrimonio está limitado y subordinado al que preferente y lícitamente pudiera existir sobre los bienes sitios del marido, porque no existe ni puede existir precepto alguno con fuerza suficiente a invalidar o rescindir una obligación legítima por el hecho de contraer matrimonio, ni al derecho de viudedad puede otorgarse una eficacia de tal naturaleza que prive a un tercero de lo que legalmente le corresponde y haya adquirido con anterioridad al expectante de bienes sitios que en Aragón se adquiere desde el momento que se contrae matrimonio”, citada por SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 167 y 168.

Para este autor la solución mejor era la entonces vigente del art. 51 del Apéndice, si bien considerando expedita la posibilidad de impugnar los actos —o el resultado de éstos— que se acreditasen realizados en fraude de acreedores⁶⁰⁴.

1.3. DEUDAS POSTERIORES AL MATRIMONIO

1.3.1. Deudas contraídas por el marido

La regla general durante el matrimonio derivada de la interacción de las Observancias 16⁶⁰⁵ y 26 *De Iure Dotium*⁶⁰⁶ y de la 2ª *Ne vir sine uxore*⁶⁰⁷ era que el marido podía disponer de sus bienes propios y de su mitad en los comunes quedando a salvo el derecho de viudedad de la esposa si no consentía.

Si, por falta de bienes muebles, las deudas no autorizadas por la esposa se pagaban con bienes sitios, ésta conservaba intacto su derecho⁶⁰⁸.

604 SANCHO REBULLIDA, F., *Ídem*, p. 168.

605 SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit.*, libro V, pp. 33 (vol. II) y 216 (vol. III)

606 SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Ídem*, libro V, pp. 34 (vol. II) y 222 (vol. III)

607 SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Ídem*, libro II, pp. 14 (vol. II) y 196 (vol. III).

608 *Cfr.* DE LA PEÑA, E., *Recopilación por orden de materias de los fueros y observancias vigentes en el antiguo Reino de Aragón*, adicionada con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y precedida por un Prólogo del Excelentísimo Sr. D. Joaquín Gil Berges, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1880, p. 56. Éste era el sentido que daba el autor a las palabras de la Observancia 26 *De Iure Dotium* “*nisi alienatio sit facta de voluntate uxoris*”.

1.3.1.1. Observancias

Como pudo verse en el apartado precedente, la Observancia 16 *De Iure Dotium* estaba referida a las deudas privativas del marido, estableciendo un tratamiento distinto según hubieren sido contraídas antes o después del matrimonio:

Observancia 16 *De Iure Dotium*:

Así mismo la mujer está obligada a pagar las deudas e indemnizaciones o a abandonar los bienes por las deudas contraídas por su marido. Pero en esto hay que distinguir porque, por las deudas contraídas antes del matrimonio, está obligada a desamparar sin deducir lo necesario para vivir. En cambio, por las demás deudas, contraídas después del matrimonio, no está obligada a desamparar si con los bienes que le quedan no puede vivir. Y así, en este caso, está obligada a desamparar los bienes, una vez deducido lo que es necesario para vivir. Otra cosa es cuando se trata de legados piadosos pues, si la mujer no tiene bienes muebles pertenecientes a su marido, no está obligada a pagar los legados ni a desamparar los bienes inmuebles. Con todo, pueden venderse, quedando a salvo su derecho de viudedad⁶⁰⁹.

609 *Item, uxor tenetur solvere debita & iniurias, vel desamparare bona pro debitis contractis per virum: sed est distinctio in hoc, quia pro debitis contractis ante matrimonium, tenetur desamparare: non deducta vita: sed pro aliis contractis post matrimonium: non tenetur desamparare si ex eis bonis quae remanent vivere non posset: & sic tenetur in hoc casu deducta vita desamparare: secus est in legatis piis nam si uxor bona mobilia quae fuerunt viri sui non teneat: non tenetur legata solvere, nec desamparare bona sedentia: sed possunt vendi, salvo iure viduitatis*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Ídem*, libro V, pp. 33 (vol. II) y 216 (vol. III); *vid.* igualmente MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, *op. cit.*, obs. 5.3.23, p. 190, 5.3.70, p. 195, 5.4.63 y 74, p. 208 y, del mismo autor, en "Dos colecciones de Observancias de Aragón", *op. cit.*, obs. I. 86 y I. 88, p. 558.; MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Observancias del Reino de Aragón. Vertidas del latín al castellano por los autores de "Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla"*, *op. cit.*, p. 84; DE LA PEÑA, E., *Recopilación por orden de materias de los fueros y observancias vigentes en el antiguo Reino de Aragón*, *op. cit.*, p. 59.

Si al tiempo de la disolución conyugal existían inmuebles del marido y deudas postmatrimoniales, la mujer podía enajenarlos y reservarse el usufructo si con ello podía satisfacerse a los acreedores. En caso contrario, perdía parcialmente la viudedad sobre los bienes y solamente podía reservarse el usufructo de los que necesitase, según el arbitrio judicial, para sobrevivir.

Constante el matrimonio, el marido tenía que satisfacer estas deudas, en primer lugar, con sus bienes, quedando a salvo el expectante de la esposa; si no era bastante, la mujer perdía su derecho, pero podía reservarse lo necesario para su sustento. Primaba por tanto, en última instancia —a diferencia de las deudas prematrimoniales— el derecho expectante o el usufructo vidual en su caso sobre el derecho de los acreedores⁶¹⁰.

En opinión de MOLINO, la esposa, siempre y cuando contratase con su marido, no perdía su derecho expectante a no ser que lo renunciara expresamente. Si aquél contrataba con un extraño, bastaba entonces con el consentimiento a la enajenación con lo que, en principio, conservaba su derecho en tanto en cuanto aquél no se hubiera emitido⁶¹¹. Sin embargo consideró factible, con apoyo en la Observancia 16 *De Iure Dotium*, que la mujer tuviera que “desamparar” los bienes del marido en los que

610 Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad conyugal aragonesa. op. cit.*, p. 136.

611 MOLINO, M. (del), “*Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum...*”, *op. cit.*, voz *viduitas*, fol. 331: “*Quia in isto, etiam si uxor non renunciaret expresse viduitati, tamen perdit eam ex dicta alienatione vel ex dicto consensu solo*”; Igualmente PORTOLÉS, J., *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, IV, *op. cit.*, p. 516: “*MOLIN. hic docet uxorem consentientem venditioni a marito faciae eo ipso censeri iuri viduitatis quod in re vendita habitura erat renunciare ut ita decidit tex. in obs. item vir tit. De iure dotium*”.

tuviera viudedad para satisfacer deudas de su difunto consorte que no hubiera consentido⁶¹².

PORTOLÉS interpreta la equívoca expresión “*desamparare bona*” de la Observancia citada considerando que la posibilidad a la que alude consiste en que la esposa pueda dejar a los acreedores del marido los bienes que éste poseía antes de la celebración del matrimonio para verse libre del pago de las deudas⁶¹³.

Para DIESTE, eran exclusivamente deudas propias del marido las contraídas por él sólo, es decir, que no hubieran sido otorgadas ni consentidas por la mujer, cuando no hubieran sido de utilidad para el consorcio, se probare que el marido era mal administrador o cuando se hubiere gastado en la manutención de la mujer, la familia u otras atenciones de la casa. Sin embargo, entendía que solamente las deudas comprendidas en los dos primeros casos debían atenderse con bienes del marido, afectando al tercer supuesto los bienes comunes y los privativos de cada uno de los cónyuges⁶¹⁴.

En relación con el expectante, LA RIPA opinaba al respecto que estas deudas no perjudicaban al derecho de viudedad de

612 “*Viduitatis bona an debeat desamparari per vidua pro soluendis debitis viri tantu mortui in quibus uxor non fuit obligata*”, cfr. MOLINO, M. (del), *Ídem*, voz *viduitatis*, fol. 330.

613 ALBALATE GIMÉNEZ, G., “Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, *op. cit.*, p. 197, citando a PORTOLÉS (*Scholia sive Adnotaciones...*, *op. cit.*, Ad Ob. 16 *De Iure Dotium*, p. 587, vers. 1º). Ciertamente, así se deducía *a contrario sensu* de lo expuesto por este último (*Ídem*, p. 588, vers. 6º): “*ex haec observantia [16 De Iure Dotium] colligere poterit quod pro debitis virum constante matrimonio contractis, uxor bona sedentia viri desamparare non tenetur, sed ipsa uxor in iliis viduitatis tener potest licet per virum creditoribus obligata fuerint*”.

614 DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, *op. cit.*, pp. 541, 542 y 543.

la esposa a no ser que fueran para la manutención de la casa o para otros fines útiles a ella o a la comunidad, en cuyo caso consideraba sujetos los sitios comunes, además de los muebles, y los propios del marido, a total perjuicio de su consorte⁶¹⁵.

La posición más radical la encontramos en NOUGUÉS pues no solo descarta la responsabilidad del patrimonio privativo de la esposa por deudas del marido incluso cuando fueran en beneficio de la comunidad⁶¹⁶ sino que defiende la subsistencia del expectante para cualquier supuesto, ya que consideraba que un crédito posterior no podía destruir un derecho que existía antes⁶¹⁷.

1.3.1.2. Memoria de Franco y López

En el primer proyecto de la Memoria se respetaba el derecho expectante de la esposa en todo tipo de enajenaciones que el marido realizara sin su consentimiento, aunque fueran para aplicar el precio al pago de obligaciones contraídas por él constante el matrimonio:

615 LA RIPA, J. F., *Tratado sobre los derechos de los cónyuges en el matrimonio, a los bienes que poseen durante él y de la división de ellos entre los mismos y sus herederos*, núm. 33, *op. cit.*, p. 174.

616 Para este autor, si hay bienes comunes, éstos deberán destinarse en primer lugar al pago, porque se presume con razón que lo que falta de los capitales está refundido en los que aparecen como gananciales, y no lo son mientras los capitales no se cobran; pero si no hubiese bienes comunes, los bienes del marido son responsables, porque debió conservar lo que había y si no conservó lo de la mujer no cumplió como correspondía con las obligaciones que contrajo al tomar sobre sí la administración de la sociedad, cuyas necesidades debe satisfacer, sin tocar nunca lo que pertenece a su consorte, *cfr.* NOUGUÉS SECAL, P., *Tratado del consorcio conyugal con arreglo a la Jurisprudencia de Aragón*, *op. cit.*, p. 58.

617 NOUGUÉS SECAL, P., *Ídem*, p. 47.

Art. 78.— El derecho expectante de viudedad de la mujer en los inmuebles del marido no se ve afectado por las enajenaciones que éste hiciera sin su consentimiento, aunque sea para aplicar su precio al pago de obligaciones legítimamente contraídas por él durante el matrimonio. Si llega a sobrevivir la mujer podrá reivindicar estos bienes de cualquier persona que los posea, para usufructuarlos durante la viudedad, sin perjuicio del derecho de propiedad que en ellos tendrá el poseedor legítimo, si hubieran pertenecido a la del marido enajenante.

Lo mismo ocurría si el marido afianzaba sus deudas con sus bienes privativos puesto que solamente podía utilizar en garantía de sus deudas la nuda propiedad de aquéllos, quedando a salvo el expectante de la esposa⁶¹⁸:

Art. 81.— Para seguridad de las deudas que el marido contrajere por sí sólo durante el matrimonio, únicamente podrá hipotecar los bienes propios a que se refiere el artículo 78 en cuanto a la nuda propiedad, quedando a salvo el derecho de viudedad a su consorte si llegase ésta a sobrevivir.

En la posterior Adición a la Memoria se reproducen estas normas en los arts 117 y 120 respectivamente, si bien este último

618 Criticando duramente esta regulación *vid.* “Breves observaciones que formula el Colegio de Abogados de Huesca a la memoria de Franco y López sobre codificación del Derecho Civil Aragonés escrita de conformidad a lo dispuesto en el R.D. de 2 de febrero de 1880”, *RDCA*, II, n° 2, 1996, pp. 201 y 202: “El marido sufrirá una especie de *capitis diminutio*, pues será incapaz de ofrecer seguridad en negocios hasta triviales, sin asistencia de la mujer (...) No es equitativo ni conveniente extremar más el derecho de viudedad. Ésta no debe subsistir sobre los bienes necesarios para pagar las justas obligaciones del marido; y no sólo deben aplicarse a ellas los bienes que le son propios, sino en primer término, y ante todo, como ahora sucede, los bienes comunes y gananciales, muebles o sitios, pues de otra suerte, la sociedad conyugal tendría un carácter leonino, en la que la mujer podría alcanzar gran beneficio, a la par que el marido o sus sucesores quedarán totalmente arruinados. Esto no es admisible en justicia”.

contiene un segundo párrafo en el que se admite la enajenación o hipoteca de los bienes adquiridos constante matrimonio a título oneroso aunque la esposa no hubiera intervenido con pérdida de su expectante:

Art. 81.2.– Pero podrá hipotecar y del mismo modo enajenar libremente sin intervención de la mujer los que durante el matrimonio adquiriera a título oneroso sin que ésta pueda pretender viudedad en ellos.

1.3.1.3. Apéndice

Al igual que sus proyectos precedentes de 1899 y 1904, el Apéndice no regula expresamente la repercusión sobre el derecho expectante de las obligaciones postmatrimoniales a pesar de que sí lo hace en relación con las delictuales en el art. 66.2.2^o⁶¹⁹.

En opinión de SANCHO REBULLIDA, los inmuebles comunes debían seguir, por analogía, la regla del artículo 51 *in fine* relativa a las deudas privativas contraídas antes del matrimonio de respeto y subsistencia del derecho expectante ya que el art. 50, que es el que regulaba las deudas postmatrimoniales, carecía de

619 El art. 66.2.2^o del Apéndice disponía lo siguiente:

Art. 66.2.– También se extiende la viudedad legal:

2^o A los que durante el matrimonio se hayan enajenado para solventar responsabilidades dimanadas de delito del consorte difunto.

Aunque del tenor literal del precepto parece que deba de interpretarse que sea preciso que solamente la enajenación sea constante matrimonio y no la comisión del delito, SANCHO se pronuncia a favor de la solución contraria porque aquél se refiere al autor del delito como “consorte” y, por analogía con la regla 1^a del 66, si las deudas prematrimoniales no afectaban al expectante, con mayor razón las delictuales debían seguir idéntico destino, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 132, 164 y 165.

referencia alguna al usufructo del viudo ni para hacerlo responsable ni para exceptuarlo de toda responsabilidad⁶²⁰:

Art. 51.— Incumbe al marido satisfacer las deudas anteriores al matrimonio, tuyas o de su mujer, y a ello se destinará preferentemente los bienes comunes de naturaleza mueble.

La carencia o deficiencia de éstos se suplirá con los raíces o inmuebles que el cónyuge deudor haya aportado al matrimonio o con los que haya adquirido durante éste a título lucrativo, aunque darles tal aplicación perjudique la viudedad expectante del otro consorte.

Si el cónyuge deudor carece de bienes inmuebles y los hay comunes, únicamente contra la mitad que en éstos corresponde a aquél se podrá proceder al pago de las deudas y se dejará a salvo el derecho expectante de viudedad a favor del otro consorte.

Art. 50.— El marido está obligado a subvenir con los productos y con el restante haber de la sociedad a las atenciones legítimas de la misma, a las particulares de cada consorte y a las que dimanen de la paternidad o de la jefatura de la familia.

Al pago de las deudas que para levantar las dichas cargas contraiga el marido están afectos los bienes comunes, posponiendo los raíces o inmuebles; y si todos ellos no bastan, los bienes peculiares de cada cónyuge por mitad.

Se presumirán contraídas en beneficio común las deudas del marido, salvo prueba en contrario. Los bienes raíces o inmuebles peculiares de la mujer y la mitad que pertenezca a ésta en los comunes de la misma clase no responderán en caso alguno de deudas contraídas por el marido en su propio provecho, con ocasión de vicios, afianzando a favor de otros o con propósito conocido de perjudicar a aquélla.

Idéntica solución consideraba aplicable a los inmuebles privativos por deducirlo así de los artículos 49 y 66.2.4º, ya que si

620 SANCHO REBULLIDA, F., *Ídem, op. cit.*, pp. 170 y 171.

no podían ser enajenados por el marido, pese a la presunción de buena administración⁶²¹ del art. 50, en perjuicio del expectante de la mujer, tampoco podían ser obligados por el marido sino era salvando tal derecho⁶²²:

Art. 49.— En cuanto a los raíces o inmuebles en que pueda corresponder viudedad a la mujer, este derecho, si no hubiere dado ella expreso consentimiento, quedará a salvo no obstante las enajenaciones que hiciere o gravámenes que impusiera el marido.

Art. 66.2.— También se extiende la viudedad legal:

4.— Siendo sobreviviente la mujer, a los inmuebles que sin consentimiento suyo el marido haya enajenado (...) estando ellos sujetos al derecho expectante de viudedad.

621 Esta presunción nació originariamente con el falso Fuero 2º *De contractibus coniugum* y se limitaba a legitimar al marido para obligar los bienes muebles comunes cuando tomaba dinero a préstamo. Señalaba LACRUZ al respecto que, aún reconociendo la fuerza que originariamente tuvo el principio de disposición conjunta, consideraba ilógica la limitación a los muebles y contraria a los Fueros 7 y 8º *De Homicidio*, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón, op. cit.*, pp. 96 y ss.

Para ALBALATE, la solución debía ser la misma que para las obligaciones delictuales, afectando, por lo tanto, a las heredades gananciales, *cfr.* “Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, *op. cit.*, pp. 181 y 188. Respecto a la limitación originaria al supuesto de mutuo, el autor citado pone de relieve como los autores aragoneses desde el s. XVI la extendieron a todas las deudas contractuales del marido, con independencia de su origen. Esta interpretación tan amplia fue generalizada entre la doctrina del s. XIX y sería la que pasaría a los distintos Proyectos y al Apéndice, *cfr.* ALBALATE GIMÉNEZ, *Ídem*, pp. 175, 176 y 177.

622 En igual sentido ALBALATE GIMÉNEZ, *Ídem*, pp. 190, 191 y 216. Para este autor, el sentido terminante del art. 49 junto con el principio *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus* eran argumentos que justificaban su punto de vista, incluso en obligaciones extracontractuales.

1.3.2. Deudas comunes

1.3.2.1. Observancias

Como señala SERRANO GARCÍA⁶²³, el consentimiento de ambos cónyuges exigido para la enajenación de bienes comunes por las Observancias 26 *De Iure Dotium* y 2ª *Ne vir sine uxore* suponía la extinción de su recíproco expectante en la mitad del bien que a cada uno le correspondiera.

En relación con los bienes inmuebles privativos de la esposa, distintos a la dote, arras o execreis, la intervención del marido administrador junto a la esposa debía bastar para la pérdida de su expectante.

El problema surgía cuando lo que se enajenaban eran inmuebles privativos del marido para satisfacer deudas comunes sin consentimiento de la mujer puesto que aunque las Observancias 26 *De Iure Dotium* y 2ª *Ne Vir sine uxore* admitían la enajenación individual a salvo el derecho de la esposa, debían entenderse referidas tan solo a la enajenación de inmuebles privativos del marido para el pago de deudas igualmente privativas pero no para las comunes.

No existió unanimidad en la doctrina en relación con esta cuestión. LA RIPA⁶²⁴ consideró que el expectante se perdía cuando la deuda dimanaba de lo consumido para la manutención de la casa o para otros fines útiles para ella o la comunidad mientras

623 Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad conyugal aragonesa.*, op. cit., pp. 137 y 138.

624 LA RIPA, J. F., *Tratado sobre los derechos de los cónyuges en el matrimonio, a los bienes que poseen durante él y de la división de ellos entre los mismos y sus herederos*, núm. 33, op. cit., p. 174.

que NOUGUÉS⁶²⁵, FRANCO y GUILLÉN⁶²⁶ y DIESTE⁶²⁷ opinaban a favor de su pervivencia si la esposa no consentía la deuda común.

La corriente jurisprudencial mayoritaria de la época efectuó una importante matización relacionada con el origen de la

625 NOUGUÉS SECAL, L., *Tratado del consorcio conyugal con arreglo a la Jurisprudencia de Aragón*, op. cit., p. 47. Consideraba que la mujer tenía una acción de crédito contra los bienes comunes y, a falta de éstos, contra los propios del marido para el recobro del precio de los de su pertenencia que aquél hubiere enajenado sin su consentimiento excepto si la enajenación le había sido útil o se hubiere invertido en su provecho el producto, *Ídem*, pp. 72 y 73.

626 El art. 127 de sus "Instituciones" era del siguiente tenor:

Art. 127.— Las contraídas por los dos cónyuges o por el marido y consentidas por la mujer o sólo por aquél e invertidas en utilidad del matrimonio (lo que se presume mientras no se pruebe que el marido es mal administrador) se pagarán del cúmulo de bienes comunes y en defecto de ellos de los propios de cada uno de los cónyuges por mitad (...). *Sin embargo cuando se hubieran de pagar con bienes sitios por no haber muebles y la mujer no hubiera consentido en ellas tendrá el derecho de viudedad en dichos bienes* (Obs. 26 *De Iure Dotium*) (el subrayado es mío), cfr. FRANCO y LÓPEZ, L. y GUILLÉN y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., pp. 72 y 73.

627 Para este autor, era deuda común:

1º La contraída por cualquiera de los cónyuges antes del matrimonio, cuando la cosa o valor en que consista hubiere ingresado en la sociedad y existiendo al tiempo de la división quisiere el cónyuge no deudor haber la mitad de la cosa a no ser que ésta se hubiere aportado como libre de toda deuda.

2º La contraída por ambos cónyuges.

3º La contraída por el marido y consentida por la mujer.

4º La contraída por el marido, aunque la mujer no consintiese, siempre que su valor se hubiere invertido en utilidad del consorcio, lo que se presume mientras no se pruebe que el marido era mal administrador.

A su juicio, todas estas deudas debían pagarse del cúmulo de bienes comunes y si éstos faltaban o fueren insuficientes de los propios de cada cónyuge pero puntualizaba que, como consecuencia de la aplicación de la Obs. 26 *De Iure Dotium*, "si por falta de bienes muebles hubiere que echar mano de los sitios para pagar deudas en las que no hubiere consentido la mujer, tendría en ellos viudedad", cfr. DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, op. cit., p. 543.

deuda: si era provocada por la gestión del consorcio el expectante desaparecía; permanecía, por el contrario, si la causa del débito era voluntaria y ajena a la subsistencia de la familia⁶²⁸.

1.3.2.2. Apéndice

Tal y como se ha examinado *supra*, el Apéndice carecía de normativa específica relativa al expectante en relación con las deudas postmatrimoniales.

El art. 50⁶²⁹ se limitaba a señalar que al pago de las deudas relativas a las cargas familiares estaban afectos en primer lugar los muebles; después los inmuebles y, por último, la mitad de los

628 La sentencia de la Audiencia de 3 de enero de 1864 falló durante la vigencia de las Observancias que el derecho de viudedad estaba limitado a los bienes que sobrasen después de satisfechos los débitos; pero el TS, en sentencia del 2 de junio de 1865, rectificó lo anterior, admitiendo contra la tesis de la Audiencia que, aunque los derechos de viudedad permanecieran intactos sobre el usufructo de los bienes sitios, era solamente en relación con las deudas voluntarias y de ninguna manera con los necesarios gastos que ocasionaran la crianza y alimentación de los hijos procreados, que debían satisfacerse del acervo común. Ambas sentencias son citadas por SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 169 y 171; en igual línea argumental menciona las de la APZ de 7 de junio de 1866, 16 de febrero de 1882 y 5 de junio de 1889.

629 El art. 50 del Apéndice dispuso:

Art. 50.- El marido está obligado a subvenir con los productos y con el restante haber de la sociedad a las atenciones legítimas de la misma, a las particulares de cada consorte y a las que dimanen de la paternidad o de la jefatura de la familia.

Al pago de las deudas que para levantar las dichas cargas contraiga el marido están afectos los bienes comunes, posponiendo los raíces o inmuebles; y si todos ellos no bastan los bienes peculiares de cada cónyuge por mitad.

Se presumirán contraídas en beneficio común las deudas del marido, salvo prueba en contrario. Los bienes raíces o inmuebles peculiares de la mujer y la mitad que pertenezca a ésta en los comunes de la misma clase no responderán en caso alguno de deudas contraídas por el marido en su propio

privativos de cada cónyuge, recogiendo igualmente la presunción *iuris tantum* de que las contraídas por el marido en virtud de sus facultades de administración eran en beneficio común⁶³⁰.

A pesar de esta regulación y de la doctrina jurisprudencial anterior en relación con esta clase de deudas SANCHO REBULLIDA se mostró a favor del principio de intangibilidad del derecho expectante de viudedad de la esposa por las cargas comunes del consorcio. Para él, la mujer conserva su derecho sobre los inmuebles del marido y sobre la mitad de los comunes a él correspondiente que se enajenaren para el cumplimiento de tales obligaciones, en aplicación de los arts. 49 y 66.2.4⁶³¹.

En contra, se manifestó BATALLA GONZÁLEZ⁶³² para quien en las deudas a cargo de la comunidad conyugal parecía

provecho, con ocasión de vicios, afianzando a favor de otros o con propósito conocido de perjudicar a aquélla.

630 En relación con la responsabilidad de los bienes privativos de la mujer en defecto de comunes por las deudas del marido ponía de manifiesto ALBALATE como la jurisprudencia aragonesa había insistido reiteradas veces en que, mientras no se destruyera la presunción de buena administración y la de que las deudas contraídas por el marido habían sido en utilidad del consorcio, respondían los bienes comunes y, en su defecto, los de ambos cónyuges por mitad aunque la mujer no hubiera intervenido en el acto obligacional (sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 11 de noviembre de 1864, 10 de noviembre de 1871, 10 de marzo de 1882 y 28 de febrero de 1884). En cambio, si se demostraba que las deudas no se habían contraído en utilidad del consorcio o, simplemente, que el marido no había sido buen administrador, la mujer no quedaba obligada en sus bienes propios, debiendo pagarse la deuda con los bienes del esposo (sentencias de la Audiencia de 28 de febrero de 1883, 12 de junio de 1885, 11 de marzo de 1931), *cf.* ALBALATE GIMÉNEZ, G., "Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, *op. cit.*, p. 183.

631 SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

632 BATALLA GONZÁLEZ, M., "Bienes de la sociedad conyugal según el Código Civil, el Derecho foral y la legislación hipotecaria", *BCAZ*, n° 2, 1961, pp. 26 y 27.

más oportuno entender que aunque en aplicación del art. 50 respondieran los bienes comunes y, en su defecto, la mitad de los privativos de cada cónyuge, el expectante se perjudicaba.

En esta misma línea, SERRANO GARCÍA interpreta que si no había más remedio que enajenar inmuebles —en atención al orden de prelación de bienes en la ejecución de las deudas comunes contemplado en el art. 50— parecía dudoso defender la subsistencia del expectante del cónyuge que no consintió. En su opinión, el expectante no podía ser una rémora para sufragar esta clase de deudas de las que dependía la subsistencia de la familia y que redundaban, en última instancia, en beneficio de la comunidad⁶³³.

1.3.3. Deudas contraídas por la mujer

1.3.3.1. Observancias

Según la Observancia 1^a *De rerum amotarum*, el marido era administrador de los bienes sitios, pudiendo por sí sólo enajenar aquéllos en los que la mujer tuviere viudedad⁶³⁴:

Observancia 1^a *De rerum amotarum*:

Según costumbre del Reino el marido, mientras dura el matrimonio, es administrador de los bienes inmuebles y señor

633 Cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad conyugal aragonesa*, op. cit., p. 139.

634 Esta Observancia enuncia, además de los derechos que competen al marido sobre los bienes muebles, los que tiene sobre los inmuebles. Según su tenor literal es “*administrator bonorum sedentium*”. Para LACRUZ, esta titularidad es muy amplia y acaso llega, en la mente de Hospital, a la posibilidad de enajenar inmuebles comunes dejando a salvo el derecho de viudedad de la mujer, cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., “Informe sobre regímenes matrimoniales: bienes comunes en el régimen legal”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, op. cit., p. 15. Sobre esta observancia en la obra de Hospital vid. MARTÍNEZ DÍEZ, G., *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, op. cit., obs. 2.5.6. y 5.3.36, pp. 68 y 191, respectivamente.

y administrador de todos los bienes muebles que le son comunes con su mujer. Así que administra como quiere los bienes muebles, dando, repartiendo y enajenando de otro modo aún cuando en peligro de muerte y en el momento de la muerte, según costumbre del Reino, el marido no puede hacer esto⁶³⁵.

Sin embargo, en aplicación de la Observancia 2ª *Ne vir sine uxore* quedaba a salvo este derecho de viudedad a la esposa si no consentía⁶³⁶.

La incapacidad general que le asigna la ley a la mujer fuera de los asuntos domésticos así como la consideración del marido de señor de los bienes muebles y administrador de los sitios comunes trajo como consecuencia el que hubiera muy pocas normas relativas a deudas contraídas por sí misma durante el matrimonio⁶³⁷. En relación con la posibilidad de que fuera la mujer la que tuviera algún tipo de administración en solitario tan sólo la Observancia 27 *De Iure Dotium* regulaba que correspondía a la

635 *De consuetudine regni vir constante matrimonio est administrator bonorum sedentium & dominus & administrator bonorum omnium mobilium communium inter eum, & suma uxorem, sic, quod mobilia administrat prout vult dando, distrahendo & alias alienando licet in morte & mortis tempore vir de usu Regni hoc facere non potest*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, pp. 38 (vol. II) y 231 (vol. III).

636 Admitiendo la posibilidad de enajenarlos —aunque el marido fuera menor de veinte años— con consentimiento de la esposa perdiendo entonces ésta su viudedad *vid.* MOLINO, M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum...*, op. cit., voz *Vir et uxor*, fol. 335.

Según LYSSA, podía obligarlos con dicho consentimiento excepto el fundo dotal estimado, *cfr.* LYSSA y GUEVARA, A. C. (de), *Tyrocinium Jurisprudentiae forensis, seu Adnimadversiones teorico-practicae juxta foros aragonum in IV. Libros Institutionum Iuris Imperatoris Justiniani*, op. cit., libro II, Título VIII, p. 123.

637 ALBALATE GIMÉNEZ, G., “Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, op. cit., pp. 225 y 226.

mujer la administración de los bienes y gestión de los negocios de su marido que se hubiere ausentado sin dejar mandatario especial al efecto:

Observancia 27 *De Iure Dotium*:

Asimismo, en ausencia del marido, la mujer administra, posee y gobierna los bienes de él a no ser que el marido hubiese nombrado algún procurador especial para ello⁶³⁸.

Igualmente le correspondía la administración si el marido había quedado inhabilitado por cualquier causa. Fuera de estos casos, el resto de supuestos contemplados en las Observancias permitían obligarse a la mujer pero siempre con el consentimiento o licencia del marido o la asistencia de algún familiar⁶³⁹.

638 *Item viro absente, uxor administrat, tene & regit bona viri nisi ipse alium ad preadicta specialem fecerit procuratorem*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit.*, libro V, pp. 34 (vol. II) y 217 (vol. III).

Crítica ALBALATE la regulación de esta Observancia, calificándola de incompleta y no muy acertada. Incompleta porque solamente hacía referencia a los bienes del marido y no a los comunes. Consideraba que su administración correspondía no obstante a la esposa, entendiendo que su omisión obedecía a la intención deliberada de remitir este supuesto a los principios generales originarios en materia de disposición conjunta. Falta de acierto porque condicionaba las facultades de la mujer a que el marido hubiera dejado o no procurador especial, *cf.* ALBALATE GIMÉNEZ, G., "Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, *op. cit.*, p. 227.

Considerándola aplicable a ambos cónyuges y a toda clase de bienes puesto que si concedía lo más (administración de los privativos) debía considerarse también incluido lo menos (administración de los comunes) *vid.* ALONSO LAMBÁN, M., "Informe sobre la ausencia", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. I, *op. cit.*, p. 100.

639 Al respecto *vid.* DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés, op. cit.*, pp. 547 y 548.

1.3.3.2. Apéndice

Durante la vigencia del Apéndice, aún cuando ordinariamente era el marido quien en su condición de jefe de la comunidad conyugal la obligase en la mayoría de los casos, existían supuestos de la vida normal y anormal del matrimonio en los que a la mujer se le atribuían una serie de facultades con las que podía igualmente comprometer bienes comunes y privativos⁶⁴⁰ y, por ende, afectar al expectante sobre los mismos.

Cuando la mujer contraía la deuda por sí misma obligando su propio patrimonio SANCHO REBULLIDA⁶⁴¹ consideró que la aplicación analógica del art. 49.1 *in fine* del Apéndice⁶⁴² acarrea idénticas consecuencias para el derecho expectante que cuando era el marido el que contraía aquélla: subsistencia del expectante del esposo en los bienes de la mujer contratante y en la mitad de los comunes enajenados para solventar deudas voluntarias —en tanto que la renuncia expresa, en aplicación de aquel precepto era ineludible— mientras que lo perdía en cualquier supuesto de deudas consorciales.

640 Cfr. ALBALATE GIMÉNEZ, G., “Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, *op. cit.*, p. 223. Como apunta el autor, la incapacidad de la esposa y el hecho de que no fuera jefe de la comunidad conyugal no eran dos obstáculos insoslayables para poder obligar al activo común sino que podían desaparecer, más o menos completamente, por obra del marido, del juez o de la ley. *Vid.* completa exposición y estudio de los distintos supuestos posibles en páginas 233 a 247 de la obra citada.

641 SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 172 y 173.

642 A estos efectos, el art. 49 del Apéndice disponía:

Art 49.— Tampoco las enajenaciones que haga la mujer de inmuebles sobre los cuales tenga el marido derecho expectante de viudedad pueden perjudicarlo sin renuncia expresa de éste.

En relación con la esposa disponente, entendía que perdía su expectante sobre la mitad de los comunes del marido y sobre los privativos de éste enajenados para el pago de sus deudas pues, en su opinión, los preceptos de Apéndice reguladores del expectante (arts. 49, 51 y 66.2.4^o) trataban de salvaguardar los derechos de quien no concurría a la enajenación, dando por supuesto que los del interviniente se perdían.

Sin embargo, si bien admitía que esta regla general no planteaba objeción alguna cuando la mujer contraía la deuda por sí misma y obligaba su propio patrimonio inmueble, reconocía que sí podía generarlas en otros supuestos posibles⁶⁴³. Y así, si la mujer actuaba como mandataria del marido, consideraba que éste perdía su derecho pues se trataba de deudas que funcionaban como si él las hubiese contraído directamente; la esposa tampoco lo conservaría en tanto que su actuación llevaba implícito el consentimiento.

Si actuaba con autorización del esposo, aunque en aplicación del tenor literal del 49.1 sería precisa la renuncia de aquél para la pérdida del derecho, SANCHO se mostraba favorable a la solución que estimaba doctrinalmente más correcta de la extinción sobre los bienes enajenados para su pago.

Por el contrario, si la autorización era judicial, entendía que subsistía el expectante sobre los bienes afectos a la responsabilidad de tales deudas en tanto que aquélla no podía suplir el consentimiento del marido. Y en igual sentido se pronunciaba en aquellos casos en los que la esposa se endeudaba irregularmente sin autorización del esposo y éste no instaba su anulación,

643 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 173, 174 y 175.

pues valoraba excesivo equiparar su actitud pasiva a la renuncia expresa.

Ciertamente, el Apéndice aragonés solamente recogió expresamente un solo supuesto en el que permitía a la mujer casada actuar libremente por sí misma con facultades análogas a las del marido y obligar, por tanto, bienes comunes y privativos: la ausencia (arts. 4 a 6). A pesar de ello, y aunque las facultades de la esposa eran aquí muy amplias⁶⁴⁴, nada se mencionaba en relación al expectante del esposo ausente. Por este motivo, y en atención al art. 49.1, no había otra opción que considerar subsistente aquél en las enajenaciones que de sus inmuebles privativos hiciera la esposa ante la imposibilidad de renuncia por parte del ausente⁶⁴⁵.

1.3.4. Deudas conjuntas o contraídas por un cónyuge con el consentimiento del otro

1.3.4.1. Observancias

Tal y como exponíamos al comienzo de este apartado, la consecuencia de que la esposa que consentía una enajenación realizada por su marido perdía el derecho de viudedad que ostentaba sobre el bien dispuesto aparecía ya regulada en las Observancias 26 *De Iure Dotium* y 2º *Ne vir sine uxore*. Igualmente podía de-

⁶⁴⁴ En relación con las facultades de disposición de la mujer del ausente, el art. 6 del Apéndice establecía lo siguiente:

Art. 6.- La mujer del ausente, además de tener la libre disposición de los bienes propios de ella, podrá disponer de los bienes comunes de la sociedad conyugal en tanto en cuanto sea necesario para las atenciones de la misma.

⁶⁴⁵ ALBALATE GIMÉNEZ, G., "Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, *op. cit.*, p. 244.

ducirse *a contrario* de las citadas observancias que si las deudas habían sido contraídas por ambos cónyuges se perjudicaba el derecho expectante que pudiera corresponder a ambos⁶⁴⁶.

1.3.4.2. Apéndice

En la regulación del Apéndice, apuntaba ALBALATE como, aún partiendo de la jefatura del marido sobre el consorcio conyugal, la presencia de ambos cónyuges actuando solidariamente implicaba la concurrencia de la plenitud de poderes sobre los bienes hasta el extremo que, salvo estipulación expresa en contrario, no quedaba a salvo el derecho expectante de viudedad que pudiera corresponderles sobre los inmuebles enajenados para el pago de la deuda *ex art.* 49⁶⁴⁷.

Como afirmaba SANCHO, si en todas aquellas enajenaciones realizadas por un cónyuge con el consentimiento del otro desaparecía el expectante de ambos, igual resultado suponía con mayor motivo la que realizasen ambos conjuntamente⁶⁴⁸. Esta sencilla regla podía distorsionarse un tanto en el supuesto de enajenación de un cónyuge consentida por el otro pues ya se ha

646 ALBALATE GIMÉNEZ, G., "Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, *op. cit.*, pp. 254 y 255. *Vid.* Observancias 26 *De Iure Dotium* y 2º *Ne vir sine uxore*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, op. cit.*, libro V, pp. 34 (vol. II) y 217 (vol. III) y 14 (vol. II) y 196 (vol. III), respectivamente.

647 ALBALATE GIMÉNEZ, G., "Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, *op. cit.*, p. 265. Igualmente, SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad conyugal aragonesa, op. cit.*, p. 139.

648 *Cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 175 y 176.

visto como el régimen del expectante del art. 49 no era, salvo excepciones, idéntico: para la mujer se extinguía con el consentimiento a la enajenación o la renuncia expresa y para el marido sólo con esta última⁶⁴⁹.

Sin embargo, en opinión de SANCHO, esta diferencia de régimen no afectaba a la afirmación precedente pues todo se reducía a que el legislador no imaginó —como algo normal y cotidiano— en aquel contexto una enajenación de la esposa consentida por el marido⁶⁵⁰. Además, en la práctica posterior, casi se prescindió de tal distinción y, de ordinario, no surgían dificultades cuando ambos concurrían al otorgamiento del acto de disposición, aunque no se hiciera renuncia expresa⁶⁵¹.

1.3.4.3. Anteproyectos de la Compilación

Con la regulación del Apéndice (art. 49) el marido era de ordinario el administrador de todos los bienes, requiriéndose la presencia de la mujer solamente para consentir la enajenación de los suyos propios y conservar la viudedad en los de su consorte. La preocupación por la equiparación jurídica de ambos cónyu-

649 A estos efectos, el art. 49 *in fine* del Apéndice disponía:

En cuanto a los raíces o inmuebles en los que pueda corresponder viudedad a la mujer, este derecho, si no hubiere dado ella expreso consentimiento, quedará a salvo no obstante las enajenaciones que hiciere o gravámenes que impusiere el marido. Tampoco las enajenaciones que haga la mujer de inmuebles sobre los cuales tenga el marido derecho expectante de viudedad pueden perjudicarle sin renuncia expresa de éste.

650 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 174.

651 Cfr. BATALLA GONZÁLEZ, M., “La viudedad en la Compilación aragonesa”, *op. cit.*, p. 456 e, igualmente, en “El expectante derecho de viudedad en relación con la disposición de bienes comunes”, *op. cit.*, p. 10.

ges siempre presente en los trabajos del Seminario⁶⁵² trae como resultado que los Anteproyectos prescindan de la distinción que efectuaba el Apéndice entre marido y mujer en cuanto a las facultades de disposición. Igualmente, desaparece la diferencia de régimen de extinción del expectante entre ambos, exigiéndose en todos ellos, si bien con distintas fórmulas, la intervención de ambos cónyuges para tal fin.

Al abordarse en los trabajos prelegislativos de la Compilación la cuestión del pasivo de los cónyuges en relación con el expectante, el Seminario y la Comisión aragonesa consideraron conveniente, teniendo en cuenta el estado doctrinal y la jurisprudencia en la materia, circunscribir la subsistencia del derecho expectante al caso de la responsabilidad por deudas privativas posteriores al matrimonio⁶⁵³.

a. Anteproyecto del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses (1961)

Los artículos 115, 143.1º y 145 de este Anteproyecto regularon la cuestión que nos ocupa como sigue:

Art. 115.- *Enajenaciones*

Fuera de las facultades de administración, la disposición de bienes comunes requiere el acuerdo de marido y mujer, y la de

652 Esta preocupación estuvo siempre presente en los sucesivos estadios de elaboración de la Compilación de 1967 aunque quizás más acentuada en los textos primitivos (especialmente en el del Seminario) que en el definitivo, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J. L., "Notas sobre los parafernales en Aragón: el patrimonio privativo de la mujer casada aragonesa", *op. cit.*, p. 1177. *Vid.* al respecto arts. 115 y 119 de los Anteproyectos de 1961 y 1962, respectivamente.

653 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al artículo 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 753.

bienes propios de cada cónyuge el asentimiento del otro. Tales acuerdos o asentimientos podrán ser suplidos, no pudiendo o no queriendo prestarlos el cónyuge, por decisión del Consejo de Parientes con aprobación judicial. No obstante, es válida la disposición del cónyuge administrador sobre bienes comunes, y la de cada cónyuge sobre los que le son propios, cuando sea a título oneroso y verse sobre bienes aparentemente destinados a la especulación o no afectos de modo permanente al uso y provecho familiares.

Art. 143.1.- Régimen

Desde el momento en que los bienes inmuebles ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan gravados con el derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble, si no concurren a ella ambos cónyuges.

Art. 145.- Responsabilidad

Los inmuebles comunes, y en su caso los de cada cónyuge, sólo responden en perjuicio del derecho expectante de viudedad por las deudas señaladas en los artículos 106 [deudas comunes] y 109 [deudas antematrimoniales, sucesiones y donaciones].

b. Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses (1962)

El régimen del expectante quedó regulado en el art. 148 de este segundo Anteproyecto de manera similar al anterior (art. 143.1), si bien incluía al final dos remisiones directas relacionadas con la responsabilidad por deudas:

Art. 148.- Régimen

Desde el momento en que los bienes inmuebles ingresan en el patrimonio común o en los privativos quedan afectos al derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la enajenación ulterior del inmueble si no concurren a ella ambos cónyuges con aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el art.

119. Cuando los bienes afectos al derecho expectante de viudedad deban responder conforme a lo dispuesto en la Sección Tercera, Capítulo IV del Título IV [pasivo de la comunidad en el régimen matrimonial legal] sólo subsistirá tal derecho en los supuestos del art. 114 [deudas privativas].

El art. 119 dedicado a las enajenaciones es de idéntico tenor que el art. 115 del Anteproyecto de 1961. El art. 114 afectaba a las deudas privativas el patrimonio privativo del cónyuge deudor y, siendo insuficiente, el común pero respetando siempre el valor que en éste correspondiera al otro cónyuge y los derechos de los acreedores por deudas comunes:

Art. 114.- Responsabilidad por deudas privativas

Las deudas privativas gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo insuficientes, el patrimonio común, pero respetando siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge y los derechos de los acreedores por deudas comunes.

Lo pagado por obligaciones privativas a costa de los bienes comunes se imputará en la participación del cónyuge deudor hasta que lo reembolse y se tendrá en cuenta para ulteriores reclamaciones de acreedores privativos.

Por lo tanto, solamente en los casos de ejecución de los bienes privativos del deudor (o, siendo insuficientes, de bienes comunes) por deudas privativas postmatrimoniales quedaba a salvo el derecho expectante de viudedad sobre tales bienes (siendo comunes, en la mitad) del no deudor; en los restantes casos de responsabilidad (deudas de gestión, comunes y privativas prematrimoniales) quedaba extinguido⁶⁵⁴.

654 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentarios al artículo 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 753 y 754.

c. Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses (1963)

La regulación sobre las enajenaciones se contenía en el art. 116:

Art. 116.– Enajenaciones

Es válida la enajenación de bienes comunes por el cónyuge administrador, salvo si el tercer adquirente conoció o debió conocer que tal enajenación se realiza con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de ésta.

Se produce un cambio respecto a los Anteproyectos anteriores, permitiendo la disposición de los bienes comunes por el cónyuge administrador salvo si ésta se realiza en fraude o perjuicio de la comunidad. Sin embargo, el régimen del expectante sigue exigiendo la intervención de ambos cónyuges para su extinción, si bien se pasa de la fórmula de la concurrencia a la del consentimiento:

Art. 144.– Régimen

Desde el momento en que los bienes inmuebles por naturaleza y los comprendidos en el número 1 del artículo 105 [muebles por sitios] ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan afectos al derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble, si no la consienten ambos cónyuges.

Cuando los bienes afectos al derecho expectante de viudedad deban responder conforme a lo dispuesto en la Sección Tercera, Capítulo IV del Título IV [pasivo de la comunidad en el régimen matrimonial legal] solo subsistirá tal derecho en los supuestos del art. 108 [deudas de gestión].

En relación con el pasivo, mientras el sistema previsto en los dos primeros Anteproyectos de 1961 y 1962 era el mismo⁶⁵⁵

⁶⁵⁵ No obstante, como apuntaba SANCHO, estaba contemplado desde distinto ángulo visual: el de 1961 regulaba cuando resulta perjudicado el expectante

subsistiendo el expectante en los supuestos de deudas privativas, en el de 1963 se produce, en principio, un cambio radical pues en este último texto permanecía, por el contrario, en las deudas de gestión. Tal modificación no fue, en realidad, algo premeditado sino la consecuencia de un error ordinal. Al reducirse el número de preceptos en el Anteproyecto de 1963 el art. 144 —equivalente al anterior 148— en lugar de hacer referencia al 111 que era el homónimo del 114 en el texto del 62 lo hizo al 108 que regulaba las deudas de gestión y no las privativas. El error era tan evidente que no se consideró que recogiera un cambio de criterio respecto a los Anteproyectos anteriores siendo que, por añadidura, en todo lo demás ambos preceptos coincidían literalmente.

En opinión de SANCHO, podía seguir interpretándose que solamente en aquellos supuestos en los que la ejecución fuera provocada por deudas privativas postmatrimoniales quedaba a salvo el derecho expectante del cónyuge no deudor mientras que en las deudas por gestión, comunes o privativas antematrimoniales quedaba extinguido⁶⁵⁶.

d. Anteproyecto redactado por la Sección especial de la Comisión General de Codificación (1965)

Sobre las facultades de enajenación de los cónyuges, el art. 50 de este Anteproyecto disponía lo siguiente:

mientras que el de 1962 cuando subsistía. En cualquier caso calificaba el sistema “claro, inequívoco, coherente y lógico”, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “Comunicación sobre algunas erratas en la regulación de la viudedad”, *ADA*, XIV, 1968-69, p. 547.

656 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al artículo 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 754 y 755.

Art. 50.– Enajenaciones

El cónyuge administrador, por sí sólo, puede enajenar los bienes comunes, salvo los inmuebles por naturaleza y los establecimientos mercantiles.

Sobre el régimen del expectante, repite el tenor del art. 144 del anterior Anteproyecto estableciendo en su art. 75.2:

Art. 75.2.– Régimen

Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los inmuebles no consentida por ambos cónyuges, quedando a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe.

e. Anteproyecto redactado por la Sección especial de la Comisión General de Codificación (1966)

La regulación de las facultades de disposición y el régimen del derecho expectante aparecía contemplada en los artículos 51 y 76.2, respectivamente:

Art. 51.– Enajenaciones

El cónyuge administrador, por sí sólo, puede enajenar los bienes comunes; más para actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles necesitará el consentimiento del otro cónyuge, o en su defecto aprobación de la Junta de Parientes, y a falta de acuerdo de ésta, autorización judicial

Art. 76.2.– Régimen

Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los inmuebles, a menos que fuere consentida por el otro cónyuge o, subsidiariamente, por la Junta de Parientes y, en su defecto, por la Autoridad judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada. Queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe.

El *lapsus calami* referido en líneas precedentes iba a traer importantes consecuencias en la redacción de los Anteproyectos posteriores de 1965 y 1966. Como explica SANCHO, a la Sección especial de la Comisión General de Codificación le debió parecer antiestética la remisión numérico-sistemática y la sustituyó por la de concepto. Pero el concepto que se tomó fue, como en el precedente de 1963, el expresado en el número equivocado y, por lo tanto, el concepto equivocado. Y así, en los dos textos se acaba haciendo referencia a la subsistencia del expectante en las deudas de gestión frente a terceros de buena fe⁶⁵⁷. Lo que en principio podía interpretarse como un error material de numeración acaba siendo un error de concepto⁶⁵⁸. Y así pasaría al Pleno y al Proyecto de ley, quedando invariable en la redacción definitiva del art. 76.2 de la Compilación de 1967.

1.3.4.4. Compilación

Para SANCHO REBULLIDA, durante la vigencia de la Compilación, el equívoco debía ser subsanado con una interpretación correctora de la norma entendiendo, como en el Anteproyecto provisional de 1962, que el derecho expectante solo subsistía en los supuestos de responsabilidad privativa del otro cónyuge, de tal manera que donde el precepto decía “queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe” debía entenderse en su lugar “cuando estos bienes deban responder conforme a lo dispuesto en esta Compilación sólo subsistirá el derecho expectante en los

657 SANCHO REBULLIDA, F., “Comunicación sobre algunas erratas en la regulación de la viudedad”, *op. cit.*, p. 547.

658 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *Estudios de Derecho civil*, II, Eunsa, Pamplona, 1978, p. 600.

casos de responsabilidad por deudas privativas posteriores al matrimonio⁶⁵⁹.

Sin embargo, a partir de 1985, como entre los objetivos de la reforma de la Compilación realizada ese año estaba la adopción e integración en el ordenamiento jurídico aragonés del texto de 1967 y en nada quedó modificado este aspecto, SANCHO ofrece otra interpretación del mencionado inciso del 76.2 para llegar a conclusiones más próximas a la solución que consideraba más racional *de lege ferenda*, que seguía siendo la recogida en el Anteproyecto provisional de 1962. Y así, partiendo de la novedad que la reforma del 85 introduce en virtud de la cual el expectante quedaba extinguido por la enajenación o el consentimiento a ella de los bienes afectos —y no exclusivamente por la renuncia como en el texto del 67— aquél no subsistía en su opinión, como principio, en todos los supuestos de deudas comunes (art. 48.1) y en las deudas de gestión, aunque se hubieran contraído por uno sólo de los cónyuges (art. 76.2). Sólo permanecía, en consecuencia, en los supuestos de deudas privativas posteriores al matrimonio o anteriores a él⁶⁶⁰.

En relación con la permanencia del expectante en las deudas prematrimoniales, señalaba que no la consideraba del todo irrazonable y era además conforme con la opinión común bajo el régimen de los Fueros y Observancias y, parcialmente, del Apéndice.

Creemos, sin embargo, con SERRANO GARCÍA, que en estos últimos casos el expectante desaparecía igualmente por la

659 SANCHO REBULLIDA, F., “Comunicación sobre algunas erratas en la regulación de la viudedad”, *op. cit.*, p. 548.

660 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentarios al artículo 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 755.

responsabilidad directa —aunque limitada al valor de los bienes aportados a la comunidad por el deudor (art. 45 Comp. aragonesa)— que generaba en los bienes comunes; y en relación con la restante responsabilidad cuando éstos no fueran suficientes porque el derecho de los acreedores era anterior y preferente al del otro cónyuge⁶⁶¹.

1.4. SUCESIONES Y DONACIONES

1.4.1. Observancias

Los Fueros aragoneses no regulan esta cuestión. Posteriormente, sólo las Observancias 33 y 47 *De Iure Dotium* ofrecen algún interés. De ellas, tan sólo la primera hacía referencia al derecho de viudedad:

Observancia 33 *De Iure Dotium*

Si se le deja a la mujer un legado en dinero, el marido tiene derecho sobre dicho legado, a saber, sobre la mitad del mismo porque es un bien mueble, así como en las otras deudas que se le deban a la mujer. Y el marido podrá pedir dicho legado, aún contra la voluntad y contra las reclamaciones de la mujer: la mitad por razón de la parte que le toca y la otra mitad por la administración que le compete, porque el marido es el dueño y administrador de los bienes muebles y así tiene un derecho adquirido sobre esa mitad por razón de su administración. Y, de este modo, puede también exigir la propiedad del bien inmueble por razón de la viudedad que ha de tener sobre él. Y así se observa en cualquier otro bien mueble o inmueble, aunque no haya sido legado, si es que la propiedad pertenece, por cualquier otro motivo, a la mujer, porque el marido podrá reivindicarlo aún después de la muerte

661 SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad conyugal aragonesa*, op. cit., pp. 156 y 157.

de la mujer aunque no lo haya poseído mientras subsistió el matrimonio entre ellos. Y lo mismo pasa tratándose de la mujer⁶⁶².

La Observancia se limita a decir que los legados de cantidad dejados a la mujer pasan a formar parte de los bienes comunes por ser el dinero cosa mueble y a legitimar al marido para su reclamación. Si el legado era cosa inmueble, los bienes quedan propios de la mujer y el marido está igualmente legitimado para pedir su entrega, en virtud del derecho de viudedad que la ley le confiere. Nada se alude en relación con las cargas ni del expectante en relación con éstas.

Igualmente parca fue la doctrina en relación con esta cuestión⁶⁶³, si bien en el primer proyecto de la Memoria de FRANCO y LÓPEZ⁶⁶⁴ se regulaba expresamente la extinción del expectante en aquellos bienes enajenados para el pago de las deudas re-

662 *Si legatum pecuniae relinquatur uxori, maritus habet ius in illo legato, quia est mobilis, et in aliis debitis quae debentur uxori, et proterit petere illud legatum maritus etiam in vita et reclamante uxore medietatem ratione administrationis quam habet, cum maritus sit dominus et administrador rerum mobilium, et ita est ius sibi acquisitum in illa medietate ratione administrationis: et ita etiam potest petere proprietatem rei immobilis ratione viuditatis, quam in ea habet tenere et sic servatur in quacumque alia mobili et immobili, licet non sic legata, si proprietas pertineat ad uxorem ex quacumque causa, qui maritus eam poterit vindicare, etiam post mortem uxoris, licet eam non possiderit constante matrimonio inter eos et sic est idem uxore*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, pp. 34 (vol. II) y 217 (vol. III).

663 *Vid.* MOLINO, M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonu...*, op. cit., voces *Legatum*, fol. 206 y *Divisio*, fol. 100; igualmente, PORTOLÉS, *Scholia sive Adnotaciones...*, IV, Ad. Obs. 33 *De Iure Dotium* y Ad. Obs. 47 *De Iure Dotium*, op. cit., pp. 609 y 803-804, respectivamente.

664 *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, Escrita según el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1886.

lativas a bienes aportados por el cónyuge deudor o por razón de sucesiones o donaciones, siendo preciso, no obstante, en éste último caso, que la deuda figurase en documento público:

Art. 80.— También se exceptúan de lo dispuesto en el art. 78 (derecho de viudedad sobre los bienes inmuebles privativos de los cónyuges) los inmuebles que vendieren durante el matrimonio para el pago del precio con que hubieran sido adquiridos por el cónyuge que los aportó o por la persona que se los hubiera donado o transmitido por última voluntad; siempre que la existencia de la deuda se hallase comprobada por instrumento público otorgado con anterioridad al matrimonio.

El segundo proyecto⁶⁶⁵ recoge idéntico precepto equivalente al 80 en el artículo 119.

En opinión de ALBALATE, la penuria de preceptos expresos en el Derecho aragonés histórico hacía necesario recurrir a los principios que informaban la comunidad legal de muebles y adquisiciones y a otros más generales, en particular la regla *ubi emolumentum, ibi onus* de acuerdo con la cual las deudas debían ser soportadas por quien adquiría tales bienes y en la medida de dicha adquisición⁶⁶⁶.

665 *Adición a la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al gobierno de S. M. en 1880, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero del propio año el vocal correspondiente de la Comisión General de Codificación y Senador vitalicio del Reino D. Luis Francisco y López, Barón de Mora, y reformas y adiciones que en uso de la autoridad concedida por la Real Orden de 16 de octubre de 1889 propone al proyecto presentado con la misma Memoria para ser Apéndice primero del Código civil español, Zaragoza, Imprenta del Hospicio Provincial, 1893.*

666 *Cfr. ALBALATE GIMÉNEZ, G., "Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal", Informes del Seminario (1954-1958), vol. II, op. cit., p. 273.*

1.4.2. Apéndice

Tal vez debido a que con los principios generales bastaba para resolver los escasos problemas que pudieran plantearse, los proyectos de Apéndice e incluso el mismo Apéndice carecían de regulación expresa al respecto. Como la herencia debía aceptarse a beneficio de inventario (art. 43.1) y la mujer no precisaba licencia del marido para aceptar una sucesión (art. 44.2), los problemas aún se simplificaban más puesto que pasivo provisional y definitivo se confundían de tal manera que el patrimonio que adquiriera el activo, y en la medida de esta adquisición, pagaría y soportaría las cargas sin lugar a recompensa. Difícil sería el supuesto en que las deudas hereditarias debieran pagarse con patrimonio distinto a aquél que adquiriría el activo⁶⁶⁷.

Partiendo de que esta responsabilidad limitada recaería normalmente en el patrimonio privativo del cónyuge beneficiado y de la ausencia de normativa expresa en relación con el derecho expectante debía deducirse, por analogía con la regla general contenida en el art. 49, que aquél subsistía para ambos en los bienes heredados o donados:

Art. 49.- En cuanto a los raíces o inmuebles en que pueda corresponder viudedad a la mujer, este derecho, si no hubiere dado ella expreso consentimiento quedará a salvo no obstante las enajenaciones que hiciere o gravámenes que impusiera el marido. Tampoco las enajenaciones que haga la mujer de inmuebles sobre los cuales tenga el marido derecho expectante de viudedad pueden perjudicarle sin renuncia expresa de éste.

Idéntica solución cabría deducir en el hipotético caso en que la responsabilidad recayera sobre los bienes comunes, por analogía con la regla del artículo 51 *in fine* relativa a las deudas priva-

667 Cfr. ALBALATE GIMÉNEZ, G., *Ídem*, pp. 276 a 280.

tivas contraídas antes del matrimonio de respeto y subsistencia del derecho expectante ya que, el art. 50, que es el que regulaba las deudas postmatrimoniales, también carecía de referencia alguna al respecto:

Art. 51.- (...) Si el cónyuge deudor carece de bienes inmuebles y los hay comunes, únicamente contra la mitad que en éstos corresponde a aquél se podrá proceder al pago de las deudas y se dejará a salvo el derecho expectante de viudedad a favor del otro consorte.

1.4.3. Anteproyectos de la Compilación

La regulación del expectante en relación con esta clase de deudas aparece por primera vez contemplada de modo expreso en el Anteproyecto de 1961:

Art. 145.- *Responsabilidad.*

Los inmuebles comunes, y en su caso los de cada cónyuge, sólo responden en perjuicio del derecho expectante de viudedad por las deudas señaladas en los artículos 106 [deudas comunes] y 109 [deudas antematrimoniales, sucesiones y donaciones].

Posteriormente no existen referencias a esta clase de deudas en relación con el expectante en los sucesivos Anteproyectos. En ellos solamente se dilucida la subsistencia del expectante en relación con las deudas privativas o las de gestión.

1.4.4. Compilación

Durante la vigencia de la misma, la única norma era la regla general del 76.2 *in fine* dejando a salvo la responsabilidad por deudas de gestión frente a terceros de buena fe. En aplicación de la citada regla, se entendió que el expectante quedaba perjudicado en supuestos de deudas comunes o bien contraídas por uno

con el consentimiento del otro. Igualmente se consideró que quedaba extinguido para el caso concreto de deudas por sucesiones y donaciones puesto que la responsabilidad por las mismas era definitivamente común, si bien limitada al valor de lo heredado o donado, en aplicación del art. 44⁶⁶⁸:

Art. 44.– *Deudas por razón de sucesiones y donaciones*

Las deudas y cargas de las sucesiones y donaciones se hacen comunes hasta donde alcance el valor de los bienes heredados o donados que recaigan en la comunidad

La comunidad no tenía por qué soportar más deudas sucesorias que las que se derivasen de la propia medida de su enriquecimiento en términos de valor efectivamente recibido⁶⁶⁹. Esta especialidad tenía su fundamento en el principio de comunicación al consorcio de bienes muebles entonces vigente⁶⁷⁰.

668 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 755; SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad conyugal aragonesa*, *op. cit.*, p. 161.

669 Cfr. RAMS ALBESA, J., “Comentario al art. 45 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 167.

670 Hoy ha desaparecido dicho principio y, con él, el especial tratamiento que la Compilación daba a las deudas antem matrimoniales y a las procedentes de sucesiones y donaciones. Con la regulación vigente, pasan a ser un ejemplo típico de deudas privativas, con idéntico tratamiento en lo que a su responsabilidad se refiere en los artículos 41.2 y 42 Lrem., *cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., “Las deudas de los cónyuges”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 324. Por lo que al expectante respecta, esta responsabilidad provoca la extinción del derecho del cónyuge no deudor en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 99 Lrem., objeto de estudio en el apartado 2.2.2. de este Capítulo.

§ 2. EL ARTÍCULO 99 LREM.

2.1. LOS CRITERIOS PARA LA EXTINCIÓN DEL EXPECTANTE

La confusa situación legal derivada de la sucinta regulación de la Compilación unida a la evidente complejidad *per se* de la materia configuraba un panorama difícil para el legislador de la Lrem.⁶⁷¹

El principal obstáculo al que se enfrentaba era la situación del expectante de un cónyuge frente a las deudas de su consorte. Desde la época de las Observancias, no había sido objeto de regulación y el antecedente inmediato de la Compilación tampoco ayudaba en exceso, tal y como queda reflejado en el apartado XII del Preámbulo: *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.*

En los inicios de los debates de la Comisión Aragonesa de Derecho civil, los dos primeros textos propuestos sobre este punto atendían a dos aspectos distintos para la determinación de la extinción del expectante: la calificación de la deuda⁶⁷² o la notificación de la demanda⁶⁷³.

671 DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Acta de la sesión de 28 de noviembre de 2001 (Acta 138)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 6.

672 El Primer Borrador, presentado por Delgado Echeverría, proponía un texto que tomaba como punto de referencia la calificación de la deuda:

Art. VIII.- *Derecho expectante sobre bienes inmuebles*

4. La enajenación de un inmueble en ejecución judicial por impago de deudas extingue el derecho expectante cuando las deudas en cuya virtud se ejecuta sean de ambos cónyuges o constituyan carga definitiva o provisional del consorcio conyugal, *cfr.* "Documento núm. 1. Primer Borrador de Jesús Delgado (julio 2001)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 1.

673 El texto redactado por Giménez Martín y Batalla Carilla atendía para la extinción al destinatario de la notificación de la demanda:

2.1.1. La calificación de la deuda

Tal y como se ha visto *supra*, tras el error numérico de la fase final de la elaboración de la Compilación, la única norma en la que se abordaba la cuestión del expectante en relación con la responsabilidad por deudas estaba en el art. 76.2 *in fine* cuando dejaba a salvo “*lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a terceros de buena fe*” ya que nada más indicaba acerca de la prelación, posposición o desaparición, en su caso, del derecho en estos supuestos.

La regla general era que no se extinguía o menoscababa por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes a él afectos a no ser que se renunciara expresamente aunque, tras la reforma de 1985, la enajenación o el consentimiento a ella de los bienes comunes quedaba equiparada a la renuncia del expectante de quien enajenara o consintiera, salvo que mediara reserva expresa (art. 76.2º Comp. aragonesa).

Art. 2.– *Disposición de bienes inmuebles*

7) En la enajenación por ejecución judicial, cuando la demanda haya sido dirigida: tratándose de bienes consorciales, contra los dos cónyuges o contra uno cualquiera de ellos y notificada al otro; y tratándose de bienes privativos, contra ambos cónyuges o contra el cónyuge titular y notificada al otro, *cf.* “Documento núm. 2. Documento de Ricardo Giménez-Jose Luis Batalla (septiembre 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 8.

Delgado planteó que mantenía una divergencia de fondo. Para él, la cuestión no era contra quien se dirige la demanda, sino el tipo de deuda que se ejecuta. En su opinión, por más que se dirija contra ambos cónyuges, si es en exigencia del cumplimiento de una obligación privativa de uno de ellos, el derecho de viudedad del otro no puede quedar afectado, *cf.* “Documento núm. 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5.

De la combinación de las dos reglas precitadas, parecía evidente que el expectante no subsistía sobre los bienes enajenados forzosamente para el pago de deudas contraídas conjuntamente por ambos cónyuges o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro⁶⁷⁴. Por lo tanto, la ejecución forzosa de los bienes afectos al expectante sólo perjudicaba a éste cuando tuvieran que responder por deudas definitivamente comunes (art. 41 Comp. aragonesa) —también en los casos de deudas contraídas por razón de sucesiones o donaciones (art. 44 Comp. aragonesa) o anteriores al matrimonio (art. 45 Comp. aragonesa) pues en estos dos últimos supuestos la responsabilidad era igualmente común si bien limitada al valor de los bienes heredados/donados o aportados a la comunidad, respectivamente⁶⁷⁵—, o bien, en aplicación del mencionado inciso final del 76.2, por deudas de gestión frente a terceros de buena fe contraídas solamente por uno sólo de los cónyuges⁶⁷⁶.

674 Vid. al respecto SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 755.

675 SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, *op. cit.*, p. 161.

676 SERRANO GARCÍA afirmaba que hubiera sido mejor declarar explícitamente el resultado de la extinción del expectante en los supuestos del último inciso del 76.2 Comp. aragonesa pero que, en todo caso, la interpretación correcta era ésa pues no tendría entonces razón de ser tal salvedad, *Ídem*, pp. 148 y 149.

Más allá iba BATALLA GONZÁLEZ durante la vigencia del texto de 1967 al estimar que la Compilación debió decir terminantemente cuando quedaba vivo el usufructo y cuando se extinguía en estos supuestos, creyendo, no obstante, que podía llegarse a una interpretación satisfactoria, *cfr.* BATALLA GONZÁLEZ, M., “Ponencia sobre régimen matrimonial de bienes”, *Jornadas de Derecho aragonés, Actas de las jornadas de Derecho aragonés, Zaragoza, 18-20 de diciembre de 1969, ADA, XIV, 1968-69*, p. 525.

Sólo permanecía, en definitiva, el derecho expectante, cuando se tratase de deudas privativas posteriores al matrimonio, a no ser que mediase renuncia expresa del cónyuge no deudor⁶⁷⁷.

En cualquier caso, todo el esquema expuesto no era sino una deducción lógica del conjunto de la regulación general pero carente de amparo legal expreso.

DELGADO ECHEVERRÍA manifestó en los debates de la Comisión que el error por el cambio de numeración de artículos en la fase final de elaboración de la Compilación había terminado por llevar al texto aprobado algo que a todas luces resultaba incomprensible: la referencia del 76.2 a las deudas de gestión frente a terceros de buena fe. Estimaba que, en la práctica, no se había sabido cómo interpretarla coherentemente y por ello lo que procedía era seguir el criterio que verosímelmente quiso introducir la Compilación⁶⁷⁸.

SERRANO GARCÍA presentó una propuesta alternativa que iba en este sentido, apoyándose en los Anteproyectos del Seminario (art. 145) y la Comisión Compiladora (art. 148). En ambos se había alcanzado un claro consenso en la materia que es el que proponía mantener, añadiendo a la redacción del primer

⁶⁷⁷ En este punto véase BATALLA CARILLA para quien resultaba imposible que “el juez por las buenas pudiese renunciar a un derecho —aunque sea expectante— de alguien que en forma alguna había sido parte del procedimiento”. Por este motivo, en la enajenación forzosa de bienes privativos admitía solamente para la pérdida de éste, junto con la renuncia expresa, la posibilidad de que decretase su no afectación ante una deuda de gestión contraída frente a un tercero de buena fe o la alegación, en momento procesal oportuno, del acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia fundado en la incapacidad del cónyuge o abuso de Derecho del art. 76.2.2° Comp. aragonesa, *cf.* BATALLA CARILLA, J. L., “La Compilación y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 99.

⁶⁷⁸ *Cfr.* “Acta de la sesión de 28 de noviembre de 2001 (Acta 138)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 6

Borrador de Delgado, a semejanza de lo dispuesto en aquéllos, que también se extinguía el expectante en los supuestos de pago por deudas originadas por razón de sucesiones o donaciones o anteriores al matrimonio⁶⁷⁹.

2.1.2. La notificación de la demanda

Suponía vincular la extinción del expectante a la notificación de la demanda en función de la titularidad del bien objeto de la ejecución pero sin entrar a discutir el carácter de la deuda. No obstante, la opción por la notificación, aunque referida al titular del expectante, ya había sido propuesta con anterioridad en una enmienda de MERINO HERNÁNDEZ a la reforma de la Compilación de 1985 que, finalmente, no llegaría a aprobarse⁶⁸⁰.

679 Cfr. "Acta de la sesión de 28 de noviembre de 2001 (Acta 138)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 6 y 7. La propuesta alternativa de Serrano, que se tomaría como punto de partida para la elaboración del apartado 1º del precepto, era al art. 2.7 ("Disposición de bienes inmuebles") del Documento núm. 2 de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (*vid. nota al pie 673*) y decía así:

Quando hayan sido enajenados para responder por deudas de ambos cónyuges o que constituyan carga definitiva o provisional del consorcio conyugal así como por deudas por razón de sucesiones y donaciones o anteriores al matrimonio, *cfr.* "Responsabilidad por deudas y derecho expectante. Propuesta alternativa al apartado 7 del art. 2 (noviembre de 2001)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 1.

680 Entre las enmiendas al proyecto de ley sobre la Compilación publicado en el BOA de 2 de diciembre de 1984, en la número 63, expuesta por Jose Luis Merino Hernández como portavoz del Grupo Parlamentario Mixto, ya se proponía añadir un último inciso al art. 76.2 de la Compilación en aras de facilitar el tráfico jurídico que no acabaría prosperando: "En los supuestos de enajenación forzosa de los bienes el derecho expectante se extinguirá cuando *la demanda haya sido notificada al cónyuge titular del derecho* y el adquirente de aquéllos sea persona distinta de su propietario", *cfr.* BATALLA CARILLA, J. L., "El derecho expectante de viudedad y la disposición de bienes inmuebles por los cónyuges. Desde las Observancias hasta hoy", *op. cit.*, pp. 132 y 133.

2.1.3. La opción del art. 99: el retorno a los Anteproyectos de la Compilación. La naturaleza mixta del precepto

Se partía, por tanto, de una doble alternativa: o reinterpretar el criterio (posteriormente frustrado) que, inicialmente, se había querido seguir en la Compilación para fijar la calificación de las deudas que debían provocar la extinción del expectante o indicar que siempre que haya pago de deudas conyugales y la demanda haya sido notificada al otro cónyuge aquél se extinguiría⁶⁸¹.

Por mayoría, se considera que el criterio de fondo correcto era atender al tipo de deuda que originaba la ejecución, manteniendo el expectante —como en los Anteproyectos de la Compilación— si era consecuencia de una deuda privativa. Ahora bien, advertido sensatamente por varios miembros que no es posible en todos los casos la calificación previa de la deuda y que, en aplicación del art. 541 Lec., siempre habrá notificación si se trata de deudas comunes, se decide buscar un cauce procesal satisfactorio para el embargo por deudas privativas a través del cual el cónyuge no deudor pudiera proteger su derecho⁶⁸².

Ambas soluciones son las que, finalmente, se plasmarían en el precepto pues su estructura comprende claramente dos normas de naturaleza bien distinta: sustantiva en el primer párrafo y procesal en el segundo⁶⁸³. En relación con el primero, si se

681 Cfr. “Acta de la sesión de 28 de noviembre de 2001 (Acta 138)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 7.

682 En este sentido, se pronunciaron Batalla Carilla, Giménez Martín y Sancho-Arroyo y López Rioboo, cfr. “Acta de la sesión de 28 de noviembre de 2001 (Acta 138)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 7 a 9.

683 Defendida desde los comienzos del debate del precepto por el Presidente de la Comisión, Delgado Echeverría (cfr. “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 6) y elaborada por García Almanzor, tras varias propuestas de otros miembros,

comparan los criterios aplicados durante la vigencia de la Compilación con la regulación efectuada por la Lrem. en su art. 99, los supuestos de extinción del expectante son coincidentes: deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sean de cargo o responsabilidad común⁶⁸⁴ junto con las deudas antematrimoniales o por razón de sucesiones o donaciones.

Por el contrario, la especialidad procesal fijada en el párrafo segundo para deudas privativas postmatrimoniales supone una aportación trascendental de la Lrem. pues proporciona, por pri-

en sólo dos párrafos, pasando definitivamente al precepto. Cfr. "Acta de la sesión de trece de marzo de 2002 (Acta 151)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 5 y 6.

684 El legislador ha mantenido en el ámbito de las enajenaciones forzosas el mismo criterio que en el tráfico privado ordinario: se extingue el expectante siempre que se enajena válidamente un bien consorcial, también por tanto, en los casos de enajenación válida en los que ha dispuesto uno sólo de los cónyuges.

Durante la vigencia de la Compilación, opinaba SERRANO GARCÍA que la extinción por enajenación o consentimiento a ella de los bienes comunes del 76.2 Comp. aragonesa se refería exclusivamente a los supuestos de disposición voluntaria y no a los de ejecución forzosa en los que, a menos que se renunciara expresamente, estimaba que quedaba subsistente el expectante del cónyuge no deudor en todos los casos de deudas distintas a las comprendidas en los arts. 41, 44 y 45 Comp. aragonesa, cfr. SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa, op. cit.*, p. 168.

Por su parte, BATALLA CARILLA consideraba que si en la disposición o el consentimiento se entendía implícita la renuncia, estimando que se daba la intervención de ambos cónyuges ya fuera directamente como suplida en rebeldía por el Juez, en ella estaba la renuncia del expectante, salvo el supuesto excepcional de que se hubiera excluido por aquél, cfr. BATALLA CARILLA, J. L., "La Compilación y el Registro de la Propiedad", *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragones, op. cit.*, p. 99.

La regulación actual del 99.1 Lrem. da solución expresa a estas disquisiciones, al establecer la extinción del expectante como efecto legal de la enajenación judicial de bienes "por deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sean de cargo o responsabilidad común".

mera vez, un cauce específico al cónyuge no deudor para preservar su expectante en aquellos casos en los que se ataquen bienes comunes o privativos por deudas de su consorte.

2.2. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DEL EXPECTANTE

El artículo 99 regula los supuestos en los que se considera extinguido el expectante cuando se produce la ejecución de los bienes sobre los que recae tal derecho:

Art. 99.– *Enajenación judicial de bienes inmuebles*

1.– Se extingue el derecho expectante de viudedad en la enajenación judicial de deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sean de cargo o responsabilidad común, así como por las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones.

2.– 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 1º, en los términos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución de bienes gananciales.

2.2.1. Deudas de cargo o responsabilidad común

Ante esta clase de deudas, la extinción del expectante se producirá siempre *ipso iure* como consecuencia de la enajenación judicial, con independencia de haber sido contraída por un cónyuge, por los dos o por uno de ellos con el consentimiento del otro. Son las enumeradas en el art. 36.1 Lrem. siempre y cuando no hayan sido contraídas con la intención de perjudicar

al consorcio o con grave descuido de los intereses familiares, tal y como matiza el apartado 2º de este mismo precepto.

Constituyen el pasivo definitivo del consorcio pero, frente a terceros, resulta irrelevante tal enumeración si no se examina a la luz el art. 37.2 Lrem., que califica también común la responsabilidad por deudas del 36.1 a pesar de haberse contraído por uno sólo de los cónyuges⁶⁸⁵.

Supuesto especial será el de las deudas del apartado a) del art. 36.1 Lrem. (atenciones legítimas de la familia y particulares de cada cónyuge) cuya responsabilidad es solidaria de ambos cónyuges frente a terceros de buena fe (arts. 5.1 y 7 Lrem.), respondiendo, en defecto de bienes comunes, el patrimonio privativo del otro (art. 38.2 Lrem.)⁶⁸⁶.

685 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. 37.3 Lrem.). Como apunta DELGADO, en la Compilación, sin texto expreso, se infería con seguridad del conjunto de la regulación. Cuando es uno sólo el que las ha contraído la responsabilidad frente a terceros acreedores de buena fe es muy amplia pues se produce siempre que la actuación de los cónyuges sea en el ejercicio de sus facultades legales de administración, en la explotación de sus negocios o en el desempeño de su profesión, tal y como recoge el art. 37.1.a) Lrem., ampliando los casos considerados en el art. 42 Comp. aragonesa, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Las deudas de los cónyuges", *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 308. El artículo 37.1 Lrem. será de aplicación preferente al Código de Comercio (arts. 6 a 12) siempre que se trate de dilucidar la responsabilidad por deudas contraídas en el ejercicio de una actividad mercantil por una persona casada.

De igual modo durante la vigencia de la Compilación y respecto al art. 42 Comp. aragonesa *vid.* SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa, op. cit.*, pp. 452 a 455; ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge, op. cit.*, pp. 74 a 76.

686 Afirma SERRANO GARCÍA que, en estos supuestos, se produce 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 mientras que el

En la relación interna, el art. 39 Lrem. señala que, en defecto de bienes comunes, contribuirán por mitad o en la proporción pactada conforme a lo establecido en el art. 5.2 Lrem. La responsabilidad externa o *erga omnes* no tiene porqué coincidir con la que haya entre los cónyuges, de tal manera que podremos estar ante deudas sólo provisionalmente comunes (art. 37.1 Lrem.) o bien pagadas con bienes privativos (art. 38.1 Lrem.) cuyo carácter interno era consorcial y que generen posteriormente los correspondientes derechos de reembolso o reintegro, respectivamente (art. 44 Lrem.). Sin embargo, el efecto extintivo del expectante se producirá siempre y cuando la responsabilidad externa sea común, con total independencia de las relaciones internas que se den entre los patrimonios conyugales para restituir el equilibrio roto por la ejecución sobre bienes cuya responsabilidad no fuera definitiva⁶⁸⁷.

otro cónyuge es un deudor solidario que responde si el deudor principal no cumple y una vez agotados los bienes comunes, *cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., "Las deudas de los cónyuges", *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 322.

La configuración de la responsabilidad por estas deudas en el Cc. es similar. Véase al respecto LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, op. cit.*, pp. 206 y 207.

687 *Vid.* SERRANO GARCÍA, durante la vigencia de la Compilación, aunque igualmente aplicable hoy: "En las relaciones internas entre patrimonios no juega el expectante de viudedad porque es indiferente en qué patrimonio esté o a qué patrimonio vaya a parar tras la disolución y partición, pues en todo caso es el superviviente el que tiene la viudedad sobre los bienes del premuerto. El bien pasa de un patrimonio a otro y en ambos está sujeto al expectante del cónyuge sobreviviente que no sea su propietario" (el subrayado es mío), *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa, op. cit.*, p. 159.

2.2.2. Deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones

Las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones son supuestos particulares de deudas privativas recogidas en el art. 41.2 Lrem.⁶⁸⁸. La responsabilidad externa corresponde, en principio, a los bienes privativos del cónyuge deudor y, en su defecto, existe responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes, a salvo el valor que en ellos corresponde al otro cónyuge así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes (art. 42.1 Lrem.).

Internamente, el valor actualizado de los bienes comunes empleados en el pago de deudas privativas se imputará en la participación del cónyuge deudor hasta que lo reembolse y se tendrá en cuenta para ulteriores reclamaciones de acreedores privativos (art. 42.2 Lrem.).

En la regulación fijada por la Lrem. desaparece la responsabilidad directa —siquiera limitada— de los bienes comunes por esta clase de deudas que existía en la Compilación⁶⁸⁹ pero, a pesar

688 Las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio enlazan con la redacción del art. 29 Lrem. (“Son bienes privativos de cada cónyuge *los que le pertenecieren al iniciarse el consorcio...*”); y las relativas a sucesiones o donaciones, con la del 29 c) (“Son bienes privativos de cada cónyuge...*los adquiridos a título lucrativo*”). Como apunta ESCUDERO RANERA, “parece que siendo privativos los elementos patrimoniales adquiridos de este modo, también deberán ser privativas las deudas que deriven de la misma causa”, *cfr.* ESCUDERO RANERA, P., “Deudas comunes y privativas”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, pp. 165 y 166.

689 El artículo 44 Comp. aragonesa limitaba la responsabilidad común al valor de los bienes heredados o donados que recayeran en la comunidad; respecto a las deudas anteriores al matrimonio, el 45 limitaba aquélla hasta donde alcanzase el valor de los aportados por el deudor. La *ratio interna* de ambos preceptos se encaminaba a dejar claro —frente a las oscuridades del Derecho histórico y las complejidades innecesarias del Apéndice— tanto la privatividad del crédito (éste

de ello, el legislador les ha seguido otorgando igual efecto extintivo del expectante que las deudas de responsabilidad común.

En el caso de las deudas anteriores al matrimonio, el nacimiento del expectante es posterior en el tiempo, con lo que resulta coherente la preferencia del derecho del acreedor y la correlativa extinción de aquél. Sin embargo, en las deudas por razón de sucesiones y donaciones contraídas constante matrimonio no ocurre así con lo que su ubicación en el apartado 1º del 99 no resulta, en principio, tan diáfana. A mayor abundamiento, la responsabilidad que originan tiene un carácter marcadamente privativo⁶⁹⁰.

no se hacía común por el efecto automático de la consorcialidad de los muebles entonces vigente) como la responsabilidad directa pero limitada de la masa consorcial en la medida misma de su enriquecimiento, *cfr.* RAMS ALBESA, J., "Comentario a los arts. 44 y 45 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 164.

Esta especialidad tenía, por tanto, su fundamento en el principio de comunicación al consorcio de los bienes muebles. Hoy, desaparecido dicho principio, estas deudas pasan a ser un ejemplo típico de deudas privativas, con idéntico tratamiento en lo que a su responsabilidad se refiere (arts. 41.2 y 42 Lrem.), *cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., "Las deudas de los cónyuges", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 324.

690 En Aragón, la responsabilidad del heredero está limitada, en todo caso, a los bienes que reciba de la herencia. Véase en este punto el artículo 40 de la ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, que limita la responsabilidad del heredero *exclusivamente a los bienes que reciba del caudal relicto*, aunque no se haga inventario. Siendo éstos insuficientes, responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos. En igual sentido, el art. 79 Lsuc. dispone que en la institución de heredero o legatario por pacto sucesorio para después de los días los bienes objeto de la institución responden de las deudas contraídas por el instituyente.

Vigente la Compilación, ACHÓN BRUÑÉN ya señalaba como difícilmente podía darse en Aragón casos de responsabilidad subsidiaria de bienes comunes respecto a esta clase de deudas con apoyo en el derogado art. 138 Comp. aragonesa,

A mi juicio, estos dos argumentos admiten cuando menos cuestionar tanto sus efectos extintivos del expectante del cónyuge no deudor como el sentido último de la opción de la notificación para una eventual conservación⁶⁹¹.

de similar redacción al actual art. 40 Lsuc., *cf.* ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge*, *op. cit.*, p. 31, nota 58.

691 Señalaba RAMS durante la vigencia de la Compilación que las relaciones jurídicas que pueden dar lugar a deudas privativas se presentan por la vía del análisis residual y normativamente reciben una configuración negativa, delimitándose por haber sido contraídas en interés único del deudor, sin contemplar los fines consorciales propiamente dichos o por contravenir las normas fijadas para que el endeudamiento sea común, *cf.* RAMS ALBESA, J., “Comentario al art. 46 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 175 y 178.

En línea con estos criterios, en el ámbito de la Lrem. deudas privativas son todas las que no se pueden ubicar en la responsabilidad común del art. 36 (por ejemplo, atenciones de la familia “no legítimas”, réditos o intereses “anormales” de las obligaciones de cada cónyuge, atenciones “impropias” de los bienes privativos, gastos “irregulares” de los negocios o desempeño de la profesión, las derivadas de facultades de administración o disposición de los bienes contrarias al interés familiar) además de las antematrimoniales y las contraídas por razón de sucesiones y donaciones, *cf.* SERRANO GARCÍA, J. A., “Las deudas de los cónyuges”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 324.

Aunque todas sean privativas, no puede decirse, sin embargo, que en las deudas por sucesiones y donaciones se pueda eludir o perjudicar de algún modo el interés de la familia; no solamente porque el cónyuge donatario/heredero es ajeno a la causa motivadora de las mismas sino también porque, aunque lo así recibido se considera privativo (art. 29 Lrem., apartado c), deberá gestionarse con la debida diligencia y teniendo en cuenta dicho interés (45.2 Lrem.). Además, el régimen de responsabilidad establecido por el legislador en la Lsuc. impedirá por sí mismo, como se señaló más arriba, que puedan dañar al consorcio. Por otro lado, en lo que atañe a la notificación del 99.2 Lrem., la protección al cónyuge no deudor que la inspira queda plenamente justificada, en mi opinión, frente a “libres” o prematrimoniales, en su caso, actuaciones de su consorte, pero no encuentra fácil acomodo, sin embargo, en estos casos, desde el momento en que, como mucho, aquél podrá beneficiarse —aunque sea indirectamente— de lo recibido.

2.2.3. 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

El punto de partida de este supuesto de extinción del expectante son deudas privativas postmatrimoniales cuyo impago causa el embargo de bienes comunes o privativos. Si el cónyuge no deudor es notificado al menos diez días hábiles anteriores a la subasta deberá manifestar expresamente su deseo de conservar el expectante en dicho plazo.

Deudas distintas a las del 99.1 Lrem., notificación al no deudor y obligación positiva de reserva del expectante, en su caso, son las tres cuestiones clave a analizar en el precepto:

2.2.3.1. Deudas contraídas por uno de los cónyuges (distintas de las enumeradas en el apartado anterior)

El apartado 2 del art. 99 hace referencia a deudas privativas contraídas constante matrimonio por uno sólo de los cónyuges. Serán todas aquellas que no sean a cargo del patrimonio común de acuerdo con el art. 36 Lrem. junto con las deudas por razón de sucesiones o donaciones y las antematrimoniales del art. 41.2 Lrem.

Sin embargo, el ámbito de responsabilidad externa por estas deudas ha sido configurado de un modo muy reducido por el legislador pues, en virtud del art. 42.1 Lrem., sólo tendrán para terceros la consideración de privativas las deudas distintas de las enumeradas en el art. 37 Lrem., regulador de la responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros.

Por lo tanto, quedarán como deudas de cargo definitivamente privativo las deudas postmatrimoniales contraídas por uno de los cónyuges en las que falte la buena fe de los acreedores que justificase, siquiera provisionalmente, la responsabilidad común del 37 Lrem. Igualmente deberá incluirse en este supuesto todas aquellas deudas pagadas por un cónyuge sin el consentimiento del otro puesto que, mientras no se pruebe su naturaleza consorcial, deberán considerarse como privativas⁶⁹².

2.2.3.2. Notificado el embargo del bien común o privativo (...) al otro cónyuge

La regulación actual del 99.2 Lrem. impone la necesidad de una notificación previa al cónyuge no deudor del embargo de bienes tanto comunes como privativos por deudas contraídas por su consorte con la finalidad de que exprese su voluntad

692 A diferencia del activo (art. 35 Lrem.), en el pasivo no existe una presunción de comunidad de las deudas conyugales con lo que todas las deudas que no se pruebe que son de cargo 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, *cf.* SERRANO GARCÍA, J. A., "Las deudas de los cónyuges", *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 325; igualmente al respecto del mismo autor pero durante la vigencia de la Compilación *vid. Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa, op. cit.*, pp. 158 y 159. Tal y como apuntaba SERRANO, si tras un análisis de la naturaleza y circunstancias del débito no es posible subsumirlo en ningún supuesto de responsabilidad común, el resultado hoy será igualmente el carácter privativo de la deuda, siendo a cargo de los acreedores la prueba en contrario, *cf.* SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa, op. cit.*, pp. 112 y 113.

En esta misma línea, antes de la promulgación de la Lrem., con un estudio de la evolución en la materia y de las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales habidas al respecto *vid.* SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., "El peculiar régimen de responsabilidad de los bienes comunes frente a tercero", *RDCA*, II, n° 2, 1996, pp. 157 a 162.

acerca de la eventual conservación de su derecho expectante sobre los mismos.

El legislador establece expresamente el modo en que debe llegar a su conocimiento la ejecución con el objetivo último de que pueda proteger con éxito su derecho. Constituye una aportación fundamental de la Lrem. en esta materia puesto que de la Compilación tan sólo se podía deducir una solución para el expectante sobre inmuebles ejecutados por deudas comunes.

La regla general se infería anteriormente del art. 76.2 Comp. aragonesa, reduciéndose a la extinción en los bienes enajenados forzosamente para el pago de deudas contraídas conjuntamente por ambos cónyuges o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro y la ineludible subsistencia, a contrario, en las contraídas por uno de ellos a no ser que hubiera mediado renuncia expresa⁶⁹³.

El problema fundamental radicaba en que, vigente la Compilación, la exigencia de la notificación se producía exclusivamente respecto a los bienes comunes⁶⁹⁴, con la única salvedad

693 Igualmente para bienes privativos, ante deuda de gestión contraída frente a un tercero de buena fe o, en su caso, que hubiera mediado acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia fundado en la incapacidad del cónyuge o abuso de Derecho (art. 76.2.2º Comp. aragonesa), *cfr.* BATALLA CARILLA, J. L., "La Compilación y el Registro de la Propiedad", *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, *op. cit.*, p. 99.

694 La exigencia de notificación no existía respecto a los bienes privativos pero tampoco aparecía de una manera clara en los comunes. El art. 46 Comp. aragonesa, limitaba la responsabilidad subsidiaria del patrimonio común por deudas privativas postmatrimoniales dejando a salvo "el valor que en él correspondiera al otro cónyuge" pero no ordenaba que el embargo se notificara al cónyuge del demandado. La doctrina consideró que, a pesar de ello, dicha notificación debía tener lugar siempre que se embargaran bienes comunes para que el no deudor tuviera oportunidad de defender sus derechos, con apoyo en la aplicación supletoria del 1373 Cc. junto

del embargo de la vivienda habitual de la familia a no ser que del mandamiento judicial resultase que la vivienda no tenía tal carácter⁶⁹⁵.

Por este motivo, el hecho de que el cónyuge no deudor no reaccionara ante un embargo provocado por el impago de deudas contraídas por su consorte no podía calificarse de igual modo en bienes comunes y en privativos. Y así, realizando una interpretación extensiva del 76.2 Comp. aragonesa, podía llegar a calificarse la pasividad del cónyuge no deudor ante una notificación de embargo de un bien común que fuera consecuencia de una deuda privativa de su consorte como una suerte de consentimiento —aunque tácito— a la venta forzosa que equivaldría a una renuncia de su expectante. Sin embargo, ante una ejecución forzosa de un bien privativo, el no deudor no debía ser ni demandado ni notificado de tal manera que no existía

con el artículo 144.1 Rh. que la regulaban expresamente, *cfr.* RAMS ALBESA, J., “Comentarios al art. 46 Comp. Aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 182 y, en igual sentido, SERRANO GARCÍA, J. A., *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, *op. cit.*, pp. 579 y 580.

695 *Cfr.* BATALLA CARILLA, J. L., “La Compilación y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, *op. cit.*, p. 85. Así lo entendía este autor en consonancia con lo establecido en los entonces vigentes arts. 144.5 del Rh. y 51 Comp. aragonesa.

La regulación actual del 144.5 Rh. hace referencia a que el carácter de vivienda habitual “constare en el Registro” mientras que el art. 8 Lrem. matiza acertadamente la necesidad de consentimiento del otro cónyuge sobre los actos de disposición sobre la vivienda habitual que sean “voluntarios”, con lo que los de enajenación forzosa quedan fuera de su ámbito (sobre el alcance del carácter voluntario de estos actos *vid.* apartado 3.2.1.1 en Capítulo III).

Hoy será suficiente con la notificación del 144.5 Rh., al que deberá darse, no obstante, una interpretación lo suficientemente amplia como para evitar la indefensión y posible nulidad del embargo y de la enajenación, *cfr.* GARCÍA GARCÍA, J. M., “Comentario al art. 144.5 Rh.”, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*, Thomson-Civitas, 4ª edición, Madrid, 2004, p. 494, nota 22.

otra posibilidad distinta de la renuncia para que el expectante desapareciera.

Esta situación creaba problemas de grave inseguridad jurídica no solamente para el no deudor sino también para el acreedor y el adjudicatario ante deudas que, tan solo en apariencia, podían ser privativas⁶⁹⁶.

El apartado 2º del art. 99 Lrem. parte de la obligatoriedad de la notificación para ambas clases de bienes (*notificado el embargo del bien común o privativo*).

El precepto utiliza como cauce procesal el procedimiento de la Lec. para la ejecución de los bienes gananciales establecido en su art. 541.2⁶⁹⁷, pues así cabe deducirlo del art. 99.2 Lrem. *in*

⁶⁹⁶ *Vid.* en este sentido, durante la vigencia de la Compilación, a MEDRANO SÁNCHEZ. Este autor ponía de relieve como, dado el carácter legal del expectante, quien accede al Registro y comprueba que un bien ha sido objeto de una transmisión por un titular privativo sin renuncia de su cónyuge debe presumir que adquiere un bien con la correspondiente carga real; pero si, por el contrario, una persona accede al Registro de la Propiedad para examinar un bien objeto de una previa enajenación forzosa, no puede afirmar con seguridad si subsiste o no el derecho expectante y tendrá que partir de la premisa de que sí simplemente porque, al tratarse de un bien privativo, el procedimiento se dirigió contra el deudor y no se notificó a su cónyuge. Pero puede ser no solo posible, sino también probable, que sea una deuda aparentemente privativa y que, realmente, tenga carácter consorcial. Por todo ello defendía, ya entonces, una reforma de la Compilación que abordara específicamente esta cuestión, *cfr.* MEDRANO SÁNCHEZ, J., "La responsabilidad del patrimonio común por deudas (aparentemente) privativas de uno de los cónyuges. La posición y derechos del cónyuge no deudor", *RDCA*, I, nº 1, 1995, pp. 43 y 44.

⁶⁹⁷ El art. 541 Lec. viene a solventar uno de los problemas existentes en el seno de la sociedad de gananciales bajo la vigencia de la Lec. de 1881 como era el articular un medio de defensa para el cónyuge no deudor en caso de ejecución de bienes gananciales por deudas contraídas individualmente por uno de los cónyuges. La norma adjetiva de 1881 no permitía la posibilidad de discutir en el seno del juicio ejecutivo acerca de la naturaleza de la deuda pues carecía de términos

hábiles para ello, a excepción de los casos en los que previamente hubiera habido un declarativo que hubiera determinado aquélla.

Esta situación, duramente criticada por la doctrina de modo continuado, precisaba de una solución efectiva a la que la reforma por Ley 1/2000, de 7 de enero, intenta dar respuesta en la regulación de la ejecución de los bienes gananciales. Y así, el 541 no solamente establece una normativa específica para la misma sino que, lo que es más importante, establece un cauce para discutir acerca de la naturaleza de la deuda y la defensa, en su caso, de los derechos de los cónyuges casados bajo régimen de gananciales ante obligaciones individualmente contraídas por uno de ellos, habilitando un trámite contradictorio dentro del juicio ejecutivo a través de un incidente de oposición a la ejecución que se aplicará con independencia de que la responsabilidad de la sociedad de gananciales sea directa o subsidiaria —ante la insuficiencia de bienes privativos— y partiendo, ineludiblemente en ambos casos, de la notificación del embargo al no deudor, *cf.* BERROCAL LANZAROT, A. I., “Análisis del artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución sobre bienes gananciales por deudas contraídas por uno de los cónyuges”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-3, 2004, pp. 84, 85, 100, 101, 117 y 126. *Vid.* igualmente GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al art. 541 Lec.”, *Comentario a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, dirigidos por Lorca Navarrete y coordinados por Guilarte Gutiérrez, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2558 y 2559.

A este precepto se remite igualmente el legislador aragonés al abordar, en materia de pasivo del consorcio conyugal, la ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas (art. 43.1 Lrem.), con lo que será el cauce para la defensa tanto de la parte del bien que le pueda corresponder —en el caso de bienes comunes— como de su expectante sobre la de su cónyuge y sobre los privativos de éste. Con su incorporación a la Lrem. se da solución tanto a las dificultades procesales que el mecanismo previsto en el derogado art. 46 Comp. aragonesa provocaba —pues si bien determinaba que las deudas privativas postmatrimoniales gravaban los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes, al patrimonio común, dejando “a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge”, no existía un medio procesal “*ad hoc*” para hacer valer lo que recogía el precepto— como a la problemática causada por la carencia de regulación expresa en la Compilación del destino del expectante en el embargo de bienes privativos.

Respecto a la primera cuestión —siempre a la espera de una futura ley procesal aragonesa— el legislador de la Lrem. (apartado VII del Preámbulo) confía que resulte “*suficiente y expedito*” el procedimiento de ejecución en bienes gananciales diseñado por la Lec. en el año 2000 “*con las necesarias adaptaciones sustantivas*” (opción de liquidación con o sin disolución del consorcio, arts. 43.1 y 43.2 Lrem., respectivamente), a fin de constatar el valor que ha de quedar a salvo. Sin embargo, en su aplicación de cara a la conservación del expectante, dichas adaptaciones no

fine cuando señala que *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 de bienes gananciales*. El art. 541.2 establece por su parte que cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor *pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge (...) a fin de que pueda oponerse a la ejecución, basando su regulación, por lo que a la notificación del cónyuge no deudor respecta, en lo ya establecido por el art. 144.1 Rh.*⁶⁹⁸.

Lo decisivo de cara al expectante es que esta regulación prevista en el 541.2º Lec. para deudas contraídas por uno sólo de los

se han producido y su mera traslación al ámbito de la viudedad puede plantear diferentes problemas de índole procesal. En relación a estos últimos, *vid.* análisis en apartado siguiente, número 2.3.2

⁶⁹⁸ El art. 541 Lec. debe ser completado, a los efectos de inmuebles, con el 144 del Rh. La redacción actual del art. 144.1 Rh., conforme al R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre, señala que para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges o que estando demandado uno de los cónyuges ha sido notificado al otro el embargo. El precepto va referido exclusivamente al embargo de bienes gananciales, ya sea como consecuencia de deudas a cargo de la sociedad de gananciales o bien subsidiariamente por deudas privativas ante la insuficiencia de bienes privativos. En ambos casos bastará dirigir la demanda al cónyuge deudor, sea o no quien adquirió los bienes, y notificar al otro para que pueda ejercitar los derechos que le correspondan, en la medida que la exigencia de demanda al cónyuge no deudor resulta inviable en la práctica procesal. Se alude en este apartado a bienes gananciales pero por analogía resulta aplicable a los demás regímenes económico-matrimoniales de comunidad de bienes, *cfr.* GARCÍA GARCÍA, J. M., "Comentario al artículo 144.1 del Reglamento hipotecario", *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil, op. cit.*, pp. 488 y 489, nota 18. Éste es el caso del consorcio conyugal aragonés regulado en el Título IV de la Lrem.

cónyuges pero de las que deben responder bienes gananciales⁶⁹⁹ habrá que seguirse, igualmente, para embargar los bienes privativos y que, en consecuencia, el no deudor va a ser notificado siempre.

La notificación será preceptiva *ex art. 99 Lrem.* en ejecuciones por deudas postmatrimoniales —al menos aparentemente— privativas, con independencia de la clase de bien. Respecto a los comunes, el trámite de la notificación habrá de observarse igualmente en aplicación del 43.1 Lrem. y el 541.2 Lec., con lo que el 99 Lrem. supone, *a priori*, una cierta reiteración. No es, por el contrario, el caso de los privativos, en los que resultará el único cauce de conservación del expectante⁷⁰⁰.

699 Lo determinante, en principio, para la aplicación del 541 es, en primer lugar, que en el momento del nacimiento de la deuda exista la sociedad de gananciales, *cfr.* JUAN SÁNCHEZ, R., “Comentario al artículo 541 de la Lec.”, *Proceso Civil Práctico*, T. VI, coordinado por Morenilla Allard, La Ley, 2002, p. 355.

Después, aunque el precepto señale que podrá oponerse el no deudor alegando que “los bienes gananciales no responden de la deuda por la que se ha despachado ejecución” lo cierto es que la sociedad de gananciales responde siempre ante deudas contraídas por uno sólo de los cónyuges, si bien de distinta manera: directa en el caso de deudas comunes o subsidiaria en el caso de las privativas (art. 1373 Cc.). A efectos prácticos será decisivo no ya que el cónyuge notificado pueda acreditar la irresponsabilidad ganancial directa sino que el cónyuge que contrajo la deuda tenga o no bienes privativos suficientes. *Vid.* en este sentido BERROCAL LANZAROT, A. I., “Análisis del artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución sobre bienes gananciales por deudas contraídas por uno de los cónyuges”, *op. cit.*, p. 152 y CRESPI FERRER, L. “El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del artículo 541 de la Lec.)”, *Revista de Derecho de Familia*, n° 20, julio 2003, p. 37.

700 MEDRANO SÁNCHEZ, J., “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 65. Para este autor la notificación del 541 Lec. hace innecesaria la del 99 Lrem. pero matiza acertadamente, a mi juicio, la conveniencia de precisar su alcance, puesto que no es coincidente el ámbito de oposición del 541 con el del 99, al ser más restringido éste último. Y así, en

La notificación en la Lec. constituye, de un lado, una exigencia imperativa que los tribunales han de observar de oficio como presupuesto para despachar la ejecución y, de otro, el medio de intervención del cónyuge no deudor para ejercitar la defensa de sus intereses⁷⁰¹.

En el ámbito de la Lrem. supone, además, el requisito *sine qua non* para la conservación de su expectante sobre los bienes ejecutados por deudas de su consorte.

2.2.3.3. No manifiesta (...) su voluntad de conservarlo

El art. 99.2 Lrem. regula los efectos que puede ocasionar la inactividad al cónyuge no deudor respecto al expectante que os-

el caso de bienes comunes, mientras la notificación del 541 deberá ir referida al concreto embargo del bien ganancial, la del 99 por su parte deberá contener, además, la obligatoriedad de pronunciarse en plazo de diez días acerca de la conservación del expectante sobre el bien ejecutado, recogiendo las consecuencias derivadas de la inobservancia de tal apercibimiento.

Como apunta LERMA RODRIGO, la notificación en los privativos, salvo la excepción de vivienda familiar, solamente tendrá consecuencias de cara a que la inscripción de la adjudicación se practique con o sin reserva del expectante, *cfr.* LERMA RODRIGO, M^a del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, pp. 152 y 153.

⁷⁰¹ Al respecto *vid.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges”, *RJN*, n.º 33 (2), 2002, p. 85; BERROCAL LANZAROT, A. I., “Análisis del artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución sobre bienes gananciales por deudas contraídas por uno de los cónyuges”, *op. cit.*, pp. 122 y 123; FLOR MATÍES, J., “Comentario al artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *El proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, vol. VI., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 4552; HERNÁNDEZ RUEDA, N., *Régimen de responsabilidad por deudas privativas durante la vigencia de la sociedad de gananciales* (Tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), Dykinson, Madrid, 2002, pp. 223 y 224.

tente sobre los bienes objeto de ejecución por deudas privativas de su consorte⁷⁰². Sobre él recae la carga de la pervivencia de su expectante y sobre el acreedor la de probar que las deudas contraídas son de las enumeradas en el apartado 1º del art. 99 Lrem. y, por tanto, extintivas *per se* de aquel derecho, tal y como señala el art. 99.2 Lrem. *in fine* (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 de bienes gananciales) dado el carácter *iuris tantum* de la presunción de privatividad de la deuda⁷⁰³.

Se trata, por tanto, de dos cuestiones distintas, pero prevalece la calificación del débito⁷⁰⁴. Y así, por mucho que haya me-

702 La Lrem. impone como novedad la carga de un pronunciamiento expreso del cónyuge titular del derecho expectante tanto en el supuesto de la extinción registral del 98.4 en el tráfico ordinario como en el de la enajenación judicial del 99.2 para el forzoso. En ambos casos, la reserva es necesaria en las condiciones y plazo fijados para evitar la extinción, o lo que es lo mismo, la inactividad genera un silencio positivo pues la norma le atribuye como efecto la desaparición del expectante.

No obstante, aunque el cauce formal sea el mismo, las razones a las que obedecen son diferentes: agilidad del tráfico jurídico inmobiliario ordinario en el primer caso y protección al titular del expectante en el segundo. García Almazor puso de relieve el paralelismo citado entre ambos preceptos en los debates de la Comisión Aragonesa. *Vid.* al respecto “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 8.

703 En el tema de la carga de la prueba, hubo dos posturas distintas en la Comisión representadas por Batalla Carilla y Serrano García. Mientras el primero defendía que debía recaer en el acreedor, el segundo la hacía recaer en el cónyuge no deudor. La primera posibilidad es la que estaba en las propuestas iniciales del precepto y la que se acaba adoptando por ser más conforme al mecanismo del 541 Lec. aludido en el 99.2 Lrem. Consúltese al respecto “Acta de la sesión de trece de marzo de 2002 (Acta 151)”, *Actas de la Comisión aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 3 a 5.

704 Lo normal es que la calificación de la deuda no figure en el título ejecutivo pues normalmente no se habrá dirimido en proceso declarativo previo y tampoco será lógico que los cónyuges *de motu proprio* hayan llegado a un acuerdo acerca de la naturaleza común o privativa de la misma. Respecto a esta última cuestión véase, entre otros, MEDRANO SÁNCHEZ, J., “La responsabilidad del patrimonio común por deudas

diado en plazo una manifestación encaminada a evitar las consecuencias extintivas que fija la norma, si los acreedores prueban que se trata de deudas del 99.1 Lrem., la pérdida del expectante será inevitable⁷⁰⁵.

(aparentemente) privativas de uno de los cónyuges. La posición y derechos del cónyuge no deudor”, *op. cit.*, p. 43; CARRASCO PERERA, A., “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1986”, *CCCJ*, n° 12, septiembre-diciembre 1986, p. 4017; CRESPI FERRER, L., “El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del artículo 541 de la Lec.)”, *Revista de Derecho de Familia*, *op. cit.*, pp. 27, 31 y 34; CACHÓN CADENAS, M. J., *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 527.

705 Cfr. LERMA RODRIGO, M° del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 152.

Lo que el legislador de la Lec. denomina simplificadaamente “la prueba de la responsabilidad de los bienes gananciales” ha sido criticado como “inadecuado técnicamente” por GUILARTE GUTIÉRREZ, considerando, con buen criterio, que será una cuestión de aplicación e interpretación de normas más que de acreditación de hechos. Habrá que valorar, en opinión del autor, si la actuación individual encaja o no en algún supuesto de responsabilidad común, cuestión para la que, evidentemente, los cónyuges estarán en una posición objetiva más favorable que el acreedor por conocer el destino final de la deuda. Por estos motivos, no considera excesivamente acertada la regla que grava con la carga probatoria al acreedor, *cfr.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al art. 541 Lec.”, *Comentario a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, pp. 2582 y 2583.

Para GORDILLO CAÑAS “esta norma resulta carente de todo fundamento sustantivo, con el agravante, además, de repartir las desiguales cargas de mera alegación y prueba efectiva de la ganancialidad de la obligación justo al contrario de lo que la materia vendría a recomendar: al cónyuge no deudor le basta oponerse a la ejecución alegando que los bienes gananciales no deben responder de la deuda reclamada, siendo esta alegación la que traslada al acreedor la necesidad de probar la responsabilidad de los bienes gananciales en razón de la ganancialidad de aquella obligación” (el subrayado es mío), GORDILLO CAÑAS, A., “Ganancialidad de la deuda: ¿Presunción, prueba o determinación legal?”, *AC*, n° 21, diciembre 2004, p. 2538.

Ésta es, no obstante, la fórmula adoptada también en el 99.2 Lrem. por el legislador aragonés puesto que es la que resulta coherente con la premisa del carácter privativo de las deudas contraídas por uno sólo de los esposos: se considerarán privativas las deudas contraídas unilateralmente de tal manera que, quien alegue lo contrario, deberá probarlo.

2.3. APLICACIÓN PRÁCTICA. PROBLEMAS QUE PLANTEA⁷⁰⁶

2.3.1. Determinación de los presupuestos para la aplicación: régimen económico matrimonial, prueba del estado civil, acceso al contenido de un eventual pacto sobre el expectante y tipos de enajenación

2.3.1.1. Régimen económico matrimonial

El art. 99 Lrem. regula las consecuencias que provoca una enajenación judicial de bienes inmuebles en el derecho expectante que ostenten sobre ellos los cónyuges en atención a la clase de deuda cuyo impago haya originado aquélla.

La ubicación sistemática del precepto junto con la compatibilidad de la viudedad con cualquier régimen matrimonial (art. 89.3 Lrem., en relación con los arts. 10 y 23.2 Lrem.) traen como primera consecuencia la aplicación directa a todo matrimonio con independencia de su régimen económico.

Sin embargo, del tenor literal del mismo se deduce que el legislador toma como principal referente el régimen consorcial al establecer los supuestos en los que el expectante desaparece, quizás porque, por su propia naturaleza, será en éste régimen en el que existirán siempre deudas de cargo o responsabilidad común y, por añadidura, mayores posibilidades de extinción de aquel derecho⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶ Para la elaboración de este apartado se han tomado como punto de partida las consideraciones hechas al respecto por MEDRANO SÁNCHEZ, J., “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit.; en concreto, en relación con el derecho expectante, *vid.* pp. 62 a 67.

⁷⁰⁷ MEDRANO SÁNCHEZ, J., “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 63; igualmente BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de De-*

No obstante, considero que su aplicación a cualquier matrimonio no debe plantear dudas, no solamente porque el expectante es un efecto del mismo (arts. 10 y 89 Lrem.) y no del régimen matrimonial sino porque el legislador ha determinado con carácter imperativo, y por tanto indisponible, que ambos cónyuges responden solidariamente frente a terceros de buena fe de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender la satisfacción de las necesidades familiares (arts 5.1 y 7 Lrem.), con lo que al menos esta clase de deudas estará siempre presente en el régimen de separación de bienes (art. 27 Lrem.)⁷⁰⁸.

Es bien cierto, sin embargo, que cuando se pacta el régimen de separación de bienes se busca la independencia de las actuaciones de los cónyuges y de las consecuencias patrimoniales que de éstas deriven. Pero no hay que olvidar que, en Aragón, el cónyuge así casado es menos independiente y autónomo, pese a las notas tipificadoras de éste régimen, precisamente porque el legislador admite expresamente su compatibilidad con el derecho de viudedad (art. 89.3 Lrem.)⁷⁰⁹.

recho Civil Aragonés, op. cit., p. 417 y GIL NOGUERAS, L. A., "El derecho de viudedad durante el matrimonio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 332.

Véase, por ejemplo, la referencia expresa en el 99.1 Lrem. a las "deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones" de idéntica redacción al art. 41.2 Lrem. que las califica de privativas en sede de consorcio conyugal o la remisión del 99.2 Lrem. al procedimiento de ejecución de bienes gananciales del 541 Lec. En relación con este último, aunque inicialmente se utilizaba la denominación de "comunes" de la Lrem., se modifica, a iniciativa de Delgado Echeverría, a "gananciales" que es el epígrafe utilizado en el 541 Lec., destinatario de la remisión, *cfr.* "Acta de la sesión de dos de mayo de 2002 (Acta 157)", *Actas de la Comisión aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3.

708 *Cfr.* BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 418.

709 Como señala BAYOD LÓPEZ, "En razón de esta compatibilidad (...) la disposición de los bienes propios de cada cónyuge en Aragón es menos individua-

El no titular no tiene ningún poder de control sobre los bienes de su consorte y no debe prestar consentimiento o autorización alguna a sus actos ni responder por deudas distintas a las mencionadas más arriba en aras del interés familiar pero siempre estará presente la excepción de su derecho expectante de viudedad como efecto *ex lege* del matrimonio⁷¹⁰, tanto en enajenaciones voluntarias como forzosas.

Iguales consideraciones caben hacerse desde la perspectiva de un adquirente que contrate con persona casada con régimen matrimonial sometido a ley aragonesa.

Suprimir el expectante frente a deudas privativas en estos casos por considerar que trae consecuencias perjudiciales para la autonomía patrimonial y la solvencia del aragonés casado⁷¹¹

lista ya que habrá que contar con el derecho expectante de cada cónyuge", BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 250.

Igual consideración debe hacerse para la gestión de bienes privativos del consorcio conyugal. Sobre estos últimos *vid.* MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, *op. cit.*, p. 111 e, igualmente, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Gestión del consorcio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, *op. cit.*, p. 213.

710 BAYOD LÓPEZ, C., "La viudedad", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, pp. 246 y 247.

Vigente la Compilación *vid.*, en igual sentido, RAMS ALBESA, J., "Comentario al artículo 51 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 271 y MARTÍNEZ CORTÉS, J., "El régimen económico matrimonial de la separación de bienes" (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, pp. 105 a 107, 118 (en especial nota 48) y 141.

711 Así lo estima necesario MEDRANO SÁNCHEZ para que los cónyuges alcancen plena solvencia y autonomía patrimonial características del régimen de separación de bienes, *cfr.* MEDRANO SÁNCHEZ, J., "Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón" (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, pp. 62 y 63.

Con igual criterio, en los debates de la Comisión, se manifestaba en solitario Calatayud Sierra, mostrándose partidario de que el expectante quedase extinguido

supondría hacer una excepción a la regla general de renuncia expresa en el régimen de separación de bienes (art. 23.2 Lrem.) que podría distorsionar la naturaleza de este derecho por hacerlo depender de la clase de enajenación o del régimen matrimonial, cuando lo único que debe primar es que la norma aplicable al matrimonio sea la aragonesa (art. 9.2 Cc.).

Además si el legislador, tal y como afirma en el apartado VII del Preámbulo, respecto a la regulación de las deudas privativas (...) *no ha encontrado razón alguna para favorecer los intereses de los acreedores para esta clase de deudas en perjuicio de los del cónyuge no deudor*, dándoles un ámbito muy restringido, no tendría sentido que en las transmisiones forzosas provocadas por aquéllas sostuviera un criterio distinto desfavorable al no deudor desapareciendo *ex lege* su expectante a pesar de no ser suya la responsabilidad ocasionada por el débito objeto de la ejecución.

A mayor abundamiento, y con independencia de que se comparta o no la opción de la supresión, creo que, con carácter general, el objetivo perseguido no es defendible en Aragón por varias razones:

a. Incompatibilidad con las reglas generales de la economía familiar

Las decisiones sobre la economía familiar son atribuidas por el legislador a ambos cónyuges y se regulan en los arts. 45 y 46 Lrem.

en toda enajenación forzosa, a excepción de la hipoteca. En su opinión, un sistema que lo deja a salvo cuando se enajena judicialmente un bien privativo por deudas privativas hace del aragonés casado un semi-incapaz que, en el ámbito de las entidades financieras, apenas merecerá crédito y puede suponer, por vía indirecta, una cierta quiebra del principio de responsabilidad patrimonial universal, *cfr.* “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 6 y 7; igualmente, en “Acta de la sesión de trece de marzo de 2002 (Acta 151)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5.

en un sentido amplio respecto de bienes comunes y privativos, abarcando —como afirma el apartado VII del Preámbulo— decisiones relativas tanto a la administración y disposición *como las que llevan al endeudamiento*. Las consecuencias inmediatas son tener presente al adoptarlas el interés de la familia, conducirse con la debida diligencia (art. 45.2) y el deber de información recíproca sobre la gestión de ambos patrimonios y sobre los resultados económicos de la profesión o negocio que ejerzan (art 45.3).

Creo además con SERRANO GARCÍA⁷¹² que ambos arts. 45 y 46 deben considerarse de carácter imperativo por su clara relación con los del Título Primero pues se trata de una reiteración, en sede de gestión del consorcio, de los principios generales que deben informar todo matrimonio y que resultan indisponibles para los cónyuges a excepción de la forma concreta de su cumplimiento. Partiendo de una gestión así configurada y estando el expectante presente igualmente en ambas clases de bienes, el intentar conseguir una autonomía plena en la gestión de los privativos resulta, en la práctica, imposible de conseguir⁷¹³.

712 SERRANO GARCÍA, J. A., “Las deudas de los cónyuges”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., p. 288. En igual sentido, y considerándolos aplicables por ello tanto al régimen de consorciales como al de separación de bienes, *vid.* MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, op. cit., pp. 25 y 26.

713 Véase sobre esta cuestión durante la vigencia de la Compilación las palabras clarificadoras de RAMS ALBESA: “...a mí me hubiese gustado mucho que el legislador hubiera separado la economía familiar para que se viera que ésta no se limita a las masas comunes (...) cuando nuestro sistema de testamento mancomunado y de ejercicio de la viudedad en sus etapas preparatorias, que son las que dan reflejo de patrimonio, se interviene tanto en los bienes comunes como en los privativos de uno como otro”, *cfr.* RAMS ALBESA, J., “Gestión y pasivo de la comunidad conyugal aragonesa” (ponente), *Foro de Derecho aragonés, Segundos Encuentros*, op. cit., p. 37.

Sobre el derecho expectante, RAMS ALBESA se manifestaba del siguiente modo: “Si alguien discute en serio sobre este derecho expectante de viudedad se

b. Arraigo y conocimiento de la institución de la viudedad

No debe olvidarse que estamos ante una institución secular de arraigo profundo en nuestra sociedad y de la que —tal y como recoge el legislador en el apartado XII del Preámbulo— *la mayoría de adquirentes conocen perfectamente su existencia y consecuencias* (...). Lo mismo ocurre entre cónyuges, por mucho que los bienes sean privativos.

c. Modus operandi de las Entidades bancarias

Aún cuando se capitule el régimen de separación de bienes, el *modus operandi* actual de las entidades bancarias, si el prestatario está casado, es solicitar siempre la firma de ambos cónyuges⁷¹⁴.

dará cuenta de que es una argucia para intervenir en la disposición de los bienes. No hay ninguna expectativa razonable en el resto del ordenamiento jurídico aragonés que haya que renunciarla antes”, RAMS ALBESA, J., *Ídem*, p. 39.

En esta misma línea, Delgado Echeverría afirmaba en los debates del precepto en la Comisión Aragonesa que a lo que tiende una institución como el derecho expectante de viudedad es, precisamente, a conseguir que las decisiones en el ámbito familiar se tomen por ambos cónyuges, por lo que no veía inconveniente en que se generalizase la práctica dirigida a exigir el consentimiento de los dos para contraer deudas (como opción preferente antes que la extinción automática en bienes privativos por deudas privativas que defendía Calatayud Sierra), *cfr.* “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 7.

714 *Cfr.* MARTINEZ CORTÉS, J., “El régimen económico matrimonial de la separación de bienes” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 100 (nota 23) y en igual sentido, LACRUZ MANTECÓN, M., “El régimen de separación de bienes” (coponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 151.

En los debates de la Comisión, esta manera de actuar de las Entidades bancarias la puso también de relieve Giménez Martín, *cfr.* “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 7.

Por su parte, Calatayud Sierra exponía que la exigencia de la firma conjunta de ambos cónyuges derivaba de la disminución de la solvencia patrimonial del

Esta práctica bancaria generalizada alcanza mayor sentido precisamente cuando de este régimen se trata en aras de la obtención de mayores garantías con lo que la pretendida independencia de patrimonios será tal en tanto no sea necesaria algún tipo de financiación.

De todo lo expuesto resulta evidente que intentar una independencia patrimonial absoluta en Aragón es una empresa muy difícil. Sin embargo, en relación con el expectante, la solución puede obtenerse con total efectividad a través de la nueva posibilidad ofrecida en la Lrem. de pactos o renunciaciones, en su caso, excluyentes del derecho (art. 90.2 y 92.2 Lrem., respectivamente) que permitan conservar el usufructo de los bienes no enajenados⁷¹⁵.

En la práctica notarial, se observa como pactar acerca de este derecho es ya algo habitual, estableciéndose dentro del contenido típico y habitual de una escritura de capitulaciones matrimoniales junto a la ley reguladora de los efectos personales del matrimonio y la fijación del régimen matrimonial —que, por regla general, es el de separación de bienes⁷¹⁶— el mantenimiento o supresión del derecho de viudedad tanto en su fase de derecho expectante como en la de usufructo vidual⁷¹⁷.

aragonés casado motivada —en su opinión— por el expectante, *cf.* “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 6 y 7.

715 Así lo propone, a pesar de la crítica a la regulación adoptada, MEDRANO SÁNCHEZ, J., “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 63.

716 Sobre ello *vid.* BAYOD LÓPEZ, C., *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Institución “Fernando el Católico”, Zaragoza, 1995, p. 19; igualmente en *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1ª edición, Zaragoza, 1997, p. 26.

717 MARTINEZ CORTÉS, J., “El régimen económico matrimonial de la separación de bienes” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Dere-*

2.3.1.2. Dificultades de la prueba del estado civil de los titulares de bienes privativos

La inscripción en el Registro Civil es el único medio de prueba que declara *erga omnes* y con validez oficial el *status* de cónyuge. En el tráfico, los restantes medios de prueba no sirven como tales para acreditar el matrimonio y sí únicamente para producir la inscripción que lo acredite legalmente (arts. 327 Cc.; 2 y 3 Lrc.)⁷¹⁸.

Aunque el Registro Civil es público para quienes tengan interés en conocer los asientos y aquél se presume en quien solicita la certificación (arts. 6.1 Lrc. y 17 Rrc.), la DGRN ha precisado en resolución de 9 de enero de 1987 (BOE de 20 de julio de 1987) el alcance de las anteriores normas, matizando que “dicho interés ha de estar relacionado directamente con la prueba del estado civil de las personas o del contenido del Registro”. Cuando se trate de cuestiones distintas, el encargado puede y debe denegar la certificación, ante la que cabe el recurso previsto en el art. 25 Rrc.⁷¹⁹.

En opinión de MEDRANO SÁNCHEZ, uno de los inconvenientes más graves de la regulación del art. 99 Lrem. será precisamente conocer la condición del estado civil de casado de los titulares de los bienes privativos⁷²⁰, sobre todo en relación con los

cho Aragonés, op. cit., p. 96. Destacando la frecuencia de la renuncia al expectante en la práctica notarial *vid.* NAVARRO VIÑUALES, J. M., “Introducción a la legislación de Derecho civil aragonés”, *Legislación civil de Aragón, op. cit.*, p. 48.

718 LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, *op. cit.*, p. 59.

719 PARRA LUCÁN, M^a A., “El Registro Civil”, *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, 3^a edición, vv. aa., coordinado por De Pablo Contreras, Ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 545 y 546.

720 MEDRANO SÁNCHEZ, J., “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 67.

adquiridos antes de contraer matrimonio, ya que la notificación prevista en dicho precepto habrá que hacerse siempre que se ejecuten esta clase de bienes con independencia del régimen matrimonial de los cónyuges y el Registro de la Propiedad no permite conocer el estado civil actualizado al tiempo del apremio⁷²¹.

Considero que los problemas se pueden plantear cuando se trate de la ejecución de bienes adquiridos e inscritos en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la celebración del matrimonio, ya que constarán en este último a nombre de persona soltera que muy bien ha podido cambiar posteriormente de estado civil⁷²².

Sin embargo, cuando se trate de bienes privativos inscritos a favor de persona casada en régimen de separación de bienes, la situación es distinta ya que, aunque la inscripción de los capítulos en el Registro Civil no tiene carácter constitutivo —pues el art. 13.2 Lrem. sólo requiere para su validez escritura pública—,

No se tratará, no obstante, de un problema exclusivo del Derecho aragonés pues, como subraya CRESPI FERRER, la realización de un embargo prescindiendo de la aplicación del 541 Lec. por desconocimiento de que el ejecutado esté casado o bien que lo esté en régimen ganancial o foral asimilable es todavía más patente en aquellos lugares en los que rige el régimen de separación como régimen legal, como es el caso de Cataluña, *cfr.* CRESPI FERRER, L., “El embargo de los bienes gananciales: problemática procesal (examen del art. 541 Lec.)”, *op. cit.*, p. 35.

721 La finalidad del Registro de la Propiedad es la inscripción de los derechos sobre bienes inmuebles y los actos de nacimiento, modificación o extinción de los mismos en virtud de los arts. 2 Lh. y 7 Rh., *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil III bis. Derecho Inmobiliario registral*, edición revisada y puesta al día por Delgado Echeverría y Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 88 y 89. La publicidad de otro tipo de datos es de modo incidental y no da fe, en cualquier caso, de su veracidad.

722 En igual sentido se manifestó en los debates del precepto Calatayud Sierra. *Vid.* al respecto “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 8.

cuando se trate de inmuebles su oponibilidad frente a terceros no solamente quedará condicionada a la inscripción en el Registro Civil (art. 16 Lrem.) sino también en el Registro de la Propiedad. (arts. 1333 Cc. y 75.1 Rh.). Además, en virtud del artículo 266 Rrc. es siempre necesaria su previa mención en el Registro Civil para inscribirlas con posterioridad en cualquier otro Registro con lo que no cabe preguntarse por la oponibilidad frente a terceros de las que solamente están mencionadas en el Registro de la Propiedad⁷²³.

Por lo tanto, en embargos de bienes inmuebles privativos adquiridos constante matrimonio por titular casado en régimen de separación de bienes, la notificación al no deudor de cara a la eventual conservación de su expectante será difícil de eludir por problemas de prueba del estado civil del ejecutado.

Igualmente ocurrirá en matrimonios con régimen consorcial en los que haya pactos entre cónyuges acordando otorgar carácter privativo a un bien consorcial (art. 29.a Lrem.) o bien atribuyan directamente condición privativa a bienes de nuevo ingreso que inicialmente no la tendrían (art. 29.d Lrem.)⁷²⁴ ya que será igualmente necesaria, en virtud de la regulación aludida (arts. 1333 Cc. y 75.1 Rh.), la constancia de la modificación acordada en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad frente a terceros.

723 ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge*, op. cit., p. 99, en especial, nota 256. En esta línea vid. también COSTAS RODAL, L., "Comentario al art. 1333 Cc.", *Comentarios al Código Civil*, op. cit., p. 1558.

724 Vid. al respecto SERRANO GARCÍA, J. A., "Los bienes de los cónyuges", *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op. cit., pp. 255, 256 y 269.

2.3.1.3. El acceso al contenido de un pacto sobre el expectante

Los pactos relativos al derecho expectante de viudedad pueden adoptarse tanto en el seno de unos capítulos matrimoniales con ocasión de una modificación del régimen matrimonial como posteriormente de manera separada e independiente (arts. 3.1, 13.1, 15.1 y 90.2 Lrem.). El momento en que se realicen va a ser decisivo en su régimen de publicidad frente a terceros:

a. La publicidad de los capítulos matrimoniales

La publicidad que proporciona el Registro Civil de los capítulos es solamente del régimen económico y de sus modificaciones posteriores pero no de su contenido detallado. Así lo recoge expresamente el art. 77.1 Lrc. cuando establece que *al margen de la inscripción de matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal*⁷²⁵.

⁷²⁵ Los arts. 77 Lrc. y 266 Rrc. hacen referencia a la “indicación” de la publicidad registral del régimen económico del matrimonio. Se practican, a petición del interesado, como nota marginal a la inscripción del matrimonio y en ellos sólo consta la naturaleza del hecho, la denominación del nuevo régimen matrimonial y el documento auténtico o la resolución en cuya virtud se extiende (capitulación en escritura notarial, resolución judicial, etc.) pero no se transcribe su contenido, *cfr.* PARRA LUCÁN, M^a A., *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona, op. cit.*, p. 248. LINACERO DE LA FUENTE señala como, en la práctica, se limitan a recoger el nombre del régimen pactado, sin que sea posible reproducir el contenido íntegro o incluso el resumen de las cláusulas o capitulaciones, *cfr.* LINACERO DE LA FUENTE, M., *Derecho del Registro Civil*, Cálamo Producciones editoriales, Barcelona, 2002, pp. 92 y 93.

La RDGRN de 22 de noviembre de 2005 (BOE 305 de 22 de diciembre de 2005) en recurso interpuesto contra providencia citada por el Juez encargado del Registro Civil de Barcelona ratifica la calificación recurrida denegando la inscripción de unos capítulos matrimoniales en los que los comparecientes se limitaban a confirmar su régimen matrimonial entre distintas legislaciones territoriales con-

En este punto, aunque el art. 17 Rrc. señala con carácter general que *el interés en conocer los asientos se presume en quien solicita la certificación*, cuando se trate de capitulaciones matrimoniales el art. 266 Rrc. indica que *solo se extenderá a petición de interesado*, señalando *in fine* que *los Notarios expedirán copias de las estipulaciones que afecten al régimen económico matrimonial en los casos permitidos por la legislación notarial y, en particular, a cualquier solicitante que presente un principio de prueba que le acredite como titular de algún derecho patrimonial frente a cualquiera de los cónyuges*. El art. 224 Rn., por su parte, establece sobre esta cuestión que, *además de cada uno de los otorgantes, tienen derecho a obtener copia, en cualquier tiempo, todas las personas a cuyo favor resulte de la escritura algún derecho, ya sea directamente, ya adquirido por acto distinto de ella, y quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento*.

En resumen, el asiento del Registro Civil no publica el contenido de las capitulaciones sino que únicamente dará noticia

currentes. Se trataba de unos esposos de diferentes comunidades autónomas que habían contraído matrimonio en Barcelona y a los que resultaba aplicable el régimen legal catalán por el juego de los puntos de conexión establecidos en el artículo 9.2 y 3 Cc. Sin embargo, como realizaban operaciones mercantiles en Aragón y habían tenido problemas de interpretación en cuanto a su régimen económico matrimonial en las notarías aragonesas, otorgaron unas capitulaciones en las que se limitaban a constatar el régimen catalán legal de separación de bienes. La inscripción de éstas es denegada en el fundamento III de la resolución que razonaba así sobre los capítulos matrimoniales y la publicidad del Registro: “Tal y como señala el Juez encargado, la publicidad de estas manifestaciones es ajena al Registro Civil, pues no determinan en rigor ni la constitución formal de un régimen económico de sociedad conyugal (cfr. arts. 1315 Cc. y 10 CF catalán) ni de una modificación del régimen económico-matrimonial anteriormente existente entre los cónyuges (cfr. art. 77 Lrc. y 1333 Cc.) [...] *Las capitulaciones matrimoniales son un contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin fijar un régimen matrimonial distinto del legal, siendo aquél y no éste el objeto de la publicidad que brinda el Registro Civil*” (el subrayado es mío).

de los datos a los que se refiere el art. 266 Rrc. reenviando al protocolo del notario autorizante⁷²⁶.

Ahora bien, dado el carácter secreto de éste último, el acceso o copia, en su caso, de su contenido quedará condicionado, en última instancia, a la valoración que del mencionado interés legítimo realice el Notario. Por lo tanto, a pesar de que el Registro Civil es el cauce a través del cual debe desenvolverse la publicidad de las capitulaciones, aquél que desee conocer su contenido no tendrá bastante con acudir al mismo sino que se encontrará con la dificultad añadida de tener que continuar su investigación a través del notario asistente⁷²⁷.

Toda renuncia o pacto relativo al expectante contenido en capitulaciones matrimoniales seguirá, por tanto, el régimen de publicidad expuesto. Quizás sea un proceso demasiado complejo para, simplemente, poder constatar la pervivencia del expectante de un cónyuge sobre un bien a ejecutar. Pero, en cualquier caso, son cuestiones relativas a la publicidad formal de aquéllas que demandan una solución general absolutamente ajena a la regulación del expectante en el tráfico forzoso⁷²⁸.

726 ROJAS MONTES, L., "Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones", *AAMN*, t. XXVI, p. 319; SOTO BISQUERT, A., "La publicidad del régimen matrimonial de bienes", *RDP*, 1967, p. 534.

727 PRETEL SERRANO, J. J., "Comentario al art. 77 Lrc.", *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, coordinados por Albadalejo García y Díaz Alabart, T. IV, vol. 3º, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1996, p. 817. Subrayando las mayores dificultades que este sistema plantea si el tercero que quiere conocer el contenido es un extranjero *vid.* DIAGO DIAGO, M. P., "La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, números 2067-68, septiembre 2008, p. 2783.

728 La doctrina tradicional ha propuesto reiteradamente en esta cuestión la creación de un Registro específico para que el particular pueda conocer el régimen

b. La publicidad del pacto separado de exclusión del expectante

Por lo que a la concreta publicidad del pacto separado de exclusión del expectante respecta, su inscripción se ha venido realizando al margen de la inscripción de matrimonio sin problemas hasta la informatización de los Registros Civiles. La llevanza de éstos se ha hecho tradicionalmente de manera manual por los funcionarios a través de anotaciones manuscritas en libros hasta que, por Orden Ministerial del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999⁷²⁹, se aprueba la informatización de los Registros Civiles (INFOREG), regulando sus líneas básicas y estableciendo no sólo los índices y las bases estadísticas sino todo el proceso de integración de datos registrales y la redacción de los asientos de las cuatro secciones (nacimientos, matrimonios, defunciones y tutelas y representaciones legales).

Posteriormente, por Orden de 1 de junio de 2001⁷³⁰ se dispone la aprobación de modelos de asientos de los Registros

patrimonial del matrimonio con el que va a contratar; véanse, entre todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., "Los regímenes económicos matrimoniales y la publicidad registral", *RCDI*, 1963, pp. 593 y ss.; VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 149 y ss.; MORA MATEO, J. E., "Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones", *RGD*, núm. 636, septiembre de 1997, p. 10335.

Sin embargo, más recientemente, DE LA IGLESIA PRADOS, matiza acertadamente, en mi opinión, como la solución quizás no pasa tanto por la creación o no de un Registro *ad hoc* sino por la modificación de la regulación vigente para obligar a la publicidad de cuanto afecte al ámbito patrimonial de los cónyuges, proponiendo para dicho fin como solución el establecimiento de una vía similar a la del Registro General de Actos de Última Voluntad a través de la cual el Notario remita todos los datos relativos al ámbito patrimonial insertos en los capítulos y no solo del hecho del otorgamiento de los mismos, *cfr.* DE LA IGLESIA PRADOS, E., "La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales", *RCDI*, núm. 689, mayo-junio 2005, pp. 826 a 831.

729 BOE núm. 180 de 29 de julio de 1999.

730 BOE núm. 137 de 8 de junio de 2001.

Civiles informatizados, estableciendo un número limitado de aquéllos para unificar criterios y evitar que cada Registro actúe de modo distinto.

No obstante, el sistema informático instalado inicialmente sólo permitía hacer constar en su modelo 207 denominado “Indicación de Régimen Económico Matrimonial”⁷³¹ lo relativo al régimen matrimonial o a posteriores cambios de uno a otro pero no modificaciones internas que efectuasen los cónyuges dentro de un mismo régimen con lo que no era posible, por tanto, en Aragón, recoger renunciaciones al derecho expectante de viudedad que manualmente se habían venido haciendo, sin embargo, hasta entonces, sin problemas.

A pesar de este inconveniente, la D. F. 1ª de la citada Orden de 2001 faculta a la DGRN a “autorizar sucesivas modificaciones en la versión inicial del sistema informático en los modelos de asientos que vengan exigidas por reformas normativas, cambios en la organización registral o aconsejadas por la experiencia alcanzada, por razones de interés y conveniencia pública o de mejor llevanza de los Registros, a propuesta de la Comisión Nacional de Informatización de los Registros Civiles o de propia iniciativa”.

En aplicación de esta disposición, se han ido demandando posteriormente por los diferentes Registros, en función de sus necesidades, nuevas clases de asientos no incluidos en el programa, figurando entre ellas la solicitada por el Registro Civil

731 *Cfr.* suplemento a números 1899-1990 del Boletín de Información del Ministerio de Justicia de uno de septiembre de 2001, año LV, pp. 2871 y 2872. La redacción literal era del siguiente tenor:

INDICACIÓN.— El matrimonio inscrito contraído por xxx y por xxx *se halla sujeto al régimen de xxx según consta en escritura de capitulaciones* de fecha xxx autorizada por el notario xxx bajo el número xxx de su protocolo que así lo determina. Se practica este asiento a petición de xxx” (el subrayado es mío).

Único de Zaragoza el 22 de julio de 2003 para poder inscribir pactos internos entre cónyuges que no implicaran mutación del régimen matrimonial, como es el supuesto de los que recogen una renuncia del expectante.

En dicha solicitud se exponía como “los pactos al margen de las capitulaciones matrimoniales son frecuentes en Derecho aragonés” porque “el acuerdo de que el régimen sea el de separación de bienes no supone renuncia al derecho expectante de viudedad, al cual hay que renunciar expresamente”, y que “aunque muchas veces esa renuncia se formaliza a través de capitulaciones matrimoniales, otras se hace también en un pacto posterior que da lugar a la consiguiente escritura notarial que, hasta la informatización del Registro Civil, se había inscrito al margen de la inscripción de matrimonio”.

La argumentación para la implantación del asiento se fundaba en que “el pacto de renuncia del expectante hecho separadamente de las capitulaciones matrimoniales reúne los requisitos del 1333 Cc. y 77 Lrc. para que sea objeto de inscripción pues supone una modificación del régimen económico de la sociedad conyugal”. Pero como tal variación no suponía el cambio a uno nuevo no existían en los modelos informatizados asiento marginal alguno que pudiera adecuarse a estos pactos.

En octubre de 2004 se modifica finalmente el programa informático incluyendo el modelo denominado “Indicación de modificación de Régimen Económico Matrimonial”, de tal manera que, a partir de entonces, ya pueden inscribirse acuerdos distintos a la variación de régimen y, entre ellos, los relativos al expectante⁷³².

732 Esta nueva versión de modelo de asiento junto con otras modificaciones solicitadas por otros Registros Civiles informatizados es aprobada posteriormente

El problema derivado de esta situación ha sido que desde la informatización de los Registros (el de Zaragoza fue en el año 2001) hasta la implantación de esta posibilidad en 2004, ante la carencia informática aludida, no se practicaban los asientos de renuncia —ni cualquier otro pacto interno— con lo que han sido privados de publicidad registral y no ha sido posible su eficacia frente terceros⁷³³.

Hoy, tras la citada reforma, si se solicita una certificación literal de matrimonio, al margen podrá constar tanto si existen capítulos matrimoniales otorgados por los cónyuges con el régimen matrimonial adoptado como si hay o no pactos internos que, eventualmente, hayan podido ser acordados al respecto.

Si el acuerdo es solamente de renuncia al expectante se inscribe directamente⁷³⁴; pero si los pactos son más extensos, dado el escaso espacio disponible, se indica solamente que el régimen ha sido modificado. Para el acceso a su concreto contenido resultará de aplicación igualmente en este supuesto la legislación notarial citada *supra*, partiendo siempre de que el art. 346 Rrc.

con carácter retroactivo por resolución de la DGRN de 25 de enero de 2005 (BOE núm. 79 de 2 de abril de 2005).

733 La publicidad del Registro Civil es de carácter negativo, garantizando simplemente que en ningún caso se causará perjuicio a tercero de buena fe sino desde la fecha de la inscripción registral, *cfr.* DE LA IGLESIA PRADOS, E., “La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales”, *op. cit.*, pp. 821 y 822.

734 La redacción literal del asiento queda del siguiente modo:

INDICACION.— “El régimen económico matrimonial del matrimonio inscrito ha sido modificado en el siguiente sentido *QUE RENUNCIAN AL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD Y AL USUFRUCTO VIDUAL*, según consta en escritura de fecha xxx autorizada por el notario xxx bajo el número xxx de su protocolo que así lo determina. Se practica este asiento a petición de xxx.” (el subrayado es mío).

define interesado como *aquél que resulta o puede resultar afectado de forma directa por el contenido de las capitulaciones en sus bienes o derechos*⁷³⁵.

No obstante todo lo expuesto, es de esperar que la colaboración requerida en el art. 11.3 Lrem. para aquéllos que, por razón de su cargo o profesión, intervengan en todo expediente matrimonial con el fin de procurar que se consigne en el Registro Civil el régimen económico de los contrayentes, informando sobre sus posibilidades y consecuencias de acuerdo con la legislación aplicable, pueda contribuir, de manera eficaz, a mitigar los problemas derivados de su eventual falta de publicidad frente a terceros⁷³⁶.

2.3.1.4. Tipos de enajenación

La norma menciona solamente la “enajenación judicial” y no señala nada más acerca de otro supuesto de enajenación forzosa: los apremios administrativos. Se trata de procedimientos ejecutivos que siguen las autoridades administrativas y agentes de la Hacienda Pública para el cobro de impuestos o descubiertos a favor de ésta o de entidades a las que se extiende su privilegio⁷³⁷.

735 Toda la información expuesta relativa a la incidencia de la informatización de los Registros Civiles en la renuncia del expectante así como la consulta de la solicitud del Registro Civil de Zaragoza de 2003 para poder inscribir pactos internos ha sido facilitada personalmente por su Oficial Delegado D. Ricardo Bueno Castel.

736 Poniendo como ejemplo este precepto de la legislación aragonesa para paliar las situaciones de inseguridad jurídica derivadas de la ausencia de exigencia legal de constancia del régimen económico matrimonial en el Registro Civil *vid.* PEREZ MARTÍN, A. J., “La determinación del régimen económico matrimonial”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 38, marzo, 2008, p. 32.

737 Estamos ante deudas fiscales o bien de la Seguridad Social que tratan de hacerse efectivas en procedimientos administrativos que, tras impago del deudor,

Para buscar solución a la ausencia de regulación *ad hoc* en este punto podrían defenderse con carácter previo como posibles hipótesis la aplicación de las reglas generales del 98 Lrem. o bien, analógicamente, el art. 99 Lrem., objeto de este Capítulo⁷³⁸:

a. Art. 98.1 (Disposición de bienes inmuebles)

En virtud de lo dispuesto en el art. 98 Lrem., una enajenación válida de bienes consorciales extingue el expectante (apartado 1º, letra b)⁷³⁹ mientras que, para los privativos, al ser precisa

finalizan en mandamientos del recaudador al Registro de la Propiedad ordenando la práctica de anotaciones preventivas de embargo. No existe por tanto “demanda contra” sino simplemente “deudas de”, *cfr.* BATALLA CARILLA, J. L., “La Compilación y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés, op. cit.*, pp. 86 y 87.

Sobre responsabilidad por esta clase de deudas en régimen de sociedad de gananciales *vid.*, entre otros muchos, CARRASQUER CLARÍ, M. L., “Los bienes gananciales como objeto de responsabilidad por deudas tributarias”, *Revista General de Derecho*, vol. 56, nº 673, octubre-noviembre 2000, pp. 12823 a 12831 y GALÁN RUIZ, J., “Unidad familiar en régimen de gananciales. Embargo de cuentas corrientes de un contribuyente por las deudas tributarias por IRPF de su cónyuge (STC 36/2000 de 14 de febrero)”, *Crónica Tributaria*, nº 103, 2002, pp. 163 a 170.

738 A favor de la aplicación del art. 99 Lrem. a estos supuestos *vid.* MEDRANO SÁNCHEZ, J., “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 63.

739 En este sentido, CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés, op. cit.*, p. 144.

No fue ésta, sin embargo, la interpretación pretendida por el legislador ya en la fase de elaboración del precepto pues la intención inicial en los textos preparatorios fue referirlo, exclusivamente, a los actos de disposición voluntaria de acuerdo con las normas de gestión de bienes comunes tal y como, finalmente, ocurrió. Incluso se sugirió la conveniencia de añadir en dicho apartado que se trataba de una disposición voluntaria si bien, posteriormente, se desestimó, *cfr.* “Acta de la sesión de veintiocho de noviembre de 2001 (Acta 138)”, *Actas de la Comisión aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 8.

renuncia expresa en escritura pública a menos que se otorgue en el mismo acto por el que se enajena válidamente el bien (apartado 1º, letra a), el resultado sería el de mantenimiento del expectante salvo que mediara aquélla. Sin embargo, respecto a éstos últimos, aunque podría sostenerse en principio la aplicación de esta regla general de la renuncia, el apartado f) del mismo precepto, que establece la extinción por expropiación o reemplazo por otros en virtud de procedimiento administrativo, estaría más próximo a los apremios administrativos en tanto que ambos son supuestos iniciados por la Administración en los que el acto de disposición no es voluntario⁷⁴⁰.

La consecuencia sería entonces la extinción en el caso de los consorciales por el 98.1 b) Lrem. y en los privativos por el 98.1 f) Lrem.

b. Art. 99 (Enajenación judicial de bienes inmuebles)

Tal y como se ha expuesto en líneas anteriores, el expectante queda extinguido en todas las deudas de responsabilidad común junto con las contraídas antes del matrimonio y las que provengan por sucesiones o donaciones —de responsabilidad subsidiariamente también común—, mientras que subsiste en los casos de deudas privativas postmatrimoniales en las que, habiéndose efectuado la pertinente notificación al no deudor reseñada en el

740 Para MEDRANO SÁNCHEZ la cuestión no estaría del todo clara pues afirma que “el caso de los bienes privativos queda sin solución o ésta sería el mantenimiento del expectante”, *cfr.* MEDRANO SÁNCHEZ, J., *Ídem*, pp. 63 y 64.

Por su parte, CALDUCH GARGALLO defiende la aplicación del 98.1.c) Lrem. en los supuestos de bienes privativos incluidos en el tráfico habitual del negocio, si fuera el caso, pero entiende que, aún así, quedarían fuera las ejecuciones no judiciales que afectasen a bienes excluidos de aquél, *cfr.* CALDUCH GARGALLO, M., *Ídem*, p. 144.

apartado 2, éste realiza, en plazo, la reserva expresa del expectante que dicho apartado le permite. Por tanto, ante esta última clase de deudas, es factible la conservación del derecho si se solicita por los cauces legales establecidos al efecto.

c. Opción por el 99.1 Lrem. Justificación

Establecida la comparación entre ambas opciones, la consecuencia extintiva es única para cualquier clase de deuda y de bien si se opta por la aplicación de los artículos 98.1.b) o f) Lrem., respectivamente. Sin embargo, con el art. 99, se produciría la extinción *ipso iure* solamente en los supuestos de las deudas del párrafo 1º.

Si examinamos esta cuestión a la luz del principio del *favor viduitatis*, aplicable a toda la institución, nos obligará a decantarnos en casos dudosos, como el que nos ocupa, a favor de la interpretación más favorable a la subsistencia de este derecho⁷⁴¹.

La consecuencia ineludible de la aplicación de dicho principio será que la extinción del expectante solamente podrá producirse por renuncia de su titular o por actos que la ley determine su extinción expresamente.

741 Recogido en el artículo 90.3 Lrem.:

Artículo 90.– *Pactos*

3.– Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre en sentido favorable a la misma.

No obstante, como afirman SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, su aplicación puede predicarse no solamente respecto de cláusulas contractuales y testamentarias (art. 90.3) sino también de *cualesquiera declaraciones de voluntad relativas al derecho de viudedad (significativamente, a su renuncia) y a las normas de derecho positivo* (el subrayado es mío), *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 75 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 700.

Partiendo de la premisa de la ausencia de renuncia expresa, y en relación con los bienes privativos, los actos que provocan la extinción en el 98.1.f) son iniciados por la Administración al igual que los apremios y en ninguno el titular del expectante interviene para nada con lo que podría defenderse, *a priori*, una cierta identidad de razón que justificara su aplicación analógica en el sentido del art. 4.1 Cc.

Sin embargo, la protección del expectante del cónyuge no deudor encuentra amparo más idóneo y cualificado respecto de los bienes privativos de su consorte en el 99.2 Lrem. puesto que puede conservarlo, en su caso, ante una ejecución por deudas de aquél, si se le notifica debidamente.

Con el 98.1.f) Lrem. se extinguiría sin más, con el agravante de que el fenómeno subrogatorio característico de los procedimientos que contempla no se da en ninguna enajenación o ejecución forzosa al ser consecuencia, exclusivamente, de contraer deudas y su posterior impago. El deudor es privado de un bien y no hay otro en su lugar —o dinero según el tipo de procedimiento— donde pudiera recaer, en su caso, el expectante del no deudor⁷⁴² con lo que perdería su derecho sin posibilidad de defensa.

742 Véase comentario al art. 98.1 f) Lrem. (extinción por expropiación o reemplazo de unos bienes por otros en virtud de procedimiento administrativo) en Capítulo II, apartado 2.6, donde defendíamos que el ámbito de aplicación del precepto se ceñía a los bienes privativos objeto de algún procedimiento administrativo de los allí mencionados, ya que, ante consorciales, las actuaciones deberán entenderse necesariamente con ambos cónyuges por imperativo legal y la simple concurrencia hará decaer recíprocamente el expectante de ambos *ex art.* 98.2 Lrem. A diferencia del supuesto que nos ocupa, el justiprecio en razón de la expropiación o la indemnización, o sustitución del bien en su caso, por concentración parcelaria o reparcelación y compensación urbanística, ocupan idéntica posición jurídica en el patrimonio del propietario que el bien expropiado o modificado y sobre él recaerá el expectante de su cónyuge.

Igualmente ocurre en los consorciales respecto a deudas privativas postmatrimoniales pues, a diferencia de la opción por la aplicación de la regla general del art. 98.1.b Lrem., el 99.2 permite idéntica posibilidad de conservación de su derecho al cónyuge no deudor.

A la vista de todo lo expuesto, considero que resulta más conveniente la aplicación del 99 Lrem. en los supuestos de ventas forzosas administrativas puesto que el expectante recibe una regulación más favorable para su defensa. Y aunque pueda objetarse que la enajenación que contempla el título de la norma se califique literalmente de “judicial”⁷⁴³, el carácter forzoso de ambas creo permite, con las lógicas adaptaciones derivadas del procedimiento aplicable, que pueda resultar igualmente extensiva a los apremios administrativos⁷⁴⁴.

743 Sobre esta objeción consúltese MEDRANO SÁNCHEZ, J., “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 64. En igual sentido, GIL NOGUERAS, L. A., “El derecho de viudedad durante el matrimonio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., p. 329.

Téngase en cuenta, no obstante, que, como afirma BERROCAL LANZAROT, el procedimiento de ejecución de gananciales del 541 Lec. al que se remite el art. 99.2 Lrem. está inicialmente pensado por el legislador de la ley adjetiva para demandas ejecutivas fundadas en los números 4 y ss. del art. 517 Lec., es decir, títulos ejecutivos *no judiciales* (el subrayado es mío), si bien nada impide que la fórmula diseñada se aplique igualmente a los supuestos de títulos judiciales siempre que en el procedimiento declarativo previo del que la resolución judicial trae causa no se haya debatido acerca de la naturaleza de la deuda, *cf.* BERROCAL LANZAROT, A. I., “Análisis del artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución sobre bienes gananciales por deudas contraídas por uno de los cónyuges”, op. cit., pp. 104, 105 y 119.

744 Decantándose por esta solución por considerar que el 98.1.b) Lrem. está pensado para las disposiciones voluntarias *vid.* MEDRANO SÁNCHEZ, J., “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 64. En igual sentido favorable, BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, op.

No fue ésta, sin embargo, la posición mayoritaria entre los miembros de la Comisión que decidió no extender el precepto a los procedimientos de ejecución administrativos y dejar que operasen en estos supuestos las reglas generales y, en su caso, el arbitrio judicial.

El argumento esgrimido fue que en ellos la Administración es juez y parte, es decir, acreedora y encargada de practicar la ejecución. No parecía muy acertado, por este motivo, permitirle probar que la deuda del cónyuge ejecutado es de las que conllevan la extinción del expectante pues estimaban que la prueba carecería de las garantías suficientes⁷⁴⁵.

Sin embargo, el recurso a las reglas generales supone, tal y como se ha defendido más arriba, la indefensión del cónyuge no deudor por deudas privativas postmatrimoniales de su consorte porque en ninguna de ellas se contempla, como en el 99.2 Lrem., el trámite de la notificación para una reserva de su derecho.

En el extremo opuesto, optar por el mantenimiento del expectante en todas las ejecuciones administrativas ante los problemas de transparencia en la prueba supone un trato de favor respecto a las judiciales que, en última instancia, son tan forzosas como aquéllas.

cit., p. 417 y SERRANO GARCÍA, “Las deudas de los cónyuges”, *Manual de Derecho Civil Aragonés, op. cit.*, p. 331.

En contra, para el supuesto de bienes consorciales, mostrándose a favor de la aplicación del 98.1.b) Lrem. CALDUCH GARGALLO, M., *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés, op. cit.*, p. 144.

⁷⁴⁵ La propuesta partió de Calatayud Sierra y el argumento en contra de Batalla Carilla, adhiriéndose a esta última postura otros miembros como Sancho-Arroyo y López Rioboo y Martínez Cortés, *cfr.* “Acta de la sesión de veinticuatro de abril de 2002 (Acta 156)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 9 y 10.

Parece preferible, por tanto, como solución menos perjudicial y más acorde al *favor viduitatis*, la aplicación extensiva del precepto a cualquier enajenación forzosa, máxime cuando, como se recordó igualmente en los debates de la Comisión, el Reglamento General de Recaudación se remite, en lo necesario, al procedimiento judicial⁷⁴⁶.

La Administración tendrá a su favor el tema probatorio pero, por lo menos, con el 99 Lrem. el cónyuge no deudor mantendrá siempre abierta la posibilidad de intentar —con mayor o menor éxito— la defensa de su expectante en cualquier clase de bien ante un apremio administrativo por deudas de su consorte⁷⁴⁷.

746 “Acta de la sesión de veinticuatro de abril de 2002 (Acta 156)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 9 y 10.

Así ocurría en las fórmulas de los Anteproyectos de la Compilación (art. 145 del Anteproyecto del Seminario y 148 del Anteproyecto de 1962), que incluían todo supuesto de enajenación forzosa (judicial, notarial o administrativa) y también el de la dación en pago de bienes privativos para el pago de deudas privativas y que fueron tomadas como referencia por Serrano García para la propuesta que serviría como punto de partida en los debates del precepto, *cfr.* “Acta de la sesión de 28 de noviembre de 2001 (Acta 138)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 7. *Vid.* anexo a esta misma Acta titulado “Responsabilidad por deudas y derecho expectante”, 28 de noviembre de 2001, p. 1, con la propuesta citada.

Sobre los Anteproyectos de la Compilación, consúltese apartado 1.3.4.3 de este mismo Capítulo.

747 Posibilidad que nunca tendría en aplicación del Reglamento General de Recaudación (aprobado por R.D. 939/2005, de 29 de julio) pues su art. 75.3º limita la notificación de los embargos a los bienes gananciales y la vivienda habitual :

Art. 75.– *Práctica de los embargos.*

3.– Una vez realizado el embargo de bienes y derechos, la diligencia se notificará al obligado al pago y, en su caso, al tercero titular, poseedor o depositario de los bienes si no se hubiesen realizado con ellos las actuaciones, así como al cónyuge del obligado al pago cuando los bienes embargados sean gananciales o se trate de vivienda habitual, y a los condueños o titulares (el subrayado es mío).

2.3.2. Cuestiones Procesales

El apartado segundo del artículo 99 Lrem. remite al procedimiento regulado en la Lec. de ejecución de bienes gananciales (art. 541) para que el cónyuge no deudor encauce la protección de su expectante sobre bienes que vayan a ser ejecutados por deudas que sean de responsabilidad exclusiva de su consorte. El legislador consigue de este modo dar una solución plausible a los problemas de indefensión que se planteaban durante la vigencia de la Compilación en este punto.

Sin embargo, la traslación de este procedimiento a la Lrem. para una finalidad tan peculiar y distinta a la originaria puede causar algunos problemas de adaptación en determinados aspectos, agravados por el hecho de que, aunque en principio pudiera pensarse que tal remisión obedece a razones meramente procesales, lo cierto es que va a traer también inevitablemente consecuencias sustantivas directamente relacionadas con la eventual conservación del expectante⁷⁴⁸.

2.3.2.1. Calificación procesal de la “manifestación de la voluntad de conservar el expectante”: el incidente de viudedad aragonesa

Si se compara el art. 541.2 Lec. con el 99.2 Lrem., se observa como el primero se refiere a una *oposición a la ejecución* y el segundo, por su parte, a la *manifestación de su voluntad de conservarlo*

748 En contra del 541 Lec. para esta finalidad en los debates de la Comisión se mostró Sancho Arroyo y López-Rioboo, *cfr.* “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 9.

(el expectante), términos que, comparativamente, podrían llevar, en principio, a cierta confusión⁷⁴⁹.

A pesar de la redacción utilizada, estamos ante una causa de oposición a la ejecución que procesalmente se configura como un auténtico incidente —el de viudedad aragonesa— que paraliza, de momento, la subasta para dilucidar acerca de la pervivencia del expectante⁷⁵⁰.

La actuación del cónyuge no deudor se limita exclusivamente, una vez notificado oportunamente, a la oposición a la traba manifestando su voluntad de conservar el expectante.

Una vez realizada la misma y según lo dispuesto en el art. 99.2 Lrem., *in fine*, recaerá en el acreedor la carga de probar que la deuda causante de la ejecución figura entre las contempladas en el apartado 1º del art. 99 en los términos previstos en la Lec. para la ejecución en bienes gananciales⁷⁵¹. Por lo tanto, y *a contrario*

749 Cfr. MEDRANO SÁNCHEZ J., “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 64

750 Cfr. MEDRANO SÁNCHEZ J., “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 64 y, en igual sentido, la opinión mayoritaria de los miembros de la Comisión en “Acta de la sesión de trece de marzo de 2002 (Acta 151)”, *Actas de la Comisión aragonesa de Derecho Civil*, op. cit., p. 6.

Obsérvese no obstante, a pesar de la crítica efectuada por MEDRANO, que la expresión literal “manifestar su voluntad” es exactamente la misma que en el otro caso de “necesidad de reserva” regulado en la Lrem. para la conservación del expectante—si bien en el tráfico ordinario— de bienes inmuebles: la “extinción registral” del 98.4 Lrem.

751 La oposición del cónyuge no deudor produce el efecto de trasladar al acreedor ejecutante la carga de probar la procedencia de la afectación de los bienes gananciales a la ejecución que se pretende, cfr. BANACLOCHE PALAO, J., “Comentario al art. 541 Lec.”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vva., Civitas, Madrid, 2001, p. 936.

Ahora bien, siguiendo a LOPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, que el acreedor no consiga probar el carácter ganancial de la deuda no significa que deba acreditar la

sensu, la ausencia de prueba favorable en este sentido supondrá la paralización de la ejecución y la consiguiente subsistencia del expectante sobre los bienes inicialmente trabados.

2.3.2.2. La notificación

a. Momento

El 99.2 Lrem. indica que debe realizarse *al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta*.

Debemos partir, por tanto, de que ya se ha realizado la traba, la valoración de los bienes y el embargo; y solamente después de todo ello, se posibilita al cónyuge no deudor que se oponga al mismo, alegando no ser suya la responsabilidad por la deuda que ha provocado la ejecución del bien⁷⁵².

insuficiencia del patrimonio privativo. Bastará con que demuestre la existencia de la deuda y que el bien embargado pertenece al deudor. Si, por añadidura, resulta que el bien objeto del embargo es común, el consorte no deudor siempre tendrá la opción del 541.2 Lec y oponerse a la traba. El acreedor no debe investigar acerca del carácter privativo —o no— ni de la deuda ni del bien objeto del embargo, *cfr.* LOPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “Sociedad de gananciales: deudas privativas. Embargo de bienes gananciales por deudas del marido. Tercería de dominio interpuesta por la esposa. Procedimiento adecuado conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentario a la sentencia del TS de 2 de junio 1999 (RJ 1999, 4725)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n° 4, 2000, pp. 413 y 414.

752 Como apunta DÍAZ MARTÍNEZ, resulta llamativo que la Lec. permita *ab initio* al órgano ejecutor, sin coto alguno para ello, la traba del patrimonio ganancial, posibilitando solo después, una vez celebrado el embargo de los bienes comunes, la oposición del cónyuge no deudor, siendo que en la legislación sustantiva se parte de la premisa de la presunción de privatividad de las deudas contraídas por uno de los cónyuges, *cfr.* DÍAZ MARTÍNEZ, A., *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva LECiv: aspectos civiles y registrales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2001, p. 188.

No obstante, aunque ciertamente la notificación permita la traba de los bienes comunes en función de una presunta ganancialidad de la que el acreedor, con la

El legislador aragonés solamente ha tenido en cuenta el momento último —y no quizás el más adecuado procesalmente— en que puede efectuarse la notificación para que el no deudor pueda conservar su expectante⁷⁵³, utilizando el plazo ordinario de oposición contemplado en la Lec. —diez días (art. 556.1 Lec.)⁷⁵⁴— y

complacencia del legislador, parte, no debe olvidarse que la mera oposición del no deudor reinvierte la carga de la prueba pues será el acreedor el que deberá acreditar la responsabilidad de los bienes comunes cuando el motivo de oposición a la ejecución sea que los bienes gananciales no deben responder de la deuda motivadora de aquélla. El legislador resulta de este modo finalmente coherente con la premisa del carácter privativo de las deudas contraídas por un cónyuge pues así las considera inicialmente salvo prueba posterior en contrario. *Vid.* al respecto BERROCAL LANZAROT, A. I., “Análisis del artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución sobre bienes gananciales por deudas contraídas por uno de los cónyuges”, *op. cit.*, pp. 129 y 130; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al art. 541 Lec.”, *Comentario a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, pp. 2579 y 2580; FLOR MATÍES, J., “Comentario al artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *op. cit.*, p. 4554.

En todo caso, resulta indudable que el acreedor parte inicialmente de una posición privilegiada, predicable además en el ámbito de la Lrem. respecto de bienes tanto comunes como privativos.

753 “Se discute el momento *hasta el cual era posible* que el cónyuge no deudor haga la manifestación de querer conservar el derecho expectante” (el subrayado es mío), *cf.* “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 8.

García Almanzor propuso la misma que para la tercería de dominio, es decir, hasta la aprobación del remate pero Sancho Arroyo y López-Rioboó señaló que se trataba de supuestos diferentes y que era necesario hacerlo antes de la subasta a fin de que quien acuda a la misma pueda saber si subsiste o no el expectante. Este último planteamiento convenció y sería el que pasaría definitivamente al precepto.

754 La Lec. no regula en ningún sitio esta concreta vía de oposición con lo que habrá que acudir a las normas de las demás causas de oposición contenidas en los arts. 556 y ss. en las que se indican que el ejecutado e igualmente el cónyuge no deudor tienen el plazo de diez días desde la notificación del auto por el que se despacha ejecución para oponerse a ella, *cf.* BERROCAL LANZAROT, A. I., “Análisis del artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.”, *op. cit.*, p. 151.

Éste es el plazo que recoge el legislador aragonés, si bien configurado como un mínimo que debe respetarse, tal y como parece desprenderse de la redacción

obviando el coste que supone la suspensión una vez iniciados todos los trámites del apremio⁷⁵⁵.

Habría sido más pertinente que se hubiera regulado la notificación al cónyuge no deudor antes de la convocatoria y no de la celebración de la subasta⁷⁵⁶. Razones de economía procesal así lo hubieran aconsejado, evitándose, por añadidura, la complejidad

literal del precepto —“*al menos*”— ya que entre la publicación de los edictos que dan publicidad a la subasta y la celebración de la misma debe mediar un plazo, también mínimo, de veinte días (art. 667 Lec.).

En el Cc., el art. 1373 no fija, por el contrario, plazo alguno con lo que será el juez quien deba fijarlo prudencialmente, *cfr.* ACHÓN BRUNÉN, M. J., “*La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge*”, *op. cit.*, p. 41.

En las normas forales, el art. 71.2 CF tampoco fija ninguno. Sin embargo, la Ley 85 de la Compilación Navarra establece un plazo de nueve días y el art. 102.2.1º de la Compilación del País Vasco lo fija de quince. No obstante, lo que se regula en puridad en los cuatro casos citados (incluido el del Cc.) no es propiamente un proceso de oposición a la consorcialidad del embargo ya que, en todos ellos, la mera manifestación del no deudor en los plazos respectivamente mencionados es la vía que determina automáticamente la disolución de la comunidad y la sustitución de la traba, sin trámite contradictorio alguno, *cfr.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “*Comentario al art. 541 Lec.*”, *Comentario a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, pp. 2560, 2579, 2580 y 2586.

755 Como apunta GIL NOGUERAS, los perjuicios serían, en primer lugar, para el ejecutante ya que, por un lado, habría de descontar en el valor del bien el del expectante no contemplado en su día en la tasación y, por otro, por el retraso que implica en la ejecución, con un coste añadido que podría afectar a la propia subasta; en segundo lugar, también se irrogan perjuicios para terceros, como los postores o intervinientes en la subasta que hayan consignado alguna cantidad para participar en la misma que será retenida hasta la resolución del conflicto que la tramitación del incidente supone, *cfr.* GIL NOGUERAS, L. A., “*El derecho de viudedad durante el matrimonio*”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 332.

756 Así lo estima MEDRANO SÁNCHEZ, para quien en la práctica forense es lo que será no ya conveniente sino necesario hacer, *cfr.* “*Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón*” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, op. cit.*, pp. 65 y 66.

que supone la valoración de un bien con la carga del expectante (vid. comentario *infra* apartado 2.3.2.3)

b. Domicilio hábil para las notificaciones

El punto de partida inexcusable en el que se fundamenta la defensa del cónyuge no deudor es la notificación del embargo de los bienes. Dicha notificación concuerda con la requerida en el art. 541 Lec. y deberá realizarse, en cualquier caso, para canalizar la defensa de los intereses del no deudor⁷⁵⁷.

Sin embargo, a pesar de su indiscutible trascendencia, no hay normas particulares en la Lec. que regulen de modo expreso y particular el procedimiento de esta especial notificación.

En defecto de norma específica, habrá que aplicar la regulación general sobre la práctica de los actos de comunicación judicial establecida en la Lec. en su art. 152⁷⁵⁸.

⁷⁵⁷ Señala GUILARTE GUTIÉRREZ que la referencia del 541 al “traslado al no deudor de la demanda y el auto que despache ejecución para que en el plazo ordinario pueda oponerse” debe interpretarse como que el plazo de los diez días deberá contarse no desde que se despache tal ejecución sino desde que se conozca la misma por el cónyuge no responsable, conocimiento al que deberá necesariamente acceder para realizar la traba de los bienes, *cfr.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentario al art. 541 Lec.”, *Comentario a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, *op. cit.*, p. 2572.

La redacción del 99.2 Lrem. resulta más clarificadora pues directamente hace referencia al cómputo del plazo de los diez días “notificado el embargo”.

⁷⁵⁸ Como afirma BERROCAL LANZAROT, el artículo 152 Lec. establece el orden de prelación o de preferencia de unas formas sobre otras: 1º) a través de Procurador si las partes están personadas 2º) por correo o cualquier medio técnico que permita dejar constancia fehaciente de la recepción 3º) entrega directa al destinatario o personas de su entorno 4º) por edictos. En el embargo, al no estar las partes personadas, se utilizarán los tres últimos (arts. 155 Lec. y ss). En cualquier caso deberá advertirse al cónyuge no deudor sus posibilidades de actuación y el

Presupuesto ineludible será disponer, en cualquier caso, de una dirección correcta para la notificación. Al no haber tampoco mención alguna sobre este aspecto en el art. 99 Lrem., deberá entenderse, en aplicación de las normas generales del domicilio familiar recogidas en el art. 2 Lrem., que será el fijado de común acuerdo por ambos cónyuges, presumiéndose en todo caso que es aquél en donde convivan habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia.

Cuando no se disponga inicialmente de ninguna clase de domicilio, la Lec. establece que el Tribunal realice distintas clases de averiguaciones acerca del mismo (arts. 156 y 161.4 Lec.) y, en última instancia, si éstas hubieran resultado infructuosas, la comunicación edictal (art. 164.1 Lec.)⁷⁵⁹. Pero aunque pueda así salvarse, en principio, el inconveniente de la carencia de domicilio hábil para notificaciones⁷⁶⁰ los problemas se plantearán

plazo que dispone para oponerse a la ejecución, *cfr.* BERROCAL LANZAROT, A. I., "Análisis del artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", *op. cit.*, p. 166.

759 El emplazamiento edictal figura en último lugar y sólo podrá ser utilizado de forma excepcional, subsidiaria y razonable. Así lo ha venido estableciendo el TC en reiterada jurisprudencia (*vid.*, entre otras, SSTC 34/1999 de 22 de febrero; 26/1999 de 8 de marzo; 65/1999 de 26 de abril; 161/1998 de 14 de julio; 20/2000 de 31 de enero) indicando que su utilización se haga cuando no sea posible averiguar o cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que deba ser emplazada o se ignore su paradero junto con la necesidad de agotar previamente todas aquellas modalidades de emplazamiento que aseguren un mayor grado de recepción por el destinatario y de que la resolución judicial que acuerde emplazar por edictos al demandado se fundamente en criterios razonables que lleven a la lógica convicción de la inutilidad del resto de los medios de emplazamiento, *cfr.* BOLOS FARIÑAS, C. e IGLESIAS MEJUTO, J., *Practicum de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Formularios y esquemas comentados)*, Cedecs Editorial, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias sociales, Barcelona, 2002, pp. 135 (nota 19), 143 (nota 37) y 144.

760 Recuérdese como la ausencia de domicilio conocido en el otro supuesto de notificación para la eventual conservación del expectante a través de manifestación expresa de su titular contemplado en la Lrem.-extinción registral del 98.4

cuando haya que recurrir a los edictos ya que, evidentemente, las posibilidades de defensa resultaran mermadas, máxime cuando el plazo para la oposición es de sólo diez días.

Aunque criticable a mi juicio, y no solamente por lo que al expectante respecta⁷⁶¹, es el sistema vigente y el que deberá aplicarse en todo caso⁷⁶². No obstante, aún partiendo de esta premisa, considero, sin embargo, que el expectante habría obtenido una protección más cualificada en la práctica si el legislador aragonés hubiera contemplado en la Lrem. la necesidad de la exigencia de una notificación “*personal*” para la aplicación del 99.2 o la subsistencia de aquél si fuera imposible realizarla⁷⁶³. Que la

Lrem., si bien respecto al tráfico ordinario— llevaba —con criterio que compartimos— a LERMA RODRIGO a la conclusión inevitable de la inoperancia del precepto, *cfr.* LERMA RODRIGO, M^o del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés, op. cit.* p. 151. Consúltese comentario en Capítulo II, apartado 2.9.1.3, punto c).

761 Evidentemente, la posibilidad de suplir la notificación del embargo por la comunicación edictal resulta criticable no solamente respecto al expectante sino también en cuanto a la protección general de la parte del bien que pueda corresponder al cónyuge no deudor frente a ejecución motivada por deudas privativas de su consorte. Igualmente crítica en este último punto para el 541 Lec. *vid.* AGUILAR RUIZ, L., “Ejecución de bienes gananciales por deudas consorciales contraídas por uno de los esposos: oposición del cónyuge no deudor a la traba y embargo de los bienes comunes”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2005, n^o 14, pp. 108 a 111.

762 Así se decidió expresamente en el seno de la Comisión Aragonesa: “(...) surgen otras cuestiones de procedimiento como si la notificación al cónyuge será válida por edictos, pero hay acuerdo en que es mejor no decir nada sobre estas cuestiones y que la notificación se haga por el sistema general de las notificaciones judiciales”, *cfr.* “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 9.

763 Aunque considero que será válida cualquier notificación realizada conforme a los cauces previstos en la Lec., en el seno del Derecho aragonés, y más en concreto, en relación con la eventual conservación del expectante, hubiera sido conveniente matizar el carácter “*personal*” de aquélla para articular así una protección de este derecho más segura y eficaz. Así la propone respecto al otro caso de “neces-

comunicación en la que se basa la manifestación de la voluntad de conservación del derecho expectante pueda quedar reducida

dad de reserva” para la conservación del expectante de la Lrem. regulado en su art. 98.4 LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, mostrándose contrario a la posibilidad de la carta con acuse de recibo, a pesar de estar igualmente permitida en el 202 del Reglamento Notarial, *cf.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (ponente), *“Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés, op. cit., p. 138.*

Obsérvese, no obstante, que si comparamos ambos preceptos, el 98.4 hace referencia a una notificación “fehaciente” y el 99 solamente menciona la notificación —sin más añadidos— del embargo. El primer precepto trae como consecuencia comunicar una resolución formalmente a su destinatario a través de un cauce fidedigno, que haga fe; el segundo, simplemente, que la notificación se haga conforme al procedimiento fijado en la ley (Lec.) al efecto y lo cierto es que el requisito de fehaciencia solamente es exigido expresamente para el caso de correo o telegrama (152.2 Lec.), válido solamente si firma el interesado. En el caso de la entrega de copia de la resolución o cédula (152.3 Lec.), el 161.3 admite para los supuestos de domicilios oficiales del 155.3 (designación del domicilio que aparezca en Padrón Municipal o el que conste oficialmente a otros efectos, así como el que figure en publicaciones de Colegios profesionales en el caso de desempeño de profesión para la que la colegiación sea obligatoria o el lugar en el que se desarrolle actividad profesional o laboral no ocasional) que se haga a persona distinta a la emplazada (empleado o familiar mayor de 14 años que se halle en el domicilio e incluso al conserje de la finca si lo hubiere y para el caso de domicilio laboral no ocasional admite la entrega a persona que lo conozca o a la dependencia encargada de recibir documentos, con las advertencias legales de entregárselo al destinatario o darle aviso si supiere de su paradero). En relación a estos últimos casos del 152.3 defiende, acertadamente en mi opinión, FERNÁNDEZ URZAINQUI la validez de estas notificaciones, al no exigir la ley que haya de entenderse personalmente con el cónyuge destinatario pero matizando que el posible conflicto de intereses entre los cónyuges aconsejará la adopción judicial de las máximas cautelas a fin de asegurar la efectividad del conocimiento que se pretende trasladar al interesado, *cf.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges”, *op. cit., p. 85.*

No obstante, en el ámbito de aplicación de la Lrem. y dados los caracteres tan especiales del expectante, parecen más idóneas las notificaciones realizadas conforme al art. 152.2 Lec. (correo o telegrama) que implican siempre, en última instancia, el conocimiento directo del embargo por parte del no deudor que consideramos preferible para la finalidad del precepto.

a un edicto resulta inadecuado para la naturaleza personalísima del mismo e insuficiente para lograr el objetivo último del precepto de proporcionar un medio efectivo para su defensa⁷⁶⁴.

2.3.2.3. Valoración del impacto del expectante en el bien embargado

La notificación que se realiza al cónyuge no deudor es acerca de la subasta que va a efectuarse de un bien *ya embargado*. Evidentemente, que el bien tenga o no la carga del expectante va a ser una cuestión determinante tanto para los postores como para el rematante, en su caso, de la subasta, puesto que influye directamente en la valoración del mismo⁷⁶⁵.

El problema reside en que no estamos ante una cuestión cuantificable de un modo objetivo, con lo que una valoración

764 La notificación marca la apertura del plazo preclusivo de diez días para la oposición a la ejecución con lo que cobra tal relevancia que su inobservancia puede provocar indefensión en el ejecutado y, por eso, la nulidad de lo actuado, *cfr.* MORENO CATENA, V., "La ejecución forzosa (IV)", *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vva., coordinada por Moreno Catena y Cortés Domínguez, Tecnos, Madrid, 2000, p. 85; en igual sentido, CRESPI FERRER, L., "El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del artículo 541 de la Lec.)", *Revista de Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 35.

La misma Lec. dispone en su art. 166.1 la nulidad de los actos de comunicación que no se practiquen con arreglo a la ley y puedan provocar indefensión (de igual modo, véase arts. 238.3º y 240 LOPJ). La nulidad exige, no obstante, la concurrencia de ambos elementos. En la Lrem., una notificación ajustada a Derecho también podrá, en ocasiones, provocar indefensión.

765 El art. 668.3º Lec. recoge el principio de subsistencia de las cargas y gravámenes anteriores al crédito del actor en virtud del cual, por el sólo hecho de participar en la subasta, el licitador admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllas si el remate se adjudicare finalmente a su favor. Las cargas posteriores se extinguen sin perjuicio de que, existiendo sobrante, se destine el mismo a su pago.

correcta y ajustada a la realidad plantea problemas en la práctica procesal que pueden causar serios inconvenientes a la plena operatividad del apartado 2 del art. 99 Lrem.

En efecto, si analizamos la regulación de la Lec. aplicable al respecto, en el contenido del anuncio de la subasta deberá figurar en relación al bien subastado su valoración inicial (arts. 646 y 668 Lec.), cuyo cálculo se efectuará por el valor que resulte de deducir de su avalúo el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas. Dicha certificación la realiza el registrador haciendo constar la relación completa de las cargas inscritas que lo graven (art. 656.2 Lec.) con expresión de titulares, fechas, pactos y cuantías; el avalúo de los bienes lo realiza, por su parte, el perito tasador (art. 637 Lec.) por el valor de mercado, sin tener en cuenta en el caso de inmuebles las cargas y gravámenes que pesen sobre ellos (art. 639.3º Lec.); por último, el Secretario Judicial será el que descuenta del valor por el que haya sido tasado el inmueble el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el Registro con arreglo a lo dispuesto en el art. 657.2 (art. 666 Lec.), es decir, solamente en cuanto el Registro se adapte, conforme lo establecido en el art. 144 Lh., a la información facilitada por los acreedores⁷⁶⁶.

766 *Vid.* al respecto el Fundamento de Derecho 3º de la RDGRN de 21 de junio de 2005 (BOE de 19 de agosto de 2005): "(...) la finalidad del nuevo artículo 657 Lec. está en relación con el 666 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que, como novedad de la ley, antes de sacar a subasta los bienes inmuebles en el procedimiento de apremio, éstos han de valorarse, y de dicho valor, ha de descontarse el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiere despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas, o en su caso, se descuenta el valor que se haya hecho constar en el Registro con arreglo

Como señala MEDRANO SÁNCHEZ⁷⁶⁷, lo más adecuado sería que el perito —y no el secretario— realizase la minoración del valor que el expectante supone para el bien embargado, no solamente porque la labor de éste último es de otra naturaleza sino también por el inconveniente añadido de que, debiendo ajustarla a criterios de legalidad, los únicos vigentes son los fiscales referidos al usufructo (art. 26 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, con redacción actual procedente de reforma efectuada por Ley 53/2002, de 30 de diciembre) y no al expectante.

Pese a la dicción literal del 639.3 Lec. que impone al perito ajustarse al valor de mercado, será él quien, en la práctica⁷⁶⁸, de-

a lo dispuesto en el apartado 2º del art. 657. Si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el tribunal alzaré el embargo. Aquí ha de resaltarse el interés del ejecutante en que se haga constar en el Registro la situación actual de las cargas anteriores, con el fin de que si en la vida extrarregistral las cargas han disminuido, figure su disminución cuando fuere posible en el Registro, pues cuanto más se aminoren las cargas o derechos de garantía anteriores, mayor valor tendrá el bien en la ejecución; con la circunstancia agravante de que si el valor de las cargas anteriores tal como figura en el Registro es igual o superior al valor del inmueble, el ejecutante verá alzado el embargo y perderá cualquier expectativa de sacar el inmueble a subasta, fuere por el precio que fuere”.

767 MEDRANO SÁNCHEZ, J., “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op. cit., pp. 65 y 66.

768 Como indica MEDRANO, “el impacto de un expectante sobre el valor de un bien es estimativo y más adecuado para su cálculo por un perito que por el Secretario Judicial”, *Ídem*, p. 66. Véase, en igual sentido, BOLOS FARIÑAS e IGLESIAS MEJUTO, señalando como el art. 657 Lec. “... parece valorar únicamente cargas en garantía de un crédito pero ¿cómo valorar aquellas que no lo sean, v. gr. una servidumbre? En tales casos el Secretario Judicial deberá requerir la colaboración del perito encargado del avalúo” (el subrayado es mío), cfr. BOLOS FARIÑAS, C. e IGLESIAS MEJUTO, J., *Practicum de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 1503 (nota 163).

berá valorar el impacto del expectante en el valor del bien a embargar y el secretario limitarse, por su parte, a un simple cálculo aritmético consistente en restar al valor resultante el importe total garantizado en función de lo que conste en el Registro. Para mayor complicación, subraya además atinadamente MEDRANO como, siendo el expectante un derecho real de origen legal, su constancia registral no es necesaria con lo que bien puede quedar al margen de cualquier certificación⁷⁶⁹.

De esta manera, en relación con el expectante, el procedimiento de valoración de la Lec. descrito *supra* puede quedar reducido al criterio subjetivo del perito tasador que incluso puede llegar a desconocer la existencia del derecho si no ha llegado a tener reflejo en el Registro.

No obstante, cuando alguna de las partes considere que la tasación así efectuada le perjudica o no se ajusta al valor real del bien, siempre tendrá abierta la posibilidad de presentar alegaciones o dictámenes de tasación contradictorios al realizado en un plazo máximo de cinco días que darán inicio al procedimiento de oposición a la tasación realizada por el perito judicial puesto que, aunque en principio la Lec. no prevea la comunicación a las partes del dictamen emitido, éste trámite se deduce del propio contenido del art. 639.5º Lec.⁷⁷⁰.

769 En la “minoración registral”, como él la denomina, puede haber cargas —como el expectante— que no tengan reflejo en el Registro pero también, por el contrario, tener una existencia meramente registral y no real, *cf.* MEDRANO SANCHEZ, J., *Ídem*, p. 66. No obstante, como apunta JUAN SÁNCHEZ, es importante recordar que la notificación del embargo de bienes gananciales del 541 *no se limita a bienes inmuebles inscritos* sino a cualquier bien que figure dentro de la masa patrimonial de la sociedad conyugal (el subrayado es mío), *cf.* JUAN SÁNCHEZ, R., “Comentario al artículo 541 de la Lec.”, *op. cit.*, p. 357.

770 FERNÁNDEZ ROZADO, M. y PANISELLO MARTÍNEZ, J., “Procedimiento de apremio” en “La ejecución forzosa. Procesos especiales”, *Práctica de los*

Será el tribunal el que resuelva mediante providencia, frente a la que no cabrá recurso alguno, acerca del valor definitivo del bien a efectos de la subasta, a la vista de las alegaciones formuladas y apreciando todos los informes según las reglas de la sana crítica. Al no estar solamente legitimadas las partes para oponerse a la tasación sino también los interesados, entendiendo por tales aquellos a cuyo favor se encontrare inscrito el bien (art. 658 Lec.), podrá igualmente intervenir el titular del expectante cuando se trate de una ejecución de un bien consorcial por deudas de su consorte.

De cualquier modo, en el ámbito de aplicación del 99 Lrem., resultaría coherente una interpretación extensiva de dicha legitimación para supuestos de ejecución de bienes privativos por esta clase de débitos.

§ 3. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo expuesto, y partiendo siempre tanto del carácter ineludible de la notificación como de la posibilidad de prueba en contrario de la naturaleza de la deuda insatisfecha, en las enajenaciones forzosas de bienes inmuebles por deudas contraídas por un solo cónyuge el expectante de su consorte sobre los bienes ejecutados podrá encontrarse en las situaciones siguientes:

procesos jurisdiccionales. Práctica del proceso civil, Tomo I, vol. tercero, vv. aa., coordinado por Sospedra Navas, Thomson-Civitas, 2005, p. 274.

3.1. BIENES COMUNES

3.1.1. Notificación

La notificación del embargo de un bien común será preceptiva en cualquier caso con independencia de la regulación del expectante, en aplicación de los artículos 541 Lec. y 144.1 Rh.

3.1.2. Consecuencias para el expectante

Si son deudas antematrimoniales, contraídas por razón de sucesiones o donaciones, por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, el expectante queda automáticamente extinguido en aplicación del 99.1 Lrem. Si se trata de otra clase de deudas, el cónyuge no deudor tendrá que manifestar en un plazo de diez días desde la notificación del embargo su voluntad de conservar el expectante sobre los bienes trabados.

3.2. BIENES PRIVATIVOS

3.2.1. Notificación

La notificación será necesaria exclusivamente de cara a la conservación del expectante (art. 99.2 Lrem.).

3.2.2. Consecuencias para el expectante

Si el acreedor demuestra que son deudas del apartado 1 del art. 99 el expectante se extingue igualmente. Si se trata de deudas privativas postmatrimoniales, el expectante subsiste si no se realiza la notificación pertinente al cónyuge no deudor o si, habiéndose practicado, aquél manifiesta su voluntad de conservarlo en tiempo y forma.

3.3. VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA

3.3.1. Notificación

En aplicación del art. 144.5 Rh., la notificación será necesaria para la anotación del embargo siempre que la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos de la vivienda habitual, como es el caso del art. 8.1 Lrem., y que del Registro de la Propiedad se desprenda tal carácter. Si estuviéramos ante vivienda familiar no habitual, habría de mediar igual notificación pero en aplicación de los arts. 541 Lec. y 144.1 Rh. o 99.2 Lrem., en su caso, según la naturaleza común o privativa de la deuda causante de la ejecución.

3.3.2. Consecuencias para el expectante.

La extinción del expectante se regirá siempre por lo estipulado en el art. 99 exclusivamente, no teniendo aplicación el régimen dispuesto para la vivienda familiar por el art. 8 Lrem. al referirse exclusivamente a actos de disposición voluntaria.

No obstante, y como excepción, ante la ejecución de una vivienda habitual provocada por el impago de una hipoteca, habrá que partir de que el expectante ya se extinguió en el momento de la constitución de aquélla *ex* art. 8.1 Lrem. *in fine*, por entender que la hipoteca es un ejemplo de privación —aunque solamente “potencial” ante el caso de mora en el pago— del uso de la vivienda que implica la necesidad del consentimiento del no propietario, o autorización judicial en su caso, en el momento de la firma⁷⁷¹.

771 *Vid.* al respecto Capítulo III, apartado 3.2.1.1

§ 4. CUADRO RESUMEN

El cuadro siguiente pretende sintetizar toda la evolución expuesta. Para su correcta interpretación ténganse presentes las puntualizaciones siguientes:

4.1.– El contenido de las Observancias estaba referido a todo el derecho de viudedad en su conjunto. En el resto de las regulaciones, las causas de extinción son exclusivamente del derecho expectante.

4.2.– Se han tomado en consideración exclusivamente los textos legislativos en los que se han podido detectar algún tipo de antecedente de la regulación actual, con independencia de que llegaran o no a ser promulgados.

4.3.– El número contenido en cada casilla equivale al precepto regulador de cada causa en concreto.

4.4.– Las casillas que permanecen vacías suponen una ausencia de normativa específica de la causa de extinción de referencia.

REGULACIONES	DEUDAS PREMATRIMONIALES	DEUDAS POSTMATRIMONIALES			DEUDAS SUCES./DONAC.
		MARIDO	ESPOSA	COMUNES	
OBSERVANCIAS	2ª <i>De rerum amotarum</i> 16 <i>De iure dotium</i>	16 <i>De iure dotium</i> 26 <i>De iure dotium</i>	1ª <i>De rerum amotarum</i> 27 <i>De iure dotium</i>	26 <i>De iure Dotium</i> 2ª <i>Ne vir sine uxore</i>	
PROYECTO 1904	28				
APÉNDICE	51			49	
ANTEPROYECTOS COMPILACIÓN					
1961				145	145
1962				148	
1963				144	
1965				75.2	
1966				76.2 (<i>in fine</i>)	
COMPILACIÓN 1967				76.2 (<i>in fine</i>)	
LREM.	99.1	99.2	99.2	99.1	99.1

CAPÍTULO V

EL DERECHO EXPECTANTE EN LOS BIENES MUEBLES

§ 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. LA EXTENSIÓN DE LA VIUEDAD EN LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS

La viudedad aragonesa tiene un origen paccionado y consuetudinario. En los documentos anteriores a 1247 ya aparecía la práctica frecuente de ampliar los derechos que por ley tenía el cónyuge viudo mediante la concesión del usufructo vitalicio de bienes determinados o de todo el patrimonio del premuerto, junto a las arras, la participación en el consorcio conyugal o la comunidad continuada con los herederos⁷⁷².

La formulación legal de este derecho no aparecerá hasta 1247, año en el que la Compilación de Huesca, en el Fuero 1º *De Iure Dotium*, dispuso:

Muerto el marido, la mujer viuda poseerá todo lo que tenían juntamente aunque haya tenido hijos de él; pero mientras esté viuda. Y, aunque no tome marido, si tiene fornicador o adúltero

772 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, p. 756.

manifiestamente, perderá la viudedad y las dotes como si hubiera tomado marido⁷⁷³.

Con él se introduce en el Derecho aragonés un principio nuevo: el de conservación por la viuda, tanto si tiene hijos como si no, de todos los bienes que hubo juntamente con el marido mientras no contraiga nuevo matrimonio y guarde castidad.

Este beneficio legal se denominó, desde entonces, viudedad y en su texto aparecen ya los rasgos esenciales de la institución: obsérvese que el disfrute, en viudedad y en honestidad, es solamente para la viuda (*Defuncto viro, uxor vidua*) y que recae sobre cualquier clase de bienes, tanto consorciales como privativos (*omnia quae simul habuerant possidebit*), sin distinción alguna entre muebles o inmuebles.

Así cabe también deducirlo complementariamente de documentos anteriores, de textos coetáneos —especialmente Fueros 1º y 2º *De secundis nuptiis* de la misma Compilación⁷⁷⁴— y de doctrina posterior⁷⁷⁵.

Sin embargo, aunque inicialmente apareciese delimitada solamente para viudas y para toda clase de bienes, esta regulación no guardaba una correspondencia directa con la práctica consuetudinaria vigente en aquel momento que se orientaba hacia un

773 *Defuncto viro, uxor vidua, licet ab eo filios habuerit, omnia quae simul habuerant possidebit: ea tamen vidua, existente. Et licet non accipiat virum, si manifeste tenuerit fornicatorem, vel adulterum, amittat viduitatem, et dotes, ac si duxisset virum*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, *op. cit.*, libro V, p. 231 (vol. I) y p. 125 (vol. III).

774 En los que se sigue concediendo igualmente a la viuda el disfrute "*omnia quae simul habuerant*", *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, p. 766.

775 *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., "El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón", *ADA*, III, 1946, p. 130.

derecho recíproco e inmobiliario, muy distinto del establecido por Fuero.

Las Observancias, por el contrario, sí que acogerían las costumbres de la época⁷⁷⁶ hasta que el fuero *De Alimentiis* de 1390 reduce legalmente la viudedad a los bienes sitios y la extiende expresamente también al marido, debiendo dividirse los muebles a la disolución del matrimonio si no se continúa la comunidad con los herederos:

Fuero 1º *De Alimentiis*

Hemos sabido por probado que de lo que por Fuero el marido, muerta la esposa, tiene usufructo es en los bienes inmuebles de la esposa mientras dure la viudedad, y a la inversa, que el cónyuge superviviente no se cuida de los hijos del premuerto. Queriendo proveer debidamente sobre esto, ordenamos que el supérstite esté obligado a proveer convenientemente a los hijos comunes del premuerto en alimento, bebida, vestido y calzado si no tienen otros bienes; a abandonar a su favor los bienes de viudedad que basten a dichos gastos, excepto que fuera dispuesto lo contrario por el testador, reteniendo el detentador la provisión conveniente de dichos bienes, tanto de los propios como de los del premuerto; esa provisión puede ser arbitrada por el Juez, proce-

776 Afirmaba Isábal al respecto como “la costumbre que por una parte extendió al marido el derecho otorgado a la mujer por otra limitó a los sitios la suma o totalidad de aquéllos que en el fuero 1º *De Iure Dotium* parece debieran entenderse comprendidos. Esta costumbre se reflejó luego en el cuerpo de los Fueros y en el de las Observancias” *cfr.* ISÁBAL Y BADA, M., *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado “Fueros y Observancias del Reino de Aragón” derogado por el Apéndice al Código Civil español, op. cit.*, pp. 517 y 518.

Vid. en igual sentido MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla por dos abogados del ilustre Colegio de Zaragoza*, T. I, *op. cit.*, p. 570; GIL BERGES, J., *Legislación foral de España. Derecho vigente en Aragón*, T. I, *op. cit.*, p. 148; LOZANO, R., “La viudedad foral aragonesa”, *RDP*, I, 1914, p. 416.

diendo simple, sumariamente y de plano, sin estrépito ni figura de juicio, atendiendo sólo a la verdad del hecho, informándose sobre ello al menos en este caso, una vez citados y escuchados para lo anterior aquellos a quienes interesa⁷⁷⁷.

La evolución del derecho de viudedad supuso, en definitiva, una ampliación en el orden subjetivo y, paralelamente, una limitación en el objetivo⁷⁷⁸. Por lo que aquí interesa, respecto a esta última, aunque la restricción de la viudedad a los bienes inmuebles aparece siglo y medio después, parece muy probable que, en la práctica, fuera coetánea a la vigencia del fuero 1º *De Iure Dotium*. Así lo afirmó LACRUZ⁷⁷⁹, para quien esta regula-

777 *Ab experto didicimus, quod ex eo quia per Forum, vir mortua uxore habet usufructum in bonis sedentibus uxoris durante viduitate & e converso, superviventem coniugum non habere curam filiorum praemortui. Volentes in his debite providere. Ordinamus, quod superstes teneatur providere competenter filiis communibus praemortui in cibó, potu, vestitu, & calcimentis, si alia bona non habeant: vel desamparare eis de bonis viduitatis, que sufficient expensis praedictis, nisi per testatorem contrarium fuerit ordinatum, retenta detentori dictorum bonorum provisione competenti, tam de bonis propriis, quam de bonis praemortui: quam provisionem possit arbitrari iudex, procedendo simpliciter, summarie, & de plano, sine strepitu, & figura iudicii, sola facti veritate attenta, de eo se informando in hoc casu dumtaxat, vocatis, & auditis ad praedicta illis quorum interest, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, op. cit., libro V, p. 235 (vol. I) y 129 (vol. III).*

778 Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Limitaciones al derecho de viudedad aragonesa*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de jurisprudencia y legislación leído el 12 de junio de 1997, op. cit., p. 17.

779 Reproduce LACRUZ una Observancia del Manuscrito de Londres (Add. 36618 de la Biblioteca del Museo Británico de Londres, p. 144.) que sitúa a principios del siglo XIV pero con origen en la segunda mitad del siglo XIII en la que se aprecia como la viudedad ya gravaba entonces solamente a los bienes inmuebles: *Item de mobilibus nec habet viduitatem, quod mobilia omnia que habet viri vel uxor tempore contractus in matrimonii vel postea durante matrimonio sunt coram (communia) viri et uxoris, et mortuo altero coniugum dividantu inter coniugem, qui peruixit, et heredes vel manumissores defuncti, cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., "El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón", op. cit., p. 131. SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRE-*

ción debió conducir a que el derecho de viudedad se confundiera inevitablemente con la comunidad continuada ante la imposibilidad práctica de individualizar en todos los casos los muebles que constituían el capital del consorcio sobre el cual se había de tener luego el usufructo⁷⁸⁰.

Refuerza este argumento el escaso valor reconocido a los bienes muebles y el hecho de que en ellos ya tenía participación el viudo por ser comunes⁷⁸¹. Esto era debido a que la comuni-

RAS pusieron de relieve como el texto de la Observancia que transcribe LACRUZ del Manuscrito de Londres era la número 87 de la primera colección de las que MARTÍNEZ DÍEZ atribuye al Justicia Jimeno Pérez de Salanova y que fecha entre los años 1301 y 1307 (MARTÍNEZ DÍEZ, G., "Dos colecciones de Observancias de Aragón", *AHDE*, 1975, pp. 544 y 545), *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 72 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 627.

LALINDE ABADIA define Observancia como la forma en que viene aplicándose un fuero ya reconocido, *cfr.* LALINDE ABADIA, J., *Los Fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1976, p. 92. Ahora bien, no todas tenían el mismo valor. Señalaba Lacruz al respecto como mientras unas eran aceptadas comúnmente y como ley se aplicaban otras eran simple opinión de un jurista, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., "Sobre la prelación entre Fueros y Observancias", *ADA*, 1946, p. 357. La que nos ocupa estaba en el primer supuesto ya que fue aceptada de modo general y era práctica común. En cualquier caso, demuestra que, solamente cincuenta años después de publicarse el Fuero 1º *De Iure Dotium*, no había viudedad sobre los bienes muebles.

780 *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., "El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón", *op. cit.*, p. 131. En su opinión, la restricción que sufrió el gravamen comenzó seguramente desde el momento en que empezó a regir la norma que lo imponía. Con tal restricción, considera fácil, en la práctica, distinguir el ejercicio de la viudedad de la continuidad del consorcio: si se usufructuaban los inmuebles y se dividían los muebles, o al menos se hacía inventario de ellos, había viudedad legal o universal; si nada cambiaba en el estado de cosas anterior a la disolución del matrimonio, había comunidad prorrogada.

781 *Cfr.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil Foral*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1932, p. 157. Para CASAJÚS, esta limitación a los inmuebles no resulta extraña si se toman en cuenta no solamente las condiciones económicas de la propiedad

dad legal aragonesa abarcaba todos los bienes muebles de ambos cónyuges con lo que el supérstite participaba en los mismos a la disolución del matrimonio por muerte del otro cónyuge⁷⁸².

mueble e inmueble en aquellos tiempos, sino también el pacto ordinario que atribuía el carácter de raíces a las cosas muebles y las ventajas concedidas por los fueros al cónyuge sobreviviente, llegado el momento de proceder a la división de los bienes, *cfr.* CASAJÚS y GÓMEZ DEL MORAL, R., *El Derecho de familia en la legislación aragonesa*, Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1880 a 1881 en la Universidad literaria de Zaragoza, Zaragoza, 1880, p. 91.

En este contexto, en las capitulaciones matrimoniales del siglo XV se solicitaba con frecuencia que determinados bienes muebles, especialmente dinero y censales, recibieran el trato de inmuebles para evitar su ingreso automático en la masa de consorciales y continuar siendo propiedad del cónyuge aportante. Este tipo de disposiciones afectaba, sobre todo, a las mujeres de la nobleza y de la clase alta, pues era habitual que los ajuares y ayudas matrimoniales que les concedían sus familiares estuvieran resueltos en muebles que recibían, de este modo, el trato de "sitios", *cfr.* GARCÍA HERRERO, M^a del C., "Viudedad foral y viudas aragonesas a finales de la Edad Media", *Hispania*, LIII/2, n^o 184, mayo-agosto 1993, pp. 433 y 434, nota 2. De la misma autora, en extenso, *vid.* "Las capitulaciones matrimoniales en Zaragoza en el siglo XV", *En la España Medieval*, V, Madrid, 1986, pp. 381 a 398. Con tales pactos se extendía el derecho de viudedad del no propietario sobre bienes que, en principio, no eran objeto de aquélla.

782 Los bienes muebles hasta la época de las Observancias fueron, inevitablemente, comunes: cabía reservarse su propiedad, pero sólo obligacionalmente, como un derecho de recobro o un crédito contra la masa consorcial en el momento de la división; hasta entonces, permanecían necesariamente en poder del marido, quien, formalmente, era el propietario de todos los del matrimonio, si bien al disolverse éste todos habían de dividirse por mitad. Será en el siglo XVI cuando algunos autores como MOLINO o PORTOLÉS, interpretando la Observancia 43 *De Iure Dotium*, que permite la aportación de objetos mobiliarios en calidad de sitios, comiencen a mantener la existencia de bienes muebles propios de la esposa, es decir, no de valores que pueda hacerse restituir a la conclusión del matrimonio, sino de cosas o derechos que pertenecen individualizadamente constante matrimonio y que no entran en el caudal partible. Habrá que esperar, no obstante, hasta el s. XIX para que llegue a afirmarse así expresamente con NOUGUÉS o MARTÓN y SANTAPAU, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., "Comentario al artículo 38 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. I, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

El usufructo vidual ya no tenía una razón de ser esencial en cuanto a ellos con lo que la exclusión de los muebles en el Derecho histórico lo era en cuanto a comunes porque los que mantenían carácter privativo eran objeto de viudedad⁷⁸³.

Este principio general de extensión de la viudedad a la mitad de los inmuebles comunes y a la totalidad de los privativos del otro cónyuge aparecerá expresamente recogido en la Observancia 9ª *De secundis nuptiis*:

Así mismo, en los bienes inmuebles dados al marido por el Rey o por otro durante su matrimonio —incluso en los dados por sus servicios o por los daños sufridos por el marido en su persona y en sus bienes— la mujer no tiene otro derecho que el de viudedad⁷⁸⁴.

783 *Vid.* lo que apuntaba al respecto CASTÁN TOBEÑAS: “Sin saber por qué, quizás porque los inmuebles eran entonces los bienes de más importancia, y en los muebles, como bienes comunes, tenía ya participación el cónyuge, la práctica y los fueros posteriores limitaron la viudedad únicamente a los primeros”, *cf.* CASTÁN TOBEÑAS, J., “La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales”, *RGLJ*, t. 126, 1915, p. 38, nota 2; en igual sentido, SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 37 y 38; igualmente, en “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, pp. 757 y 767 y, con DE PABLO CONTRERAS, en “Comentario al art. 72 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. II, *op. cit.*, pp. 626 y 627.

784 *Item in bonis sedentibus donatis viro constante matrimonio per dominum Regem, vel alium, etiam ob servitia, & damna sustenta per virum in persona, & bonis, uxor non habet aliud ius nisi viduitatis*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, *op. cit.*, libro V, pp. 38 (vol. II) y 221 (vol. III). *Vid.* sobre esta cuestión las sentencias de la Audiencia de Zaragoza anteriores al Apéndice mencionadas por SANCHO REBULLIDA de 6 de julio de 1866 y 22 de junio de 1878, *cf.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, p. 767 e, igualmente, en “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 113, nota 153. Aunque con terminología equívoca, la primera señala que corresponde viudedad “también sobre la mitad de los que resultan comprados por el premuerto y su ma-

Esta viudedad limitada a los bienes inmuebles aparece ya reflejada en la doctrina⁷⁸⁵ y jurisprudencia más antigua⁷⁸⁶ y fue denominada durante siglos *viudedad foral*⁷⁸⁷ por razón de nacer del mismo fuero, sin necesidad de pacto o disposición. A pesar de ello, no resultaba extraño el que, al margen de dicha regulación y de modo voluntario, se concedieran un cónyuge a otro voluntariamente una *viudedad universal*, es decir, sobre todos los bienes⁷⁸⁸, sin distinción alguna. Igualmente, dentro de esta

dre juntamente y en los que ésta le dio en capitulación matrimonial”; y la segunda, “en la mitad de los inmuebles gananciales y en los demás que fueran propios del marido”.

785 *Vid.*, entre otros muchos, MOLINO, M. (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum...*, *op. cit.*, voz *viduitas*, fol. 331; LYSSA y GUEVARA, G., *Tyrocinium Jurisprudentiae forensis...*, *op. cit.*, pp. 103 y 104; DEL PLANO, M., *Manual del abogado aragonés*, *op. cit.*, pp. 120 y 121; igualmente DIESTE, al enumerar los bienes en los que no tiene viudedad ninguno de los cónyuges señala: “No están sujetos a viudedad: 6°) Los bienes muebles, aunque fueren vinculados, cuando no se pactó”, *cfr.* DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés*, *op. cit.*, p. 673.

786 BLAS Y MELENDO, al recoger jurisprudencia sobre extinción de viudedad, menciona dos del año 1859 que se pronuncian específicamente sobre ello: “Con arreglo a los Fueros y Observancias, el derecho de viudedad o usufructo tiene lugar en los bienes sitios o raíces pero no en los muebles” (sentencia de la Audiencia Territorial de 24 de marzo de 1859); “Según Fuero corresponde a la viuda el derecho de usufructo en los bienes sitios o raíces del marido, pero no en los muebles” (sentencia de la Audiencia Territorial de 24 de diciembre de 1859)”, *cfr.* BLAS y MELENDO, A., *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 176.

787 “El derecho de viudedad nace en Aragón *por beneficio del fuero*, de suerte que es independiente de lo pactado o estatuido en la capitulación matrimonial: de manera que aunque ésta no se otorgue, y aunque otorgada no se disponga nada respecto a la viudedad, el derecho subsiste *porque el fuero lo concede por el hecho mismo del matrimonio* (el subrayado es mío)”, *cfr.* LOZANO, R., “La viudedad foral aragonesa”, *op. cit.*, p. 417.

788 DELGADO ECHEVERRÍA, J., “El sistema jurídico medieval aragonés”, coordinado por Ubieto Arteta, *Enciclopedia Temática de Aragón*, T. 8, Historia I (De la Prehistoria al fin de la Edad Media), Ed. Moncayo, Zaragoza, 1988, p. 165; LA-

viudedad paccionada, ya en la Observancia 43 *De Iure Dotium* se permite la tradicional aportación de objetos mobiliarios en calidad de sitios, entendiendo la mayoría doctrinal que existía viudedad también en estos casos, aunque solo fuera por una razón de simetría con la comunidad⁷⁸⁹:

CRUZ BERDEJO, J. L., “El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón”, *op. cit.*, p. 124; entre los clásicos *vid.*, entre todos, LA RIPA, J. F., *Tratado sobre los derechos de los cónyuges en el matrimonio, a los bienes que poseen durante él y de la división de ellos entre los mismos y sus herederos*, “Segunda ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón”, *op. cit.*, p. 171: “También se acostumbra pactar la viudedad universal en los bienes muebles y sitios y de este modo se tendrá en los primeros lo que de otra forma no procede (el subrayado es mío)”.

789 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 111. MOLINO daba a entender que seguían idéntico tratamiento a los inmuebles: “*mobilia bona possunt haberi pro sedentibus et regulari ut bona sedentia, si hoc actum est inter contrahentes tempore contractus: quia ex pacto partium potest alterari natura bonorum mobilium*”, cfr. MOLINO, M (del), *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum...*, *op. cit.*, voz *mobilia bona*, fol. 227.

En sentido totalmente contrario al defendido por estos dos autores, SUELVES consideró que el único efecto de la cláusula muebles por sitios era evitar la comunidad, negando la viudedad sobre aquéllos ya fuera *in natura* o en valor, cfr. SUELVES, J. C. (de), *Consiliorum decisivorum semicenturia secunda*, Zaragoza, 1646, p. 262.

En los siglos XVI y XVII la mayoría de autores se inclinarán por una tesis favorable a la existencia de la viudedad en estos supuestos. Y así, entre ellos, véase FRANCO DE VILLALBA, D., *Fororum atque observantiarum Aragoniae Codex...*, *op. cit.*, p. 26 o LA RIPA, J. F., *Tratado sobre los derechos de los cónyuges en el matrimonio, a los bienes que poseen durante él y de la división de ellos entre los mismos y sus herederos*, “Segunda ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón”, *op. cit.*, p. 186. Citan MARTÓN y SANTAPAU jurisprudencia antigua de la época al respecto: “Lo que no cabe duda es que el cónyuge sobreviviente tiene viudedad en los muebles aportados al matrimonio en calidad de sitios, por haberse decidido así el 12 de septiembre de 1681 en el proceso de D. Francisco de Burgos, que ha formado jurisprudencia”, cfr. MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla por dos abogados del ilustre Colegio de Zaragoza*, T. I, *op. cit.*, p. 572; “El cónyuge sobreviviente tiene viudedad en los bienes muebles aportados al matrimonio con la calidad de sitios, según se decidió el día 12 de diciembre de 1541”, *Ídem*, p. 583. Para CASAJÚS este pacto no era sino

Observancia 43 *De Iure Dotium*

Así mismo, si al marido, al casarse, se le da un bien inmueble por mueble —a saber, por cien o por mil sueldos— el marido gana la mitad de aquella posesión en concepto de bien mueble. Pero, si al casarse, se lleva un bien mueble en vez del inmueble, aquél es considerado como inmueble⁷⁹⁰.

Todavía en el siglo XVII se completaría la regulación de la viudedad respecto a los bienes muebles con el fuero *Que los que tuvieren viudedad* (1678) que exigía la obligación de inventario por quien tuviera viudedad sobre aquéllos con la intención de evitar que se consumieran perjudicando a los que tuvieran su dominio y propiedad:

Fuero *Que los que tuvieren viudedad* (1678)

Por haberse experimentado en los bienes muebles, en que se tiene viudedad, o usufructo, que se consumen en daño de el que tiene dominio, y propiedad: Su Majestad, y en su real nombre, el excelentísimo D. Pedro Antonio de Aragón, de voluntad de la Corte, y Quatro Bracos de ella, estatuye, y ordena, que las viudas de los Nobles, Caballeros e Hijosdalgo, mientras permanezcan en estado de su viudedad, puedan gozar, y gozen quanto a las personas, no empero quanto a sus bienes y haciendas propias, de los Fueros, Privilegios y exemptions de que gozaban y podían gozar sus maridos⁷⁹¹.

uno de los muchos ejemplos de la preocupación del legislador aragonés por los principios de justicia, compaginándolos “con lo inflexible de las reglas y lo severo del precepto”, *cfr.* CASAJÚS y GÓMEZ DEL MORAL, R., *El Derecho de familia en la legislación aragonesa*, *op. cit.*, p. 43 y nota 2.

790 *Item, si viro in casamento data fuerit aliqua res immobilis pro mobili: videlicet pro C. vel mille solidis: vir lucratur medietatem illius possessionis loco rei mobilis, si veró ducat in casamento mobile sedenti habetur pro sedenti*, SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, *op. cit.*, libro V, pp. 35 (vol. II) y 218 (vol. III).

791 SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S., *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, *op. cit.*, p. 518 (vol. I).

La nomenclatura de *foral* (viudedad legal) y *universal* (viudedad voluntaria) es la que quedará consagrada legal y doctrinalmente con posterioridad⁷⁹² permaneciendo, con algunas variantes, hasta la Compilación de 1967.

1.2. LOS PROYECTOS RIPOLLÉS, GIL BERGES Y EL APÉNDICE DE 1925. VIUEDAD LEGAL VERSUS VIUEDAD UNIVERSAL

Una viudedad *legal* inmobiliaria y *universal* paccionada es la que irá sucesivamente apareciendo en los distintos proyectos de Apéndice hasta el definitivo de 1925. Igualmente estará presente, con diferente redacción, el pacto de bienes muebles por sitios, atribuyéndose expresamente el derecho de viudedad en estos casos⁷⁹³:

792 No obstante, como apuntaba SANCHO, no es una nomenclatura homogénea ni necesariamente bimembre. Cuando a la primera se denomina “legal” es en atención a su origen o fuente con lo que a la segunda debería llamársele, en correspondencia, “voluntaria”. Lo que ocurre es que, en relación con esta última, y en atención al amplio margen a la autonomía de la voluntad en Aragón consagrado en el principio *standum est chartae*, no tiene porque ser totalmente universal sino que puede ser simplemente ampliada a determinados bienes muebles. De igual modo, si a la segunda se le llama “universal” es en razón de su objeto con lo que a la primera debería llamársele en consecuencia “limitada” o “inmobiliaria”, quedando fuera los casos intermedios de viudedad ampliada por pacto a determinados muebles pero no a todos, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 68 y 69.

793 La tendencia favorable a la existencia de la viudedad en estos supuestos sigue siendo mayoritaria entre los autores del s. XIX. *Vid.*, entre otros, DEL PLANO, M., *Manual del abogado aragonés, op. cit.*, pp. 121 y 122 y DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés, op. cit.*, p. 671. Algunos incluso critican expresamente la tesis negativa de SUELVES (*vid.* nota al pie número 789). Entre estos últimos se situaba NOUGUÉS SECAL, quien sigue fielmente la tesis de Molino: “Ahora bien, si los muebles se llevaron como sitios, bienes sitios son en el consorcio y la suerte de tales deben seguir (*Molino verb. mobilia bona*) sin que haya razón para que se les considere de una manera respecto a la comunión y de otra por lo que

1.2.1. El Proyecto de 1899 (Proyecto Ripollés)

En sus artículos 143 y 144 quedaban definidas la viudedad *foral* o de bienes sitios y la *universal* sobre todos los bienes. En el 152, se establecía la regulación del pacto de muebles como sitios y sus efectos para la viudedad:

Art. 143.– Los cónyuges tienen recíprocamente el derecho de viudedad, según el cual el sobreviviente usufructúa los bienes sitios del premuerto, en la forma, extensión y condiciones que se determinan en el presente capítulo. Este derecho de viudedad se establece por la ley, y recibe el nombre de *viudedad foral* o de bienes sitios.

Art. 144.– El mismo derecho de viudedad tendrá el cónyuge sobreviviente en los bienes muebles del premuerto cuando así se hubiese pactado expresamente en capítulos matrimoniales o se hubiese reconocido en testamento o en otro documento público. Cuando se tenga usufructo en todos los bienes sitios y muebles del cónyuge premuerto, la viudedad se llamará *universal*.

Art. 152.– El derecho de viudedad se tendrá en los bienes muebles del premuerto en los casos del artículo 144 de este Código. *Cuando se aporten al matrimonio bienes muebles como sitios,*

hace a la viudedad. Los contrayentes, que eran los que deberían haber distinguido, no lo hicieron, y si alterando la naturaleza de los bienes, no limitaron los efectos de este cambio, su voluntad no puede ni debe suplirse y para todo deben tenerse por sitios”, *cfr.* NOUGUÉS SECAL, P., *Tratado del consorcio conyugal con arreglo a la Jurisprudencia de Aragón, op. cit.*, p. 54; igualmente, MARTÓN y SANTAPAU: “el aportar bienes muebles en calidad de sitios (...) no produce, como pretende Suelves, el solo resultado de impedir la comunidad, sino todos los efectos legales que el Fuero concede a los inmuebles, incluso el importantísimo de la viudedad”, *cfr.* MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla por dos abogados del ilustre Colegio de Zaragoza, op. cit.*, p. 524. Ya en el s. XX, a favor también del derecho de viudedad en estos supuestos *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J., “La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales”, *op. cit.*, p. 35.

alcanzará a ellos solamente el derecho de viudedad, quedando los demás sometidos a las reglas generales de la sociedad conyugal. Cuando el pacto se contraiga a los bienes muebles que se adquieran por cualquier título durante la sociedad conyugal, se tendrá sobre éstos el citado derecho de viudedad, quedando los demás en el caso del párrafo anterior.

1.2.2. El Proyecto de 1904 (Proyecto Gil Berges)

El art. 128 utilizaba, a diferencia del Proyecto Ripollés, la nomenclatura de viudedad *legal* para referirse a la que recaía sobre bienes sitios pero mantenía la de *universal* para la que afectaba al resto de bienes en el art. 129. Regulaba también el pacto de muebles por sitios con gran amplitud y sus consecuencias para la viudedad:

Art. 128.– La celebración del matrimonio atribuye por mero ministerio de la ley a los cónyuges, sean o no aragoneses, pero solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles sitios en este antiguo Reino que hayan aportado a aquél o que adquieran con posterioridad, así a título gratuito como a título oneroso, el derecho expectante de usufructuar el uno del otro y recíprocamente, en la forma y dentro de las condiciones de tiempo y extensión que se consignan en el presente capítulo. Este derecho se determina por el fallecimiento de cualquiera de los cónyuges a favor del superviviente y recibe la denominación de *viudedad legal*. No tiene, sin embargo, carácter sucesorio.

Art. 129.– Los cónyuges aragoneses pueden extender el derecho expectante de usufructo recíproco a los bienes muebles aportados al matrimonio o adquiridos durante él:

1º) Cuando en su capitulación lo pacten expresamente en uso de la facultad establecida por el número tercero del artículo 72 o consignent la declaración de que tales bienes se conceptúen raíces o inmuebles, o la de que se entiendan ingresados por dichos cónyuges

a propia herencia suya o de los suyos conforme a los apartados primero y segundo del artículo 89.

2º) Cuando lo estipulen en otro documento público independientemente de la capitulación matrimonial

3º) Y cuando se lo concedan por acto de última voluntad.

En todos los casos de este artículo el usufructo toma el nombre de *viudedad universal*

Art. 134.— Con aplicación al siguiente capítulo se observarán, además de las disposiciones anteriores, las reglas siguientes: (...)

2º) El pacto o la concesión simple de viudedad implicará la denominada *universal* con todas sus consecuencias.

Art. 89.— *Por la declaración hecha en una capitulación de que se conceptúen inmuebles o sitios los bienes muebles* aportados al matrimonio, se entiende extendida a éstos, aunque expresamente no se pacte, el derecho de viudedad que según este Apéndice no se da sino relativamente a aquéllos (...).

Art. 92.— *El pacto de llevar al matrimonio los bienes raíces o inmuebles en calidad de muebles* (...) produce con relación a tales bienes perfecta comunidad entre el marido y la mujer, pero deja a salvo la viudedad legal y la universal si se hubiere estipulado.

1.2.3. El Apéndice de 1925

1.2.3.1. El confuso criterio del Apéndice. Su interpretación

El criterio del Apéndice de 1925 es —al menos en apariencia— continuador del recogido en los dos Proyectos anteriores al configurar la viudedad legal solamente respecto a los bienes inmuebles en el artículo 63 y universal paccionada sobre muebles e inmuebles en el 64:

Art. 63.— La celebración del matrimonio atribuye por ministerio de la ley a los cónyuges, solamente respecto de los bienes

raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran, así a título lucrativo como a título oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro en la forma y condiciones que se expresan en este Apéndice. Este derecho, que se denomina *viudedad legal* no se altera por la estipulación llamada de hermandad llana.

Art. 64.– El derecho expectante de viudedad puede extenderse, sea por capitulación matrimonial sea por estipulación que conste en otro documento público, sea por acto de última voluntad, a los bienes muebles, tanto si han sido aportados al matrimonio, cuanto si han sido adquiridos durante él; y así ampliado se denomina *viudedad universal*. Aunque no aparezca explícita la ampliación, se entiende establecido virtualmente cuando en algunos de los mencionados títulos *se declara que los bienes muebles de los cónyuges o de la sociedad se conceptúen raíces o inmuebles*, o que se entiendan aportados al matrimonio por el cónyuge a propia herencia suya y de los suyos. El pacto de la concesión simple de viudedad implicará la denominada universal, con todas las consecuencias de ésta; y siempre que los cónyuges en las cláusulas de otorgamiento relativo a sus bienes usen la palabra usufructo, se conceptuarán que aluden a la viudedad, si el contexto no denota llanamente lo contrario. Cuantas dudas ocurran acerca del alcance de la viudedad se resolverán en el sentido de comprender todos los bienes del cónyuge premuerto que sean aptos para ella.

Sin embargo, pierde nitidez al incluir el artículo 66 una larga enumeración de bienes muebles que habrían de reputarse como sitios a efectos de la viudedad:

Art. 66.– Al efecto de comprenderlos en la viudedad legal reputarán bienes inmuebles:

1º) El remanente que el sobreviviente reciba del producto de fincas pertenecientes al otro cónyuge vendidas para satisfacer deudas de éste anteriores al matrimonio.

2º) Las cantidades o valores que el viudo reciba por expropiación forzosa o indemnización de seguro, de predios pertenecientes a la sucesión del finado; o como predio de retracto, redención o rescate de lo que éste poseyera a carta de gracia, o en anticresis, o por otro título que obligare a devolverle.

3º) Los bienes que el finado haya aportado en concepto de dote propiamente dicha, o de dote, donación o manda en equivalencia a la legítima, siempre que, mediante la debida estimación, los haya asegurado el que sobrevive.

4º) La cantidad que éste haya concedido y asegurado al difunto en calidad de reconocimiento, firma o aumento de dote.

Como apuntó SANCHO REBULLIDA, el precepto responde al principio general —ya recogido en la Observancia 9ª *De secundis nuptiis*— no formulado expresamente en el Apéndice pero sí aplicado en él en virtud del cual el viudo tiene usufructo en la mitad de los bienes inmuebles comunes y en la totalidad de los privativos de su consorte.

Los supuestos contenidos en el artículo 66 no eran sino reflejo del mismo en tanto que se trataba de créditos que tenía la masa de bienes privativos de un cónyuge contra la comunidad, ya por surgir constante matrimonio o posteriormente y no hacerse, en consecuencia, comunes (núms. 1º y 2º); ya por efectos de una transmisión de propiedad a la masa común (núm. 3º); o bien porque el crédito nació simultáneamente a la comunidad pero no puede hacerse efectivo hasta la disolución de ésta (núm. 4º)⁷⁹⁴. Se trataba de casos verdaderamente excepcionales que implicaban una subrogación o tenían garantías que los asemejaban a los inmuebles⁷⁹⁵.

794 SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 112 y 113, especialmente nota 153.

795 *Cfr.* BATALLA GONZÁLEZ, M., “La viudedad en la Compilación aragonesa”, *RCDI*, XLIV, 1968, p. 446.

SANCHO criticó esta regla inclinándose, en aras de una mayor simplificación técnica de la regulación de la viudedad, por hacerla extensiva a todos los bienes muebles privativos en lugar de incluirlos *nominatim* como regla de excepción y con el arcaico casuismo con que, a su parecer, lo hacía el artículo 66⁷⁹⁶.

Basándose en estos dos últimos preceptos (64 y 66), junto con lo dispuesto en la regla primera del artículo 72 relativo a derechos y obligaciones del viudo usufructuario⁷⁹⁷, LACRUZ formuló la regla siguiente: “Todo lo que no es común está sometido al usufructo viudal”, sustentada en que los tres abarcaban todos los bienes propios, ya fuera *in natura* o en valor⁷⁹⁸.

Este compendio de normas constituía, no obstante, una regulación dispersa y confusa de la que resultaba difícil inferir un criterio diáfano. En opinión de CASTÁN, era fruto del respeto a la legalidad foral que impidió el reconocimiento expreso de la viudedad como universal⁷⁹⁹.

796 SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 78.

797 El citado art. 72 contiene dos enumeraciones de reglas aplicables: la primera de derechos y la segunda de obligaciones. En cuanto a aquéllos, la regla primera dice:

“El consorte sobreviviente que haya dividido los bienes muebles con los herederos del finado y que tan sólo tenga viudedad legal en los raíces o inmuebles propiamente dichos y en las cosas o cantidades asimiladas a ellos de modo explícito o de modo virtual, con más, en los aumentos que unos a otros hayan tenido por accesión, harán suyos los rendimientos de todos ellos, a contar desde el comienzo de su derecho”, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 240.

798 LACRUZ BERDEJO, J. L., “Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés”, *RDN*, XV, enero-marzo 1957, p. 86.

799 CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil Foral*, *op. cit.*, 157.

De cualquier modo, tampoco se trataba de una cuestión pacífica y, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el tema de la posible inclusión de los bienes muebles en la viudedad fue objeto de duras críticas y enfrentados debates⁸⁰⁰.

1.2.3.2. El alcance del expectante sobre bienes muebles en el Apéndice

El problema fundamental que ocasionaba la inclusión por cualquier causa de un bien mueble dentro de los afectados al derecho expectante era el de su posible eficacia real. Este aspecto, claro en los inmuebles, provocaba dudas en los bienes muebles puesto que una cosa era la ficción de su asimilación a aquéllos para no dejarlos legalmente fuera del derecho de viudedad y otra muy distinta dotarles, además, de un régimen idéntico al suyo. El mismo Apéndice, al regular la viudedad universal paccionada en el artículo 64, refería la expresión “derecho expectante” a los bienes muebles pero no establecía para ellos ninguna clase de energía reipersecutoria⁸⁰¹.

a. El criterio de SANCHO REBULLIDA

Para SANCHO REBULLIDA, aún admitiendo que resultaba deseable, en principio, un tratamiento idéntico al de los bienes inmuebles fundamentado en la unidad de la institución, estimaba necesario —en atención al origen legal y no registral de la publicidad del gravamen y a la necesidad de evitar el fraude al

800 Cfr. MARTÍN BALLESTERO, L., “Derecho de la persona y de la familia: De la viudedad”, *BCAZ*, nº 26, 1967, p. 113.

801 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al artículo 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. II, *op. cit.*, p. 706.

derecho de viudedad, principalmente el de la mujer— efectuar una doble distinción, según fuera el origen de la consideración inmobiliaria⁸⁰²:

a.1. Viudedad ex lege

Por el art. 66 del Apéndice o bien, simplemente, los inmuebles por destino del art. 334 Cc.⁸⁰³. Aunque en el plano teórico la solución era la misma que en los inmuebles al gozar de la misma publicidad que en éstos y con mayor razón porque su adquirente nunca reunirá las condiciones de tercero hipotecario, entendía que, en la práctica, no resultaba posible el efecto real, dado que su fungibilidad o consumibilidad haría ilusoria muchas veces la subsistencia del gravamen, además de resultar contradictorio con el artículo 464 Cc. y concordantes.

a.2. Viudedad ex voluntatis

Podía tratarse de la viudedad universal del art. 64 del Apéndice o bien de un caso de aportación de bienes muebles por sitios del 63. Negaba directamente al expectante sobre estos bienes, sin entrar en disquisiciones teórico-prácticas, la energía reipersecutoria, puesto que en ellos carece de toda publicidad real o

802 *Cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 115 y 116.

803 Son aquellos bienes que, tratándose materialmente de bienes muebles (esto es, conforme al artículo 335, “objetos que pueden transportarse de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos”), por haber sido destinados por su propietario al servicio o finalidad de un verdadero inmueble siguen a éste en sus vicisitudes jurídicas. La vinculación del inmueble por destino al inmueble principal suele deberse a razones de tipo económico para el mejor aprovechamiento de este último, *cfr.* BADENAS CARPIO, J. M., “Comentario al artículo 334 Cc.”, *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 471.

registrar. No obstante, en el supuesto del art. 63, consideraba que los eventuales problemas que pudiera suscitar esta cuestión no serían demasiado graves puesto que no resultaba coherente un aumento voluntario de los bienes sujetos a viudedad para luego querer defraudar este derecho en algunos de ellos. Y si así se hacía, en el fondo estimaba que se trataba de una revocación de una liberalidad que, aunque antijurídica, no era moralmente tan grave como en los casos de viudedad legal.

Apuntaba igualmente como numerosas sentencias de la Audiencia de Zaragoza (20 de febrero de 1875, 15 de marzo de 1875 y 12 de junio de 1885, entre otras) recogían la limitación de la viudedad legal a los bienes sitios y la posibilidad de ser convencionalmente ampliada a los muebles. Pero se detiene especialmente —como particularmente interesante— en la de 8 de abril de 1867 la cual, tras afirmar que la viudedad también afecta a los muebles aportados como sitios, señalaba como “esta ficción produce sus efectos al disolverse el matrimonio, sin que entre tanto deje de tener el marido la libre disposición de dichos bienes”.

Para SANCHO, este aserto debía limitarse a los supuestos de ficción convencional porque en los de ficción legal el marido no tenía la libre disposición de los bienes sino que procedía el consentimiento de la mujer o la renuncia expresa, en su caso, *ex* art. 49 del Apéndice. Y aunque admitía que podía sostenerse que aún prescindiendo de cualquiera de ellos la adquisición era, no obstante, firme, concluía que la diferencia podía ser importante a efectos de subrogación y reemplazo⁸⁰⁴.

804 *Cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 116.

b. Conclusión

En mi opinión, vigente el Apéndice, la consideración de los muebles como inmuebles implicaba estar ante uno de estos últimos con todas sus consecuencias⁸⁰⁵, particularmente la extensión de un derecho de viudedad del que, en principio, quedarían ajenos. Pero en ningún caso implicaba que, constante matrimonio, se estuviera ante un derecho expectante con eficacia real ni mucho menos que conllevase alteración alguna del régimen legal de disposición de los bienes afectos.

1.3. LAS CORRIENTES FAVORABLES A LA EXTENSIÓN LEGAL DE LA VIUDEDAD EN LOS BIENES MUEBLES

Tal y como se ha examinado, la posibilidad de que en los bienes muebles hubiera viudedad durante la vigencia del Apéndice solamente era posible fuera del texto legal y por deseo explícito de los cónyuges (por capitulación matrimonial o estipulación que constase en otro documento público o bien por acto de última voluntad) o —siguiendo el tenor literal del artículo 64— por efecto “virtual” (declarando, en este último supuesto, que los bienes muebles de uno de ellos o de la sociedad se conceptuaran raíces o inmuebles o que se entendiesen aportados al matrimonio a propia herencia suya y de los cónyuges).

Sin embargo, y a pesar de esta regulación del Apéndice, existían de modo paralelo corrientes doctrinales favorables a una extensión legal mobiliaria del derecho de viudedad. Dentro de

805 Como señalaba al respecto LACRUZ, los muebles aportados como sitios se equiparan a los inmuebles a todos los efectos (también a los del artículo 49) conservando sobre ellos la propiedad el cónyuge aportante, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., “Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés”, *op. cit.*, pp. 81 y 83.

ellas podían diferenciarse dos clases: una absoluta y otra relativa. La primera propugnaba —ya desde el s. XIX— una viudedad legal de ámbito universal, teniendo como máximos representantes al Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880 y los Proyectos de Apéndice de FRANCO y LÓPEZ; la segunda, plasmada básicamente en los criterios de la Comisión Compiladora de 1947, restringía la tendencia expansiva citada a determinados bienes muebles.

1.3.1. La viudedad legal universal

1.3.1.1. El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880

En el Congreso de Jurisconsultos aragoneses, la conclusión tercera adoptada en el Tema I (“*¿Debe conservarse íntegro el derecho vigente en Aragón sobre viudedad o es susceptible de reformas y adiciones para su perfeccionamiento? En este último caso ¿cuáles deben ser las reformas y adiciones?*”) sobre derecho de viudedad (Capítulo III) era del siguiente tenor:

“El derecho de viudedad recaerá sobre *todos los bienes muebles e inmuebles del cónyuge premuerto*”⁸⁰⁶.

Con igual criterio fue aprobada en el Tema III (*¿Debe en alguna manera subsistir sociedad de bienes entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto? Caso afirmativo, ¿convendría reformar el*

806 Conclusión 3ª de las aprobadas en el Congreso en materia de viudedad (Tema I, Capítulo III) en las sesiones de 14, 17, 19, 21 y 24 de enero de 1881, *cfr.* “Conclusiones del Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-81”, *Los Proyectos de Apéndice del Derecho Civil de Aragón*, I, Materiales, Institución “Fernando el Católico” (CSIC), Exma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2005, p. 71; igualmente, COSTA MARTÍNEZ, J., *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1883, reeditado por Guara Editorial, Zaragoza, 1981, p. 281.

derecho vigente en Aragón acerca de este punto? ¿Bajo qué bases, según sea la solución que reciban temas anteriores?) otra conclusión en el mismo sentido favorable a la extensión de la viudedad a los bienes muebles, pero relacionada, en este caso, con la continuidad de la sociedad conyugal:

“Que la viudedad por derecho *sea extendida a los bienes muebles*; y sin más decirse por los cónyuges, al morir uno de ellos, el sobreviviente goce usufructo en los bienes sitios y muebles del premuerto. Para tal caso, nunca se hará lugar la continuación de la sociedad conyugal”⁸⁰⁷.

La extensión del derecho de viudedad a los bienes muebles se fundamentó en el restablecimiento de la configuración inicial que tuvo en el Fuero I *De Iure Dotium* pero no por puro respeto a la antigüedad sino teniendo en cuenta los profundos cambios experimentados en la riqueza mueble. El aumento de las fortunas en esta clase de bienes fue producto del extraordinario desarrollo alcanzado entonces por parte de la industria y el comercio.

Igualmente se alegó como argumento en pro a la extensión mobiliaria de la viudedad que si aquélla descansaba principalmente en el principio moralizador de la unidad de la familia igual razón existía para que recayera tanto en los bienes muebles como en los inmuebles⁸⁰⁸.

807 Conclusión aprobada en el Congreso en materia de viudedad (Tema III, Capítulo III) en la sesión de 28 de enero de 1881, *cf.* “Conclusiones del Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-81”, *Los Proyectos de Apéndice del Derecho Civil de Aragón*, I, Materiales, *op. cit.*, p. 74; COSTA MARTÍNEZ, J., *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, *op. cit.*, p. 283.

808 COSTA MARTÍNEZ, J., *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, *op. cit.*, p. 286; SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

Se trataba de una propuesta innovadora puesto que, hasta entonces, la extensión legal de la viudedad recaía exclusivamente sobre inmuebles. Y aunque los acuerdos adoptados en el Congreso sirvieron de guía en todos los trabajos legislativos posteriores (señaladamente en los conducentes al Proyecto de 1899⁸⁰⁹) no sería, finalmente, recogida en ninguno. Se objetó a esta tesis que el argumento histórico poco suponía desde el momento en que la misma práctica limitó pronto la viudedad a los inmuebles (Fuero *De Alimentis*, 1390); que su extensión quedaba siempre permitida en un régimen de amplia autonomía de la voluntad; que la revalorización de la propiedad mobiliaria no era referible a toda clase de bienes sino a los que la vida moderna había situado como posible fundamento de la economía familiar; y que la afección de los muebles, en vía expectante, ofrecía los inconvenientes técnicos inherentes a su naturaleza de gravamen real⁸¹⁰.

1.3.1.2. Los Proyectos de Apéndice de Franco y López

Los argumentos de FRANCO se centraban, además de en la creciente riqueza mobiliaria, en el arraigo que los pactos de extensión de la viudedad a los bienes muebles habían disfrutado desde siempre en la sociedad aragonesa⁸¹¹. La propuesta

809 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Estudio Preliminar" en *Los Proyectos de Apéndice del Derecho Civil de Aragón*, I, Materiales, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

810 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, p. 766.

811 "Como en los siglos medios consistía en bienes inmuebles la parte más importante, y que en más se tenía de la riqueza, sólo en ellos se concedió por el Fuero el derecho de viudedad; pero como a la vez ha sido siempre y es tan amplia en Aragón la libertad que tienen los contratantes para establecer los pactos que más les plazca, es permitido hacer extensivo este derecho a los valores mobiliarios de

del ámbito concreto de aquélla la realizaba en al art. 69 de su “Memoria” que dispuso lo siguiente:

Memoria sobre las instituciones que deben quedar subsistentes del Derecho Civil aragonés (1886)

Art. 69. El derecho de viudedad consiste en el usufructo que sobre los bienes inmuebles del cónyuge difunto tiene el que le sobre-

cualquier especie que sean. Y tan indeleblemente encarnado se halla en nuestras costumbres, que apenas se encontrará una capitulación matrimonial, entre diez mil, en que no se haga uso de esta facultad por los otorgantes, estipulándose que la viudedad del sobreviviente ha de ser universal, esto es, que ha de comprender lo mismo bienes muebles que los sitios. Pues bien: tanto esta misma costumbre, que, más que otra cosa, demuestra la voluntad constante y universal de los aragoneses, como el no existir razón alguna estimable para que a la vez que se conceda el derecho de que se trata en una clase de bienes no se haga extensivo a los demás, y el superar frecuentemente a la importancia de los inmuebles el valor de los muebles que aportan los cónyuges a su matrimonio, aconsejan que se haga desaparecer en la ley la diferencia que hasta ahora ha existido; y que por consiguiente el derecho de viudedad tenga lugar lo mismo en unos que en otros bienes”, *cfr.* FRANCO y LÓPEZ, L., *Memoria sobre las instituciones que deben quedar subsistentes del Derecho Civil aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer...*, *op. cit.*, pp. 119 y 120.

Calificando la extensión a los muebles citada como “oportuna y conveniente”, por considerar que “ya que no por Fuero, se concede generalmente en capítulos, y sino en testamento” *vid.* “Breves observaciones que formula el Colegio de Abogados de Huesca a la memoria de Franco y López sobre codificación del Derecho Civil Aragonés escrita de conformidad a lo dispuesto en el R.D. de 2 de febrero de 1880”, *RDCA*, II, 1996, nº 2, p. 202 (=Imprenta de la viuda e hijos de Castanera, Huesca, 1889).

Por el contrario, la postura de FRANCO fue objeto de crítica por ALONSO MARTÍNEZ, quien consideraba que la propuesta defendida por aquél no suponía reformar o mejorar la institución sino “ampliarla, extenderla, generalizarla, dando mayores proporciones al privilegio y nuevo ensanche al particularismo con menoscabo de la codiciada unidad nacional. No es éste el papel del Rey ni el de las Cortes, cuya aspiración legítima consiste en llegar a la uniformidad de la legislación española”, *cfr.* ALONSO MARTÍNEZ, M., *El código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Editorial Plus Ultra, Madrid, 1947, pp. 304 y 305.

vive, fuera de los casos comprendidos en el art. 90 y hasta tanto que se extinga por las causas que expresa el 91.

Lo tendrá también *sobre los muebles* de la misma procedencia cuando así se hubiere pactado, o cuando se hubiere establecido en la capitulación matrimonial que los aportaba su dueño en calidad de sitios o inmuebles, o en lugar de tales; y aún sin existir estos pactos lo tendrá sobre estos bienes cuando no fueren ascendientes ni descendientes del cónyuge premuerto las personas en quien recayese su propiedad.

En relación con el último párrafo, señala como deberá suprimirse si se adopta la reforma que comprende el art. 65.1 relativa a hacerse extensivo el usufructo del viudo a los bienes muebles. Pero si no se adoptaba tal reforma y quedaba la viudedad legal reducida al de los inmuebles, debería consignarse la disposición de este párrafo, que en su primera parte no hace más que establecer lo mismo que regía entonces (viudedad universal paccionada)⁸¹². Esta vacilación queda desterrada en su posterior Adición a la Memoria⁸¹³, decidiéndose a consignar de modo absoluto el derecho de usufructo “sobre los bienes de toda especie”:

812 FRANCO y LÓPEZ, L., *Memoria sobre las instituciones que deben quedar subsistentes del Derecho Civil aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, op. cit., p. 201, nota 1.

813 “Lo que persistentemente y por espacio de siglos está observándose en un país no sólo viene a constituir una verdadera ley sino que tiene ordinariamente más autoridad que la que se halla escrita y es mucho más difícil el hacerlo desaparecer que el derogarse ésta. Por eso he desechado la vacilación que manifesté en los artículos 65 y 69 y nota puesta a este último en mi Proyecto, en que dejaba a elección de los que lo discutiesen el optar por uno u otro de los indicados medios; y por eso me he decidido por consignar en el art. 108 que consiste este derecho en el usufructo que, sobre bienes de toda especie pertenecientes al cónyuge difunto, tiene el que le sobrevive (...)", cfr. FRANCO y LÓPEZ, L., *Adición a la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al gobierno de S.M. en 1880...*, op. cit., pp. 59 y 60.

Adición a la Memoria (1893)

Art. 108.— El derecho de viudedad consiste en el usufructo, que *sobre los bienes de toda especie* del cónyuge difunto, tiene el que le sobrevive, fuera de los casos comprendidos en los artículos 132 y 133 y hasta tanto que se extinga por las causas que expresa el 134.

1.3.1.3. La postura de AZPEITIA ESTEBAN: usufructo foral en inmuebles y legítima del Código Civil en los muebles

Igualmente favorable a la ampliación fue la postura de AZPEITIA⁸¹⁴ quien encontraba injusto, admitiendo el valor superior de la propiedad mueble respecto de la inmueble en aquella época, tanto que los muebles en Aragón se hicieran comunes como que el cónyuge sobreviviente, respecto de los bienes muebles que constituían la herencia del fallecido, careciera de usufructo foral o de un derecho equivalente o similar de carácter sucesorio.

Proponía como solución más aceptable que la mujer con viudedad legal, no universal, tuviera el usufructo foral so-

814 Afirmaba AZPEITIA que mientras en la época de los Fueros y Observancias la viudedad legal inmobiliaria no podía irrogar ningún perjuicio al viudo tanto por el escaso valor de los bienes muebles, como por las ventajas forales y la asignación de carácter consorcial a los mismos, en aquel momento, sin embargo, había que dar solución a la posibilidad de que el cónyuge sobreviviente se quedase sin nada en concepto de herencia, ni en propiedad ni en usufructo, si tales bienes eran exclusivamente muebles, *cfr.* AZPEITIA ESTEBAN, M., *El proyecto de Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón. Comentarios y problemas* (De la viudedad), Sucesores de Rivadenebra, Madrid, 1924, p. 114. En igual sentido del mismo autor *vid.* "Sucesión del cónyuge viudo en Aragón", *La Reforma. Revista Notarial*, Tomo X, 1914, p. 333. Posteriormente, GARCÍA ATANCE se manifestaría también con similar criterio crítico respecto al principio de la comunicación al consorcio de los bienes muebles ante la creciente importancia de esta clase de patrimonio. Consúltese GARCÍA ATANCE, M., "Cosas. Bienes. Clasificación de las cosas en corporales e incorporales. Bienes muebles e inmuebles", *ADA*, II, 1945, p. 62.

bre los inmuebles y, como derecho supletorio, la legítima del Código Civil con relación a los bienes muebles. Defendía, en definitiva, un derecho sucesorio sobre los bienes muebles en el que podía encontrarse ya un cierto paralelismo con el expectante sin eficacia real que regularía por primera vez la Compilación de 1967 y que es el que ha permanecido hasta la actualidad.

1.3.2. La viudedad legal limitada a determinados muebles. Los criterios de la Comisión Compiladora de 1947 y de la doctrina contemporánea

En esta misma línea expansiva, pero sin llegar a los términos absolutos expuestos, otro sector doctrinal propugnaba que el derecho de viudedad, sin ser universal, afectase solamente a algunos géneros de bienes muebles. Este sería el criterio defendido en el seno de la Comisión Compiladora de 1947 y también, con algunas variantes, por algún autor de la época.

1.3.2.1. La Comisión compiladora de 1947

En las directrices formuladas por la ponencia sobre viudedad de la Comisión Compiladora de 1947 se señalaba que el derecho expectante, además de sobre los bienes inmuebles por naturaleza, debía recaer igualmente en los establecimientos mercantiles o industriales y en la propiedad intelectual e industrial.

Los títulos valores debían comprenderse también dentro de la viudedad legal cuando representasen participación del cónyuge premuerto en negocio llevado directamente por uno de ellos. El mismo criterio debía aplicarse a las demás formas de participación social en empresas.

Por último, se estimaba que también el ajuar doméstico debía ser objeto de viudedad legal y no constituir aventajas⁸¹⁵.

1.3.2.2. Doctrina y viudedad legal limitada

a. LAGUNA AZORÍN

LAGUNA AZORÍN abogaba a favor de que la viudedad legal se hiciera universal, considerando peligroso constreñir el derecho de viudedad a los bienes inmuebles, dados los cambios operados en el panorama económico de la época.

Apoyándose en la creación de los valores de renta fija que los Estados exigían para el cumplimiento de sus fines, el desarrollo de la industria, que demandaba la concurrencia de capitales para la formación de compañías mercantiles, y el desplazamiento en la riqueza de la tenencia de la finca o bienes sitios para convertirlas en bienes muebles representados en títulos, defendía que, si se quería conservar la esencia del usufructo como elemento indispensable para el sostenimiento de la autoridad del cónyuge viudo y el debido mantenimiento de la jerarquía en la familia como base de su vida, se extendiera, al menos, a todos los bienes del cónyuge premuerto cuando éstos se hallasen representados por títulos correspondientes a la Deuda del Estado, Provincia o Municipio o entidades paraestatales, así como cuando lo fueran en participación de empresas o sociedades industriales, de comercio o mercantiles, o en Entidades dedicadas oficialmente a la concesión de préstamos sobre bienes inmuebles⁸¹⁶.

815 SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 107.

816 LAGUNA AZORÍN, E., "El derecho de viudedad foral ¿debe extenderse a los bienes muebles?", *ADA*, VI, 1951-52, pp. 180 a 181.

b. *HUERTA SAN JUAN*

HUERTA SAN JUAN señalaba como, en la práctica corriente y en los usos entonces establecidos, la viudedad se hacía extensiva a los establecimientos mercantiles e industriales. Para este autor, no producía extrañeza en estos últimos, ya que sus instrumentos y útiles podían estimarse incluidos en los números 5º y 6º del artículo 334 Cc. (inmuebles por destino), pero sí dudaba en los primeros, por la naturaleza mueble de las mercancías.

La razón jurídica del fenómeno radicaba —en su opinión— en que su continua sustitución les daba un carácter de inmovilidad y permanencia en el inmueble en el que se encontraban que les hacía partícipes de su naturaleza. Aceptando su carácter inmueble se conseguía mayor autoridad para el sobreviviente, mayor unidad en el régimen económico y familiar y la debida extensión del usufructo a la que indiscutiblemente tendía —según su criterio— el artículo 64 del Apéndice⁸¹⁷.

c. *SANCHO REBULLIDA*

Por su parte, a SANCHO REBULLIDA no le parecía necesaria ni conveniente la viudedad universal legal porque la libertad de pacto y el principio del *favor viduitatis* contenido en el art. 64 del Apéndice daban suficiente cauce a los usos y prácticas en este

817 HUERTA SAN JUAN, F., *Usufructo viudal en establecimientos mercantiles e industriales*, “Segunda Semana de Derecho Aragonés”, *op. cit.*, pp. 195 y 196. En opinión de SANCHO, HUERTA confundía la viudedad con la continuación de la comunidad, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 108. Para este último autor, los muebles no quedaban afectos en estos casos al derecho expectante. Cuestión distinta era la tendencia existente *de lege ferenda* de considerar la hacienda mercantil como un objeto único de derecho, en cuyo caso entendía que debía reputarse inmueble y quedar sujeta a viudedad, *Ídem*, p. 142.

orden de cosas, permitiendo una participación sucesoria inmediata a los herederos del cónyuge premuerto sin menoscabo —al menos en los medios rurales— del mantenimiento de la unidad familiar⁸¹⁸.

Lo que sí estimaba conveniente era incluir en el elenco legal de bienes afectos a este derecho algunos que, muebles por naturaleza, representaban económicamente participaciones inmobiliarias o suponían la base de sustentación de la familia, a pesar de la ausencia de antecedentes históricos⁸¹⁹. Por ello solamente aconsejaba considerar legalmente como inmuebles, a efectos de viudedad por lo menos, ciertos bienes que, por su importancia económica y por constituir la base de los ingresos familiares, cumplían entonces la misión que históricamente tenían las fincas: las explotaciones industriales o mercantiles. Esta es la única reforma legislativa que, en este punto, se atrevía a proponer⁸²⁰.

En su opinión, la adaptación del espíritu de la ley a las realidades económicas de aquel momento no podía ofrecer un resultado distinto, considerando aceptables, por tanto, los criterios de la Ponencia de 1947 más arriba mencionados⁸²¹.

1.4. LOS ANTEPROYECTOS DE LA COMPILACIÓN

Las primeras formulaciones prelegislativas de la Compilación declaraban como objeto de la viudedad todos los bienes privativos del cónyuge premuerto y los inmuebles comunes. Se

818 SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 77.

819 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 108.

820 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., *Ídem*, p. 77.

821 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., *Ídem*, p. 108.

trataba del sistema seguido en el Apéndice pero con una presentación invertida puesto que en este último la viudedad quedaba referida a los bienes inmuebles en el artículo 63 y se añadía después una serie casuística de bienes muebles —que resultaban ser los privativos, *in natura* o en valor— que, al efecto de comprenderlos en la viudedad, se reputaban como bienes inmuebles.

Quedaban incluidos igualmente por vía de la remisión al régimen matrimonial, con ligeras variantes en la redacción y admitiéndose pacto en contrario en el Anteproyecto de 1962, las explotaciones agrícolas o ganaderas y los negocios mercantiles e industriales, con cuantos elementos estuviesen afectos a unas y a otros, los vehículos, máquinas y artefactos cuya propiedad debía acreditarse mediante documentación intervenida por oficina pública y los títulos-valores, las participaciones en sociedades y cuentas de asociación, los capitales colocados en negocios y los créditos consignados en documento público⁸²². Su inclusión se apoyaba en que se trataba de bienes muebles que desempeñaban en la vida moderna la función económico-familiar que, históricamente, desempeñaban sólo los inmuebles. Igualmente obedecía a que, a diferencia de los de su clase, podían resultar fácilmente identificables⁸²³.

Con esta regulación, la viudedad quedaba extendida a la totalidad o casi totalidad del caudal sin posibilidad de reducción más que por pacto. Como señaló entonces BATALLA GONZÁLEZ, se daba así respuesta a la preocupación generalizada de los miembros de la Comisión de evitar que el derecho de viudedad

822 *Cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, pp. 767 y 768.

823 *Cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, p. 778.

quedase reducido a la más mínima expresión, dada la creciente importancia que el caudal mobiliario iba tomando entonces en detrimento del inmobiliario. Pero también podía darse la injusticia de que, si existía una gran masa numeraria, ésta quedase fuera de la viudedad legal⁸²⁴.

En cualquier caso, salvo la inclusión antedicha, la extensión de la viudedad quedaba igual que en el derecho anterior, aunque regulada en todos sus aspectos con más detalle y tecnicismo⁸²⁵.

1.4.1. Anteproyecto del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses nombrada por el Ministerio de Justicia (1961)

El origen y extensión de la viudedad aparecía recogido en el art. 139 de este Anteproyecto:

Art. 139. *Nacimiento y ámbito.*— Cualquiera que sea el régimen de bienes de un matrimonio, cuando el marido sea aragonés en el momento de contraerlo, adquiere desde entonces cada cónyuge, caso de sobrevivir al otro, el derecho de usufructuar *los bienes privativos de éste y los inmuebles comunes* (...) A los efectos de este Título tendrán la consideración de inmuebles los bienes señalados en los apartados 1 a 3 del artículo 104.

La posibilidad de pactar muebles por sitios estaba regulada en el art. 104:

824 Cfr. BATALLA GONZÁLEZ, M., "Innovaciones en el definitivo Anteproyecto de la Compilación del Derecho Civil de Aragón por la Comisión de Juristas aragoneses", *BCAZ*, núm. 12, 1964, p. 14. Sobre esta cuestión *vid.* GIMÉNEZ MARTÍN, R., "Intervención del notariado en la evolución del Derecho aragonés", *RDCA*, II, nº 2, 1996, p. 17.

825 Cfr. BATALLA GONZÁLEZ, M., "Antecedentes y panorámica de la Compilación Aragonesa", *ADC*, núm. XX, 1967, p. 690.

Art. 104. *Muebles por sitios*.— A los efectos del régimen matrimonial, tendrán la consideración de inmuebles:

1º Las explotaciones agrícolas o ganaderas y los negocios mercantiles e industriales con cuantos elementos estén afectos a unos y a otros.

2º Los vehículos, máquinas y artefactos cuya propiedad deba acreditarse mediante documentación intervenida por oficina pública.

3º Los capitales representados por títulos valores, depósitos bancarios o de ahorro y créditos consignados en documento público.

A pesar de esta inclusión, al regular después por separado la fase del derecho expectante (art. 143), la discriminación se hacía, sin más, entre bienes muebles e inmuebles:

Art. 143. *Régimen*.— Desde el momento en que los bienes *inmuebles* ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan gravados con el derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble, si no concurren a ella ambos cónyuges.

Tratándose de bienes *muebles*, el derecho de viudedad versa exclusivamente sobre los que existan al fallecer el causante, o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho.

Esta normativa bien podía justificar la duda expresada por SANCHO, ya en el trámite de información pública, de si los muebles a los que se hacía mención eran solamente los incluidos por la declaración de voluntad (viudedad universal por entonces voluntaria), o también podían incluirse los muebles por sitios (legal)⁸²⁶.

826 SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, pp. 778 y 779.

1.4.2. Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses nombrada por el Ministerio de Justicia (1962)

De idéntico tenor literal al 139 del Anteproyecto provisional fue el 144 redactado por la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1962:

Art. 144. *Nacimiento y ámbito.*— Cualquiera que sea el régimen de bienes de un matrimonio, cuando el marido sea aragonés en el momento de contraerlo, adquiere desde entonces cada cónyuge, caso de sobrevivir al otro, el derecho de usufructuar *los bienes privativos de éste y los inmuebles comunes* (...) A los efectos de este Título tendrán la consideración de inmuebles los bienes señalados en los apartados 1 a 3 del artículo 108.

Art. 108. *Muebles por sitios.*— A los efectos del régimen matrimonial, tendrán la consideración de inmuebles, salvo pacto en contrario:

1º Las explotaciones agrícolas o ganaderas y los negocios mercantiles e industriales con cuantos elementos estén afectos a unos y a otros.

2º Los vehículos, máquinas y artefactos cuya propiedad deba acreditarse mediante documentación intervenida por oficina pública.

3º Los títulos-valores, las participaciones en sociedades y cuentas de asociación, los capitales colocados en negocios y los créditos consignados en documento público.

Igualmente, el régimen del derecho expectante era predicable también respecto a los inmuebles exclusivamente:

Art. 148. *Régimen.*— Desde el momento en que los bienes *inmuebles* ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan gravados con el derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble, si no concurren a ella ambos cónyuges con aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 119.

Tratándose de bienes *muebles*, el derecho de viudedad versa exclusivamente sobre los que existan al fallecer el cónyuge premuerto, o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho.

1.4.3. Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses nombrada por el Ministerio de Justicia (1963)

Como ha podido observarse, el Seminario primero y la Comisión después configuraron la viudedad con notable amplitud pero en ningún caso abarcaba todos los bienes del premuerto salvo que así se pactase o concediese.

Sin embargo, tras el trámite de información pública del Anteproyecto definitivo, se produce un cambio sustancial de extraordinaria importancia que resultaría determinante en ese aspecto. La Comisión rectifica el precepto relativo al “nacimiento y ámbito” y establece un derecho de viudedad de extensión universal, dejando a salvo la posibilidad de restringirla por testamento o pacto a los bienes inmuebles:

Art. 140. *Nacimiento y ámbito*.— El matrimonio, cuando el marido sea aragonés en el momento de contraerlo, atribuye a cada cónyuge, caso de sobrevivir al otro, el llamado usufructo o derecho de viudedad que, salvo lo dispuesto en las normas siguientes, se extenderá a *todos los bienes del premuerto*.

Por voluntad de cada cónyuge declarada en testamento o instrumento público, podrá reducirse este derecho a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número 1º del artículo 105. Si el valor de éstos no representara la mitad del caudal hereditario, se extenderá la viudedad a los bienes muebles necesarios para completar tal mínimo.

Art. 105. *Muebles por sitios*.— A los efectos del régimen matrimonial, tendrán la consideración de inmuebles, salvo pacto en contrario:

1º Las explotaciones agrícolas o ganaderas y los negocios mercantiles e industriales con cuantos elementos estén afectos a unos y a otros.

En el régimen del derecho expectante aparecen por primera vez incluidos, junto a los bienes inmuebles, los muebles por sitios, y así permanecería definitivamente hasta la Compilación:

Art. 144.- *Régimen.* Desde el momento en que los *bienes inmuebles por naturaleza y los comprendidos en el número 1º del artículo 105* ingresan en el patrimonio común o en los privativos, quedan afectos al derecho expectante de viudedad. Este derecho no se extingue por la ulterior enajenación del inmueble, si no la consienten ambos cónyuges.

Tratándose de bienes muebles, el derecho de viudedad versa exclusivamente sobre los que existan al fallecer el cónyuge premuerto o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho.

Esta posibilidad ya había sido apuntada por BATALLA GONZÁLEZ dos años antes en las Jornadas de Derecho Aragonés celebradas en Zaragoza en junio de 1961 para recibir orientaciones antes de proceder a la redacción por parte de la Comisión del oportuno Anteproyecto.

Defendía BATALLA una presunción universal de la viudedad pero dejando abierta la posibilidad de reducción por testamento o por pacto, la que, hasta el momento, había sido la legal y únicamente conocida (la inmobiliaria del Apéndice), con la excepción de que existieran hijos del matrimonio anterior del cónyuge premuerto⁸²⁷.

827 BATALLA GONZÁLEZ, M., "Comentarios al Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón", *BCAZ*, núm. 8, 1963, p. 16; "Innovaciones en el definitivo Anteproyecto de la Compilación del Derecho Civil de Aragón por la Comisión de Juristas aragoneses", *op. cit.*, p. 14; "Antecedentes y panorámica

La demanda de la regulación universal del derecho de viudedad la encuadraba dentro de las competencias de la Comisión⁸²⁸, sustentándola tanto en el deseo de la mayoría de los cónyuges aragoneses que, voluntariamente, venían pactando casi unánimemente en tal sentido, como en la extraordinaria y creciente importancia cobrada por la propiedad mobiliaria.

En su opinión, lo natural era que una práctica tan generalizada en todo Aragón no necesitase de disposición expresa, sino que se presumiese —no impusiese— concedida, dejando margen al principio *standum est chartae*⁸²⁹.

La novedosa modificación encontró una acogida favorable en un informe posterior emitido al respecto por el Colegio Notarial de

de la Compilación Aragonesa”, *op. cit.*, p. 690; “La viudedad en la Compilación aragonesa”, *op. cit.*, p. 447.

828 El artículo 3º del Decreto de 23 de mayo de 1947 encargaba a la Comisión la sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento —entonces— presente, *cf.* BATALLA GONZÁLEZ, M., “Innovaciones en el definitivo Anteproyecto de la Compilación del Derecho Civil de Aragón por la Comisión de Juristas aragoneses”, *op. cit.*, p. 15.

829 Años atrás, LORENTE SANZ ya había puesto de manifiesto como, tal era el arraigo de la concepción universal de la viudedad, que ésta incluso llegaba a respetarse sin necesidad de nada más: “La vida, más fuerte que la letra muerta del Apéndice, respeta la viudedad como universal aún en casos no establecida así por pacto o testamento”, *cf.* LORENTE SANZ, J., *Avance del resultado de la encuesta sobre la observancia actual del Derecho Civil aragonés*, “Segunda Semana de Derecho aragonés”, *op. cit.*, p. 17. En igual sentido del mismo autor *vid.* “Una opinión reciente sobre viudedad”, *ADA*, III, 1946, p. 345: “El prestigio de la institución ha crecido hasta el punto de alimentar una tendencia bien marcada a favor de su extensión legal a los bienes muebles, con lo que no se haría sino dar fuerza de ley a la convicción popular, que casi constituye costumbre, según la cual al cónyuge viudo corresponde siempre el disfrute de la totalidad de la herencia. Ésta es, además, la buena doctrina, la que mejor se compadece con el principio de conservación de la unidad y la autoridad familiar, fundamento principal de la institución”.

Zaragoza y los Registradores de todo Aragón, considerando que en el Anteproyecto se hacía casi universal y ésta era, precisamente, la aspiración de prácticamente la totalidad de cónyuges aragoneses. Por ello se acaba solicitando en dicho escrito que se le diera “francamente” tal carácter: viudedad universal como regla general, dejando a salvo la posibilidad de restringirla por testamento o pacto. De esta forma —concluía el informe— se invertirían, con relación al Anteproyecto, los términos del problema, haciendo su regulación más acorde con el sentir general⁸³⁰.

Este criterio sería recibido también con entusiasmo por la Comisión aragonesa en las reuniones siguientes al trámite de información, proponiéndose tanto en el Anteproyecto de 1965 como en el que se presenta definitivamente al Pleno en 1966 e instaurándose, definitivamente, en la Compilación de 1967.

1.4.4. Anteproyecto de Compilación redactado por la Sección especial de la Comisión General de Codificación (Texto para revisión, Madrid, julio 1965)

La extensión universal de la viudedad y la posibilidad de su reducción por testamento o pacto aparece recogida en el art. 71 que remite para la regulación de muebles por sitios al art. 38:

Art. 71.— *Origen y extensión.*

1.— La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre *todos los bienes* del que primero fallezca.

2.— Por pacto o testamento, podrá reducirse este derecho a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el

830 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, p. 768.

número 1º del artículo 38. Si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario, se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad.

Art. 38.– *Muebles por sitios*. A los efectos del régimen matrimonial, se considerarán aportados al matrimonio o adquiridos como sitios, salvo pacto en contrario:

1º Las explotaciones agrícolas o ganaderas y los negocios mercantiles e industriales con cuantos elementos estén afectos a unas y otros.

En el régimen del derecho expectante, se siguen incluyendo los inmuebles y los muebles por sitios, quedando privado aquél de eficacia real en el resto de bienes muebles:

Art. 75.– *Régimen*.

1.– Los bienes inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número 1 del artículo 38 quedan afectos al derecho expectante de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos.

2.– Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los inmuebles no consentida por ambos cónyuges, quedando a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe.

3.– Tratándose de bienes muebles, el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquéllos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho.

1.4.5. Anteproyecto de Compilación redactado por la Sección especial de la Comisión general de Codificación (Texto presentado al Pleno, Madrid, 1966)

La regulación es similar a la del Anteproyecto anterior de 1965:

Art. 72.— *Origen y extensión.*

1.— La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre *todos los bienes* del que primero fallezca, a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de mancomún por ambos cónyuges.

2.— Por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o instrumento público, podrá reducirse el derecho de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número 1º del artículo 39. Si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario, se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad.

Art. 39.— *Presunción de muebles por sitios.* A los efectos del régimen matrimonial, se considerarán aportados al matrimonio o adquiridos como sitios, salvo pacto en contrario:

1º Las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras.

Art. 76.— *Régimen.*

1.— Los bienes inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número 1 del artículo 39 quedan afectos al derecho expectante de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos.

2.— Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los inmuebles, a menos que fuere consentida por el otro cónyuge o, subsidiariamente, por la Junta de Parientes y, en su defecto, por la autoridad judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada. Queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe.

3.— Tratándose de bienes muebles, el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquéllos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho.

La Comisión acaba de este modo elevando a presunción legal esta extensión universal de la institución, evitándose que,

por pereza o desconocimiento, la pasividad de los cónyuges al respecto impidiera esta ampliación⁸³¹.

La viudedad “forzosa” quedaba finalmente referida a todos los bienes del premuerto en los casos muy frecuentes de fallecimiento intestado, salvo pacto en contrario, si bien por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o instrumento público podía limitarse a los inmuebles por naturaleza y a las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales, todos ellos bienes sitios comprendidos en el número 1º del artículo 39. Para el supuesto común de preponderancia en la herencia de otra clase de bienes, finaliza el precepto diciendo que si el valor de inmuebles y explotaciones no representaba la mitad del caudal hereditario se extendiera la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad.

Resultaba así considerablemente incrementada la extensión de la viudedad en relación con la regulación anterior del Apéndice, presumiéndola universal por un lado y no pudiendo ser reducida, por otro, más allá de la mitad del caudal, salvo pacto en contrario⁸³².

El derecho de viudedad en los bienes muebles comparte origen común con los inmuebles en la celebración del matrimonio

831 Posibilidad que había sido puesta en evidencia en la elaboración de los sucesivos Anteproyectos por BATALLA GONZÁLEZ. Sobre ello, *vid.* BATALLA GONZÁLEZ, M., “Comentarios al Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, pp. 16 y 17 e, igualmente, en “Innovaciones en el definitivo Anteproyecto de la Compilación del Derecho Civil de Aragón por la Comisión de Juristas aragoneses”, *op. cit.*, p. 15. Del mismo autor, tras la aprobación de la Compilación y con idéntico criterio, consúltese “Antecedentes y panorámica de la Compilación Aragonesa”, *op. cit.*, p. 690 y “La viudedad en la Compilación aragonesa”, *op. cit.*, pp. 446 y 447.

832 *Cfr.* BATALLA GONZÁLEZ, M., “Antecedentes y panorámica de la Compilación Aragonesa”, *op. cit.*, pp. 690 y 691.

pero, a diferencia de éstos, queda privado de cualquier eficacia real, siendo necesaria la permanencia del bien en el patrimonio del causante en el momento del fallecimiento para que exista usufructo salvo en supuestos de fraude en la enajenación.

1.5. LA COMPILACIÓN DE 1967

1.5.1. La legalización de la viudedad universal. Justificación e interpretación

1.5.1.1. Los argumentos de la Exposición de Motivos

La Compilación aragonesa de 1967, siguiendo la línea que inició el Anteproyecto de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses de 1963, establece, por primera vez, una configuración universal de la viudedad de carácter legal. El artículo 72 atribuye como efecto de la celebración del matrimonio el usufructo de viudedad sobre *todos los bienes* del que primero fallezca. La Exposición de Motivos, muy clarificadora, se refirió expresamente a esta expansión del derecho justificándola en los términos siguientes:

“La viudedad, salvo pacto o disposición mancomunada en contrario, será universal, a diferencia del estado del Derecho vigente, en que la viudedad legal está restringida a sólo los inmuebles. Esta nueva regulación expansiva obedece, en primer término, a los mismos motivos que aconsejan, en la sociedad conyugal, la atribución del carácter de “sitios” a un considerable número de bienes muebles por naturaleza. En segundo lugar porque la experiencia enseña que, en la inmensa mayoría de los matrimonios aragoneses, por voluntad de los cónyuges, el usufructo de viudedad recae sobre todos los bienes, de cualquier clase que sean; y aún existe la creencia, muy generalizada, de que así lo ordena la ley”⁸³³.

833 Vid. sobre ello, MARTÍN BALLESTERO, L., “Ponencia sobre la viudedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho aragonés, op. cit.*, p. 535: “Y como la práctica

El sistema legal recogido era el reflejo inverso del estipulado por el Apéndice de 1925 puesto que mientras en este último la viudedad legal estaba limitada a los bienes inmuebles, y sólo por pacto expreso podía ser ampliada a todos los bienes, la Compilación de 1967, volviendo al sistema originario de la Compilación de Huesca de 1247, estableció una viudedad legal universal y era, por el contrario, su limitación la que tenía que ser pactada por los cónyuges⁸³⁴.

Vigente el Apéndice, al no existir disposición expresa a favor de tal extensión del derecho de viudedad, el usufructo del supérstite quedaba reducido en la casi totalidad de los casos a los inmuebles por naturaleza⁸³⁵. Sin embargo, tal y como se ha examinado en los apartados precedentes, también era práctica general que, siempre que se abordaba el tema de la viudedad por pacto o testamento, resultase concedida con carácter universal,

venía a decirnos que efectivamente así era —que esta utilización de esta palabra (universal) y de esta extensión era frecuente— ésta ha sido la causa por la que en la Compilación (...) se nos dice que la celebración del matrimonio atribuye a ambos cónyuges el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca. Y en el art. 76 ya se nos determina en su número uno de una manera más concreta y taxativa como los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del número uno del art. 39 quedan afectos al derecho expectante de viudedad en el momento de ingresar en el patrimonio común o en los privativos. Era natural que si se da o daba en la sociedad conyugal al carácter de bienes comunes esa extensión que da el art. 39, ese mismo artículo sirviera y, por lo tanto, la extensión fuera idéntica, no análoga, regulada por el propio artículo para extender y comprender dentro de ella los bienes a los que abarca la viudedad”.

834 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Limitaciones al derecho de viudedad aragonesa*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 12 de junio de 1997, *op. cit.*, p. 22.

835 BATALLA GONZÁLEZ, M., “La viudedad en la Compilación aragonesa”, *op. cit.*, p. 446.

siendo muy rara la excepción de los supuestos en que así no se estipulase.

Ésta última es la que, definitivamente, acaba asentándose, imponiéndose por primera vez *ex lege*. Se trataba de una de las grandes novedades del texto de 1967 introducida para adaptar la institución a la praxis entonces más generalizada.

1.5.1.2. La variación del sentido del principio *favor viduitatis*

El cambio en la extensión legal de la viudedad afectaba directamente a la interpretación del principio del *favor viduitatis* ya que, aún con el mismo fin común protector de la institución, el punto de partida en los dos textos difería. Y así, mientras que durante la vigencia del Apéndice, al regular una viudedad inmobiliaria el objetivo último era su mayor extensión, estableciéndose en el art. 64 una presunción favorable a la misma (*Cuántas dudas ocurran acerca del alcance de la viudedad se resolverán en el sentido de comprender todos los bienes del cónyuge premuerto que sean aptos para ella*) en la Compilación, por el contrario, fijada ya la universalidad legal, lo que debía interpretarse en aplicación del citado principio, y además de una manera restrictiva, eran los pactos y cláusulas que restringieran su ámbito de influencia (art. 75.3 Comp. aragonesa: *Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas a la viudedad se entenderán siempre en sentido favorable a la misma*)⁸³⁶.

836 Vid. al respecto LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Comentario al art. 75 Comp. aragonesa", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIII, volumen 2º, *op. cit.*, pp. 316 y 317; SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 75 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 697 a 701.

Inicialmente, y de un modo literal, el alcance parece ser mayor en la Compilación ya que mientras en el Apéndice se limitaba exclusivamente a la extensión de la viudedad aquí se formula como un principio general de interpretación.

Sin embargo, como apuntaba SANCHO REBULLIDA, del art. 64 del Apéndice bien podía inducirse igualmente una regla general de salvaguarda de la viudedad aplicable, por analogía, a otras cuestiones⁸³⁷.

En cualquier caso, y partiendo de tal coincidencia, lo que resulta común tanto en uno como en otro texto legal es que tenía un carácter subsidiario respecto a la voluntad de los cónyuges y entraba en juego, exclusivamente, en casos de duda interpretativa. Lo decisivo era la extensión originaria que la norma concedía al derecho de viudedad.

1.5.2. La regulación de la Compilación

1.5.2.1. El sentido del párrafo 4º del artículo 76

La Compilación estableció la siguiente regulación sobre el derecho expectante en los bienes muebles:

Art. 76.– Régimen.

4.– Tratándose de los demás bienes muebles, el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquéllos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho.

El artículo 39.1 regulaba la presunción de bienes muebles por sitios de las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles

⁸³⁷ SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 75 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 700.

e industriales, con cuantos elementos estuvieran afectos a unas y a otras.

Respecto al resto de bienes muebles, el apartado 4º del art. 76 atribuía el derecho de viudedad sobre aquéllos que no hubieran salido del patrimonio común o privativo en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges o bien en los que, habiendo sido enajenados, hubiera sido en fraude del derecho de viudedad.

Por lo tanto, constante matrimonio, la venta de bienes muebles no requería intervención alguna del otro cónyuge a efectos de la viudedad como ocurría en los inmuebles. La enajenación era la forma de extinción de este derecho mientras que la ausencia de transmisión y la subsiguiente permanencia en el patrimonio común o en el del causante al tiempo del fallecimiento implicaba su pervivencia.

1.5.2.2. Las ventajas del sistema

En el sistema diseñado por la Compilación destacaba acertadamente SANCHO REBULLIDA tres aspectos a su favor⁸³⁸:

a. Sencillez

Los bienes quedan afectos solamente si existen al fallecimiento de uno de los cónyuges y no han sido enajenados en fraude del derecho de viudedad. Mientras tanto, basta la simple tradición para transmitirlos con todas las consecuencias inherentes al 464 Cc.⁸³⁹.

838 SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, p. 768.

839 La sencillez fue una cualidad también subrayada por MARTÍN BALLESTERO, L., "Derecho de la persona y de la familia. De la viudedad", *BCAZ*, núm. 26, 1967, p. 118.

b. Historicidad

Supone el retorno a los inicios legales universales del derecho de viudedad en el Fuero 1º *De Iure Dotium*.

c. Ausencia de efecto real

Los inconvenientes técnicos inherentes al tratamiento de un gravamen real sobre bienes muebles de cualquier clase (consumible, fungible) son obviados en la Compilación excluyéndolos directamente de aquél⁸⁴⁰.

La configuración de la viudedad en esta clase de bienes obedecía a una justificación práctica derivada de las necesidades del tráfico jurídico que no se compagina bien con el frecuente comercio y la difícil identificabilidad de muchos bienes muebles⁸⁴¹.

840 SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, p. 768. LACRUZ BERDEJO consideraba igualmente inviable la concesión de eficacia real al expectante de los bienes muebles: "El precepto —se refería al 76 Comp. aragonesa— mantiene así, respecto a los bienes sitios, la clásica regulación aragonesa, que en alguna ocasión presenta inconvenientes para el tráfico, pero que se halla firmemente asentada en la conciencia jurídica de nuestro territorio. En cuanto a los muebles, era imposible en la práctica una regulación semejante (a la de los inmuebles): tales bienes, salvo fraude, salen libremente del patrimonio de su dueño" (el subrayado es mío), *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa*, *op. cit.*, pp. 750 y 751.

841 SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, pp. 778 y 779. Y aquellos casos concretos que sí eran identificables y desempeñaban una función económico-familiar similar a la que históricamente era sólo de los inmuebles ya quedaban recogidos en el artículo 39.1, regulador de la presunción de bienes muebles por sitios de las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estuvieran afectos a unas y a otras.

1.5.3. Las dudas sobre la vigencia práctica del derecho expectante en los bienes muebles. El cuestionamiento de su existencia

Dos cuestiones enturbiaban, sin embargo, la aparente transparencia del panorama legal expuesto: la referencia explícita al derecho de viudedad —y no al derecho expectante— en la regulación del artículo 76.4 y una protección limitada, también en este precepto, exclusivamente a los supuestos de fraude. Ambas sembraron dudas cuando menos razonables sobre el alcance efectivo del expectante en esta clase de bienes y se convirtieron en argumentos suficientes para que un mayoritario sector doctrinal negase directamente su presencia y la considerara como exclusiva de los inmuebles y de aquellos otros que, como tales, se asimilaban a los efectos de la sociedad conyugal⁸⁴².

842 “¿Cómo puede ser expectante un derecho que al mismo tiempo puede enajenarse, puede nacer y desaparecer, real y físicamente?”, se preguntaba Martín Ballesterero refiriéndose al expectante de los bienes muebles durante la vigencia de la Compilación de 1967. Para este autor, la solución pasa “por la necesaria confianza en que los cónyuges deben fundar ya no solamente sus derechos patrimoniales sino sus derechos personales, sus derechos más íntimos, sus derechos más queridos”, *cfr.* MARTÍN BALLESTERO, L., en coloquio posterior a las Jornadas de Derecho Aragonés, *cfr. Actas de las Jornadas de Derecho aragonés*, Zaragoza, 18-20 de diciembre de 1969, ADA, XIV, 1968-69, p. 556. Es sobre todo la confianza que hay que tener en los cónyuges que manejen estos bienes la que, en su opinión, parece “obligar” a esta regla, *cfr.* MARTÍN BALLESTERO, L., “Compilación del Derecho civil de Aragón. Derecho de la persona y de la familia. De la viudedad”, *op. cit.*, p. 118.

Negando directamente la existencia del expectante sobre los bienes muebles durante la vigencia de aquélla *vid.*, entre otros, ARREGUI GIL, J., “El derecho expectante de viudedad y los bienes muebles”, *Actas de las jornadas de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 537; SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, pp. 780 y 781; MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, p. 429; DELGADO ECHEVERRÍA, J. “La viudedad aragonesa en el Derecho interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, pp. 82 y 85 y, en igual sentido, en

1.5.3.1. El derecho de viudedad del apartado 4 del artículo 76 Comp. aragonesa

Ciertamente, el contenido del artículo 76.4 Comp. aragonesa, hacía referencia, solamente, al derecho de viudedad (“Tratándose de los demás bienes muebles, *el derecho de viudedad...*”). Una interpretación literal del precepto conducía a la conclusión de que lo que se defraudaba era el usufructo viudal, puesto que es el que surge con el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Nada indicaba la Compilación respecto al derecho que, constante matrimonio, recaía sobre aquellos bienes muebles que salían del patrimonio común o privativo de los cónyuges. La propia dicción del art. 72 Comp. aragonesa tampoco contribuía a clarificar la situación pues también atribuía el usufructo de viudedad —y no el derecho expectante, tal y como era en puridad⁸⁴³— sobre todos los bienes del que primero falleciera.

“Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 767 y en “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, p. 1296; ZAPATERO GONZÁLEZ, R., “De la viudedad foral”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, *op. cit.*, p. 215; LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIII, volumen 2º, *op. cit.*, p. 326; GARCÍA ÁLVAREZ, J., “El derecho expectante de viudedad en la Compilación aragonesa”, Vol. VI, II parte, *Derechos civiles de España*, *op. cit.*, p. 3530; MELÚS SEBASTIÁN, R., “Reflexiones en torno al derecho de viudedad” (Beca 1998/1999), *Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés, Becas del Justicia de Aragón 1997-2002*, *op. cit.*, pp. 305 y 306.

843 Sobre ese precepto y su alcance *vid.* MARTÍN BALLESTERO: “Su primera frase —la celebración del matrimonio— determina el origen de la institución. Por este matrimonio y desde el momento de su celebración, nace un derecho reciproco, que el Apéndice derogado calificaba desde el primer momento de derecho expectante. La Compilación cuida de no emplear este término en las disposiciones generales que comprenden los artículos 72, 73, 74 y 75, reservándolo para el capítulo segundo de la viudedad comprensiva de los artículos 76 a 78. *Pero lo que nace es un derecho expectante*, un derecho en cierto grado de formación y desarrollo, *que*

Respecto a los muebles parecía existir, en principio, una simple expectativa de derecho pero no un derecho expectante⁸⁴⁴.

Con apoyo en esta premisa, SANCHO REBULLIDA⁸⁴⁵, en un primer momento, y también ARREGUI GIL⁸⁴⁶ y LACRUZ⁸⁴⁷ equi-

ya ha nacido y ya cuenta por tanto en el mundo jurídico y económico, a falta de un término, de una circunstancia que puede ser compleja, para cerrar el ciclo que ha de llevarlo a convertirse en un derecho puro (el subrayado es mío)", *cfr.* MARTÍN BALLESTERO, L., "Compilación del Derecho civil de Aragón. Derecho de la persona y de la familia. De la viudedad", *op. cit.*, p. 109. En igual sentido se expresaba SANCHO: "...con esta redacción, la inteligencia del artículo 72 en sí mismo puede quedar oscura; podría parecer que con la celebración del matrimonio, y desde ella, cada cónyuge adquiere el usufructo de los bienes del otro (...) o que el derecho de usufructo sea originado desde la muerte de un cónyuge, pero por el matrimonio, como una expectativa jurídica semejante a la que la filiación atribuye en cuanto a la legítima; sin embargo, el contexto de la regulación (en especial los artículos 76 y 79) demuestra que la nueva formulación tiene el mismo alcance que la acogida en sus precedentes y que la adoptada en el Apéndice: *el derecho nace con la celebración del matrimonio, pero nace en su fase de expectante*, fase que consiste en afectar unos bienes a un posible y futuro usufructo (el subrayado es mío)", *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, p. 764.

844 SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, p. 779. A favor de esta interpretación esgrimía dos argumentos: uno gramatical-sistemático y el otro, lógico. Respecto al gramatical, señalaba como mientras el párrafo primero declaraba los bienes afectos (inmuebles por naturaleza y muebles del art. 39), el segundo describía la eficacia del expectante. Para que prevaleciera una interpretación contraria hubiera hecho falta que el primero se hubiera referido a todos los bienes y que el segundo se limitase a los inmuebles por naturaleza y los muebles del 39; respecto al lógico, entendía que, puesto que el párrafo segundo regulaba la eficacia del expectante, no tendría sentido añadir después también que todos los bienes muebles quedan afectos al mismo si a continuación se establecía que tal derecho se extinguía sin renuncia ni intervención de su titular por su enajenación porque todo quedaría, en su opinión, en una declaración platónica, sin contenido ni eficacia jurídica.

845 SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, p. 779

846 ARREGUI GIL, J., "El derecho expectante de viudedad y los bienes muebles", *op. cit.*, p. 539.

847 LACRUZ BERDEJO, J. L., "Beneficios viuales derivados del régimen

pararon incluso la situación de los cónyuges aragoneses respecto de los bienes muebles a la de los cónyuges navarros, en atención a la ausencia de expectante⁸⁴⁸ y el carácter universal⁸⁴⁹ que, tradicionalmente, han caracterizado a la viudedad en ese Derecho foral.

Ahora bien, existían razones suficientes para justificar —sobradamente, en mi opinión— la tesis contraria y defender la presencia del expectante también en los bienes muebles. Como afirmó posteriormente —en un cambio radical de interpretación— SANCHO REBULLIDA, negar el expectante en los mismos entraba en colisión tanto con el artículo 79, que sujetaba al usufructo los bienes afectos previamente al expectante, como con cualquier interpretación lógica de las causas de extinción de aquél contenidas en el artículo 78, pues era evidente que también eran referibles a los muebles. Pero, sobre todo, resultaba absolutamente incompatible con el carácter unitario de la institución y con su naturaleza familiar ligada a un origen matrimonial⁸⁵⁰.

matrimonial”, *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 3ª ed., Barcelona, 1990, p. 566.

848 Afirmaba ARREGUI GIL que la ausencia de expectante constituye “la diferencia más acusadísima e importante entre el usufructo de fidelidad navarro y la viudedad aragonesa”, *cfr.* ARREGUI GIL, J., *La fidelidad vidual en el Derecho Privado de Navarra*, *op. cit.*, p. 188.

849 Acaso en el s. XVI comienza a comprender en Navarra todos los bienes del cónyuge difunto, mientras que en Aragón esto sólo ocurre a partir de la Compilación de 1967, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., “Beneficios viduales derivados del régimen matrimonial”, *op. cit.*, p. 564. Sobre esta cuestión consúltese también SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 106; ARREGUI GIL, J., *La fidelidad vidual en el Derecho Privado de Navarra*, *op. cit.*, pp. 114 y 115; LEZÓN, M. “De la viudedad foral aragonesa”, *Revista de los Tribunales y de Legislación universal*, 1902 (I), p. 1.

850 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 756.

El *quid* de la cuestión residía en el distinto régimen del expectante para cada clase de bienes: gravamen real, *erga omnes* y con energía reipersecutoria para los inmuebles y derecho eventual, con efectos exclusivos entre los cónyuges y con protección limitada a los supuestos de fraude para los muebles⁸⁵¹.

Afirmar que el expectante no estaba presente en estos últimos implicaba aceptar un carácter bipolar de la naturaleza de la viudedad en razón de su objeto, familiar en los inmuebles y sucesoria en los muebles, imposible de armonizar tanto con la regulación de la Compilación entonces vigente como con la seguridad del tráfico jurídico.

1.5.3.2. El mecanismo de protección del expectante de los bienes muebles

La bondad y eficacia de la protección del expectante de los bienes muebles fue también otro de los aspectos cuestionados que sirvieron de argumento para poner en entredicho la presencia de aquél en esta clase de bienes.

Siguiendo el criterio de SANCHO REBULLIDA⁸⁵², para que una enajenación de un bien mueble pudiera considerarse fraudulenta eran dos los requisitos que se precisaban, en aplicación por analogía (art. 1.2 Comp. aragonesa), ante la falta de regulación aragonesa específica al respecto, de los exigidos por el or-

851 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 706 y 707.

852 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 758 y 759.

denamiento jurídico estatal en otros supuestos de fraude, como el de acreedores o el de legítima:

a. Perjuicio para el cónyuge titular del derecho de viudedad

Este cónyuge ve disminuido el patrimonio del otro sobre el que eventualmente tendrá usufructo viudal. Esto supone que la enajenación debe ser, en todo o en parte, lucrativa porque si es onerosa la contraprestación sería por subrogación real el nuevo objeto del potencial usufructo.

b. Ánimo o intención de defraudar por parte del cónyuge enajenante

Supone ánimo de excluir injustificadamente los bienes del derecho de viudedad de su consorte. Será necesario ponderar en este caso si la liberalidad está justificada y dentro de los usos sociales comúnmente adquiridos o si, por el contrario, no tiene otro fin que disminuir el futuro caudal usufructuable en beneficio de personas o intereses menos atendibles jurídicamente que el derecho de viudedad del consorte no enajenante. Simultáneamente, para una valoración objetivamente correcta deberá ponerse en relación su cuantía con el caudal global del disponente⁸⁵³.

En aplicación de los criterios expuestos se deduce que no todo negocio gratuito había de considerarse como fraudulento de modo automático sino que era necesario, además, probar que se hubiera hecho con la intención de excluir injustamente el derecho de viudedad del cónyuge. La consecuencia jurídica de la apreciación con éxito del fraude era la ilección del derecho de viudedad por su titular que supondría el disfrute de los bienes

853 SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, p. 780.

muebles enajenados a la muerte del otro cónyuge o bien una indemnización sustitutoria si ya no fuere posible.

Constante matrimonio, el juzgador debía establecer las medidas cautelares necesarias encaminadas a la efectividad de los resultados referidos⁸⁵⁴. La dificultad añadida de la prueba en estos casos hacía que, en la práctica, contara con una eficacia muy limitada y condicionada, en cualquier caso, al arbitrio judicial dentro de un margen muy amplio⁸⁵⁵.

A la vista del examen realizado, resultaba evidente, en cualquier caso, que el mecanismo contra el fraude del derecho de

854 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 759. Cuando, en un primer momento, SANCHO equiparaba el expectante en los muebles con una expectativa de derecho (*vid.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, p. 779), consideró aplicable, por analogía, la acción por fraude del hoy derogado art. 1413 Cc. que podía suponer o una acción de ilección para el cónyuge que comportase la nulidad de la enajenación cuando el adquirente hubiera sido cómplice en el fraude o, en otro caso, una medida cautelar compensatoria, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 781. Con igual criterio respecto a esta cuestión y defendiendo igualmente el primer mecanismo si había prueba de complicidad *vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 2º, *op. cit.*, p. 326.

855 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, p. 780; LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 2º, *op. cit.*, p. 327; ZAPATERO GONZÁLEZ señalaba al respecto, tras la reforma de la Compilación de 1985, que no conocía ninguna sentencia al amparo del ejercicio de la acción de fraude, presumiendo incluso la nula aplicación del precepto que nos ocupa. En su opinión, debía pensarse en suprimirlo o bien en regularlo de manera más completa, *cfr.* ZAPATERO GONZÁLEZ, R., “De la viudedad foral”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, *op. cit.*, pp. 228 y 229.

viudedad regulado era de un alcance ínfimo en comparación con la energía reipersecutoria *erga omnes* del derecho expectante en los inmuebles⁸⁵⁶.

El objeto de protección pasaba a ser, simplemente, que un cónyuge no actuase en fraude del usufructo viudal de su consorte pero no el resto de actos que, durante el matrimonio y antes de que se produjera el efectivo fallecimiento de uno de ellos, podían de algún modo afectarles.

856 ARREGUI GIL se cuestionaba si realmente era suficiente la protección dispensada por el 76.4, y propuso, como mecanismos alternativos, la vía de la prodigalidad del Cc. (arts. 221 y ss.) ante actos dispositivos tan graves que con ellos se pudiera demostrar desequilibrio o desorden del cónyuge que los realizase en perjuicio para su familia, la exigencia del consentimiento del cónyuge no disponente o —como Sancho o Latorre Martínez de Baroja, *vid.* nota al pie 854— la concesión de una acción similar a la del 1413 Cc. para los bienes gananciales si existía complicidad por parte del adquirente, *cfr.* ARREGUI GIL, J., “El derecho expectante de viudedad y los bienes muebles”, *op. cit.*, pp. 539 y 540. Igualmente del mismo autor, pero en relación con el Derecho navarro, *vid.* *La fidelidad viudal en el Derecho Privado de Navarra*, *op. cit.*, pp. 217 a 219.

También LACRUZ defendió para este Derecho foral la vía de la prodigalidad, cuestionándose si la expectativa legal del viudo navarro (tan similar a la aragonesa cuando de bienes muebles se trata) se hallaba desprovista de otra defensa. Se negaba a admitir que el propietario tuviera, constante matrimonio, plena libertad para disponer sin distinguir entre enajenaciones onerosas o gratuitas y que el usufructo recayera sin más sobre todos los bienes integrantes de la herencia. En su opinión, hubiera sido conveniente la inclusión en el Fuero recopilado de una norma suficientemente flexible, destinada a protegerle. Proponía como referencia el artículo 70.1º de los proyectos navarros de 1944 y 1945 que declaraban excluidos de la viudedad “los bienes enajenados *con arreglo a las leyes* por el cónyuge difunto durante su vida”, entendiendo que las leyes incluían también a los principios que prohibían defraudar la expectativa del otro cónyuge (el subrayado es mío), *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., “Cuestiones fundamentales de la viudedad navarra”, *op. cit.*, pp. 651 y 652.

1.5.3.3. Conclusiones

Si la carencia de efectos reales resultaba idónea al frecuente comercio y la difícil identificabilidad de muchos bienes muebles y la presencia del expectante parecía la única opción coherente con la regulación y sistemática de la viudedad en la Compilación, la endeble consistencia de la protección legal que ofrecía era argumento bastante que bien podía justificar, a mi entender, las dudas en relación con su eficacia práctica y su calificación de mera expectativa al derecho de usufructo. A pesar de ello, creo que el hecho de que tal defensa se propiciase durante el matrimonio era ya por sí mismo de suficiente envergadura como para defender que el expectante existía también, con sus peculiaridades, en los bienes muebles en la Compilación. De no ser así, quedaba absolutamente vacía de sentido la regulación de cualquier mecanismo de protección⁸⁵⁷.

857 Como señalaba SANCHO, “si no estuviesen afectos al derecho expectante mal podrían ser enajenados en fraude al derecho de viudedad”, *cfr.* “La viudedad y el derecho expectante de viudedad”, SANCHO REBULLIDA, F., *Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1991, p. 66. *Vid.*, junto a DE PABLO CONTRERAS, con idéntico criterio en SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 757. La inexistencia de derecho expectante supone en Derecho navarro que la situación jurídica del cónyuge en vida del otro no forma parte de la institución jurídica de la viudedad, *cfr.* ARREGUI GIL, J., *La fidelidad vidual en el Derecho Privado de Navarra*, *op. cit.*, p. 73, nota 97. *A sensu contrario*, desde el momento en que se le brinda protección es evidente que así es porque existe previamente.

§ 2. DERECHO EXPECTANTE Y BIENES MUEBLES EN LA LREM.

2.1. LA CONTINUIDAD EN LA UNIVERSALIDAD DE LA VIUEDAD

El carácter universal de la viudedad perdura en la Lrem. y queda recogido en el artículo 10, de igual tenor literal, por lo que a la extensión de la misma se refiere, al art. 72.1 Comp. aragonesa:

Art. 10 Lrem.– *Derecho de viudedad*

La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad *sobre todos los bienes* del que primero fallezca, con las consecuencias y regulación contenidas en el Título V.

El art. 89, ubicado ya en el Título V, reitera de nuevo, con idénticas palabras, el mismo concepto⁸⁵⁸. Los problemas de interpretación derivados de la atribución del usufructo y no del derecho de viudedad propiamente dicho provocados anteriormente por el 72.1 en la Compilación son objeto de posiciones encontradas en los debates preliminares de elaboración de la Lrem. Finalmente, quedan subsanados con el segundo apartado del art. 89 en el que, expresamente, se afirma que el derecho de viudedad se manifiesta durante el matrimonio como derecho expectante, y con el artículo 97, que completa al anterior añadiendo que este último es a favor de cada uno de los cónyuges sobre los bienes del otro y los consorciales⁸⁵⁹. La ubicación sistemática del art. 10

858 *Vid.* específicamente la calificación de universal en el apartado XIII del Preámbulo de la norma al referirse a la regulación del usufructo: “El usufructo viudal no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, como puede ser el usufructo regulado en el Código Civil. Su carácter de derecho de familia, a la vez que su extensión como universal, que afecta a una masa patrimonial en su conjunto, requiere normas distintas (el subrayado es mío)”.

859 En los debates previos de elaboración de la Lrem., en el texto presentado inicialmente por Delgado Echeverría (“Documento núm. 1. Primer Borrador de Jesús Delgado (julio 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*,

p. 1) el art. I era de idéntico tenor que el 72.1 de la Compilación. Sin embargo, en el Documento 2, Giménez Martín y Batalla Carilla (“Documento núm. 2. Documento de Ricardo Giménez-Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 1) proponen una fórmula distinta:

Artículo 1.– Origen

1.– El derecho de viudedad nace desde la celebración del matrimonio, cuyos efectos se rijan por la ley aragonesa, y atribuye a cada cónyuge, durante él, un derecho expectante de usufructuar, que se hace efectivo como usufructo viudal, a favor del que de ellos sobreviva sobre todos los bienes del que primero fallezca.

En el Documento 3, Delgado Echeverría se mantiene en su redacción, señalando que le parece muy precisa y que prefiere no cambiarla sin fuerte razón para ello, *cfr.* “Documento núm. 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 1. El tomar como punto de partida el 72.1 Comp. aragonesa para el ulterior desarrollo del derecho de viudedad es una opinión compartida por otros miembros de la Comisión. Sin embargo, Serrano García recuerda las críticas que la doctrina hizo del 72.1 Comp. aragonesa tachándolo de confuso e incompleto porque costaba comprender como el matrimonio atribuía ya directamente el usufructo de viudedad.

Se debate extensamente por la Comisión Aragonesa de Derecho civil la conveniencia o no de mantener la misma fórmula que la Compilación.

Giménez Martín cree que su fórmula es más amplia y didáctica al destacar las dos fases del derecho y cómo opera en cada una de ellas: durante el matrimonio como derecho expectante de usufructuar y tras el fallecimiento como usufructo viudal para el sobreviviente.

La mayoría se inclina, sin embargo, por partir del texto del documento 3 pero introduciendo alguna referencia al expectante. Delgado Echeverría propone partir de la fórmula de la Compilación y añadir seguidamente que “durante el matrimonio la viudedad se manifiesta como derecho expectante” mientras que Batalla Carilla se decanta por añadir seguidamente el art. VII del Documento 3 (“Documento núm. 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 4):

Art. VII (*Existencia del derecho expectante*)

Desde la celebración del matrimonio cada cónyuge adquiere derecho expectante de viudedad sobre los bienes del otro y sobre los consorciales.

La segunda opción, con la sola sustitución de “desde” por “con” parece bien por recoger lo esencial y se aprueba por unanimidad, encabezando el titulillo con la palabra “origen”, *cfr.* “Acta de la sesión de tres de octubre de 2001 (Acta 132)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 3 a 5.

Posteriormente, Batalla-Carilla realiza una propuesta de técnica legislativa

Lrem. dentro de las Disposiciones Generales es reflejo del deseo del legislador de que constituya uno de los principios básicos que deben estar presentes en toda vida matrimonial regida por norma aragonesa. No tiene, sin embargo, carácter imperativo (no aparece en la enumeración cerrada de tales normas del art. 3.2 Lrem.), en coherencia con la amplia posibilidad de pacto o renuncia que, en sede de viudedad, los artículos 90 y 92 regulan.

2.2. LA REGULACIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE SOBRE LOS BIENES MUEBLES

La regulación de la Compilación no hacía referencia expresa en el apartado 4º del art. 76 al expectante sobre esta clase de bienes sino que mencionaba solamente el derecho de viudedad. Como se ha visto en el apartado anterior, fue objeto de interpretaciones doctrinales que limitaban el derecho defraudado exclusivamente al usufructo y negaban la presencia del expectante

sugiriendo que se añada en las Disposiciones Generales un segundo apartado indicando que “De conformidad con lo establecido en el artículo 1.2 (Disposiciones generales) por la celebración del matrimonio surge a favor de cada cónyuge derecho expectante de viudedad sobre los bienes del otro y los consorciales”, para evitar que el capítulo dedicado al derecho expectante se inicie directamente con la disposición de bienes inmuebles. Delgado Echeverría lo considera innecesario y propone para iniciar dicho capítulo un texto del siguiente tenor: “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 los consorciales”.

Serrano García introduce una solución intermedia, que es la que se acaba adoptando, consistente en aceptar el planteamiento de Batalla pero con la redacción sugerida por Delgado, manteniendo el apartado propuesto por el primero en las Disposiciones Generales y añadiendo el del segundo para comenzar el capítulo del expectante, *cfr.* “Acta de la sesión de doce de diciembre de 2001 (Acta 140)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 10 y 11. Esta será la redacción definitiva de los artículos 89.2 de las Disposiciones Generales y 97 del derecho expectante.

sobre los bienes muebles, calificándolo de mera expectativa al usufructo vidual. Quizá entonces la falta de precisión en la regulación justificase, de algún modo, tales apreciaciones. Por el contrario, la Lrem. es muy clara al respecto y la existencia y régimen del expectante en esta clase de bienes puede sustentarse en los siguientes argumentos:

2.2.1. Extensión y estructura del derecho de viudedad

La extensión universal de la viudedad a *todos los bienes* del que primero fallezca (arts. 10 y 89.1 Lrem.) y la manifestación como expectante de la misma constante matrimonio sobre *todos* ellos (arts. 89.2 y 97 Lrem.).

2.2.2. Mención específica del Preámbulo y del art. 100 Lrem.

2.2.2.1. Preámbulo (XII)

“El derecho expectante se manifiesta durante el matrimonio como derecho expectante que tiene como objeto *tanto los bienes muebles* como inmuebles, si bien no de la misma manera. Cuando un bien mueble sale del patrimonio común o del privativo se extingue el derecho expectante sobre el mismo, salvo que se haya enajenado en fraude del derecho de viudedad (art. 100) mientras que el mismo derecho sobre los bienes inmuebles por naturaleza y las empresas no se extingue o menoscaba por su enajenación”.

2.2.2.2. Art. 100 Lrem.

“*El derecho expectante de viudedad sobre bienes muebles* se extingue cuando salen del patrimonio común o privativo (...)”.

2.2.3. Protección constante matrimonio del art. 100 Lrem., *in fine*

La protección contra el fraude del art. 100 “... *salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad*”, se extiende durante el matrimonio y antes del fallecimiento de uno de los cónyuges.

2.2.4. Posibilidad de renuncia o pacto de exclusión del expectante en los bienes inmuebles (arts. 90.2 y 92.2 Lrem.) y asimilación de su régimen al de los bienes muebles

El expectante se extingue en este caso simplemente con una enajenación válida, conservándose el usufructo sobre los bienes no enajenados subsistentes al fallecimiento. La identidad de razón que existe en estos supuestos en los que se busca eliminar la reipersecutoriedad del expectante sobre los inmuebles con el régimen propio de aquél en los muebles lleva implícito el reconocimiento de la existencia del mismo en ambas clases de bienes.

2.2.5. Conclusiones

Si comparamos el régimen del expectante sobre bienes muebles de la Lrem. con el de la Compilación puede observarse como la extensión de la viudedad y la protección contra el fraude aparecerían de modo similar en aquélla (arts 72.1 y 76.4 Comp. aragonesa). Constituye una innovación, sin embargo, la referencia expresa al expectante sobre esta clase de bienes en el art. 100 que elimina, *per se*, cualquier incertidumbre al respecto.

Por otro lado, como la Lrem. ya no exige expectante previo para la atribución del derecho de usufructo sobre los bienes del que primero fallezca (art. 101 Lrem. en contraposición al art. 79

Comp. aragonesa), en armonía con la posibilidad de renuncia o exclusión del mismo sólo para los bienes inmuebles enajenados antes del fallecimiento de uno de los cónyuges (arts 90.2 y 92.2, respectivamente), hoy no se puede argumentar sin más en relación con los bienes muebles que, como hay usufructo, ha habido expectante. Existe porque así resulta de la configuración universal de la viudedad (arts. 10 y 89.1 Lrem.) y por el propio tenor literal del art. 100 Lrem. La posibilidad de asimilar a su régimen el de los bienes inmuebles como cauce para eludir el efecto real propio del expectante en estos últimos le hace cobrar, por añadidura, una relevancia especial de la que había carecido en las regulaciones anteriores.

2.3. LA GESTIÓN DE LOS BIENES MUEBLES Y EL FRAUDE AL DERECHO DE VIUEDAD

En los bienes muebles el expectante se extingue cuando abandonan el patrimonio común o privativo, salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad. Para la existencia de fraude es preciso que la enajenación sea, en todo o en parte, lucrativa y que exista ánimo o intención de defraudar por parte del cónyuge enajenante, esto es, de excluir injustificadamente los bienes del derecho de viudedad de su consorte⁸⁶⁰.

Parece necesario, relacionar con carácter preliminar, las normas de gestión de ambos patrimonios con los requisitos arriba

860 En idéntica aplicación por analogía —tal y como ocurría durante la vigencia de la Compilación— de los requisitos exigidos por el ordenamiento estatal (artículo 1.2 Comp. aragonesa), ante la continuidad de la ausencia en la Lrem. de regulación específica al respecto. En este sentido *vid.* PARDO DEFEZ, J., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 145 y BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 419.

mencionados para poder dilucidar después correctamente su posible presencia y las consecuencias que, en su caso, se deriven.

2.3.1. Patrimonio común

En aplicación del art. 47.1 Lrem., la gestión del patrimonio común corresponde a los cónyuges, conjunta o separadamente, en la forma pactada en capítulos matrimoniales. Solamente en defecto de éstos, o bien para completarlos, deberán aplicarse las estipulaciones de la Lrem. al respecto contenidas en los artículos 48 a 60.

Por lo tanto, para determinar la gestión de los bienes muebles comunes habrá que estar, en primer lugar, a lo que los cónyuges hayan determinado. No obstante, a los terceros de buena fe no les serán oponibles los pactos de aquéllos salvo cuando los conozcan o hayan podido conocerlos, puesto que la presunción de buena fe decae si el otorgamiento de los capítulos matrimoniales consta en el Registro Civil (art. 16 Lrem.).

En conclusión, a falta o insuficiencia de acuerdo válido y eficaz frente a terceros de buena fe habrán de aplicarse las normas de gestión de bienes comunes en atención a la clase concreta del acto de disposición.

2.3.1.1. Actos *inter vivos* a título lucrativo

El artículo 55 Lrem. exige el consentimiento de ambos cónyuges para su realización bajo sanción de nulidad de pleno derecho. No es posible, en consecuencia, cuestionarse un posible fraude al derecho de viudedad en actos de disposición *inter vivos* totalmente lucrativos sobre bienes muebles comunes realizados sin el consentimiento de uno de los cónyuges si el legislador les

priva de un mínimo grado de validez⁸⁶¹, a excepción de las liberalidades usuales en las que la Lrem. sí admite la intervención de uno sólo de los cónyuges⁸⁶².

Para valorar el fraude al derecho de viudedad en estos últimos supuestos habrá que estar a las “circunstancias de la fa-

861 En el texto presentado inicialmente por Delgado Echeverría (“Documento núm. 1. Primer Borrador de Jesús Delgado (julio 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3) se incidía en esta cuestión de manera específica:

Art. X. *Extinción del derecho expectante*

1. El derecho expectante sobre cada bien afecto al mismo se extingue cuando sale regularmente del patrimonio del otro cónyuge (...)

2. Sin embargo, se conservará también sobre los bienes enajenados en fraude del derecho de viudedad. *Se presume el fraude cuando el bien haya sido donado sin consentimiento del titular del derecho expectante.*

Ninguna referencia al respecto aparece en el Documento 2 (“Documento núm. 2. Documento de Ricardo Giménez-Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 8):

Artículo 3.– *Disposición de bienes muebles*

El derecho expectante de viudedad sobre bienes muebles se extingue cuando salen regularmente del patrimonio común o privativo, afectando exclusivamente a aquéllos que existan al fallecimiento o hayan sido dispuestos en fraude de tal derecho

En el Documento 3, Delgado Echeverría acepta esta última redacción pero añadiendo el inciso último de su precepto inicial, *cf.* “Documento núm. 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5.

Se discute posteriormente en la ponencia el alcance del adverbio “regularmente” y aunque hay quien encuentra que parece aludir a la ausencia de fraude (Sancho-Arroyo y Lopez Rioboo) no existe unanimidad y se acaba suprimiendo. Delgado se muestra partidario a la inclusión de la referencia al fraude puesto que no ha dado problemas en la práctica. Finalmente, lo que se acaba eliminando es la presunción de fraude en la donación, *cf.* “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 12.

862 SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 297.

milia”, tal y como señala el mismo precepto, y a que, en función de las mismas, la liberalidad quede dentro de los usos sociales y esté justificada con lo que habrá que atenderse, igualmente, a su cuantía en relación con el caudal global del disponente⁸⁶³.

Igualmente cabe el acto gratuito dentro de la legitimación concedida en el art. 49 Lrem. (Ejercicio de la profesión o negocio), siempre y cuando el acto de disposición pueda incluirse en el giro habitual de la profesión o negocio del cónyuge disponente⁸⁶⁴.

2.3.1.2. Actos a título oneroso

Si la enajenación es totalmente onerosa, no es posible el fraude al derecho de viudedad, porque habiendo contraprestación ésta suplirá al bien enajenado y sobre ella podrá recaer el posible usufructo en caso de premoriencia⁸⁶⁵.

Para que haya un perjuicio del derecho de viudedad en esta clase de enajenaciones es preciso que se produzca una disminución real del patrimonio mobiliario del otro cónyuge. Por lo

863 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *op. cit.*, p. 780.

864 Con este criterio durante la vigencia de la Compilación consúltese DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La gestión de la comunidad conyugal aragonesa”, *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 293. *Vid.* en igual sentido para la Lrem. BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, p. 15.

865 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 759; BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 419.

tanto, dentro de los actos que nos ocupan, la enajenación deberá ser entonces sólo en parte lucrativa de tal manera que, disfrazada de contrato oneroso, tenga el objetivo final de proporcionar un beneficio gratuito⁸⁶⁶. Se trataría, en definitiva, de supuestos en los que el precio de venta existe pero es notoriamente inferior al de mercado.

a. Supuestos de posible fraude

La existencia de un acto que defraude el derecho de viudedad de un cónyuge implica previamente el desconocimiento del mismo por parte de aquél⁸⁶⁷.

Será necesario, además, que no esté dentro de los que el legislador “permite” una actuación en solitario que lo justifique.

La regla de disposición conjunta en la Lrem. tiene, a diferencia de la Compilación, un carácter residual y de cierre del sistema de tal manera que —tal y como señala el Preámbulo— en todos aquellos supuestos en los que la norma no atribuya una legitimación individual (arts. 48, 49 y 50 Lrem.) la regla es la actuación conjunta de ambos cónyuges, que se asimila a la de uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 51 Lrem.):

866 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., *Ídem*, p. 759.

867 El deber de información sobre bienes comunes y privativos es imprescindible tanto para la adopción de las decisiones oportunas relativas a la economía familiar como en lo que respecta al derecho de viudedad. *Vid.* sobre ello DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La gestión de la comunidad conyugal aragonesa”, *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, *op. cit.*, pp. 288 y 289.

a.1. Los supuestos de legitimación individual

Dentro de estos supuestos de legitimación individual, el legislador admite una actuación indistinta (art. 48 Lrem.) o disjunta (arts. 49 y 50 Lrem.). Por lo que a los bienes muebles respecta, serían concretamente de posible aplicación los artículos 48 d), 49.1 y 50 Lrem.⁸⁶⁸:

a.1.1. Artículo 48. d). Actuación indistinta

El apartado d) del artículo 48 Lrem. admite la actuación indistinta de cualquiera de los cónyuges para satisfacer las atenciones señaladas en el artículo 36.1.a) Lrem., siendo estas últimas las legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y la educación de los hijos de uno sólo de ellos que convivan con el matrimonio.

Cualquiera de los cónyuges podrá enajenar por sí sólo de forma válida y eficaz bienes muebles comunes si el objetivo es cualquiera de las necesidades mencionadas⁸⁶⁹.

868 PARDO DEFEZ, J., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, op. cit., pp. 145 y 146.

869 El que se requiera que el acto de disposición sea "necesario" implica el que sea urgente y, posiblemente, aunque no ineludiblemente, el que no pueda manifestarse el consentimiento de otro modo, *cfr.* BAYOD LÓPEZ, C., "Disposición *inter vivos* de los bienes del consorcio conyugal" (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 12.

Para SERRANO GARCÍA, la norma exige implícitamente ambos requisitos conjuntamente, *cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., "La gestión del consorcio conyugal", *Manual de Derecho civil aragonés*, op. cit., p. 290. En la misma línea, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, op. cit., p. 52.

a.1.2. Artículo 49.1. Ejercicio de la profesión o negocio

El apartado 1º del art. 49 posibilita la realización de actos de administración o disposición relacionados con el tráfico habitual de la profesión o negocio. Lo normal será que los actos de disposición afecten a bienes o productos relativos a la actividad profesional —no al negocio en sí— que, aún valiosos, generalmente serán bienes muebles⁸⁷⁰.

a.1.3. Artículo 50. Actuación frente a terceros

Frente a terceros de buena fe, la amplia legitimación del art. 50 aparece referida específicamente a bienes muebles y permite, respecto a los que figuren a nombre de uno de los cónyuges, exclusiva o indistintamente, o bien que se encuentren en su poder “realizar actos de administración, así como los de disposición a título oneroso de dinero, valores mobiliarios, derechos de crédito y cualesquiera otros bienes muebles”.

Se trata de una regulación ya contenida en el art. 48.2.2º Comp. aragonesa pero limitada entonces a “ejercitar los derechos de crédito y disponer del dinero o títulos valores” que ahora se extiende “a cualesquiera otros bienes muebles”⁸⁷¹.

870 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 15.

871 Cfr. BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés*, op. cit., p. 17; igualmente, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Gestión del consorcio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., p. 194.

Esta ampliación fue cuestionada en los debates del precepto por Giménez Martín —alegando la importancia económica actual muy superior de algunos muebles sobre los inmuebles— y por Calatayud Sierra —para quien resultaba excesiva la legitimación por la simple posesión, sobre todo en relación con los títulos nominativos— siendo incluso objeto de una enmienda para suprimirla que, finalmente,

Por lo tanto, cualquiera de los cónyuges podrá disponer *ad extra* de un bien mueble común sin contar con el otro, a excepción de aquellos supuestos en los que el bien figure a nombre de los dos conjuntamente o, incluso, en este último supuesto, cuando no se hallare en su poder⁸⁷².

no prosperó, *cfr.* “Acta de la sesión de dieciséis de mayo de 2001 (Acta 117)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 2.

Como aportación positiva, destaca acertadamente MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO como esta legitimación “a cualesquiera otros bienes muebles” acoge también las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada, pues éstas no tienen la consideración de títulos valores (art. 5.2 Lsrl.) y no podían considerarse, por tanto, incluidas en el 48.2.2º Comp. aragonesa, *cfr.* MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero, op. cit.*, pp. 59 y 60.

En relación con el expectante sobre las participaciones sociales, aunque ciertamente no existe ningún artículo en la Lrem. que declare expresamente su carácter mueble, a semejanza del derogado art. 39.3º Comp. aragonesa, el art. 98 Lrem. sólo vincula el expectante con efecto real a “los inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas”. *A sensu contrario*, y siguiendo a PARDO DEFEZ, su enajenación extinguiría el expectante *ex art.* 100 Lrem., incluso en los casos de participaciones en sociedades de responsabilidad limitada pues el art. 98 no menciona los inmuebles por analogía como sería el caso de los derechos reales que, frecuentemente, éstas suponen al permitir a los socios, a diferencia de las anónimas, las aportaciones de bienes inmuebles (art. 18.1 y 20 Lsrl.), *cfr.* PARDO DEFEZ, J., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (ponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros de Derecho aragonés, op. cit.*, pp. 144 y 145.

Con igual criterio favorable a su carácter mueble, sin distinguir el tipo de sociedad, *vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., en el debate posterior a la ponencia “Extinción del derecho expectante de viudedad” (ponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros de Derecho aragonés, op. cit.*, p. 155 y también en “Disposiciones generales”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 46. En el mismo sentido, decantándose por su carácter mueble, GIL NOGUERAS, L. A., “El derecho de viudedad durante el matrimonio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 327.

872 Como apunta SERRANO GARCÍA, supone una legitimación bastante más amplia que la de los inmuebles en las mismas circunstancias respecto de los que sólo pueden realizar actos de administración, ordinaria o extraordinaria, *cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 293.

Los actos deberán ser en cualquier caso, y a diferencia del texto compilatorio que no establecía nada al respecto, exclusivamente a título oneroso⁸⁷³.

a.2. Los supuestos de actuación conjunta de ambos cónyuges. El artículo 51 Lrem. y sus excepciones

En aplicación de la regla de cierre contenida en el art. 51, en todos aquellos supuestos en los que la Lrem. no permita una actuación individual como las mencionadas *supra* será necesaria la disposición conjunta por ambos cónyuges o bien de uno de ellos con el consentimiento del otro.

Una actuación consensuada por parte de ambos no dará ocasión a la posibilidad de fraude en tanto que el consentimiento implica el conocimiento previo del acto de enajenación. Cuando éste falte siendo necesario y no tenga justificación legal entonces podrá haber fraude al derecho de viudedad del otro, con independencia de las consecuencias que se deriven para la validez del acto.

Como excepciones, habrá que tener en cuenta los supuestos en los que uno de los cónyuges se encuentre impedido o se niegue injustificadamente a la prestación del consentimiento en los que el art. 52 Lrem. posibilita la autorización judicial supletoria al acto de disposición oneroso junto con los casos especiales contemplados en los artículos 58, 59 y 60 Lrem. que admiten la actuación individual de uno de los cónyuges. En el caso concreto del art. 60 no será necesaria para los actos de enajenación de los bienes muebles la intervención del juez o de la Junta de

873 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Gestión del consorcio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, op. cit., p. 194.

Parientes del no disponente que sí exige el precepto en los de los inmuebles.

b. La pervivencia del expectante en los casos de fraude

El art. 100 Lrem. regulador de la extinción del derecho expectante en las disposiciones de bienes muebles indica que desaparece *cuando salen del patrimonio común o privativo, salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad*. El precepto implica, por tanto, dos requisitos con carácter acumulativo: la salida del patrimonio del bien mueble y la ausencia de fraude al derecho de viudedad.

b.1. La salida del patrimonio común

Si el acto realizado por uno de los cónyuges puede encuadrarse dentro de cualquiera de los supuestos de legitimación previstos más arriba enunciados el acto será válido y eficaz con lo que el bien saldrá del patrimonio común y el expectante del no disponente quedará extinguido —de no mediar fraude— *ex art. 100 Lrem.*

El problema surge cuando no sea de este modo y uno de los cónyuges disponga del bien mueble común en una situación en la que debería contar con su cónyuge⁸⁷⁴. Y así, por ejemplo, *a sensu contrario* de lo dispuesto en los artículos 48, 49 y 50 Lrem.,

874 Como señalaba SANCHO vigente la Compilación, “el cónyuge enajenante transmite el bien libre de toda carga —y así lo recibe el adquirente— *si la enajenación subentra en el concepto del giro normal de los negocios, del tráfico racional dirigido a fines plausibles y no al perjuicio del otro cónyuge*; por eso, si ha enajenado en fraude al derecho de viudedad, el cónyuge supérstite que no renunció al derecho expectante puede recabar también el usufructo del bien mueble así enajenado” (el subrayado es mío), *cfr.* “La viudedad y el derecho expectante de viudedad”, SANCHO REBULLIDA, F., *Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, p. 67.

porque se trata de una necesidad familiar que no es necesaria ni urgente (art. 48 Lrem.), por ser bienes fuera del tráfico habitual de su profesión u oficio (art. 49 Lrem.) o de titularidad compartida, en poder de ambos o, simplemente, frente a terceros de mala fe (art. 50 Lrem.). Igualmente, por carecer de autorización judicial supletoria del art. 52 Lrem. siendo necesaria o, por último, por actuar *de facto* como si tuviera atribuidas alguna de las facultades de gestión reguladas por los artículos 58, 59 y 60 Lrem.

Todas las situaciones mencionadas quedan fuera del ámbito de actuación individual de los cónyuges —en relación con los bienes muebles— de los artículos citados y requieren, por tanto, el consentimiento de ambos exigido en el art. 51 Lrem.⁸⁷⁵.

Las consecuencias de la ausencia de este último son las previstas en el artículo 53 Lrem. (falta de consentimiento en actos a título oneroso): el acto en uso aparentemente legítimo de las facultades concedidas es también en principio válido pero no transmite la propiedad al tercero. Siguiendo este último precepto, el cónyuge no disponente puede prestar su consentimiento posteriormente expresa o tácitamente o bien interponer demanda solicitando que se declare la inoponibilidad del acto y la restitución de la cosa vendida y entregada. El consentimiento no se presume en ningún caso y mientras no actúe aquél será válido pero ineficaz.

Los efectos de la situación así descrita para el expectante de los bienes muebles no admiten duda alguna. Por un lado, el art.

875 SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 294.

Sobre la necesidad de consentimiento conjunto en los tres primeros supuestos mencionados en el texto inferidos —*a sensu contrario*— de los artículos 48, 49 y 50 Lrem. *vid.* BAYOD LÓPEZ, C., “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosexto Encuentros de Derecho Aragonés, op. cit.*, p. 20.

100 Lrem. exige literalmente la salida del bien del patrimonio común o privativo para la extinción⁸⁷⁶ mientras que el apartado 1º del artículo 53 Lrem. regula expresamente la permanencia en el mismo ante la falta de consentimiento conjunto con independencia de la forma en que se realice la entrega. La posibilidad de solicitar la inoponibilidad del acto queda abierta en el apartado 2º mientras el no disponente no consienta, salvo —como se indica también al final de dicho apartado— que el comprador haya adquirido la propiedad de manera irreivindicable por usucapión o en virtud de las reglas de protección de terceros de buena fe.

Por lo tanto, como para que haya extinción del expectante se precisa la salida efectiva del bien, será necesario que el cónyuge no disponente consienta posteriormente o, en su caso, que proceda usucapión o resulten de aplicación las reglas de protección de los terceros de buena fe.

876 A diferencia de los inmuebles, en los que el 98.1.a) Lrem. menciona una “enajenación válida” sin más añadidos como requisito de extinción del expectante. La consecuencia inmediata de su desaparición a la que parece llegarse en una primera lectura al ponerlo en relación con el 53.1 Lrem. que también se refiere a una “venta válida” aunque no transmisiva de la propiedad es, en nuestra opinión, como ya se indicó *supra*, errónea (*vid.* al respecto Capítulo II, apartado 2.2.2.5. Igualmente, con este criterio BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, pp. 409 a 411 y MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero, op. cit.*, p. 101).

El punto de partida para el análisis no es tanto la clase o la estructura de la venta efectuada como la permanencia o no en el patrimonio común del bien puesto que el gravamen no nace con aquélla sino con el ingreso en éste último. Por este motivo, resulta difícilmente sostenible una extinción del expectante respecto de un bien que permanece todavía en el patrimonio común de la sociedad consorcial, a pesar de que, en sentido estricto y atendiendo a su literalidad, el 98.1.b) Lrem. menciona exclusivamente la validez como único requisito exigido *ex lege* para su extinción.

Este problema no surge con el expectante de los bienes muebles pues el artículo 100 Lrem. hace referencia solamente a la situación del bien dentro o fuera del patrimonio, sin entrar a ponderar cuestiones de validez.

Fuera de estos supuestos, la transmisión de la propiedad será ineficaz y no provocará la salida del bien del patrimonio común como literalmente requiere el art. 100 Lrem. con lo que en nada podrá afectar al expectante del cónyuge cuyo consentimiento se pretirió.

b.2. La ausencia de fraude al derecho de viudedad

El hecho de que el acto cobre plena eficacia conforme a las reglas expuestas del artículo 53 Lrem. no será, no obstante, suficiente para que la extinción del expectante sobre el bien mueble se produzca pues no debe pasarse por alto la excepción que el art. 100 *in fine* establece: *salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad*. Por lo tanto, será preciso, además, que el cónyuge disponente no tuviera intención alguna de obviar el derecho de viudedad de su consorte.

En mi opinión, cuando existe ánimo defraudatorio por parte de un cónyuge lo normal es que sea general, en un sentido amplio. Si actúa de manera independiente y consciente de que no está autorizado para ello no parece lógica una actitud selectiva en la que no le importe perjudicar los derechos del otro y sí, en cambio, el de la viudedad.

Por este motivo, considero que una enajenación válida pero ilegítima no podría conllevar *per se* la extinción del expectante del cónyuge no interviniente en el acto en tanto que implica un fraude a todos derechos del otro cónyuge, incluida la viudedad, y el art. 100 Lrem. exceptiona de la extinción, precisamente, los supuestos de enajenación en fraude de este derecho⁸⁷⁷

⁸⁷⁷ En las actas de la Comisión se recoge como, inicialmente, se había propuesto que la salida del patrimonio fuera “regular” lo que parecía equivaler, directamente, a la ausencia de fraude al derecho de viudedad. Así ocurría en el primer

b.2.1. *¿Es exigible el consilium fraudis en el tercer adquirente?*

La nueva regulación que establece la Lrem. de rescisión por fraude en sede de gestión del consorcio puede plantear una duda razonable en el panorama expuesto. En principio, el art. 54 Lrem. permite rescindir el acto fraudulento (*acto de disposición realizado a título oneroso por uno de los cónyuges sobre el patrimonio común en fraude de los derechos del otro cónyuge*) a solicitud del cónyuge defraudado si media “*consilium fraudis*” respecto del comprador (*...si el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude*)⁸⁷⁸.

texto presentado por Jesús Delgado (“Documento núm. 1. Primer Borrador de Jesús Delgado (julio 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 3):

Art. X.— *Extinción del derecho expectante*

1.— El derecho expectante sobre cada bien afecto al mismo se extingue cuando sale *regularmente* del patrimonio del otro cónyuge (...).

Igual referencia a la salida “regular” del patrimonio había en el Documento 2 elaborado por Giménez Martín y Batalla Carilla (“Documento núm. 2. Documento de Ricardo Giménez-José Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 8):

Artículo 3. *Disposición de bienes muebles*

El derecho expectante de viudedad sobre bienes muebles se extingue cuando salen *regularmente* del patrimonio común o privativo, afectando exclusivamente a aquéllos que existan al fallecimiento o hayan sido dispuestos en fraude de tal derecho.

En el Documento 3 (“Documento núm. 3. Observaciones de Jesús Delgado sobre el texto de Ricardo Giménez y Jose Luis Batalla (septiembre de 2001)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 5), Delgado Echeverría acepta esta última redacción en el aspecto que nos ocupa.

Se discute posteriormente en la ponencia el alcance del adverbio “regularmente” y aunque hay quien encuentra que parece aludir a la ausencia de fraude y entonces sobraría incluso la referencia expresa a dicho supuesto (Sancho-Arroyo y López Rioboo) no existe unanimidad y se acaba suprimiendo definitivamente, *cfr.* “Acta de la sesión de cinco de diciembre de 2001 (Acta 139)”, *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, op. cit.*, p. 12.

878 Como apunta MERINO HERNÁNDEZ, “...es de esencia que el tercero —adquirente o acreedor— sea cómplice en el fraude, es decir, conozca las circunstancias en las que un cónyuge actúa perjudicando a su consorte. En caso contrario, ese tercero

Si falta o, en todo caso, si no se rescinde, el acto será definitivamente eficaz para el tercero⁸⁷⁹. Surge entonces el interrogante añadido de su posible exigencia en el supuesto que nos ocupa ya que, en sede de viudedad, el art. 100 Lrem. solamente hace referencia a *que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad*, sin más⁸⁸⁰.

La cuestión concreta a dilucidar que se presenta con la regulación actual sería interpretar si dentro de la expresión del

se encuentra protegido frente a la posible acción de rescisión" (el subrayado es mío), *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Gestión del consorcio", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, *op. cit.*, p. 211.

879 *Cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., "La gestión del consorcio conyugal", *Manual de Derecho civil aragonés*, *op. cit.*, p. 293. En igual sentido, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, *op. cit.*, p. 103.

880 Ante la idéntica regulación que la Compilación hacía al respecto, SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS calificaban de muy dudosa la exigencia de la concurrencia del ánimo o intención de defraudar por parte del tercer adquirente. Si bien consideraban, por un lado, que la expresión mencionada parecía hacer referencia de modo exclusivo a la conducta del que enajena, reconocían, a favor de la solución contraria, que la doctrina común relativa a los actos en fraude de acreedores o de legítima, aplicable por analogía *ex art.* 1.2 Comp. aragonesa ante la falta de regulación aragonesa específica al respecto (*vid.* comentario en este mismo capítulo, *supra* apartado 1.5.3.2), señalaba lo contrario. No obstante, afirmaban que, de admitirse esta segunda opción, habría de bastar para estimar la concurrencia del ánimo fraudulento en el beneficiario que se demostrase que era consciente de la exclusión injusta del derecho de viudedad del cónyuge derivada del acto, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 759.

En 1967, recién promulgada la Compilación, SANCHO parecía inclinarse, sin embargo, por la necesidad de complicidad para evitar la ileción del derecho de viudedad en "La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón", *op. cit.*, p. 781. Con igual criterio favorable a la presencia de la complicidad del adquirente *vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 2º, *op. cit.*, p. 326.

art. 54 Lrem. “*en fraude de los derechos del otro cónyuge*” se podría considerar incluido el de viudedad o si, por el contrario, a este último se le aplicaría, exclusivamente, la previsión contenida en el art. 100 Lrem., ubicada dentro de la regulación específica de aquélla⁸⁸¹.

En mi opinión, la exigencia de la complicidad del adquirente en el fraude en la cuestión que nos ocupa no resulta procedente por las siguientes razones:

b.2.1.1. Diferencia entre viudedad y régimen económico-matrimonial

La viudedad es un efecto de cualquier matrimonio sometido a la ley aragonesa⁸⁸² pero no forma parte ni es consecuencia del régimen económico matrimonial porque es de naturaleza distinta. Y así, mientras éste último regula la vida del matrimonio (art. 11.1 Lrem.), aquélla surge del derecho recíproco que la ley atribuye a ambos cónyuges para el día de la muerte de uno de ellos pero con garantía desde el momento del enlace (arts. 10 y 89.3 Lrem.⁸⁸³).

No puede hacerse por tanto una interpretación extensiva del art. 54 y admitir que en este precepto esté incluida la viudedad.

881 En este último sentido se pronuncia GIL NOGUERAS, limitando la intención fraudulenta exclusivamente al transmitente pues considera irrelevante la voluntad de quien recibe la cosa al estar ante actos propiamente unilaterales, *cfr.* GIL NOGUERAS, L. A., “El derecho de viudedad durante el matrimonio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 334.

882 “...un efecto matrimonial *específico y singular* del Derecho aragonés” (el subrayado es mío), *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Usufructo viudal”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 338.

883 SAPENA TOMÁS, J., *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, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

dad. Esta última tiene su regulación específica en el Título V y es la que, en cualquier caso, procede aplicar.

b.2.1.2. Incompatibilidad con el principio favor viduitatis

Al igual que el art. 54 Lrem., la doctrina común del fraude exige la intención del tercero en estos casos⁸⁸⁴. Por su parte, el art. 1.2 Comp. aragonesa establece que el Derecho civil del Estado se aplicará como supletorio solamente *en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan*.

Podría defenderse, en principio, la mencionada aplicación supletoria de un modo íntegro ante la falta de regulación aragonesa al respecto. Pero, por contra, si así se entendiera, sería muy difícil de armonizar con el principio del *favor viduitatis* (art. 90.3 Lrem.) en virtud del cual la interpretación de los preceptos

884 Cfr. VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, 5ª ed, Bosch, Barcelona, 1999, p. 930.

La acción revocatoria o pauliana permite al acreedor impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de sus derechos, según establece el art. 1111 Cc., *in fine*. Esta acción recibe la denominación de rescisoria y una regulación específica en el Cc. cuando el acto que se va a impugnar es un contrato (arts. 1290 a 1299 Cc.), como es el supuesto que nos ocupa. Para su ejercicio es preciso un "*eventus damni*", es decir, que el deudor con su acto cause un perjuicio al acreedor y que concurra el requisito del fraude ("*consilium fraudis*"), esto es, que aquél fuera consciente de dicho perjuicio y que el tercero tuviera conocimiento de ello ("*scientia fraudis*"). Consúltense al respecto STS 14 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 9885], 28 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 7880] y 19 de octubre de 2001 [RJ 2001, 8650] exigiendo el propósito defraudatorio tanto del que enajena como del que adquiere. La STS 6 de abril de 1992 [RJ 1992, 2942] considera que concurre fraude cuando hay actividad intencionada y directamente dolosa o bien simple conciencia de causar perjuicio. En esta línea también *vid.* STS 14 de diciembre 1998 [RJ 1998, 9885], 31 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9774], 25 de enero de 2000 [RJ 2000, 350], 15 de marzo de 2002 [RJ 2002, 2841] y 21 de abril de 2004 [RJ 2004, 2080], *cfr.* ÁLVAREZ OLALLA, P., "Comentario al artículo 1111 Cc.", *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, pp. 1342 y 1343.

relativos a la viudedad deben realizarse siempre en el sentido más favorable a la misma⁸⁸⁵.

Exigir el *consilium fraudis* como requisito añadido para la conservación del expectante tras una enajenación fraudulenta de un bien mueble común supondría un *plus* perturbador que dificultaría aquélla sobremanera, máxime por los problemas de prueba o posibles arbitrariedades que esta cuestión puede, por añadidura, ocasionar⁸⁸⁶.

885 La aplicación supletoria del Cc. procede si la regulación aragonesa presenta deficiencias pero siempre y cuando no se oponga a los principios generales en los que se inspira el ordenamiento aragonés, como sería el caso del *favor viduitatis*. Vid sobre ello, BAYOD LÓPEZ, C., “El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código Civil como Derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho Civil aragonés)”, *RDCA*, V, núm 2, 1999, p. 124 e, igualmente, en “Aplicación del Código Civil como derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés” (ponente), *Actas de los Octavos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, p. 92.

886 Y ello no solamente por la evidente dificultad de acreditar el *consilium fraudis* —al ser suficiente para que concurra la simple conciencia de causar el perjuicio— sino porque, en última instancia, la presencia o ausencia de fraude es una cuestión de hecho a dilucidar en cada caso por los tribunales. En la numerosísima doctrina unánime y reiterada del TS en ambas cuestiones consúltense, entre otras muchas, las sentencias del TS de 30 de abril de 1985 [RJ 1985, 2006], 30 de enero de 1986 [RJ 1986, 338], 28 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7749], 16 de marzo de 1989 [RJ 1989, 2155] y 27 de abril de 2000 [RJ 2000, 338]. Sobre ellas *vid.* comentarios de MORENO QUESADA, B., “Comentario al artículo 1291 Cc.”, *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León y Salvador Cordech, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 525; MARTÍN PÉREZ, J. A., “Comentario al artículo 1111 Cc.”, *Jurisprudencia civil comentada*, Código Civil, T. II, Granada, 2000, p. 1886; MORENO GIL, O., “Comentario al artículo 1111 Cc.”, *Código Civil y Jurisprudencia concordada*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, p. 1009; GARCÍA GARCÍA, J. M., “Comentario al artículo 37.4º Lh.”, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 4ª ed., *op. cit.*, p. 135, nota 99.

Específicamente sobre la dificultad de prueba del fraude al derecho de viudedad respecto a los bienes muebles en la Lrem. *vid.*, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (ponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 135.

b.2.1.3. Efecto discriminatorio para los bienes muebles privativos

Requerir el *consilium fraudis* en una enajenación fraudulenta de bienes muebles comunes supondría un agravio comparativo respecto a los bienes privativos, incompatible con el carácter unitario y la extensión general de la viudedad que recae de modo único sobre ambas clases de bienes (arts. 10 y 89.1 Lrem.).

b.2.1.4. Conclusiones

Por todo lo expuesto, en atención a la concepción de la viudedad como efecto *ex lege* del matrimonio sobre todos los bienes, a la literalidad del art. 100 Lrem. y al principio del *favor viduitatis* informador de toda la institución, será preferible que a la extinción del expectante de los bienes muebles se aplique, exclusivamente, dicho precepto y los requisitos relativos al fraude contemplados en el ordenamiento estatal que no resulten incompatibles con la mayor extensión del derecho de viudedad.

El ánimo defraudatorio por parte del adquirente constituye, precisamente, uno de ellos, siendo ésta razón bastante por la que, a mi juicio, debería quedar fuera de toda exigencia para la conservación del expectante en esta clase de bienes.

2.3.2. Patrimonio privativo

2.3.2.1. Régimen consorcial

Respecto del patrimonio privativo, corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes (art. 61.1 Lrem.) con lo que la simple enajenación de un bien mueble por parte de su propietario conlleva la extinción del expectante de su consorte (art. 100 Lrem.).

2.3.2.2. Régimen de separación de bienes

También corresponde a cada cónyuge la administración, goce y libre disposición de los bienes que tuviese en el momento de iniciar el mismo y los que después adquiriera por cualquier título (art. 23.2 Lrem.) con lo que la enajenación del mueble conllevará igualmente *per se* la extinción del expectante del cónyuge no disponente (art. 100 Lrem.).

2.4. EL SUPUESTO ESPECIAL DEL MOBILIARIO ORDINARIO DE LA FAMILIA

La regulación de los actos de disposición relativos a los bienes muebles de uso ordinario de la familia aparece recogida en el art. 8.1 Lrem.:

Artículo 8.– *Vivienda familiar*

1.– Para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges le 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 exige el consentimiento del otro cónyuge para el acto de disposición si bien admite que sea suplido por autorización judicial. Idéntico criterio era el seguido en el art. 51 de la Compilación, en sede de gestión de la comunidad, en la redacción posterior a la reforma de 1985⁸⁸⁷. Sin embargo, no había

⁸⁸⁷ Con anterioridad a dicha reforma no existe mención expresa al derecho de viudedad en relación con el mobiliario ordinario de la familia, ni en el texto del 67 ni en los sucesivos Anteproyectos del mismo. Debemos remontarnos a las directrices de la ponencia sobre viudedad en la Comisión Compiladora de 1947 para encontrar un antecedente cercano. En ellas se recomendaba que el ajuar doméstico

referencia alguna a la suerte que corría el derecho expectante en estos casos. Hoy, el efecto extintivo del derecho se produce *ipso iure* en ambos supuestos⁸⁸⁸.

2.4.1. Carácter de la norma

Se trata de una de las Disposiciones Generales de la Lrem. aplicable, en consecuencia, a cualquier matrimonio sujeto al Derecho aragonés, con independencia de su régimen económico o del carácter del bien.

La protección que el legislador brinda al mobiliario en el artículo 8 Lrem. es idéntica a la de la vivienda habitual⁸⁸⁹ y, al

debía ser objeto de viudedad legal y no constituir ventajas. Consúltense al respecto SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, p. 107 y, de igual modo, con DE PABLO CONTRERAS, P., en "Comentario al artículo 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 715 y 716, nota 20.

888 Durante la vigencia de la Compilación el consentimiento a la enajenación de la vivienda familiar no presuponía en ningún caso la renuncia ni siquiera en los casos de la autorización judicial por considerar aquélla como un acto personalísimo que no admitía sustitución. *Vid.* sobre ello "Comentario al art. 51 Comp. aragonesa" y "Comentario al artículo 76 Comp. aragonesa" por RAMS ALBESA J. y SANCHO REBULLIDA, F. con DE PABLO CONTRERAS, P., respectivamente, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 271-272 (art. 51) y 745-746 (art. 76).

En los debates de la Comisión Aragonesa sobre la Lrem. respecto a la disposición de la vivienda habitual y el mobiliario ordinario de la misma se parte del art. 51 y se introduce como novedad la posibilidad de extinción por la autorización judicial como potestativa para el juez. Sin embargo, numerosos miembros apuntaron como preferible el automatismo, equiparándola al consentimiento. Esta última opción es la que, finalmente, se acabaría adoptando, *cfr.* "Acta de la sesión de veinte de marzo de 2002 (Acta 152)", *Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, *op. cit.*, pp. 3 y 4. En extenso, *vid.* sobre esta cuestión Capítulo III, apartado 3.2.1.6.

889 Tanto en el Cc. (art. 1320) como en la Lrem. (art. 8.1). se recoge un tratamiento idéntico para continente (inmueble) y contenido (mueble) lo que permite

igual que la de ésta, no debe entenderse de un modo general o abstracto sino que debe situarse frente a la posibilidad de que uno de los cónyuges con su actuación individual pueda modificar, en el sentido más amplio del término, el marco físico en el que se desarrolla la vida familiar. De ahí la alusión, también, a los bienes muebles y la subsiguiente necesidad de contar con el otro —como ocurre con la vivienda— para disponer de los derechos que a un cónyuge le correspondan sobre el mobiliario.

El precepto defiende de manera integral el derecho al hogar y su objetivo final es evitar que unilateralmente se impida al resto de la familia su uso⁸⁹⁰. Por este motivo está destinado, sobre todo, a los supuestos en los que los derechos sobre estos bienes correspondan a uno sólo los cónyuges, aunque sea parcialmente⁸⁹¹.

La *ratio* y objetivo último es la protección cualificada del interés de la familia debiendo por ello presidir, de modo preferente, toda actuación de cualquiera de los cónyuges sobre sus intereses individuales con total independencia de quien sea propietario del bien. El legislador la ha calificado como norma imperativa de modo expreso (art. 3.2 Lrem.) con lo que no cabe pacto alguno en el que renuncien, modifiquen o sustituyan el régimen por ella diseñado.

afirmar que ambos forman parte del ámbito objetivo de la vivienda familiar. Sobre esta cuestión en el Cc. *vid.* LUCINI CASALES, A., “La vivienda familiar en el régimen del Cc. reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma”, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

890 *Vid.* igualmente para el art. 51 Comp. aragonesa RAMS ALBESA, J. “Comentario al art. 51 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 271.

891 SERRANO GARCÍA, J. A., “Régimen económico matrimonial y viudedad: Disposiciones Generales”, *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 209.

2.4.2. El objeto de la norma: el mobiliario ordinario

Tres son los requisitos exigidos para la aplicación del art. 8.1: bien mueble, de uso familiar y que este último sea ordinario. A falta de regulación específica aragonesa, siguiendo la normativa del Cc. y la doctrina común al respecto, por cada uno de ellos deberemos entender lo siguiente:

2.4.2.1. Bien mueble

El art. 346.2 Cc. establece que cuando se use tan sólo la palabra “mueble” no se entenderá comprendidos el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas o artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, caballerías o carruajes y sus arreos, granos, caldos y mercancías ni otras cosas que no tengan por destino amueblar o alhajar habitaciones, salvo el caso que del contexto de la ley o de la disposición individual resulte claramente lo contrario.

Comprende, por tanto, los bienes destinados al amueblamiento, o lo que es lo mismo, el mobiliario en sentido propio. Quedarán excluidos los automóviles, alhajas, objetos artísticos o históricos y los de extraordinario valor⁸⁹².

892 Exclusión contenida en el art. 1321.2 Cc., si bien referida al supuesto de predetracción de estos bienes por parte del cónyuge viudo. A favor de su aplicación en el contexto que nos ocupa *vid.* HERRERO GARCÍA, M. J., “Comentario al art. 1320 Cc.”, *Comentario del Código Civil*, T. II, *op. cit.*, p. 589; GARCÍA CANTERO, G., “Notas sobre el régimen matrimonial primario”, *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981, *op. cit.*, p. 308; CARCABA FERNÁNDEZ, M., “La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1442; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea”, *op. cit.*, p. 539.

2.4.2.2. Uso familiar

Por uso familiar no debe entenderse la utilización del bien por toda la familia en su conjunto sino que basta con el uso indistinto de cualquiera de sus miembros. No estarían comprendidos, por tanto, los bienes de uso exclusivamente personal ni los destinados al ejercicio de la profesión de uno sólo de los cónyuges, salvo cuando sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común (art. 1346.8º Cc.)⁸⁹³. En relación con este último supuesto, dentro de la regulación de la Lrem., el art. 28.2. dispone en su apartado j) que, durante el consorcio, ingresan en el patrimonio común las empresas y explotaciones económicas fundadas por cualquiera de los cónyuges salvo que sean totalmente a expensas del patrimonio privativo de uno solo de ellos.

En contra, LETE DEL RÍO, J. M., "La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular", *op. cit.*, p. 1060.

En mi opinión, y siguiendo la doctrina civilista mayoritaria mencionada *supra*, el sentido último de la protección ofrecida en el art. 8 Lrem. quedaría desvirtuado si se incluyeran los automóviles u objetos como los de la exclusión citada en tanto que no son imprescindibles en el seno de la vivienda habitual para el desarrollo de la vida familiar.

893 Así quedarían excluidos, por ejemplo, los muebles integrantes del despacho de abogado de uno de los cónyuges, aunque eventualmente sus instalaciones puedan ser utilizadas por otros componentes del grupo familiar, *cfr.* CARCABA FERNÁNDEZ, M., "La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1442.

A *sensu contrario*, sí serían objeto de protección los del despacho de un matrimonio en el que ambos compartieran la misma profesión.

2.4.2.3. Uso ordinario

Objetos usuales⁸⁹⁴ y usables⁸⁹⁵, para lo que habrá de atenderse a las concretas situaciones socioeconómicas de la familia. En cualquier caso, éstas no permitirán incluir bienes expresamente excluidos *ex lege*, por muy especiales que sean.

2.4.3. Ámbito de aplicación

La actuación conjunta exigida en el artículo 8 Lrem. para los actos de disposición de esta clase especial de bienes se superpone a cualquier otra clase de legitimación sobre muebles que pueda darse en la Lrem., en atención a la finalidad cualificada a la que obedece el precepto.

Los casos en los que prevalecerá el artículo 8 Lrem. serán los siguientes:

2.4.3.1. Régimen consorcial

a. Bienes privativos

El art. 8.1 Lrem. constituye una limitación legal a la regla general de la libre disposición de los bienes propios contenida en el artículo 61.1 Lrem. (*Corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes*) en aras a la protección que el legislador dispensa al mobiliario habitual de la familia junto con la vivienda que ostente tal carácter.

894 Para LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA se desprende del propio contenido del art. 8 Lrem., *cf.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Disposiciones generales", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, *op. cit.*, p. 36.

895 *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, IV, *op. cit.*, p. 129.

b. Bienes comunes

Dentro de esta clase de bienes, existen supuestos en los que, pese a tener dicho carácter, la Lrem. admite una legitimación para actuar de modo individual que no está en correspondencia con la línea de protección del mobiliario familiar⁸⁹⁶.

Serían los casos de actuación indistinta del art. 48, apartados a) y d) (actos de administración ordinaria⁸⁹⁷ y de disposición

896 Señalaba SANCHEZ-RUBIO en relación con la vivienda habitual durante la vigencia de la Compilación que cuando el régimen del matrimonio —cualquiera que sea— implica la existencia de bienes comunes y entre ellos se encuentra el inmueble afectado, los principios de coadministración y codisposición que rigen entonces tutelan ya por sí mismos este derecho al hogar y por ello no requieren de especificidades relativas a la vivienda dentro de su régimen general. La situación que merecía especial atención a su entender era, precisamente, la de un derecho —dominical o de otra clase— privativo sobre el que se apoyase el uso de la vivienda familiar, tanto en las situaciones normales como en las de crisis matrimonial, *cfr.* SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón” (ponente), *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, p. 50.

Iguales consideraciones caben hacerse, en mi opinión, en relación a los supuestos de legitimación individual para actos de disposición sobre mobiliario familiar que nos ocupan puesto que, pese a su carácter consorcial, admiten unas facultades de disposición tan amplias que los hacen equiparables a un bien privativo y, por extensión, a los mismos peligros para el hogar familiar que su disposición indiscriminada pueden provocar. En esta misma línea parecía inclinarse —sin llegar a pronunciarse del todo a favor— DELGADO ECHEVERRÍA durante la vigencia de la Compilación, máxime cuando entonces, si se sostenía la posición contraria, el ámbito real de aplicación del 51 quedaba muy reducido, dado que el mobiliario solo muy excepcionalmente era de propiedad privativa pues no entraba en la presunción del artículo 39 ni era usual el pacto de llevarlo como sitio, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La gestión de la comunidad conyugal aragonesa”, *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, *op. cit.*, p. 290.

897 Advierte expresamente SERRANO GARCÍA como la administración ordinaria puede estar referida a bienes muebles e incluir actos de disposición individuales, *cfr.* SERRANO GARCÍA, J. A., “La gestión del consorcio conyugal”, *Manual de Derecho civil aragonés*, *op. cit.*, p. 290.

necesarios para satisfacer las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, respectivamente); de actuación disjunta del art. 49 (ejercicio de la profesión o negocio) que permite actos de disposición de bienes comunes relacionados con el tráfico habitual de la profesión o negocio del disponente; o la legitimación *ad extra* frente a terceros de buena fe del art. 50 Lrem. que permite a uno sólo de los cónyuges poder disponer de los derechos que le correspondan sobre cualquier bien mueble siempre que figuren a su nombre indistinta o exclusivamente o se encuentren en su poder⁸⁹⁸.

Pues bien, en cualquiera de los cuatro casos expuestos si el bien mueble común objeto del acto de disposición puede encuadrarse dentro del mobiliario ordinario de la familia, el peligro de una eventual actuación unilateral que afecte al interés familiar por parte del cónyuge legitimado en cada una de las situaciones aludidas es perfectamente posible. Se produce, por tanto, una confrontación directa con el régimen de actuación conjunta diseñado por la Lrem. para la protección del mobiliario mencionado.

Prevalecería entonces, en mi opinión, la regulación del art. 8.1 Lrem. como norma especial e imperativa, con lo que para realizar actos de disposición voluntaria sobre ellos sería necesario también el consentimiento del otro cónyuge o, en su defecto, autorización judicial, con independencia de que la normativa de gestión del consorcio no lo contemple.

898 En este sentido *vid.* FORCADA MIRANDA, F. J. (ponente), "La vivienda familiar en situaciones de ruptura familiar", *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés, op. cit.*, p. 21. Igualmente, SERRANO GARCÍA, J. A., "Régimen económico matrimonial y viudedad: Disposiciones Generales", *Manual de Derecho civil aragonés, op. cit.*, p. 210.

2.4.3.2. Régimen de separación de bienes

El art. 8.1 Lrem. constituye también una excepción al art. 23.1 Lrem. relativo a la libre disposición de bienes en régimen de separación de bienes (*Asimismo, corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes*).

2.4.4. Consecuencias para el expectante

La calificación de la norma como *ius cogens* combinada con el principio del *favor viduitatis* trae como consecuencia la imposibilidad de considerar una extinción del expectante en supuestos no contemplados de modo expreso en la Ley. Por lo tanto, la desaparición del derecho expectante sobre un bien perteneciente al mobiliario ordinario de la familia que ostente tanto el no propietario —en el caso de que sea privativo— como el titular no disponente o no poseedor —si es común— se producirá *ipso iure*, exclusivamente, como consecuencia del necesario asentimiento⁸⁹⁹ o consentimiento, respectivamente, que debe emitir para que el otro disponga.

899 Lo que se emite en puridad en los actos de disposición sobre bienes privativos no es un consentimiento sino una autorización a un acto ajeno puesto que no se es parte en el mismo. Por esta razón, la doctrina estima que ante lo que estamos realmente en estos casos es un asentimiento. *Vid.*, en este sentido, entre otros RAMS ALBESA, J., “Comentario al art. 51 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 272 y “Gestión y pasivo de la comunidad conyugal aragonesa” (ponente), *Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 38; igualmente, SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón” (ponente), *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, p. 56; BAYOD LÓPEZ, C., “El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho. (A propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)”, *op. cit.*, p. 133; MARTÍNEZ CORTÉS, J., “El régimen económico matrimonial de la separación de bienes” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de*

En consecuencia, la salida del bien mueble del patrimonio común o privativo regulada en el art. 100 Lrem. para la extinción del derecho expectante pasa en estos supuestos por la exigencia imperativa de una intervención del otro cónyuge no contemplada en la Lrem. para que se produzca aquélla en ningún otro bien mueble. El carácter inexcusable de dicha intervención implica, ineludiblemente, el previo conocimiento del acto de disposición con lo que, en principio, la posibilidad de fraude al derecho de viudedad del otro cónyuge a la que igualmente hace referencia como excepción de extinción el art. 100 parece muy difícil.

En cualquier caso, será importante poner en relación el expectante del mobiliario ordinario de la familia con el régimen de anulabilidad, similar al del 1301 Cc.⁹⁰⁰, previsto por el legislador en el apartado 2º del art. 8 para los actos que prescindan del consentimiento conjunto exigido pues, tal y como se apuntó respecto a la vivienda habitual, puede influir indirectamente en su conservación⁹⁰¹.

Derecho Aragonés, op. cit., pp. 133 y 134; DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La gestión de la comunidad conyugal aragonesa", *Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, *op. cit.*, p. 290.

900 Remitiéndose expresamente al 1301 Cc. durante la vigencia de la Compilación, ante la inexistencia de regulación específica en la misma del régimen concreto de nulidad aplicable a estos supuestos *vid.* RAMS ALBESA, J., "Comentario al art. 51 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 272 y 273.

901 *Vid.* desarrollo de nuestra postura acerca del destino del expectante sobre vivienda habitual de la familia en estos casos en Capítulo III, apartado 3.2.2.

CAPÍTULO VI

**LA EFICACIA ESPACIAL DEL EXPECTANTE
SOBRE BIENES INMUEBLES.
EL PÁRRAFO II DEL ARTÍCULO 16.2 CC.**

§ 1. ANTECEDENTES

1.1. EL PÁRRAFO II DEL ARTÍCULO 16.2 CC. ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN

El artículo 16 del Código Civil fue introducido por R.D. 1836/1974, de 31 de mayo, cuyo artículo primero aprueba el texto articulado que desarrolla la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 para la modificación del Título Preliminar. Más concretamente, el origen de la redacción actual del artículo 16 reside en el apartado tercero de la base 7^a que preveía la posibilidad de que para el Derecho Interregional privado se incluyeran “las especificaciones que algunas instituciones requieran”⁹⁰².

902 A estos efectos, la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 para la modificación del Título Preliminar disponía, en su base séptima, lo siguiente:

Base Séptima

3. Respetando el sistema vigente en materia de normas de conflicto, se aplicarán criterios análogos a los establecidos en el ámbito internacional, con las salvedades que su especial naturaleza impone y *sin perjuicio de las especificaciones que algunas instituciones requieran* (el subrayado es mío).

En el primer borrador del Proyecto de la base citada se proponía en su “peculiaridad tercera” una redacción del artículo 16 en la que los usufructos legales de cualquier clase establecidos a favor del cónyuge viudo se regularan por la legislación común o por la especial foral a que estuviese sometido el régimen económico del matrimonio mientras que su “peculiaridad cuarta” coincidía, básicamente, con el párrafo segundo del art. 16.2 Cc.⁹⁰³, objeto de nuestro estudio. Finalmente, este último quedaría aprobado con el siguiente tenor literal:

Artículo 16.2.II Cc.

El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.

La reforma del Título Preliminar respondió a una doble razón, recogida en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases: por un lado, una adecuada y completa regulación de los posibles conflictos interregionales, una vez finalizada la primera de las etapas hacia un Código general para toda España —previstas en el Congreso de Derecho Civil de Zaragoza de 1946 y recogidas en R.D. de 23

903 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 65. Como apunta DELGADO, se trata de un precepto sin antecedentes relevantes en el Derecho positivo español (*vid.* al respecto “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, *op. cit.*, p. 750) con lo que el papel de la Ley de Bases para la comprensión y correcta inteligencia del precepto es fundamental.

Acerca de su indiscutible valor como elemento interpretativo, una vez nacido el texto articulado, *vid.* RUIZ VADILLO, E., “Comentario a la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil”, *RGD*, n° 345, junio 1973, p. 512.

de mayo de 1947— con la culminación de las Compilaciones de los distintos regímenes civiles coexistentes en el territorio nacional⁹⁰⁴; por otro, la necesidad de perfeccionar las normas del Título Preliminar para acomodarlas a las orientaciones de la doctrina y jurisprudencia más autorizada, así como a los criterios vigentes en materia de Derecho Internacional Privado⁹⁰⁵.

Ambos argumentos van a estar presentes —con mayor o menor acierto— en el precepto que nos ocupa. Su esencia y espíritu iniciales deben situarse, en primer lugar, en las soluciones propuestas a los problemas derivados de la confrontación de la publicidad legal propia del expectante con la ofrecida por el Registro de la Propiedad en el tráfico jurídico inmobiliario por dos resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 1925 y 1929; posteriormente, pero con una influencia decisiva, en las formulaciones doctrinales de PELAYO HORE⁹⁰⁶, autor que sería miembro de la Subsección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación. Con ideas a medio camino entre sus argumentos y el definitivo texto legal son reseñables también, si bien con una influencia menor, las propuestas de SIMÓ SANTONJA⁹⁰⁷.

904 Vizcaya y Alava, Compilación de 30 de julio de 1959; Cataluña, Compilación de 21 de julio de 1960; Baleares, Compilación de 19 de abril de 1961; Galicia, Compilación de 2 de diciembre de 1963; Aragón, Compilación de 8 de abril de 1967; Navarra, Compilación de 1 de marzo de 1973.

905 BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, J. T., “Consideraciones sobre el nuevo Título Preliminar (Normas de Derecho Privado)”, *RCDI*, n° 514, mayo-junio, 1976, p. 555; igualmente, LORENTE SANZ, J., “La modificación del título preliminar del Cc.”, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

906 PELAYO HORE, S., *Problemas de la viudedad foral*, “Segunda Semana de Derecho Aragonés”, *op. cit.*, pp. 175 a 192 y, del mismo autor, “La viudedad foral aragonesa (cuestiones extrarregionales)”, *op. cit.*, pp. 22 a 35.

907 SIMÓ SANTONJA, V. L., *Derecho Intranacional e Interregional (Sistema español: principios de reforma)*, *RDN*, núm. XXXII, abril-junio, 1961, p. 317.

1.2. PUBLICIDAD Y EXPECTANTE: PUBLICIDAD LEGAL Y PUBLICIDAD REGISTRAL

1.2.1. La eficacia legal del expectante y las dudas sobre su alcance. Las resoluciones de la DGRN de 25 de septiembre de 1925 y 11 de julio de 1929

Con anterioridad a la aprobación del artículo 16.2.II Cc. se debatió acerca de si resultaba procedente la inscripción en el Registro de la Propiedad de una enajenación en la que no constase en la escritura o la renuncia de la esposa al derecho de viudedad —se entendía de una enajenación realizada solamente por el marido, dada la vigencia de la licencia marital— o la reserva expresa del mismo; y, en caso de considerarla procedente, de lo que ocurriría ante la eventual posibilidad de que aquélla le sobreviviera y pretendiera el usufructo en perjuicio de un tercero que, desconocedor del gravamen, adquiere e inscribe⁹⁰⁸.

En principio, se trataba de una discusión carente de fundamento pues las características propias del expectante eliminaban *per se* cualquier duda al respecto. Su carácter real y energía reipersecutoria le dotan de una oponibilidad *erga omnes* de la que se infiere la posibilidad de su ejercicio frente a cualquier persona que posea el bien. Esta absolutividad intrínseca al derecho supone que, en modo alguno, es posible excluirlo por acto de la voluntad que no parta directamente del propio titular. Resulta por tanto irrelevante lo que decida hacer el tercero, si inscribe o no su derecho o, incluso, si reúne las condiciones para ser tercero hipotecario del art. 34 Lh. La publicidad legal del expectante se sobrepone a la registral con lo que el adquirente que inscribe

908 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 96.

no resulta amparado por la publicidad del Registro respecto a bienes gravados con el expectante, con total independencia de si éste último está reservado o simplemente mencionado⁹⁰⁹. Por lo tanto, es del todo innecesario que el titular del derecho intervenga de algún modo para que pueda conservarlo.

Pues bien, a pesar de estas premisas legales, dos resoluciones de la Dirección General de los Registros en este punto iniciaron una doctrina cuando menos confusa que se apartaba de los parámetros con los que la norma delimitaba —en principio, muy claramente— la eficacia del expectante:

1.2.1.1. Resolución de 25 de septiembre de 1925

Trataba acerca de la venta efectuada por el marido de una casa privativa suya, sin que hubiese concurrido la mujer al otorgamiento de la escritura y sin que ésta, por tanto, hubiera efectuado ni renuncia ni reserva expresa de su expectante. El registrador denegó la inscripción, afirmando, en su nota, que era procedente que constase tal reserva expresa en la escritura para que el derecho de viudedad pudiera “producir efecto con respecto a terceros adquirentes de la finca”.

El notario recurrente, por su parte, alegó que “las Observancias 26 *De iure dotium* y 2^a *Ne vir sine uxore* (...) afirman la validez de las enajenaciones hechas por el marido de los bienes de su exclusiva propiedad, si bien queda a salvo el derecho de la mujer respecto de la viudedad en los bienes enajenados sin su consentimiento, no exigiendo ninguna de las citadas dispo-

909 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 726, 729 y 730.

siciones que se deje a salvo el derecho expectante, porque por el hecho mismo de no concurrir al otorgamiento lo tiene asegurado por ministerio de la ley; que el Registro de la Propiedad no tiene otra misión que la de notificar en forma auténtica al cuerpo social la constitución, modificación, transmisión y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, por lo que tratándose de derechos que tienen su asiento en la ley, cuyo desconocimiento no puede alegarse como excusa, no hace falta la publicación en los libros del Registro, y basta que en la inscripción solicitada existan elementos de juicio suficientes para saber el alcance y la extensión del derecho inscrito; y que en el título cuya inscripción se pretende constan el nombre y apellidos de las personas que han intervenido en el contrato y, por tanto, la omisión de la esposa del vendedor significa que ésta tiene a su favor el derecho de viudedad, que sólo hubiese perdido interviniendo y consintiendo en la enajenación realizada”.

Ante ello, la Dirección General comenzó reconociendo que las Observancias “conceden al marido la facultad de enajenar los inmuebles en los cuales la mujer hubiese de tener viudedad, pero quedando a salvo el derecho que, en su caso, pudiera corresponder a la misma” por lo que “admitida esta norma jurídica como vigente en la actualidad frente a las disposiciones de la Ley Hipotecaria, ha de tratarse (...) de buscar una solución que armonice la reserva del derecho eventual correspondiente a la mujer (*remanet ius uxoris salvum*) con la publicidad hipotecaria y la necesidad de liberar a terceros adquirentes de una fatigosa investigación de antecedentes que, de resultar mal reflejados en los Registros, siempre se presentarían a dudas y confusiones por la incertidumbre de la vecindad civil de los cónyuges”.

Como solución más idónea, apunta “una interpretación correcta del artículo 272 del Reglamento notarial, cuyo segundo

párrafo ordena a los notarios que consignen en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y aquellas otras de importancia que, a su juicio, deban detallarse expresamente, bien para mejor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del notario”.

El Centro Directivo no exigía, por tanto, la necesidad de la intervención de la esposa y su reserva del expectante para que quedara a salvo frente a terceros. Se limitó —en principio— a buscar un equilibrio entre el Derecho aragonés y la Ley Hipotecaria, exigiendo que el notario advirtiera a los comparecientes de la subsistencia del derecho expectante a pesar de la enajenación y consignando esa advertencia en la escritura, sin la cual no podría inscribirse⁹¹⁰.

1.2.1.2. Resolución de 12 de julio de 1929

La Resolución de 12 de julio de 1929, aplicando ya el Apéndice (arts. 49 y 63), resolvía sobre un supuesto de hipoteca de bienes sujetos al derecho expectante sin haber comparecido en la escritura de gravamen la esposa del marido hipotecante, declarando la no inscribibilidad de la misma por no haberse hecho reserva expresa de aquel derecho.

En la citada resolución se afirmaba que “deben adoptarse garantías (...) en la redacción del instrumento público de enajenación o gravamen porque la salvaguardia explícita del derecho de viudedad correspondiente a la mujer no significa constitución

910 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 730 y 731.

y reconocimiento de tal situación jurídica sino una mera consignación de la posible existencia de un derecho y una advertencia hecha a los terceros adquirentes para que no puedan apoyarse en el principio de publicidad hipotecaria y negarse a sufrir la repercusión legal de la prevista viudedad sobre su propio patrimonio”, en base a lo cual declara que la escritura en la que no se hace mención alguna al expectante “no se halla extendida conforme a las formalidades legales”⁹¹¹.

Aunque de un modo más confuso, la idea se repite. Parte igualmente del respeto inicial aparente al carácter legal del expectante pero acaba exigiendo también la constancia registral de su advertencia notarial para la inscripción en el Registro de la escritura. De modo indirecto se requería una mención del derecho que la ley no contemplaba para conservarlo frente terceros que inscribieran con posterioridad su adquisición.

1.2.1.3. Doctrina común a ambas resoluciones. Su relación con la eficacia legal del expectante

Razones de seguridad jurídica y de protección a la esposa parecían ser el fundamento último al que respondían ambas resoluciones considerando indispensable un plus de protección de su expectante si no estaba presente en la enajenación representado en la necesidad de mención de su derecho. *A sensu contrario*, aunque expresamente no se indicaba, parecía que la Dirección General consideraba que el tercero hipotecario quedaría a salvo si el expectante no se inscribía o mencionaba en el Registro.

911 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 731.

No obstante, como los registradores acababan denegando finalmente la inscripción, las eventuales consecuencias prácticas que pudiera acarrear para el adquirente solamente se planteaban en hipótesis⁹¹².

El problema era que, realmente, se trataba de una interpretación correctora de la Dirección General, ya que ni los argumentos sobre la falta de inscripción tenían amparo legal⁹¹³ ni la doctrina referida podía alterar la conclusión de que el expectante constituía un gravamen real de origen estrictamente legal (admitido además expresamente en ambas resoluciones) que se imponía frente a un tercer adquirente, fuera o no tercero en el sentido del artículo 34 Lh.⁹¹⁴.

912 *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 97.

913 En opinión de SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS no parece posible la consignación en la inscripción de la subsistencia del expectante cuando su titular no ha concurrido al acto de disposición pues estaríamos ante la denominada “mención” por la doctrina hipotecarista que la legislación hipotecaria no autoriza ya que el artículo 51.7º Rh. establece que, en ningún caso, se harán constar en la inscripción los derechos expresados en el artículo 98 Lh. —entre los que se encuentran las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada— ni tampoco las cargas relacionadas en el título que no resulten inscritas y anotadas. En consecuencia, excepto los casos de inscripción separada y especial del derecho expectante sobre un determinado bien, en las inscripciones de actos dispositivos relativos a éste no puede hacerse constar la existencia del expectante como carga, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 733, y notas 55 y 56. *Vid.* igualmente en este sentido LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, *op. cit.*, pp. 84 y 85.

914 *Cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 733. Como señalaban estos autores, no se trataba de una cuestión de fe pública registral sino de la mera publicidad formal que proporcionan

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, los criterios sostenidos en las resoluciones citadas tuvieron una influencia notable en la práctica registral y notarial posterior en Aragón y añadieron unas exigencias más que dudosas para la vigencia de este derecho⁹¹⁵.

los libros del Registro. En su opinión, se trataba de que los terceros conocieran la existencia del gravamen al consultar el asiento, no de que el usufructo viudal no pudiera hacerse valer, en su caso, frente a quien reuniera la condición de tercero conforme al artículo 34 Lh.

915 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 728 y 730. Encontrando acertada la citada doctrina de la DGRN muchos años más tarde, tras la promulgación del Título Preliminar, *vid.* BATALLA GONZÁLEZ: “Se consideraba necesario hacer constar la reserva del derecho en la escritura porque, según fundamentada doctrina de la DGRN de 25 de septiembre de 1925, el Registrador no debe hacer de oficio la salvedad de este derecho y sí hacer constar la reserva en la escritura, de conformidad con el art. 272 del Reglamento Notarial de 7 de noviembre de 1921 entonces vigente y, no siendo así, suspender la inscripción. Otra sorpresa para el adquirente, que se encontraría con la no inscripción de su escritura, puesto que ha venido aplicándose en los Registros la doctrina de dicha resolución” (el subrayado es mío), *cf.* BATALLA GONZÁLEZ, M., “El artículo dieciséis del nuevo título preliminar del Código Civil y la viudedad aragonesa”, *BCAZ*, n° 55, 1974, p. 110. E incluso cita SANCHO el sorprendente ejemplo de la resolución de la DGRN de 20 de marzo de 1986 en la que, en la defensa de su nota, un registrador de Zaragoza llega a afirmar que “la pretensión de los recurrentes de que se inscriba la transmisión (...) sin reserva acerca del derecho expectante es antijurídica y anticonstitucional, pues provocaría la indefensión de la esposa”, como si ésta no pudiera entonces hacer valer su derecho frente al tercer adquirente o cualesquiera otros poseedores de la cosa, *Ídem*, p. 728, nota 43.

1.3. LA DECISIVA INFLUENCIA DOCTRINAL. PELAYO HORE Y SIMÓ SANTONJA

1.3.1. Las tesis de Pelayo Hore. La relativización de la publicidad legal del expectante

Para PELAYO HORE resulta imposible aceptar el criterio defendido por la DGRN de que la viudedad no perjudica a tercero, si bien matiza que éste deja de serlo, aún sin reserva expresa del expectante, cuando la escritura contenga algunos datos por los cuales el adquirente haya podido deducir la posibilidad de la existencia de este derecho. Para la argumentación de su teoría, PELAYO parte inicialmente de la caracterización familiar del derecho de viudedad y de su eficacia extraterritorial, con independencia de la ubicación de la finca.

Sin embargo, seguidamente afirma que esta cuestión se complica si se trae a colación la Ley Hipotecaria pues su aplicación supone que, en perjuicio de tercero, no hay más verdad inmobiliaria que la registral, cuestionándose entonces si los artículos 63 y 49 del Apéndice se sobreponen o ceden ante el contenido del Registro⁹¹⁶.

Con el objetivo de dar una respuesta a este problema, relaciona la viudedad foral con el Registro de la Propiedad y profundiza especialmente —al igual que las resoluciones de la DGRN— en las consecuencias de una enajenación de un inmueble afecto a la viudedad sin mediar renuncia a ésta en la que el comprador inscribe posteriormente su adquisición⁹¹⁷.

916 PELAYO HORE, S., *Problemas de la viudedad foral*, op. cit., pp. 175 y 176 e, igualmente, en “La viudedad foral aragonesa (cuestiones extrarregistrales)”, op. cit., pp. 26 y 27.

917 Sobre esta cuestión, consúltese el apartado II titulado “Viudedad foral y el Registro de la Propiedad” en PELAYO HORE, S., *Problemas de la viudedad foral*, op.

Comienza su exposición haciendo una introducción respecto a los dos sistemas inmobiliarios que existen en España y sus excepciones para pasar, seguidamente, al estudio interrelacionado de las publicidades de la viudedad aragonesa y el Registro de la Propiedad. Finalmente, acaba estableciendo un sistema de presunciones favorables a la primera con el que intenta encontrar un equilibrio entre la publicidad de la que goza *ex lege* y la ofrecida por el Registro:

1.3.1.1. Los sistemas inmobiliarios españoles y sus excepciones: la publicidad legal y la buena fe

a. Los sistemas inmobiliarios españoles

a.1.– El sistema de la propiedad no inscrita

Está regido por el principio “*nemo dat quod non habet*” (nadie da lo que no tiene): si el bien estaba gravado así se transmite, aún cuando nada refleje el contrato o el gravamen fuera desconocido para el adquirente o incluso hasta para el propio transmitente.

a.2. El sistema de la propiedad inscrita

El segundo sistema se rige por el principio de la apariencia. La verdad jurídica cede en este caso ante la registral con lo que los bienes se transmiten solamente con aquellas cargas que consten en Registro.

cit., pp. 179 a 188 y en “La viudedad foral aragonesa (cuestiones extrarregistrales)”, *op. cit.*, pp. 26 a 33. En las líneas siguientes se hace un resumen del contenido de estas páginas.

b. Las excepciones

No obstante lo señalado *supra* admite seguidamente como los principios que regulan ambos sistemas inmobiliarios no se aplican rígidamente sino que quedan sometidos a algunas correcciones y matices.

Las cuestiones de capacidad y de mero hecho quedan fuera de la protección del Registro e, igualmente, las ocasiones en que la publicidad legal se sobrepone a la registral. Por último, la protección a la apariencia exige que quien la invoque la merezca.

Las dos últimas citadas son las que están directamente relacionadas con la viudedad aragonesa y las que le sirven de fundamento para su argumentación posterior.

1.3.1.2. La publicidad legal del derecho de viudedad frente a la registral

Por lo que respecta al derecho de viudedad y el Registro, establece como punto de partida la supremacía de la publicidad legal del derecho de viudedad sobre la registral con apoyo en el artículo 49 del Apéndice entonces vigente:

Art. 49.– (...) En cuanto a los raíces o inmuebles en que pueda corresponder viudedad a la mujer, este derecho, si no hubiere dado ella expreso consentimiento quedará a salvo no obstante las enajenaciones que hiciere o gravámenes que impusiera el marido. Tampoco las enajenaciones que haga la mujer de inmuebles sobre los cuales tenga el marido derecho expectante de viudedad pueden perjudicarle sin renuncia expresa de éste.

Esta solución la aplicaba tanto a la propiedad no inscrita como a la recogida en el Registro:

a. Propiedad no inscrita

Consideraba evidente que no había solución distinta en tanto que la propiedad no inscrita se transmite tal y como realmente es.

Nadie da lo que no tiene con lo que el cónyuge aragonés no puede vender libre del derecho expectante fincas que al mismo se hallan sujetas si no ha mediado consentimiento o renuncia del otro cónyuge, con independencia de que estén sitas dentro o fuera de Aragón, de si en el contrato se ha consignado claramente la posibilidad de que el usufructo nazca o se ha omitido toda referencia a él, o, incluso, si mediase fraude y el marido obviara su condición de aragonés.

b. Propiedad inscrita

Para el caso de que las fincas estén inscritas defiende, en principio, idéntica postura y considera que no es lícito pensar que el legislador del Apéndice entendiese que el artículo 49 era solamente aplicable a la propiedad no inscrita.

La preeminencia de la viudedad la mantiene incluso cuando el tercero no sea aragonés, dada la consideración del Apéndice como ley del Reino y parte del ordenamiento jurídico español que obliga igualmente a todos los españoles. El hecho de que el Registro no de fe de la condición regional de las personas no lo estima argumento suficiente para que el tercero quede libre del gravamen en su adquisición. Para PELAYO, la viudedad foral al margen del Registro perjudicaba igualmente a tercero quien no podía llamarse a engaño aún cuando en aquél no se le advirtiese de la posible existencia del expectante puesto que era la misma ley la que se lo advertía.

Tampoco consideraba correcto hacerla depender exclusivamente del Notario —tal y como defendía la resolución de la DGRN de 1925— pues entendía que solamente tenía obligación de corroborar la advertencia legal pero no ser la piedra angular de la que dependiera, en exclusiva, la subsistencia del expectante.

En su opinión, se trataba de un aspecto más de la técnica notarial que determinaba, simplemente, la mejor o peor redacción de la escritura cuya omisión entrañaría, acaso, una mera falta reglamentaria.

1.3.1.3. La relativización de la publicidad legal del expectante frente a tercero de buena fe

Con independencia de lo anteriormente expuesto, reconoce igualmente como el principio de la primacía del art. 49 puede conducir a consecuencias excesivas, estimando necesaria, por este motivo, su racionalización.

A su parecer, “cuando una enajenación que puede dar lugar a la aparición de un derecho expectante de viudedad se desenvuelve en cuanto a algunos de sus elementos dentro de la esfera jurídica de Aragón hay motivos bastantes para prever la posibilidad de que la viudedad surja: así ocurre, por ejemplo, cuando el marido enajenante aparece avecindado en Aragón o cuando la misma finca que se enajena es parte del territorio aragonés. El adquirente no puede entonces alegar su buena fe porque la buena fe no ampara nunca la insensatez.

Pero cuando un aragonés que desde hace siete años está avecindado en Salamanca, vende una finca sita en Salamanca y nada hay en la escritura que autorice a sospechar la existencia de un posible usufructo expectante a favor de la mujer, es violento

pesar sobre el adquirente las consecuencias por no haber promovido un expediente policíaco en averiguación de la regionalidad y régimen jurídico del enajenante; la prudencia de los hombres honrados no puede llegar de ordinario a tales extremos; la buena fe ampara en este caso al tercero y le deja a salvo del peligro del usufructo foral”.

En base a estos argumentos, considera necesario corregir el contenido del art. 49, matizándolo para estos casos: el tercero queda a salvo cuando ni conocía la condición de aragonés del enajenante ni la escritura le suministraba datos bastantes para sospecharla.

El criterio de la DGRN de que solamente a través de la reserva expresa el tercero pueda tener conocimiento de la existencia del expectante lo considera manifiestamente excesivo.

Para PELAYO, su conclusión —a la que él mismo califica de “no muy científica” pero espera que “sea tenida, al menos, como práctica”— no constituía ninguna novedad sino que simplemente se llegaba a ella tras considerar a la buena fe como uno de los elementos integrantes de la noción de tercero.

Todo lo expuesto lo acaba resumiendo en la tradicional afirmación de que no hay más tercero que el de buena fe, entendiendo por esta última una creencia errónea pero disculpable que llevaba implícita el descarte de actitudes imprudentes.

1.3.1.4. El sistema de presunciones favorables a la viudedad

Con la intención de concretar las ideas expuestas, incluye al final de su trabajo un sistema de presunciones y garantías con las que pretende mantener el principio de protección de la viudedad dejando a salvo simultáneamente los intereses de los terceros:

a. Inmuebles no inscritos

Las enajenaciones o gravámenes de bienes realizadas por un cónyuge sin renuncia ni consentimiento del otro gozarán de presunción favorable a la viudedad foral en las siguientes hipótesis:

a.1.– Cuando la finca esté sita en Aragón.

a.2.– Independientemente de la situación de las fincas, cuando el cónyuge disponente comparezca ostentando la condición de vecino de cualquier localidad aragonesa.

a.3.– Cuando expresamente se reserve tal derecho o conste en el documento la advertencia de su posibilidad.

Contra tal presunción se admitirá la prueba de que el cónyuge favorecido por la viudedad no era aragonés al tiempo del acto dispositivo.

b. Inmuebles inscritos

La enajenación o gravamen de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, hecha por cónyuge aragonés, gozará de presunción contraria al usufructo foral cuando se trate de finca sita fuera de Aragón y el cónyuge no haya aparecido ostentando la condición de avecindado en localidad aragonesa. Contra dicha presunción no cabrá otra prueba que la de que el adquirente conocía la condición de aragonés del cónyuge disponente.

El cónyuge que por aplicación de tal presunción se vea privado de su viudedad foral expectante o consumada, podrá exigir indemnización de daños y perjuicios dirigiéndose contra el otro cónyuge mientras éste viva o contra su herencia a su fallecimiento.

1.3.1.5. Las críticas de SANCHO REBULLIDA

En relación con las tesis de PELAYO HORE, SANCHO REBULLIDA sostenía que aunque en rigor las anunciaba como de supremacía atenuada del artículo 49 del Apéndice sobre los preceptos de la Ley hipotecaria, doctrinalmente el sistema propuesto suponía la intrascendencia registral atenuada del derecho expectante y no modificaba, en su opinión, que lo que en realidad defendía PELAYO era que el 49 se refería exclusivamente a las enajenaciones extrarregistrales, a pesar de que su sistema de presunciones condujera a una serie más o menos numerosa de excepciones.

Para SANCHO, la invocación al concepto de publicidad registral podía haber sido mucho más fecunda en sus consecuencias. Los términos del 49 eran para él lo bastante absolutos como para entender que la viudedad era objeto de una publicidad legal que se sobreponía a la registral. El Apéndice no distinguía entre transmisiones dentro y fuera del Registro sino que se refería a todas. Por consiguiente, el expectante debía subsistir, según su criterio, tanto en las enajenaciones registrales como en las extrarregistrales en aplicación de la publicidad legal referida, a excepción de los casos de *consilium fraudis* (ánimo de defraudar por parte de ambos cónyuges) contra los adquirentes⁹¹⁸.

A pesar de la coherencia de las críticas de SANCHO con la naturaleza del expectante y la viudedad en general, el juego de presunciones descrito y las argumentaciones precedentes de PELAYO HORE serán el núcleo del fundamento teórico en el que

918 Cfr. SANCHO REBULLIDA, F., "La viudedad", *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, *op. cit.*, pp. 98 y 99.

se apoyará el legislador de la reforma del Código de 1974 para la redacción del segundo párrafo del artículo 16.2 Cc.⁹¹⁹.

1.3.2. Las tesis de SIMÓ SANTONJA

Con ideas a medio camino entre las formulaciones de PELAYO HORE y el definitivo texto legal se encuentran las propuestas de SIMÓ SANTONJA⁹²⁰.

Para este autor, si se trata de limitaciones legales, ningún tercero, ni siquiera el hipotecario más protegido, puede llegar a injustas conclusiones cuando no conozca ni tenga indicios de conocer la regionalidad del disponente. Considera necesario, en ese caso, armonizar la buena fe con las disposiciones legales y con la doctrina del error de derecho, que no identifica como ignorancia de la ley.

En virtud de estos razonamientos, concluía que las normas de la viudedad afectaban al tercero hipotecario cuando:

- Se contrataba en la región correspondiente.
- En el caso de que los bienes estuvieran situados en la región que la reconocía.
- Se constatare la regionalidad en la escritura o la conociera el adquirente.

919 “Es curioso advertir cómo treinta y un años después de expresadas las transcritas opiniones (se refiere el autor a las de PELAYO HORE), el legislador de nuestros días ha recogido y plasmado los criterios que las sustentan, casi de forma idéntica, en la nueva redacción del Título Preliminar del Código Civil”, *cf.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonesa”, *op. cit.*, p. 1429.

920 SIMÓ SANTONJA, V. L., *Derecho Intranacional e Interregional (Sistema español: principios de reforma)*, *op. cit.*, p. 317.

— Se expresara en la escritura la reserva o advertencia correspondiente.

1.4. DE LAS TESIS DE PELAYO HORE AL APARTADO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 16.2 CC.

La idea común que subyacía —con mayor o menor presencia— tanto en los argumentos de las resoluciones de la DGRN como en los de los autores mencionados era que la fuerza expansiva del derecho expectante resultaba excesiva y demasiado rígida para el adquirente confiado e ignorante de su funcionamiento y alcance, sobre todo cuando, posteriormente, inscribía en el Registro y reunía los requisitos del art. 34 Lh. Al sugerirse en la doctrina aludida la conveniencia de su protección, pareció que ésta debía instrumentarse respecto a fincas ubicadas fuera de Aragón y en relación con contratos celebrados igualmente fuera de sus límites ya que estas circunstancias propiciaban, en principio, su desconocimiento⁹²¹.

Éste sería el criterio en el que acabaría inspirándose el legislador de 1974, buscando la protección del adquirente no ara-

921 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 86; igualmente en “Comentario al artículo 16 Cc.”, *Comentario del Código Civil*, T. I, *op. cit.*, p. 171; “Comentario al artículo 16.2 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, p. 1298; “Comentario al artículo 16 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, I, *op. cit.*, p. 433.

Sobre esta norma y su fundamento, BATALLA GONZÁLEZ afirmaba lo siguiente: “Parece que se ha pretendido con este precepto que el adquirente a título oneroso de buena fe no soporte las consecuencias de ese derecho expectante cuando en la transmisión concurren ciertas circunstancias que pueden hacer presumir la inexistencia de tal derecho”, BATALLA GONZÁLEZ, M., “El artículo dieciséis del nuevo título preliminar del Código Civil y la viudedad aragonesa”, *op. cit.*, p. 108.

gonés de inmuebles gravados con el expectante⁹²² y la supuesta contribución a la seguridad en el tráfico jurídico en supuestos en los que concurrieran todos los elementos mencionados⁹²³.

Sin embargo, la loable intención inicial del legislador estatal de otorgar protección al adquirente de buena fe queda plasmada en un precepto de deficiente factura técnica que se inmiscuye sin apoyo legal alguno en la eficacia del expectante.

La deseada salvaguarda del tercero inspiradora de la norma queda transformada, sorprendentemente, en una cuestión de Derecho Interregional⁹²⁴ al hacerla depender de cuestiones que

922 *Vid.* al respecto lo que señalaba entonces el vocal representante del Derecho aragonés en la Subsección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, José Lorente Sanz: "La situación resultante de la celebración del matrimonio, generadora del derecho expectante de viudedad, con todos sus efectos, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 72 a 78 de la Compilación, aconsejaba el establecimiento de garantías a favor de terceros adquirentes de buena fe, lo que en lo posible se ha logrado con la fórmula de la regla 3ª del nuevo art. 16 Cc.", *cfr.* LORENTE SANZ, J., "La modificación del título preliminar del Cc.", *op. cit.*, p. 54.

923 "Es de presumir que el nuevo texto coadyuvará a la seguridad jurídica en un tema que tantas cavilaciones había originado con anterioridad", *cfr.* LORENTE SANZ, J., "La modificación del título preliminar del Cc.", *op. cit.*, p. 55; en igual sentido, *vid.* SAPENA TOMÁS: "Precepto digno de aplauso por cuanto da solución a un problema, más latente que virulento, dicho sea en verdad, que teníamos planteado los juristas en tierras fronterizas de Aragón", *cfr.* "Vecindad civil y conflictos interregionales", *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*, Valencia, 1975, p. 283.

924 Así lo calificó también el propio PELAYO HORE específicamente: "Normalmente ese derecho de viudedad se desenvuelve dentro de la esfera de aplicación clara de la legislación foral, pero con frecuencia alguno de los elementos de la relación jurídica que la viudedad entraña se proyecta hacia el exterior; unas veces la finca que ha de sufrir la viudedad no está sita en Aragón; otras veces algunos de los sujetos activo o pasivo del usufructo viudal no son aragoneses y surge entonces un conflicto de Derecho Interregional no siempre fácil de resolver" (el subrayado es mío), *cfr.* PELAYO HORE, S., *Problemas de la viudedad foral*, *op. cit.*, p. 176. En igual

nada tienen que ver con la eficacia real y *erga omnes* del derecho expectante de viudedad vinculada, exclusivamente, a que el matrimonio se rija por ley aragonesa conforme a los criterios recogidos en el artículo 9.2 Cc.

En efecto, tal y como expuso con agudo sentido crítico DELGADO ECHEVERRÍA, las presunciones favorables o contrarias, en su caso, a la viudedad, se fundamentan en elementos fácticos de índole geográfica sin ninguna consistencia jurídica cuya variación depende de multitud de factores ajenos al expectante. No existía entonces ninguna presunción legal a la viudedad y no pasaban de ser meros indicios cuya ponderación quedaba en manos del juez.

Pero —siguiendo con la argumentación de DELGADO— el problema más grave radicaba en que, al trasladar estas presunciones al precepto, se alteró radicalmente su sentido, transformándose en requisitos independientes de la protección del tercero ante el expectante del cónyuge del transmitente.

El resultado final fue que se acabaron mezclando indebidamente cuestiones relativas a la protección del adquirente de buena fe con otras referentes a los límites espaciales de aplicación de las normas aragonesas de la viudedad⁹²⁵. De esta manera, la ubicación de la finca o el lugar de celebración del contrato, que eran los apoyos en los que fundamentaba PELAYO HORE la

sentido *vid.* SIMÓ SANTONJA, V. L., *Derecho Intranacional e Interregional (Sistema español: principios de reforma)*, *op. cit.*, p. 311.

925 *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)", *op. cit.*, pp. 86 a 88; "Comentario al artículo 16 Cc.", *Comentario del Código Civil*, T. I, *op. cit.*, p. 171; "Comentario al artículo 16.2 Cc", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, p. 1298; "Comentario al artículo 16 Cc.", *Comentarios al Código Civil*, I, *op. cit.*, p. 433.

existencia de la buena fe por parte del adquirente, acabaron derivando en puntos de conexión autónomos en la resolución de un conflicto de leyes en el espacio. Curiosamente, dicho conflicto ni siquiera existía previamente sino que, para mayor complicación, resultó provocado de modo paralelo por el legislador con esta regulación innecesariamente⁹²⁶ pues ninguna diferencia existía entre el expectante y cualquier otro gravamen o derecho real impuesto por el Derecho estatal u otros derechos territoriales o forales (como las sevidumbres o retractos legales) que se imponen de igual modo a todo tercer adquirente con independencia de que los conozca o no, de la situación del bien e incluso de que sea tercero hipotecario del art. 34 Lh.⁹²⁷

A pesar de todo lo expuesto, la reforma posterior del Cc. por ley 11/1990, de 15 de octubre, reproduce literalmente la norma y asume como propio su contenido.

En la medida en que pudiera considerarse que daba respuesta a un conflicto de leyes podría ubicarse correctamente, tras la aprobación en 1978 de la Constitución española, dentro de la competencia estatal para su resolución regulada en el artículo 149.1.8º CE⁹²⁸.

926 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Comentario al artículo 16 Cc.", *Comentarios al Código Civil*, I, *op. cit.*, p. 433 y en "Comentario al artículo 16 Cc.", *Comentario del Código Civil*, T. I, *op. cit.*, p. 171; en igual sentido, SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 738.

927 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 738, nota 71.

928 Vid. al respecto STC de 6 de mayo 1993 (RTC 1993, 156), STC 8 de julio de 1993 (RTC 1993, 226) y STC 16 de octubre 2000 (RTC 2000, 236).

El obstáculo estaba en que, tal y como se ha apuntado, éste no ha existido nunca como tal⁹²⁹.

El objetivo de la norma era, simplemente, la protección del adquirente de buena fe y la eficacia del expectante en relación con el mismo. Así enfocada, la regulación correspondería al legislador aragonés en el marco de las competencias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio que el Estatuto de Autonomía de Aragón le reservaba en exclusiva en el entonces vigente 35.1.4 pero no al legislador estatal⁹³⁰.

La constitucionalidad del precepto era, por tanto, cuestionable y de muy difícil justificación⁹³¹.

929 Sobre esta cuestión, consúltese DELGADO ECHEVERRÍA en “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 101, negando su calificación de Derecho Interregional —y, en consecuencia, la existencia previa de un conflicto de leyes a resolver— y defendiendo su inclusión dentro de las normas del Derecho inmobiliario. En relación con este último aspecto debe puntualizarse que el trabajo citado se publica en 1976, antes de la aprobación de la CE (1978) y el Estatuto de Autonomía de Aragón (1982): “No se trata de que la cuestión deba ser regulada de otra manera sino que *no es una cuestión de Derecho Interregional*. En la escasa medida en que la finalidad que persigue es razonable, por responder a preocupaciones de seguridad jurídica y protección de la buena fe, es una cuestión de Derecho material, civil, más estrictamente de Derecho inmobiliario registral” (el subrayado es mío).

930 Actual art. 71.2 EAA, según redacción aprobada por las Cortes Generales el 18 de abril de 2007 con entrada en vigor el 23 de abril del mismo año.

931 Calificándola directamente de inconstitucional *vid.* SERRANO GARCÍA, J. A., “Vecindad civil, ley aplicable a los efectos del matrimonio y viudedad aragonesa”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Zaragoza, 1992, p. 775 y SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 738; “con fuerte sospecha de inconstitucionalidad” la encuentra DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Comentarios al Código Civil*, I, *op. cit.*, p. 433.

Con independencia de los argumentos reseñados y de las numerosas críticas negativas⁹³² de las que ha sido objeto con posterioridad solicitando, incluso, la supresión, el artículo continúa vigente en la actualidad y el resultado inevitable de su aplicación es que, concurriendo las circunstancias referidas en el mismo, el expectante del cónyuge del disponente queda privado de su eficacia por una causa que ni contempla ni respeta la ley aragonesa.

§ 2. ESTUDIO DEL ARTÍCULO 16.2.II CC.

2.1. ANÁLISIS INDIVIDUAL DE LOS REQUISITOS

El párrafo II del artículo 16.2 Cc. determina la consecuencia o resultado final de la inoponibilidad del expectante ante

932 A modo de ejemplo, *vid.*, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA: “Ni por los principios en que parece inspirarse ni por su desafortunada técnica sirve de cauce a la realidad que pretende regular” (*cf.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 783); MERINO HERNÁNDEZ: “...está destinado por irregular, inaceptable, contrario al ordenamiento jurídico aragonés y fraudulento a ser objeto de rápido olvido y de la más absoluta inaplicabilidad en las relaciones jurídicas contractuales en que intervengan aragoneses sometidos al régimen económico matrimonial de la Compilación” (*cf.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, p. 436); BATALLA GONZÁLEZ: “Estimamos que el párrafo concretamente destinado al expectante derecho de viudedad discrepa de lo dispuesto en la Compilación y parece chocar con el penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos y el artículo segundo del decreto aprobatorio y hasta no ser muy acorde con el apartado I de la base séptima de la ley que se desarrolla (*cf.* BATALLA GONZÁLEZ, M., “El artículo dieciséis del nuevo título preliminar del Código Civil y la viudedad aragonesa”, *op. cit.*, p. 107)

Tras la aprobación de la Constitución y la reforma del Cc. de 1990 SERRANO GARCÍA manifestaba al respecto: “Entiendo que en el momento presente el artículo 16.2 es, además de innecesario, inconstitucional en sus apartados segundo y tercero” (*cf.* SERRANO GARCÍA, J. A., “Vecindad civil, ley aplicable a los efectos del matrimonio y viudedad aragonesa”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, *op. cit.*, p. 775).

la presencia de una serie de requisitos que pueden englobarse en tres clases diferentes: personales, relativos al comprador (a título oneroso y de buena fe); objetivos, concernientes al bien (situado fuera de Aragón); y, por último, contractuales (contrato celebrado fuera de Aragón sin constancia del régimen económico del transmitente).

2.1.1. La consecuencia final: la inoponibilidad del expectante del cónyuge del transmitente

El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse (...), recoge textualmente el precepto. Aunque *a priori* pudiera parecerlo, no estamos ante una forma más de extinción *ex lege*⁹³³. A través de la inoponibilidad, lo que el legislador concede al adquirente es la facultad de dejar inoperante el derecho expectante de viudedad del cónyuge del transmitente, si bien de modo condicionado, puesto que solamente es factible si se dan todas las circunstancias que recoge el precepto.

933 En este sentido, antes de la promulgación de la Lrem., DELGADO ECHEVERRÍA, J., "Comentario al artículo 16 Cc.", *Comentario del Código Civil*, T. I, *op. cit.*, p. 171; "Comentario al artículo 16.2 Cc.", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, p. 1301; "Comentario al artículo 16 Cc.", *Comentarios al Código Civil*, I, *op. cit.*, p. 434; "La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 y propuesta de reforma)", *op. cit.*, p. 94; igualmente, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Jurisprudencia civil comentada*, Código Civil, T. I, *op. cit.*, p. 419.

En contra, vigente ya la Lrem., calificándolo como una "causa de extinción por imperativo legal" *vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (ponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 138.

Sobre la falta de adecuación de la inoponibilidad a la naturaleza del expectante y su alcance efectivo en el tráfico consúltese, en este mismo capítulo, el apartado 2.3.5.

Si así ocurre y decide hacer uso de ella, la inoponibilidad del expectante del consorte supone la adquisición del bien libre de la carga que aquél supone. Si no toma la opción que el legislador le ofrece o bien faltara algún requisito que impidiera su utilización, el expectante sigue incólume, con la eficacia real de origen legal y *erga omnes* que le es propia.

No tiene plazo alguno con lo que quedaría abierta la posibilidad de su ejercicio hasta el efectivo fallecimiento del transmitente.

2.1.2. Requisitos del comprador: a título oneroso y buena fe

La posibilidad de hacer uso de la defensa específica de la inoponibilidad que el artículo brinda es, de modo exclusivo, para el adquirente, ya sea de la propiedad como de cualquier otro derecho real sobre el inmueble.

Quedan fuera de la órbita de protección del precepto los acreedores confiados⁹³⁴. El adquirente debe ser, simultáneamente, a título oneroso y de buena fe:

2.1.2.1. A título oneroso

La adquisición debe ser a título oneroso. Si es de carácter lucrativo o gratuito, serán irrelevantes el lugar de ubicación de los bienes o el de celebración del contrato⁹³⁵.

934 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)", *op. cit.*, p. 92.

935 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonesa", *op. cit.*, p. 1431.

2.1.2.2. Buena fe

Supone el desconocimiento de la presencia del derecho expectante como gravamen sobre el bien inmueble enajenado.

Esta ignorancia puede tener como objeto la institución de la viudedad y el funcionamiento del derecho expectante o bien traer causa de otras de carácter previo, como la del estado civil del disponente o su régimen económico matrimonial sujeto al Derecho aragonés⁹³⁶.

Según las reglas generales de la buena fe (art. 434 Cc.) ésta, en principio, se presume siempre, con lo que se parte de que la existencia del expectante es un dato que no hay porqué saber.

Sin embargo, la buena fe presupone igualmente una diligencia media basada en una realidad, cuando menos aparente, anterior al acto dispositivo⁹³⁷.

La presunción de buena fe es *iuris tantum* con lo que admite prueba en contrario, provocando la inversión de la carga que correrá por cuenta del impugnante⁹³⁸. Si éste consigue probar que

936 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés”, *op. cit.*, p. 1431; DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 92. SAPENA TOMÁS consideraba que era necesario un “conocimiento perfecto” pero de la vecindad silenciada del transmitente para enervar la buena fe. Caso contrario, entendía que aquélla quedaba subsistente al amparo del error de derecho y del principio general de la protección del tráfico, *cfr.* SAPENA TOMÁS, J., “Vecindad civil y conflictos interregionales”, *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*, *op. cit.*, p. 283.

937 DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 92.

938 UREÑA MARTÍNEZ, M., “Comentario al artículo 434 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, p. 591.

el adquirente podía conocer de un modo razonable la existencia de la discordancia entre lo que él creía y lo real, la buena fe decae y el expectante deviene oponible. Así parece deducirse del resto de requisitos exigidos por el legislador⁹³⁹, funcionando como indicios cualificados a tener cuenta por el Juez para establecer si se halla o no ante un adquirente de buena fe⁹⁴⁰.

2.1.3. Requisitos del objeto: bien ubicado fuera de territorio aragonés

El precepto hace referencia a esta cuestión cuando lo circunscribe a bienes (...) *que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho*:

2.1.3.1. Bienes

No distingue la clase concreta de bienes, con lo que, en principio, podrían ser muebles o inmuebles con tal de que cumplan la condición de (...) *que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho*⁹⁴¹.

939 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)", *op. cit.*, p. 92.

940 Cfr. ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., "Comentario al art. 16.2 Cc.", *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991 de 20 de diciembre, *op. cit.*, p. 540.

941 Señala SAPENA TOMÁS que la expresión "radicar" aunque suele tener en Derecho un cierto sentido de inamovilidad, de arraigo en consonancia con la primera acepción de la palabra, puede referirse también a bienes muebles, a los que estén o se hallen fuera de Aragón, conforme a su segunda acepción gramatical, *cfr.* SAPENA TOMÁS, J., "Vecindad civil y conflictos interregionales", *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*, *op. cit.*, p. 285.

Sin embargo, el artículo se estructura en torno a la privación de la eficacia reipersecutoria y la oponibilidad *erga omnes* del expectante que, legalmente, solamente poseen los bienes inmuebles. En consecuencia, el objeto del precepto durante la vigencia de la Compilación eran, exclusivamente, los inmuebles por naturaleza y las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales de los artículos 76 y 39.1 Comp. aragonesa. En la actualidad, son los bienes inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas del art. 98 Lrem.

2.1.3.2. Que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho

Evidentemente, el territorio en cuestión es Aragón⁹⁴². El problema es que la expresión utilizada no es correcta porque el derecho expectante —como la viudedad en su conjunto— es un derecho de familia que no depende en absoluto del eventual lugar en el que pueda situarse el bien sobre el que recae.

La viudedad como institución es un efecto civil del matrimonio y corresponderá a todos aquéllos que se rijan por ley aragonesa conforme a los criterios recogidos en el artículo 9.2 Cc. Bastará tan sólo con que cualquiera de los puntos de conexión

942 El reglamento notarial exige que el inmueble quede perfectamente descrito, con lo que el lugar donde radique el bien quedará en la escritura fuera de toda duda:

Art. 170 Rn.

En los documentos sujetos a registro, el notario hará la descripción de los bienes que constituyan su objeto expresando con la mayor exactitud posible aquellas circunstancias que sean imprescindibles para realizar la inscripción (...). Tratándose de bienes inmuebles, la descripción incluirá la referencia catastral que les corresponda, así como la certificación catastral descriptiva y gráfica, en los términos establecidos en la normativa catastral.

mencionados en dicho precepto remita a la ley aragonesa como rectora de los efectos del matrimonio para que haya viudedad como un efecto de aquél y, por ende, expectante. Por lo tanto, éste último queda sujeto, exclusivamente, a la ley personal mientras subsista el matrimonio. Es irrelevante que el bien radique dentro o fuera de las fronteras aragonesas, españolas o extranjeras⁹⁴³.

943 A pesar de lo expuesto, la calificación real del derecho de viudedad no es ajena al Derecho aragonés. Como afirmaba LASALA LLANAS y quedó expuesto en el Capítulo I dedicado a la naturaleza jurídica de la viudedad (sobre antecedentes legislativos y doctrinales *vid. supra*, apartado 1), en principio, los Fueros antiguos aragoneses no referían nada acerca de la misma pero parece fuera de toda duda que, en la práctica, se la consideraba como un derecho territorial que residía de modo exclusivo sobre los bienes sitos en Aragón, con independencia de la condición nacional o regional de los cónyuges, *cfr.* LASALA LLANAS, M., *La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional*, "Segunda Semana de Derecho Aragonés", *op. cit.*, p. 172. Igualmente, PELAYO HORE, S., *Problemas de la viudedad foral*, "Segunda Semana de Derecho Aragonés", *op. cit.*, p. 176. Se sustentaba esta opinión en dos casos de antiguos procesos recogidos en el s. XVIII por FRANCO DE VILLALBA (los procesos de la marquesa de Camarasa, y posteriormente, el de la condesa de Baños, *cfr.* FRANCO DE VILLALBA, D., *Fororum atque observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata methodica compilatio...*, T. II, *op. cit.*, p. 51) que, posteriormente, serían citados por otros autores del s. XIX como FRANCO Y GUILLÉN, MARTÓN Y SANTAPAU, DIESTE, NAVAL o BLAS y MELENDO. No obstante, algunos de ellos como DIESTE, MARTÓN y SANTAPAU e, igualmente, FRANCO, parecían partir ya de una cierta consideración familiar del derecho de viudedad.

Posteriormente, los Proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 recogieron también esta naturaleza familiar, regulándose en ambos que el derecho expectante era una consecuencia del matrimonio. El de 1904 incluso negaba expresamente en su artículo 128 *in fine* un posible carácter sucesorio pero la limitaba, después, a los bienes inmuebles radicantes en Aragón.

No se pronunciaría al respecto el Apéndice pues no aludía ni a la condición de aragoneses de los cónyuges ni al lugar donde radicasen los bienes. Sin embargo, ya era indudable en su regulación que la viudedad era un derecho familiar que surgía con el matrimonio (art. 63 del Apéndice: "la celebración del matrimonio atribuye por ministerio de la ley a los cónyuges, solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran así a título lucrativo como a título oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los

En cualquier caso, y con independencia de estas consideraciones, así se deduce sin más del propio precepto pues, en principio, parte de la oponibilidad del expectante en cualquier territorio —en definitiva de la *erga omnes* que le corresponde por ley— y la niega, después, si concurren los requisitos que estamos examinando⁹⁴⁴.

2.1.4. Requisitos del contrato: celebración fuera de Aragón sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente

2.1.4.1. Contrato celebrado fuera de Aragón

El contrato debe haberse celebrado (...) *fuera de dicho territorio* con lo que, en coherencia con la anterior premisa (...*bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho*), se hace referencia, igualmente, a fuera de Aragón. El lugar de la celebración del contrato puede variar por razones ajenas a la vinculación de los contratantes con uno u otro ordenamiento que muy poco tienen que ver con la eficacia del expectante⁹⁴⁵.

del otro, en la forma y condiciones que se expresan en este Apéndice”). Así lo entendieron considerando respetables para su época las tesis de Franco de Villalba pero inaceptables en aquel momento PELAYO HORE, S., *Problemas de la viudedad foral*, “Segunda Semana de Derecho Aragonés”, *op. cit.*, p. 176 e, igualmente, LASALA LLANAS, M., *La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional*, “Segunda Semana de Derecho Aragonés”, *op. cit.*, p. 173.

Esta superación de la consideración territorial del derecho de viudedad es la que ha permanecido hasta la actualidad con lo que puede afirmarse que el art. 16.2.II Cc. se nutre de criterios ya desterrados desde hace prácticamente un siglo en la legislación aragonesa.

944 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 92.

945 De acuerdo con lo establecido en el primer párrafo del apartado 5º del

El precepto parece presuponer además que el contrato se elevará siempre a escritura pública y que si se trata de una notaría no aragonesa se puede pasar por alto más fácilmente el expectante⁹⁴⁶. Hacer depender a este último de algo tan aleatorio supone, como en el apartado anterior, no solamente el desconocimiento de su regulación sino también la propia de la compraventa, puesto que ésta se perfecciona, sin más, con el mero consentimiento⁹⁴⁷.

Los problemas que podrán surgir en este punto serán numerosos⁹⁴⁸: contratos que se hagan previamente en documento privado

artículo 10 Cc., las obligaciones contractuales se rigen preferentemente por la ley estatal elegida por las partes de modo expreso siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; a falta de este sometimiento, el párrafo 2º establece como ley subsidiaria a los contratos relativos a inmuebles la del lugar donde estén situados, *cfr.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 10.5 Cc.”, *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, pp. 73 y 74.

En el supuesto que nos ocupa, como el contrato se celebra fuera de Aragón, si existe pacto, lo normal es que la ley elegida no sea la aragonesa; y, en ausencia de acuerdo al respecto, entra directamente de modo subsidiario la ley del lugar donde esté situado el inmueble que, al no radicar en Aragón, tampoco será aquélla. Es muy probable, por tanto, que la suerte del expectante quede vinculada a un contrato regido por una ley extraña al mismo.

946 *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 93.

947 El contrato de compraventa en Derecho español tiene un carácter consensual en cuanto que se perfecciona por el mero concurso de consentimientos de comprador y vendedor referidos a la cosa y al precio (art. 1445 Cc.) sin necesidad de forma especial alguna ni *datio rei*, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 2º, 3ª edición, revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2005, p. 3.

948 Como pone de relieve DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 93 y, de igual modo, en “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, p. 1300.

para elevarlo posteriormente a escritura pública⁹⁴⁹, las distintas clases existentes de precontratos de venta⁹⁵⁰ y opciones de compra⁹⁵¹, el contrato entre ausentes que el art. 1262.2º del Cc. —en relación con el 12.1— entiende celebrado en el lugar en que se

949 En el caso de inmuebles, la firma del contrato de compraventa constituye la prestación formal del consentimiento. Nada obstaría para que el contrato se formalizase en documento privado puesto que el requisito de escritura pública del 1280.1º Cc. no afecta a la validez del acto sino que tiene carácter *ad probationem*, aunque ofrece la posibilidad a los contratantes de compelerse recíprocamente a la elevación posterior a documento público, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, *op. cit.*, pp. 22, 33 y 34.

950 Como afirma al respecto la STS 3 de junio de 1988 [RJ 1988, 3715], “la doctrina más autorizada en nuestra civilística sobre la naturaleza jurídica del precontrato exige que en él se halle prefigurada una relación jurídica, con sus elementos básicos, cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de una de las partes o de ambas (...). *El precontrato, en tal sentido, es el final de los tratos preliminares, no una fase de ellos*”. En la misma línea, la STS 24 de julio de 1998 [RJ 1998, 6393] señala que “la esencia del llamado precontrato es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho sea con frase gráfica, *consiste en un quedar obligado a obligarse*” (el subrayado es mío), *cfr.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Comentario al art. 1262 Cc.”, *Código Civil*, Colección “Códigos con Jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 1094. En igual sentido, *vid.*, entre otras, STS 23 de diciembre 1995 [RJ 1995, 9396], 16 de julio de 2003 [RJ 2003, 5144] y 13 de octubre de 2005 [RJ 2005, 7235].

951 Según STS 22 de diciembre 1992 [RJ 1992, 10642], “En todo supuesto de opción de compra, para que la compraventa quede perfeccionada *es necesario que llegue al conocimiento del optatario o promitente la declaración unilateral de voluntad por la que el optante hace uso de la opción*, dado el carácter recepticio que tiene dicha declaración de voluntad (sentencias de esta sala de 7 de noviembre de 1967, 28 de mayo de 1976, 16 de abril y 12 de julio 1979 [RJ 1979, 1401 y 2951] (el subrayado es mío), *cfr.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Comentario al art. 1262 Cc.”, *Código Civil*, Colección “Códigos con Jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 1135.

hizo la oferta⁹⁵² o bien cuando sea necesario discernir la frontera entre los preliminares y el contrato en firme⁹⁵³.

952 El apartado 2º del art. 1262 Cc. dispone:

La aceptación hecha por carta no obliga al que la hizo sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta.

El Cc. establece en este precepto el criterio del conocimiento o teoría de la cognición por la que el contrato se perfecciona cuando el oferente conoce la aceptación. La contratación a distancia sería admisible no sólo por carta, sino por cualquier otro medio —teléfono, télex, fax, correo electrónico, etc.— (SSTS 31 de mayo de 1993 [RJ 1993, 4061], 26 de febrero de 1994 [RJ 1994, 1198], 30 de julio de 1996 [RJ 1996, 6079], entre otras). En cuanto al lugar de la perfección se impone el del lugar de la oferta. Se trata de un criterio lógico puesto que al aceptar se asume este lugar como uno de los elementos del contrato. Es, no obstante, una norma de Derecho dispositivo, que las partes pueden desplazar de mutuo acuerdo, *cfr.* PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario al art. 1462 Cc.”, *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 1472.

Para mayor complicación, el art. 176.2º Rn. permite, además, que la aceptación de la oferta a la que se refiere el 1262 Cc., cuando en las escrituras matrices no aparezca la nota que las revoque o desvirtúe y la ley no exigiere expresamente el requisito de la unidad de acto, se formalice mediante diligencia de adhesión en dichas matrices, autorizada dentro de los sesenta días naturales a contar desde la fecha de su otorgamiento o incluso en escritura independiente sin sujeción a plazo. *Vid.* sobre esta última cuestión STS de 1 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 12044]: “De conformidad con el segundo párrafo del art. 1262 Cc. (que acoge la teoría del conocimiento de la aceptación por el oferente respecto al momento de la perfección del contrato) cuando el requerimiento notarial que contenía el ejercicio de la opción llega al conocimiento de los demandantes *habría transcurrido con exceso el plazo fijado*” (el subrayado es mío), *cfr.* FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “Comentario al art. 1262 Cc.”, *Código Civil, Colección “Códigos con Jurisprudencia”, op. cit.*, p. 1134.

953 La perfección del contrato exige el concurso de la oferta y la aceptación sobre el objeto de la venta y el precio. Ahora bien, siendo frecuente que el proceso formativo del contrato se inicie con manifestaciones de voluntad contenidas en tratos preliminares o conversaciones previas que los interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a la celebración del contrato y mediante las cuales se comunican sus respectivas aspiraciones, tal fase preparatoria es previa y distinta de la oferta en cuanto declaración de voluntad de carácter recepticia, como tal dirigida al otro sujeto y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce, surgiendo, en consecuencia, el consentimiento concurrente

2.1.4.2. Sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente

a. Sin haber hecho constar

a.1. Momento

La constancia del régimen matrimonial parece que debe situarse temporalmente en el momento de celebración del contrato, con lo que, la que se haga posteriormente, sería, entonces, irrelevante⁹⁵⁴.

Como en el apartado anterior, se reproduce también el problema de su perfección pues parece presuponer igualmente la existencia de escritura pública.

Quedan sin respuesta las enajenaciones que se realicen en documento privado sin mención alguna al respecto⁹⁵⁵.

por la coincidencia de esas declaraciones de voluntad en que consisten la oferta y la aceptación del contrato. *La oferta requiere pues una declaración de voluntad de manera recepticia, completa, definitiva y hecha con la inequívoca intención de obligarse contractualmente* (SSTS de 15 de junio de 1994 [RJ 1994, 4923] y 10 de octubre de 1980 [RJ 1980, 3623]) *que puede ser revocada mientras el contrato no se haya perfeccionado* (STS 7 de junio de 1986 [RJ 1986, 3296] (el subrayado es mío), *cfr.* RODRÍGUEZ MORATA, F., "Comentario al art. 1450 Cc.", *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, p. 1671.

954 DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)", *op. cit.*, p. 93 y en "Comentario al art. 16.2 Cc.", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, T. I, vol. 2º, op. cit.*, p. 1300.

955 Así se lo cuestionaba MERINO HERNÁNDEZ sin dar una solución concreta al problema: "*¿Quid* si se realiza primero el contrato en documento privado, sin constatación expresa del régimen matrimonial del transmitente, pero luego, en el momento de otorgamiento de la escritura se advierte, por los medios que fueren, el verdadero régimen aragonés del transmitente?", *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonesa)", *op. cit.*, p. 434.

a.2. *Modo*

No queda clara la manera en que se deba hacer constar el régimen matrimonial, si de modo expreso o bien basta con que pueda deducirse del propio documento —público o privado— de enajenación como consecuencia de otras manifestaciones que en él se contengan⁹⁵⁶.

a.3. *¿Quién debe hacerlo constar?*

Del tenor literal del artículo no se deduce si el régimen económico-matrimonial debe hacerlo constar el transmitente o bien tiene que ser el Notario quien, a la vista de las manifestaciones que se hagan en su presencia, lo deduzca y lo ponga de relieve⁹⁵⁷.

⁹⁵⁶ Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, p. 434. El autor pone como ejemplos el hacer constar la cualidad de aragonés del enajenante o, simplemente, señalar como su domicilio ordinario el de un lugar de territorio aragonés.

⁹⁵⁷ Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, p. 434. Ante las dificultades que este tema presenta, señalaba BATALLA, durante la vigencia de la Compilación: “...sería convenientísimo y hasta urgente que se dictara una disposición en la que se impusiera la obligación de consignar en toda escritura de transmisión de inmuebles o explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles o industriales, *el régimen económico matrimonial del transmitente* o dueño del bien objeto del gravamen, *por manifestación expresa del mismo*” (el subrayado es mío), cfr. BATALLA GONZÁLEZ, M., “El artículo dieciséis del nuevo título preliminar del Código Civil y la viudedad aragonesa”, *op. cit.*, p. 111.

Como pone de relieve DELGADO, que esta cuestión constituía un grave problema se refleja en el hecho de que ya el vocal representante del Derecho aragonés en la Subsección de Derecho Civil de la Comisión de Codificación, José Lorente Sanz, formulase una enmienda, que no prosperó, consistente en adicionar al artículo 14 del Código un párrafo de este tenor: 6.- En todos los actos y contratos cuya validez o efectos puedan ser influidos por la regionalidad o vecindad civil de los otorgantes o *por el régimen económico matrimonial a que estén sujetos*, se harán

Como el planteamiento fáctico al que responde el precepto parece referirse exclusivamente a las enajenaciones en documento público quizá esta segunda opción sería, en principio, la más lógica pero, en principio, cualquiera de las dos serían perfectamente válidas para cumplir con el requisito exigido en el Código.

En cualquier caso, lo que parece quizás más claro es que esta cuestión no incumbiría al adquirente de buena fe cuya posición quedaría supeditada a lo que manifestasen el vendedor o el notario, en su caso, al indicar literalmente el precepto “hacer constar” —incluir, manifestar— y no “constatar” —cerciorarse de algo, confirmar— el régimen matrimonial⁹⁵⁸. De otro modo no tendría sentido la protección que pone a su disposición el resto del precepto.

No obstante si, a pesar de todo, es el único concedor en la enajenación del régimen aragonés del vendedor y lo oculta, su buena fe es insostenible y el expectante, por tanto, oponible⁹⁵⁹.

constar tales circunstancias en el respectivo documento (el subrayado es mío), *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 93, nota 40.

958 En contra *vid.* MERINO, para quien es posible también esta opción del adquirente, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés”, *op. cit.*, p. 1431. Sin embargo, este autor hace referencia a “constatar” y no a “hacer constar”.

959 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, p. 434. *Vid.* sobre ello el ejemplo siguiente que ponía ARECHEDERRA ARANZADI: “Un adquirente, versado en Derecho, concedor de la vecindad aragonesa del matrimonio amigo, de quien adquiere, a través del marido, al que compra una finca sita en Sevilla, otorgando la escritura en notaría sevillana, *sin mención del régimen económico del matrimonio*, nunca actuará de buena fe, y podrá oponerse eficazmente a su adquisición el derecho expectante del que tenía noticia o, al menos, debería tenerla” (el subrayado es mío), *cfr.* ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios a las*

b. El régimen económico matrimonial del transmitente

El precepto hace referencia al régimen económico matrimonial (...sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente). Pero lo que hay que ponderar realmente no es el régimen matrimonial sino la existencia o no del derecho expectante⁹⁶⁰.

Como ya se ha reiterado en líneas precedentes, la viudedad es un efecto civil del matrimonio pues éste es causa y origen de la misma. Por ello, para que haya expectante, bastará con que la ley rectora de los efectos del matrimonio sea la aragonesa y que, evidentemente, no haya sido previamente renunciado:

b.1. Régimen económico matrimonial sometido a la ley aragonesa

Es irrelevante el régimen específico del que se trate con tal de que se rija por ley aragonesa. Por esta razón, puede ser insuficiente hacer constar, por ejemplo, que el matrimonio se rige por el régimen de separación según capitulaciones otorgadas en tal fecha ante tal notario⁹⁶¹.

Lo fundamental será, solamente, saber si dicho régimen de separación es o no el aragonés. A la inversa, la advertencia notarial de la posibilidad de existencia de derecho expectante puede

reformas del Código Civil, Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991 de 20 de diciembre, *op. cit.*, p. 540.

960 SAPENA TOMÁS, erróneamente a mi juicio, no entendía siquiera referida la falta de constancia mencionada en la norma al régimen matrimonial sino a la vecindad, *cfr.* SAPENA TOMÁS, J., "Vecindad civil y conflictos interregionales", *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*, *op. cit.*, p. 284.

961 *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)", *op. cit.*, p. 93.

equipararse al acto de hacer constar el régimen matrimonial referido en el 16.2.II Cc.⁹⁶².

b.2. Inexistencia de renuncia

No por el hecho de estar sometidos al Derecho aragonés habrá siempre derecho expectante puesto que éste último ha podido ser previamente renunciado de modo individual o bien en pacto recíproco. Si éste es el caso, queda puesta en evidencia otra deficiencia técnica más del precepto puesto que su redacción

962 Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés”, *op. cit.*, p. 1431. Para MERINO, lo más conveniente será que si se está ante una transmisión de bienes de personas sujetas a nuestro Derecho Foral, si el notario considera conveniente la comparecencia del cónyuge del transmitente para renunciar a su derecho y no se produce, lo advierta al adquirente y le informe de las consecuencias de la inexistencia de la renuncia de aquél, autorizando en cualquier caso la escritura si las partes así lo decidieran a pesar de todo. Si no hiciera tal advertencia, estaríamos, en su opinión, ante una mera falta reglamentaria, pero su consecuencia no sería la extinción del expectante, dada su publicidad legal, cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Ídem*, p. 1429.

Así puede deducirse del art. 194 Rn. vigente, que regula como, tras las advertencias legales precisas, figurarán otras que por su importancia deban, a juicio del Notario, detallarse expresamente, entre las que normalmente constará la relativa al expectante del cónyuge no disponente:

Artículo 194 Rn.

Los Notarios harán de palabra, en el acto del otorgamiento de los instrumentos que autoricen, las reservas y advertencias legales establecidas en los Códigos Civil y de Comercio, Ley Hipotecaria y su Reglamento y en otras leyes especiales, haciéndolo constar en esta o parecida forma: Se hicieron a los comparecientes las reservas y advertencias legales. Esto no obstante, se consignarán en el documento aquellas advertencias que requieran una contestación inmediata de uno de los comparecientes y *aquellas otras en que por su importancia deban, a juicio del Notario, detallarse expresamente, bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario* (el subrayado es mío).

asocia el régimen económico aragonés con la presencia ineludible del expectante.

El pacto o la renuncia podrán estar formalizados tanto en capitulaciones matrimoniales, con ocasión de una modificación o sustitución del régimen matrimonial, como de manera separada e independiente, en escritura notarial.

Para que los capítulos sean oponibles a terceros es necesaria su inscripción en el Registro Civil y, tratándose de inmuebles, también en el Registro de la Propiedad (arts. 1333 Cc., 77.1 Lrc., 26 Lh., y 75.1 Rh.). Además, el artículo 266 Rrc. dispone la obligatoriedad de su previa mención en el Registro Civil para inscribirlas con posterioridad en cualquier otro Registro con lo que no cabe preguntarse por la oponibilidad frente a terceros de las que solamente estuvieran mencionadas en el Registro de la Propiedad⁹⁶³.

El pacto o renuncia del expectante hecho separadamente de las capitulaciones matrimoniales reúne también los requisitos del 1333 Cc. y 77.1 Lrc. para que sea objeto de inscripción pues, aunque no impliquen cambio a uno nuevo, suponen igualmente una modificación del régimen económico de la sociedad conyugal⁹⁶⁴.

963 Cfr. ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge*, op. cit., p. 99, en especial, nota 256. Vid., no obstante, con anterioridad a la aprobación del art. 266 Rrc. en 1986 (R.D. 1917/86, de 26 de agosto) este problema en un supuesto de Derecho aragonés en STS de 23 de noviembre de 1984, resolviéndose favorablemente a la oponibilidad a pesar de la ausencia de inscripción en el Registro Civil en BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona, 1993, pp. 598 y 599.

964 Al regular la cuestión de la oponibilidad a terceros, el artículo 17.2 CF hace mención tanto a capítulos y sus modificaciones como a los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que cambien o modifiquen el régimen económico matrimonial.

Pues bien, si no hay inscripción, el expectante es oponible igual que si no hubiera mediado pacto o renuncia con lo que bastaría con hacer constar que el régimen matrimonial de que se trate es, en cualquier caso, aragonés. Pero si se ha verificado aquélla, la constancia del régimen matrimonial del transmitente se reduce a que éste último ponga de manifiesto la existencia del pacto o renuncia efectivamente inscritos para que no haya lugar a la aplicación del precepto pues no existirá, en ese caso, expectante alguno a oponer. La inscripción enervaría, por añadidura, una supuesta buena fe por parte del adquirente⁹⁶⁵.

2.2. ANÁLISIS CONJUNTO DE LOS REQUISITOS: SU CARÁCTER OBLIGATORIO PARA EL RESULTADO DE LA INOPONIBILIDAD

Una vez hecho el análisis individualizado de los requisitos exigidos en el precepto, puede suscitarse la cuestión de la necesidad o no de su concurrencia simultánea. En mi opinión, atendiendo tanto a la literalidad como a la *ratio legis* de la norma, están situados en pie de igualdad, lo que conllevará la exigencia de la presencia conjunta de todos ellos para llegar a un resultado

⁹⁶⁵ En el Código Civil no se establece de modo expreso las consecuencias de la falta de inscripción sino que se deducen del régimen de publicidad de los capítulos. La Compilación no recogía tampoco regulación al respecto. En la Lrem., el art. 13.2 exige para la validez de los capítulos matrimoniales exclusivamente la escritura pública, como el Código Civil. Sin embargo, a diferencia de éste, el art. 16 Lrem. regula que, aunque en principio son inoponibles frente a terceros de buena fe (párrafo 1º) ésta no se presume si los capítulos están inscritos en el Registro Civil (párrafo 2º).

En igual sentido, pero explícitamente, y aludiendo de modo indirecto al Registro de la Propiedad, el artículo 17.2 CF establece que no serán oponibles a tercero mientras no se hagan constar en las inscripciones de matrimonio en el Registro Civil y, en su caso, en los demás registros públicos cuya legislación lo establezca.

final de inoponibilidad⁹⁶⁶. Por lo tanto, la ausencia de uno sólo eliminará la necesidad de cualquier otro: el expectante sería entonces oponible incluso cuando se dieran todos los demás.

Partiendo de estas premisas, e invirtiendo los términos del artículo, los supuestos de oponibilidad del derecho expectante de viudedad que podrán darse serán los siguientes⁹⁶⁷:

- Transmisión lucrativa o gratuita.
- Ausencia de la buena fe en el adquirente.
- Bienes ubicados en territorio aragonés.
- Contrato celebrado en Aragón.
- Constancia en el contrato del régimen económico matrimonial aragonés.

2.3. VALORACIÓN CRÍTICA

El hecho de que la técnica utilizada en el precepto es inadecuada ha quedado puesto de relieve en el examen de los requisitos exigidos para que pueda solicitarse la inoponibilidad del expectante.

⁹⁶⁶ Igualmente *vid.* BATALLA GONZÁLEZ, M., "El artículo dieciséis del nuevo título preliminar del Código Civil y la viudedad aragonesa", *op. cit.*, pp. 108 y 109.

En contra *vid.* ARECHEDERRA ARANZADI, quien duda acerca del carácter cumulativo de lo que el denomina "requisitos específicos", es decir, los relativos al bien y al contrato. Aún con todo, acaba concluyendo que la cuestión en sí no le parece relevante, al estimar que actúan como meros indicadores de la buena fe del tercer adquirente, *cfr.* ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., "Comentario al art. 16.2 Cc.", *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991 de 20 de diciembre, *op. cit.*, p. 540.

⁹⁶⁷ MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés", *op. cit.*, p. 1431.

Pero los problemas más graves no son, probablemente, los relacionados con la forma sino, más bien, con el fondo. Con los principios a los que parece responder la norma no solamente no se logra la protección del tercero de buena fe perseguida inicialmente sino que se obvian absolutamente la naturaleza y efectos propios del expectante en particular y de la viudedad aragonesa en general.

Los principales argumentos de esta clase que se pueden exponer en contra del 16.2.II Cc. son los siguientes:

2.3.1. Limitación territorial al derecho expectante

Del artículo 16.2.II Cc. cabe deducir directamente la presunción de la existencia en Aragón y entre cónyuges sometidos a la ley aragonesa del derecho expectante de viudedad y su oponibilidad a terceros adquirentes cuando el bien radique también en Aragón y se haya celebrado el contrato de enajenación en dicho territorio. *A sensu contrario*, el derecho expectante resulta inoponible cuando bien y contrato quedan desvinculados de Aragón sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial de bienes⁹⁶⁸. Por lo tanto, el derecho expectante de viudedad solamente opera plenamente sobre fincas situadas en territorio aragonés. Para su eficacia fuera de Aragón deberán darse como condición *sine qua non* todos los requisitos contemplados en el artículo⁹⁶⁹.

968 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés", *op. cit.*, pp. 1430 y 1431; BAYOD LÓPEZ, C., "El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)", *op. cit.*, p. 135, nota 26.

969 *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)", *op. cit.*, p. 89; "Comentario al artículo 16 Cc.", *Comentario del Código Civil*, T. I, *op. cit.*,

Paradójicamente, un derecho personal como el expectante, ajeno a cualquier criterio de territorialidad, acaba dependiendo de manera directa de la ubicación de la finca en la que recae⁹⁷⁰. Y para mayor incongruencia, el contenido del 16.2.II Cc. no solamente resultaba contrario a la Compilación sino que ignoraba completamente el artículo 2 del propio Decreto de aprobación del Título Preliminar que señalaba, expresamente, cómo no alteraba lo regulado en las Compilaciones de Derechos forales⁹⁷¹.

p. 171; *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, p. 1301; *Comentarios al Código Civil*, I, *op. cit.*, p. 434.

970 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., "Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)", *op. cit.*, pp. 433 y 434.

971 El artículo 2 del R.D. 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil disponía:

Artículo 2º

El presente texto articulado del Título Preliminar del Código Civil no altera lo regulado en las Compilaciones de los derechos forales o especiales.

Esta misma idea de respeto a los Derechos forales aparece en la Exposición de Motivos del propio R.D. a la que se refiere como "aclaración si no estrictamente necesaria, al menos conveniente" que justifica señalando como "elaborado éste (se refiere al Título Preliminar) durante y a continuación del proceso compilador abierto a partir del año 1947 y guardando innegable relación con el mismo la propia reforma ahora concluida, según consta en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases, sería un contrasentido pensar en cualquier cambio, regresión o falta de armonía".

Por el contrario, el artículo 76 de la Compilación era categórico afirmando que el expectante no se extinguía o menoscababa por ulterior enajenación, sin más excepción que la responsabilidad por deudas de gestión. La regulación entonces vigente solamente admitía, además, la renuncia como cauce único para la extinción. Detectando críticamente esta discordancia BATALLA GONZÁLEZ afirmó: "(...) discrepa de lo dispuesto en la Compilación y parece chocar con el penúltimo párrafo de la exposición de motivos y el artículo segundo del decreto aprobatorio y hasta no ser muy acorde con el apartado I de la base séptima de la ley que se desarrolla" (*cfr.* BATALLA GONZÁLEZ, M., "El artículo dieciséis del nuevo título preliminar del Código Civil y la viudedad aragonesa", *op. cit.*, p. 107)

2.3.2. Desconocimiento del Derecho aragonés en general y del expectante en particular fuera de Aragón

Como afirmaba DELGADO, el artículo parte de la premisa de que solamente los aragoneses conocen el derecho de viudedad mientras que fuera de Aragón no tienen porqué saber de su existencia, sin reflejo recíproco para los aragoneses respecto al Código Civil. Es el único supuesto de esta clase dentro de los Derechos territoriales españoles, con el agravante de que es la institución foral probablemente más conocida en toda España⁹⁷².

Tras la aprobación de la Constitución en 1978, el Derecho Aragonés queda, además, en situación de absoluta inferioridad respecto al resto de Derechos civiles existentes en el territorio nacional, conculcando el principio de igualdad que aquélla consagra⁹⁷³.

Sustentándose en estos razonamientos, DELGADO se muestra contrario a la justificación del precepto por aplicación de la excepción del “interés nacional” propia del Derecho Internacional Privado (art. 10.8 Cc.)⁹⁷⁴ al Derecho Interregional, posibilidad

972 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, pp. 90 y 91; “Comentarios al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, pp. 1298 y 1299; “Comentarios al art. 16 Cc.” *Comentarios al Código Civil*, I, *op. cit.*, p. 434.

973 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 738.

974 El art. 10 Cc. establece la regulación siguiente en su apartado octavo:
Artículo 10 Cc.

8.– Serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero.

que había sido defendida pocos años antes por CASANOVA Y LA ROSA apoyándose en que, en realidad, era una institución protectora de la buena fe contractual⁹⁷⁵.

Por el contrario, DELGADO criticó duramente dicho argumento, pues entendía que llevaría implícito suponer que las normas forales o especiales sólo habrían de ser conocidas por las personas que tuvieran la correspondiente vecindad civil y no por el resto de españoles. La aplicación del citado principio implicaba que el nacional desconocía la ley extranjera⁹⁷⁶, presu-

975 Para CASANOVA y LA ROSA, era perfectamente posible, en aras de la protección de la buena fe, la aplicación de la excepción del interés nacional en el campo del Derecho Interregional a pesar de su nombre, siendo la consecuencia una "territorialización" de la capacidad contractual y de las limitaciones derivadas de la autoridad marital o el poder dispositivo según el régimen económico matrimonial legal de cada región, *cfr.* CASANOVA Y LA ROSA, O., "El Derecho Interregional e Interlocal", *Llibre del segon Congrés Jurídic Català 1971*, Fundación Congreso Jurídico Catalán, Barcelona, 1972, p. 229. Así se recogería específicamente en la conclusión n° 38 del citado Congreso (Primera sección. Título Preliminar de la Compilación del Derecho civil catalán. VI. Derecho Interregional): "Son aplicables en Derecho Interregional las excepciones de fraude a la Ley y del interés nacional, pero no la excepción de orden público". Consúltese la conclusión citada en *Llibre del segon Congrés Jurídic Català 1971, op. cit.*, p. 836 e, igualmente, en *RJC*, 1972, p. 13.

ORTIZ ARCE justificaba la operatividad de su aplicación en aquel momento en la desigualdad del régimen de la mujer casada en el Derecho civil común respecto del catalán, sobre todo en relación con los contratos y los actos de disposición sobre los bienes parafernales (art. 1387 anterior del Cc. y 49 de la Compilación catalana). Sin embargo, tras la modificación de los artículos relativos a la capacidad de obrar de la mujer casada, la teoría del interés nacional, salvo en relación con alguna rara legislación todavía restrictiva en la capacidad de la cónyuge, quedaba —en su opinión— con poco alcance práctico, *cfr.* ORTIZ ARCE, A., "Comentario al art. 10.8 Cc.", *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, *op. cit.*, pp. 542 y 543.

976 Con la finalidad de proteger la seguridad en el tráfico jurídico y también al contratante que no conoce (ni tiene por qué conocer) la ley extranjera, el precepto comentado excepciona la regla de que la capacidad para contratar se determina de acuerdo con la ley personal y considera válidos algunos contratos celebrados en España por el extranjero incapaz según su ley nacional, aunque capaz de acuerdo

puesto que consideraba inaceptable trasladar a las leyes españolas. No obstante, afirmaba que, de admitirse su pertinencia, lo que encontraba definitivamente inadmisibles era que operase de modo singular en detrimento del Derecho aragonés. Se trataba —concluía— de una “consecuencia aberrante de la regulación del Derecho Interregional mediante indiscriminada remisión a las normas de Derecho Internacional Privado”⁹⁷⁷.

Justificar el 16.2.II en esta excepción no resultaba, en principio, del todo inadecuado si se atendía exclusivamente al objetivo de ambos preceptos pues la semejanza era innegable: protección a un tercero de buena fe ignorante de una norma.

El problema residía en que, aún admitiendo la citada coincidencia, el paralelismo desaparecía radicalmente cuando se pasaba a comparar sujetos y normas en uno y otro caso. El nacional español debe conocer todas las leyes especiales de su país en tanto que están todas en pie de igualdad entre sí y respecto al Código Civil mientras que resulta evidente que no tiene la misma obligación respecto a otras leyes de naciones distintas a la suya. No era admisible, por tanto —como señalaba DELGADO⁹⁷⁸—, adaptar el “interés nacional” internacionalprivatista a un hipotético “interés regional” de Derecho Interregional en

con la ley española. Es lo que se denomina la excepción o teoría del interés nacional, *cfr.*, ALVAREZ LATA, N., “Comentario al art. 10.8 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, p. 76. Acerca de la precariedad en la operatividad del precepto en el ámbito internacional, sobre todo tras el Convenio de Roma de 19 de julio de 1980 (BOE 19 de julio de 1993) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales *vid.* CALVO CARAVACA, A. L., “Comentario al art. 10.8 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, p. 728.

977 *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 91.

978 *Cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Ídem*, p. 90.

nombre de la buena fe puesto que los parámetros en los que se desenvuelven uno y otro son absolutamente distintos. Así podía deducirse igualmente en mi opinión, aunque no se la mencionara expresamente, de la propia Exposición de motivos del R.D. 1836/1974, de 31 de mayo⁹⁷⁹, —sancionador con fuerza de ley del texto articulado que desarrolla la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 para la modificación del Título Preliminar— que descartaba la aplicación de las normas de Derecho Internacional que resultasen inadecuadas en los conflictos de ámbito regional⁹⁸⁰.

979 “El artículo 16 versa sobre los conflictos de leyes originables por la coexistencia en España de distintas legislaciones civiles. Técnicamente no es sino el replanteamiento a escala intranacional de los mismos problemas derivados de la concurrencia internacional de diversos ordenamientos. Por tanto, en gran medida las normas de derecho internacional privado son susceptibles de resolver también esta otra clase de conflictos, pues si falta la identidad existen marcadas correlaciones (...). *No obstante, como los conflictos de ámbito regional se dan en el seno de la misma nación estructurada en un solo Estado, las normas dotadas de sentido en función de las diferencias nacionales y estatales quedan excluidas, como sucede en las relativas a la calificación, la remisión y el orden público*, mientras que no concurre igual circunstancia en el fraude de la ley que puede darse lo mismo en el plano de lo interestatal como en el interregional, así como también dentro de un solo ordenamiento o de una determinada legislación civil” (el subrayado es mío), *cfr.* BOE número 163 de 9 de julio de 1974, p. 14272 (*Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 37).

980 De esta manera lo entiende igualmente la corriente doctrinal (con autores españoles y extranjeros como BATTIFFOL, MANCINI, FEUERBACH, DE NOVA o AGUILAR NAVARRO, entre otros) que diferencia nítidamente entre ambos órdenes de Derecho, tal y como resaltaba LIRIA LAFARGA, M., “La regionalidad o vecindad civil”, *Jornadas de Derecho foral*, Jaca 27 al 31 de agosto de 1972, ADA, XVI, 72-73, p. 39.

En contra se manifiesta CALVO CARAVACA, limitando las excepciones de la aplicación del principio del “interés nacional” a las tres citadas en el art. 16.1.2º Cc. (la calificación, la remisión y el orden público). Se plantea incluso este autor la posibilidad de que, dada su presencia en el Título Preliminar, el art. 16.2.II constituyera el único supuesto de concreción del principio del interés nacional en el Derecho Interregional, pero acaba por no considerarlo como un argumento concluyente, achacando la falta de mención expresa en el precepto de cuestiones pertenecientes a

2.3.3. Cuestionamiento de la necesidad de la protección

La configuración legal del derecho expectante como gravamen real es semejante a la de otros gravámenes o derechos reales —por ejemplo, las servidumbres y los retractos legales— creados e impuestos por el Derecho estatal o por otros Derechos territoriales o forales. Por lo tanto, el problema de que pueda existir un gravamen al margen de lo que publique el Registro no es algo exclusivo del expectante aragonés⁹⁸¹ con lo que bien puede quedar justificado el cuestionamiento de la obligatoriedad de la protección de la buena fe del tercer adquirente en estos supuestos.

Sin embargo, como afirma DELGADO, las especiales características de este derecho (por ejemplo, el largo tiempo que puede pasar hasta que su existencia sea descubierta y su gran entidad en el momento de transformarse en usufructo) también pueden sostener el argumento contrario.

la capacidad a que su objetivo "...es la delimitación de las materias que pertenecen al estatuto real, con lo que el legislador no habría hecho otra cosa que repetir la errática ubicación que le ha dado, en el nuevo Título Preliminar del Cc., a la doctrina del interés nacional, incluyéndola no en las disposiciones jurídicas dedicadas al estatuto personal (art. 9 Cc.) sino al estatuto real (art. 10 Cc.)", *cfr.* CALVO CARAVACA, A. L., "La doctrina del interés nacional en Derecho Interregional", *Anales de Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 3, 1982, p. 218.

Sin pronunciarse expresamente, pero sí indirectamente, a favor de su aplicación también en el Derecho Interregional *vid.* BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO: "Diferente al orden público es el concepto de interés nacional, al que la doctrina suele reconocer esa eficacia de ser una cláusula de excepción también en el orden interregional. Dentro de ese concepto cabe incluir situaciones normales, como las que se pueden relacionar con la seguridad y fluidez del tráfico jurídico, y situaciones excepcionales o transitorias" (*cfr.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario al artículo 16.1 Cc.", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, vol 2º, *op. cit.*, p. 534)

981 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., "Comentario al art. 76 Comp. aragonesa", *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 738, nota 71.

Ahora bien, optando como se hizo por la protección, debería de haberse regulado de modo único e independiente para que realmente se hubiera podido obtener el fin perseguido. Haciéndola depender de cuestiones propias de Derecho Interregional, tal y como aparece en el 16.2.II Cc., el objetivo final queda desvirtuado, pudiendo incluso llegar a dejarla inoperante⁹⁸².

2.3.4. El favorecimiento indirecto a las situaciones de fraude del expectante

2.3.4.1. El párrafo II del art. 16.2 Cc. como cauce para defraudar el expectante del cónyuge del transmitente

La posibilidad de que un cónyuge defraudase el derecho expectante de su consorte a través del uso indebido del precepto ya fue advertida por la doctrina tras la promulgación del mismo⁹⁸³.

982 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)", *op. cit.*, p. 91. Y así señala el autor como es posible que exista un adquirente de buena fe de una finca situada en Aragón que ignore, sin culpa, que el enajenante estaba casado y se le podrá oponer también el derecho expectante.

En opinión de ARECHEDERRA ARANZADI es factible que un adquirente por compra celebrada en Aragón de un bien sito en Aragón sea de buena fe y quede protegido por el 16.2.II porque estima que el principio según el cual "la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento", concretado en el derecho expectante, alcanza a todo el mundo. Para este autor, la protección por circunstancias geográficas dentro de un Estado como el vigente en 1974, fecha de la promulgación del precepto, era inconcebible, pero encontraba, con todo, loable, el propósito de la norma, *cfr.* ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., "Comentario al art. 16.2 Cc.", *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991 de 20 de diciembre, *op. cit.*, p. 540.

983 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)", *op. cit.*, p. 98.

Bastaba para ello un adquirente de buena fe —que se presume siempre— y que el marido propietario de bienes privativos fuera de Aragón —hasta la supresión de la licencia marital para la mujer en 1975— realizase en solitario una enajenación en notaría no aragonesa y “omitiera” mencionar su régimen matrimonial aragonés para que el expectante de la esposa fuera inoponible⁹⁸⁴.

Por añadidura, la situación se complicaba al no existir disposición legal alguna que obligase a consignar en la escritura el régimen económico matrimonial, tal y como se deducía *a sensu contrario* del mismo precepto, *in fine* (...*sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente*)⁹⁸⁵.

2.3.4.2. La presunción implícita de la buena fe del transmitente

El origen del problema reside en que, entre las presunciones del precepto de las que parte el legislador, parece estar incluida también la buena fe del transmitente, obedeciendo la falta de mención a la ignorancia del verdadero régimen o a un simple olvido. Si así ocurría, el error podía ser más disculpable que el olvido en los supuestos en los que el matrimonio hubiera cambiado de residencia y perdido su vecindad civil aragonesa, pues esta situación podía justificar cierta confusión entre los cónyuges si no conocían la legislación al respecto.

Sin embargo, era igualmente posible que la omisión fuera premeditada para evitar así el conocimiento de la enajenación

984 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, p. 432; BATALLA GONZÁLEZ, M., “El artículo dieciséis del nuevo título preliminar del Código Civil y la viudedad aragonesa”, *op. cit.*, p. 109.

985 BATALLA GONZÁLEZ, M., *Ídem*, p. 109.

que, por parte del otro cónyuge, supondría su necesaria intervención para renunciar⁹⁸⁶. Bastaba para ello la simple premisa de un bien privativo situado fuera de Aragón: el propietario podía entonces optar fácilmente por otorgar escritura fuera y “olvidar” hacer constar en ella su verdadero régimen matrimonial.

2.3.4.3. La solución de MERINO HERNÁNDEZ: la aplicación analógica de la regulación del fraude para los bienes muebles del párrafo 3 del artículo 76 Comp. aragonesa

Durante la vigencia de la Compilación, MERINO HERNÁNDEZ se cuestionó la posible aplicación de la regulación del fraude a la viudedad en los bienes muebles (art. 76.3 Comp. aragonesa) a una enajenación fraudulenta que respondiera al supuesto de hecho del segundo párrafo del artículo 16.2. Cc., inclinándose en sentido afirmativo para evitar un tratamiento

986 *Vid.* el ejemplo, frecuente en la práctica, de enajenación por parte de un cónyuge sometido a ley aragonesa que, por error o por fraude, consciente en este segundo caso de la falsedad de su manifestación, afirma estar sometido al régimen de separación de bienes catalán incorrectamente tras residencia continuada en Cataluña y sus consecuencias negativas para el tercero hipotecario en ROMERO HERRERO, H., “Cuestión práctica de conflicto interregional”, *RDCA*, I, n° 2, 1995, pp. 109 a 112 e, igualmente, en “Determinación del régimen económico matrimonial. Conflictos Interregionales”, *RJNo*, abril-junio 1995, pp. 137 a 141. En igual sentido, consúltese a MERINO HERNÁNDEZ poniendo de relieve los problemas causados en la práctica notarial por las dudas sobre vecindad civil y régimen económico matrimonial originadas por cambios de residencia y cómo el importante desplazamiento de aragoneses a territorios como Cataluña provocó que el Estatuto de Autonomía de Aragón diera preferencia al estatuto personal para la aplicación del Derecho civil aragonés en MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Contestación al discurso de ZÁBALO ESCUDERO, E., *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho civil aragonés*”, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 15 de junio de 2005, *op. cit.*, p. 38.

peor para los inmuebles que, normalmente, son de mucho más valor e importancia⁹⁸⁷.

Tal y como se ha señalado más arriba, el párrafo segundo del artículo 16.2. Cc. se estructura en torno a la eficacia real y *erga omnes* del expectante con lo que circunscribe su ámbito de actuación, exclusivamente, a los bienes inmuebles.

Por su parte, durante la vigencia de la Compilación —y también ahora con la Lrem.— el expectante en los muebles quedaba condicionado a la existencia del bien en el momento del fallecimiento, extinguiéndose con la enajenación.

Sin embargo, si había mediado fraude, subsistía pese a esta última y podía, aún con todo, oponerse al adquirente *ex art. 76.3 Comp. aragonesa*.

En principio, el carácter real y la energía reipersecutoria *erga omnes* propias del expectante en los inmuebles hacían innecesaria una regulación paralela a la de los muebles respecto al fraude al derecho de viudedad.

No obstante, la interpretación extensiva que proponía MERINO daba, cuando menos, una respuesta al problema planteado sin salir de la legislación aragonesa, evitándose la pérdida del expectante por una actuación ilegítima del cónyuge disponente. En cualquier caso, a mi parecer, presentaba dos inconvenientes:

987 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés), *op. cit.*, p. 435.

a. La onerosidad de la enajenación

Siguiendo el criterio de SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS⁹⁸⁸, para que una enajenación de un bien mueble pudiera considerarse fraudulenta eran dos los requisitos que se precisaban, en aplicación por analogía (art. 1.2 Comp. aragonesa) —ante la falta de regulación aragonesa específica al respecto— de los exigidos por el ordenamiento estatal en otros supuestos de fraude, como el de acreedores o el de legítima: perjuicio para el cónyuge titular del derecho de viudedad y ánimo o intención de defraudar por parte del cónyuge enajenante.

En un posible fraude al expectante amparado en el 16.2.II Cc., el segundo estaba claro pero el primero no tanto. El perjuicio citado implicaba que el cónyuge defraudado viera disminuido el patrimonio del otro sobre el que, eventualmente, tendría usufructo vidual, con lo que la enajenación debía ser, en todo o en parte, lucrativa, porque si era onerosa, la contraprestación sería, por subrogación o reemplazo, el nuevo objeto del potencial usufructo.

En el supuesto que nos ocupa ni era gratuita ni, cuando menos, con precio encubierto notablemente inferior al de mercado sino todo lo contrario: no solamente era onerosa sino que, además, la intención de obviar el expectante obedecía a la finalidad de conseguir un precio mayor en la venta al que se obtendría con la carga del mismo⁹⁸⁹.

988 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, pp. 758 y 759.

989 BATALLA GONZÁLEZ, M., “El artículo dieciséis del nuevo título preliminar del Código Civil y la viudedad aragonesa”, *op. cit.*, p. 109.

b. Favor viduitatis

La finalidad última de la aplicación de la normativa del fraude propia de los muebles era la protección del derecho expectante.

Por otro lado, el principio del *favor viduitatis* busca la mayor extensión del derecho de viudedad, afectando no solamente a declaraciones de voluntad relativas a la misma sino también a la interpretación de los propios preceptos del Derecho positivo⁹⁹⁰, entendiéndose como tales, a los efectos que nos interesan, las normas de la Compilación entonces vigente.

En mi opinión, no parecía defendible que pudiera servir igualmente de cauce para preservar el expectante en un supuesto de hecho no contemplado en una norma aragonesa. Ni siquiera existía —ni entonces, ni ahora— una cierta identidad de razón entre el fraude en los muebles y en los inmuebles que justificase la aplicación analógica del precepto dado que, como se ha indicado más arriba, el fraude en los inmuebles resulta ajeno e innecesario, en atención al carácter real del expectante sobre ellos, al Derecho aragonés.

c. Conclusiones

De todo lo expuesto resulta evidente que no es suficiente limitar la buena fe al adquirente sino que sería precisa también su exigencia respecto del cónyuge enajenante⁹⁹¹. De no ser así,

990 SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 75 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 700.

991 Así lo entendió ya MERINO HERNÁNDEZ, para quien resultaba necesario partir de un concepto amplio de fraude equivalente a la buena fe de los

la puerta del fraude queda abierta y el expectante puede quedar inoperante sin posibilidad previa de conocimiento y defensa.

Al cónyuge defraudado le quedará, no obstante, la vía de la solicitud *a posteriori* de una indemnización de daños por la privación de su derecho, pero solamente en la medida en que el importe recibido por la enajenación haya desaparecido definitivamente del patrimonio del enajenante. Si no es así, el expectante recaerá entonces sobre la cantidad percibida⁹⁹².

También la mera negligencia del enajenante —sin dolo— debe dar lugar a medidas compensatorias pues la consecuencia para el expectante es idéntica si media error u olvido: inoponibilidad al adquirente oneroso de buena fe, bien como consecuencia de un supuesto sometimiento a régimen distinto al aragonés, bien, directamente, por falta de constancia de este último *ex art.16.2.II*⁹⁹³.

contratantes, *cf.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, p. 432.

992 DELGADO indica, no obstante, que la medida compensatoria puede configurarse como necesaria reinversión del importe percibido en otro inmueble, *cf.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 99. Evidentemente, ni el valor a futuro de un bien inmueble será el mismo que el del dinero en efectivo ni tampoco será igual la entidad del expectante en uno y otro, puesto que, en este último caso, carece de eficacia real alguna.

993 DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 99.

2.3.5. La inadecuación de la inoponibilidad a la naturaleza jurídica del expectante

2.3.5.1. Significado de la inoponibilidad

El derecho expectante sobre bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas se configura como un derecho real, subjetivo y actual que garantiza otro eventual que grava inmediatamente los bienes desde el momento de la celebración del matrimonio, si los hubiere, o a medida en que se fueran adquiriendo e ingresando de un modo pleno en los patrimonios privativo o común, convirtiéndose en usufructo si se produce la *condictio iuris* de la premoriencia del consorte del titular.

Estamos ante un derecho familiar, de eficacia *erga omnes* y con una publicidad legal que se sobrepone a la registral. Su eficacia reipersecutoria supone que sigue al bien con independencia de quien sea su poseedor en cada momento, aunque sea tercero de buena fe o incluso tercero hipotecario del art. 34 Lh. Tras su nacimiento, se convierte en un auténtico derecho vitalicio y permanente salvo que su titular renuncie o sobrevengan causas legales para su pérdida⁹⁹⁴.

Por su parte, el 16.2.II Cc. afirma que el expectante “no podrá oponerse al adquirente” si se cumplen todos los requisitos que enuncia en una enajenación de un bien de cónyuges con régimen matrimonial sometido a ley aragonesa. De cumplirse aquéllos, obsérvese como la enajenación celebrada fuera de Aragón del bien ubicado fuera de sus límites en la que no se ha hecho constar

994 Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Limitaciones al derecho de viudedad aragonés*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 12 de junio de 1997, *op. cit.*, p. 19.

el régimen matrimonial es válida y oponible. Lo que el legislador estatal califica de inoponible es, solamente, el expectante del con-sorte del enajenante, configurando así una auténtica excepción territorial al régimen jurídico de este derecho descrito *supra*.

De la propia terminología utilizada (“no *podrá*”) se desprende la ausencia de cualquier rasgo imperativo en el precepto. Por el contrario, se trata de una facultad potestativa ofrecida al adquirente. Como afirmó DELGADO ECHEVERRÍA, si decide hacer uso de la misma, la consecuencia será que el expectante no podrá hacerse valer o ejercitarse o disfrutarse luego como usufructo en perjuicio del adquirente⁹⁹⁵.

2.3.5.2. Fundamento de la inoponibilidad: la protección del adquirente como justificación única

En principio, dadas las características propias del expectante, resulta inexplicable que pueda quedar inoperante por otras razones distintas a la propia voluntad del titular o las reguladas en la legislación aragonesa.

Sin embargo, el resultado de inoponibilidad al que se llega aplicando el artículo 16.2.II se comprende mejor si se analiza el fundamento sobre el que, en exclusiva, se sustenta: la protección del adquirente de buena fe no aragonés ignorante bien

995 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 94; “Comentario al artículo 16.2 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, p. 1301; “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, *op. cit.*, p. 774. En igual sentido, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, pp. 432 y 433.

directamente de su existencia o, aún a sabiendas de ésta, de su funcionamiento y alcance⁹⁹⁶.

En el razonamiento del legislador estatal, la salvaguarda del comprador se estructura solamente en torno a si, previamente a la enajenación, se produce efectivamente el conocimiento del derecho. En caso afirmativo, que éste le afecte o, lo que es lo mismo, que le sea oponible, es admisible.

Con la “constancia del régimen” a la que hace referencia el precepto queda “informado” y por ello, de no mediar renuncia, el bien queda afecto justificadamente por el gravamen que el expectante supone.

Pero si no es así (...*sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente*), el adquirente podrá utilizar el cauce legal de la inoponibilidad, obteniendo como resultado que no le perjudique el expectante del cónyuge del transmitente respecto a ese bien y en esa concreta enajenación respetuosa con el resto de los condicionantes exigidos en el artículo. De ahí la necesidad de su publicidad si el entorno de la enajenación (sujetos no aragoneses, lugar del contrato y finca fuera de Aragón) no “favorece”, supuestamente, su conocimiento⁹⁹⁷.

996 D. Juan Vallet de Goytisolo fue el miembro de la Comisión General de Codificación que propuso la redacción del precepto que pasaría a ser la definitiva, calificándolo explícitamente como una “norma en defensa de tercero”. Consúltese en “Acta de la sesión del 16 de junio de 1965 (Acta 21)”, *Actas de las sesiones de la Comisión General de Codificación 1828-1994*, Catálogo General de Publicaciones Oficiales, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, pp. 111 y 112.

997 Para SAPENA TOMÁS no se trataba de ampararse en un desconocimiento de la ley de otro territorio, pues consideraba que si las Compilaciones eran Derecho español, su ignorancia no excusaba de su cumplimiento (art. 6.1 Cc.), sino en una presunción de que lo aplicable a cada región era su propio derecho, contratándose al amparo del mismo, *cfr.* SAPENA TOMÁS, J., “Vecindad civil y conflictos

2.3.5.3. La incompatibilidad de la protección del adquirente con la naturaleza familiar y la publicidad legal del derecho expectante

En principio, si se atendiera en exclusiva al objetivo de la protección del adquirente, la opción por la inoponibilidad podría ser defendible. Se trata, en definitiva, de proteger al tercero (entiéndase por tal respecto a los consortes pero parte contratante en cualquier caso) que va a adquirir el bien gravado por un “régimen matrimonial” que “desconoce”⁹⁹⁸. Y dicha situación es similar a la que se da ante un eventual cambio o modificación de régimen matrimonial entre cónyuges en la que el legislador exige también la publicidad para que sean oponibles a terceros (arts. 1333 Cc., 77.1 Lrc., 266 Rrc., 26 Lh., y 75.1 Rh.)⁹⁹⁹.

En aplicación de esta regulación, las nuevas capitulaciones serán oponibles hacia el futuro frente a todos solamente a partir de la fecha de su publicación¹⁰⁰⁰.

interregionales”, *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*, op. cit., p. 284.

998 ARECHEDERRA ARANZADI se mostraba así de categórico en este punto: “El artículo 76.2 Comp. aragonesa vela por la integridad de la futura viudedad; el 16.2.II, por la adquisición del tercero de buena fe” (el subrayado es mío), *cfr.* ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991 de 20 de diciembre, op. cit., p. 538, nota 32.

999 *Vid.* sobre ello BAYOD LÓPEZ, C., “Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes”, *ADC*, t. LX, fascículo III, julio-septiembre, 2007, pp. 1127 a 1129 y 1157.

1000 El cambio del sistema matrimonial requiere el concierto expreso de las partes mediante su formalización en escritura pública (arts. 1325 y 1327 Cc.), además de su constatación en el Registro Civil para alcanzar eficacia frente a terceros, *cfr.* STS 20 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2020).

Partiendo de la hipótesis del precepto —errónea, en tanto que ignora absolutamente lo dispuesto en el art. 9.2 Cc. y el propio régimen jurídico de la viudedad, pero indudablemente deducible de su tenor literal— de la asimilación entre régimen matrimonial aragonés y expectante¹⁰⁰¹, y de que en la *ratio* del mismo subyace la imperiosa necesidad de proteger al tercero de buena fe por su desconocimiento al igual que ante los cambios o modificaciones de régimen con mera eficacia *inter partes*, la “exigencia de publicidad” tendría su sentido.

Y así, de igual modo que en los capítulos la falta de inscripción implica la inoponibilidad frente a terceros de buena fe¹⁰⁰², no resultaría del todo extraño que la ausencia de “constancia” en la enajenación (...*sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente*) llevase aparejada idéntica consecuencia.

El valor de la inscripción de los capítulos y el de la “constancia” del “régimen aragonés” en los supuestos del 16.2.II Cc. sería, por tanto, el mismo: la oponibilidad. Como resultado, el tercero quedaría protegido en ambos casos.

Ahora bien, esta aparente justificación de la opción del legislador estatal es absolutamente inaceptable desde la perspectiva de la ley aragonesa. Si se razona desde la premisa correcta del expectante como efecto *ex lege* del matrimonio absolutamente independiente del régimen matrimonial¹⁰⁰³, elucubrar sobre la

1001 Sobre dicha equiparación, consúltese, en este mismo Capítulo, el apartado 2.1.4.2, punto b).

1002 *Vid.*, entre otros, DE LOS MOZOS, J. L., “Comentario al artículo 1333 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García, T. XVIII, vol. 1º, 2ª Ed., Edersa, 1982, p. 58; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 1333 Cc.”, *Comentario del Código Civil*, T. II, *op. cit.*, p. 611.

1003 *Vid.* al respecto BAYOD LÓPEZ, C., “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, pp. 390 a 392.

necesidad de su publicidad para que sea oponible o no a terceros de buena fe pierde todo significado.

En los capítulos tiene pleno sentido para la oponibilidad la exigencia de la inscripción, dado que ésta última no tiene carácter constitutivo al ser suficiente la escritura pública para su validez (art. 1327 Cc.). En el expectante, por el contrario, resulta innecesaria publicidad alguna en tanto que tiene ya, de origen, la eficacia *erga omnes* que el cambio o modificación de régimen matrimonial obtienen con aquélla¹⁰⁰⁴.

La utilización de la técnica de la inoponibilidad por parte del legislador del Código ignora por completo las especiales características del expectante aragonés, en particular, su peculiar naturaleza familiar y su publicidad legal:

a. Derecho familiar

La naturaleza familiar consustancial al derecho de viudedad aragonés impide que el derecho del adquirente sea preferente. Y ello porque el derecho expectante siempre será anterior al de este último en tanto que surge con el matrimonio o, en todo caso, con el ingreso posterior del bien en el patrimonio común o privativo¹⁰⁰⁵.

1004 Como afirma RAGEL SÁNCHEZ, una modificación de régimen válida y que cuenta con la necesaria publicidad resulta inoponible frente a los derechos adquiridos, *cf.* RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, *op. cit.*, p. 211. En aplicación del art. 1317 Cc., aquélla carece de efectos retroactivos. *A sensu contrario*, resulta paradójico que a un derecho nacido del matrimonio de anterioridad incuestionable pueda oponérsele un contrato posterior en el tiempo.

1005 *Vid.* lo que señalaba MERINO al respecto: “Me parece muy bien que las normas legales tiendan a la protección de los derechos de los adquirentes a título oneroso y de buena fe (a ello responde sustancialmente casi toda la legislación re-

b. Publicidad legal

Partiendo del carácter legal del expectante, si al adquirente del bien gravado se le pasa por alto esta cuestión no podrá achacarse a la falta de publicidad registral que, si bien conveniente¹⁰⁰⁶, no la precisa en absoluto. El conocimiento efectivo por parte del tercero se dará inevitablemente siempre que se observen unas reglas elementales de prudencia que cualquier comprador debe de tener en cuenta. Por este motivo, resulta difícil encuadrar la ignorancia del expectante en la diligencia media que un adquirente cabal debe tener allá donde esté y cualquiera que sea el Derecho al que esté sometido¹⁰⁰⁷.

gistral hipotecaria), pero lo que no me parece tan bien es que ello haya de lograrse a costa de los derechos —*derechos ya adquiridos*— de otra persona” (el subrayado es mío), *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, p. 433.

1006 El artículo no distingue entre enajenaciones operadas fuera o dentro del Registro de la Propiedad con lo que afecta a todas por igual. Sin embargo, como ya señalaron SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, la toma de razón autónoma del expectante en aquél es especialmente útil y conveniente en inmuebles situados fuera de Aragón, para evitar que quien reúna la condición de tercero a efectos del artículo 34 Lh. pueda invocar el 16.2.II Cc. y haga valer la inoponibilidad frente a él de dicho derecho, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al art. 76 Comp. aragonesa”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, *op. cit.*, p. 737. En igual sentido, *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, pp. 97 y 98 y SERRANO GARCÍA, J. A., “Comentario a la STS de 26 de junio de 1989 (Derecho civil aragonés: enajenación de bienes inmuebles comunes y derecho expectante de viudedad)”, *op. cit.*, p. 621.

1007 “¿No sería preferible que el futuro adquirente de determinados bienes consultara previamente a su adquisición la situación registral de los mismos? De ella podría deducir con bastante sencillez el especial régimen familiar y conyugal al que están afectos”, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, p. 433.

Por tanto, el único resultado admisible desde la óptica aragonesa —tanto en el momento de la promulgación del precepto, durante la vigencia de la Compilación, como ahora con la Lrem.— sería que el expectante quede siempre por delante del derecho de un eventual adquirente ignorante de buena fe. En definitiva, que pueda “oponerse” sin más requisitos, pues siempre gozará tanto de anterioridad en el tiempo como de una publicidad legal que desplazará por sí misma, de haberla, a la registral.

2.3.5.4. Los efectos de la inoponibilidad para el titular del expectante en el tráfico jurídico: ¿Excepción o extinción?

a. La inoponibilidad como excepción

Etimológicamente, “oponer” deriva del latín *opponere* (“poner, colocar delante, aducir, alegar, enfrentar”) y significa “poner algo contra otra cosa para entorpecer o impedir su efecto”¹⁰⁰⁸.

En el supuesto concreto que nos ocupa si el derecho expectante no puede invocarse, el resultado es una excepción¹⁰⁰⁹ que lo deja vacío de contenido. El adquirente queda así, por mor de la más que cuestionable voluntad del legislador estatal, fuera del efecto real y *erga omnes* que, con carácter general, es inherente al

1008 Cfr. <http://www.rae.es>

1009 Afirma RAGEL SÁNCHEZ que, en la redacción originaria de 1889, el Código Civil contenía algunas menciones del término “oponer” —como las de los artículos 1197, 1198 y 1200— en los que éste se ofrecía como sinónimo de “excepcionar”, palabra con la que gramaticalmente guarda estrecha relación, cfr. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, op. cit., p. 18 e, igualmente, en “La inoponibilidad”, *NUL. Estudios sobre invalidez y eficacia. Nulidad de los actos jurídicos*, 2007, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=401>, p. 1. Este sentido originario, de marcado matiz procesal, es el que parece estar todavía en el 16.2.II Cc.

expectante en la legislación aragonesa, la única que, exclusivamente, debería resultarle aplicable.

b. La inoponibilidad como extinción

Formalmente, es evidente que el expectante *no se extingue*¹⁰¹⁰. En la práctica, desde la perspectiva del adquirente, y constante el matrimonio del transmitente con régimen matrimonial sometido a ley aragonesa, la distinción entre inoponibilidad y extinción es, probablemente, irrelevante, pues la consecuencia final en ambas se materializa en la inmunidad ante la carga sobre el bien que el expectante supone.

Sin embargo, desde la posición del titular del derecho, la imposibilidad de su ejercicio puede llegar a ser sinónima de su simple y llana desaparición. De ser ésta última la regla general estaríamos, a mi juicio, ante otro defecto más, quizás de los más graves, a añadir en el precepto que nos ocupa.

Es innegable, de entrada, que esta interpretación flexible a favor de la extinción se aparta de la dicción del precepto.

No obstante, aún aceptando esta crítica, existen argumentos que creo la hacen, cuando menos, susceptible de valoración. Favorables a la hermeneútica elegida pueden citarse los siguientes:

1010 “¿Quiere decirse que el expectante se extingue? No creo que sea exactamente así: *ni lo dice la ley* ni es necesario para la protección del tercero” (el subrayado es mío), *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 94; igualmente en “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil.*, vol. I, *op. cit.*, p. 774.

b.1. Argumentos a favor:

b.1.1. Coherencia con la ratio legis del art. 16.2.II

La salvaguardia del adquirente fue —tal y como se ha visto en el apartado anterior— el objetivo único del legislador en su promulgación. La extinción no sería discordante con la *ratio legis* del precepto pues aquél seguiría de igual modo protegido.

b.1.2. Solución al problema de la oponibilidad de la viudedad de anteriores enajenantes

Admitiendo que el 16.2.II constituye en puridad una extinción quedaría colmada la laguna del efecto de la viudedad del cónyuge de anteriores enajenantes del bien respecto a posteriores adquirentes que la norma no contempla¹⁰¹¹.

1011 Como puntualiza acertadamente DELGADO, la norma no se refiere a la viudedad del cónyuge de anteriores enajenantes del bien. Se produce, por tanto, una laguna en relación con los posteriores adquirentes que, sin embargo, estarían —en su opinión— más necesitados de protección, pues más difícilmente pueden averiguar datos al respecto. Partiendo de que el precepto contiene un supuesto de inoponibilidad, si el adquirente posterior lo es de persona protegida, considera lógico que aquél también lo sea. En caso contrario, aunque la conclusión lógica sería también la oponibilidad, afirma que sería un resultado insatisfactorio que debe colmarse con los criterios implícitos de la norma para el primer adquirente, es decir, buena fe y título oneroso, adaptando el resto a este supuesto; en particular, entendiendo por régimen matrimonial el del anterior transmitente. En este último caso matiza, no obstante, que si se entiende que “no podrá oponerse” equivale a “se extingue” no hay problema, pues el bien objeto de la adquisición ya no estaría gravado con el derecho de viudedad, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, pp. 95 y 96.

b.1.3. Identidad de consecuencias con la extinción en los supuestos de enajenación del pleno dominio

En los casos de enajenación del pleno dominio —que son mayoritarios— las consecuencias prácticas para el titular del derecho son similares a las de la extinción. Así lo afirmaba ya durante la vigencia de la Compilación DELGADO ECHEVERRÍA aún mostrándose a favor de que “no podrá oponerse” no equivale a “se extingue”¹⁰¹².

b.2. Argumento contrario:

En el polo opuesto de las razones expuestas se encuentra el argumento siguiente:

b.2.1. Desprotección para el titular del expectante si cesa el perjuicio para el adquirente

La identificación estricta de la inoponibilidad con la extinción perjudica al titular del derecho en los supuestos en los que el perjuicio para el adquirente, fundamento de la falta de oposición contemplada en el precepto, desaparece, en tanto que deviene absolutamente incompatible con una eventual recuperación.

Por el contrario, siguiendo a DELGADO ECHEVERRÍA, si se considera que no desaparece sino que, aunque inoperante,

1012 “No podrá oponerse” no equivale a “se extingue”, si bien en el caso común y paradigmático de enajenación del dominio pleno las consecuencias apenas difieren prácticamente”, *cf.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 94. En igual sentido favorable a la inoponibilidad *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al artículo 16 Cc.”, *Comentario del Código Civil*, T. I, *op. cit.*, p. 171; “Comentario al artículo 16.2 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, p. 1301; “Comentario al artículo 16 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, *op. cit.*, p. 434.

subsiste, el titular del expectante puede resultar beneficiado de la inoponibilidad en el hipotético e improbable caso de que el adquirente abandone posteriormente el inmueble. De igual modo, resulta favorecido con esta interpretación cuando lo que se enajena no sea el dominio pleno sino un derecho real limitado. En este último supuesto, consideraba correcto interpretar durante la vigencia de la Compilación —en buena lógica con la inoponibilidad del derecho que defendía— que el expectante subsistía sin trabas en tanto que no perjudicara al derecho real adquirido por el tercero y se expandía a todos los aspectos o utilidades de la cosa, una vez fallecido su consorte, si aquél derecho se extinguía¹⁰¹³.

Evidentemente, tanto en uno como en otro, la bondad de la inoponibilidad frente a la extinción queda puesta en evidencia. En el primero, recuperaría el expectante; en el segundo, ya el usufructo viudal¹⁰¹⁴. El motivo común y único en ambos es el decaimiento del fundamento de protección del adquirente.

1013 Ponía como ejemplo de su razonamiento el siguiente: “Juan, casado con Juana, cuyo régimen económico matrimonial está sujeto al Derecho aragonés, transmite por venta una finca de su propiedad (sin intervención de Juana) en usufructo a Ulpiano y en nuda propiedad a Pedro. En Ulpiano concurren los requisitos del art. 16.2.II más no así en Pedro. Premuriendo Juan a su mujer vive todavía Ulpiano. A la muerte de éste ¿puede Juana pretender viudedad sobre la finca? La respuesta afirmativa —que me parece la correcta— implica que el derecho expectante de Juana no se había extinguido por no poder oponerse a Ulpiano, sino *simplemente que no podía ejercitarse en su perjuicio*” (el subrayado es mío), *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, p. 94.

1014 Durante la vigencia de la Compilación, MERINO HERNÁNDEZ sostenía que podía defenderse la extinción del expectante y la inviabilidad de reclamar el eventual usufructo apoyándose en que el tenor literal del 79 Comp. aragonesa lo atribuía “al sobreviviente con derecho expectante” sobre “los bienes *afectos*”. Para él, los bienes no estaban afectos al expectante por ser este inoponible al adquirente

de buena fe. En su opinión, en los supuestos del 16.2.II, “el cónyuge supérstite del enajenante no podía reclamar el usufructo de viudedad sobre los bienes enajenados sin su expresa renuncia *porque efectivamente lo había perdido. Los bienes enajenados por su consorte no estaban afectos al derecho expectante en la medida en que éste era inoponible al adquirente de buena fe*” (el subrayado es mío), *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Usufructo viudal”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 349. En igual sentido, durante la vigencia de la Compilación de 1967, *vid.* “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”: “Y claro está, si ante una enajenación de las comentadas, el cónyuge titular del derecho expectante *pierde éste (que es lo mismo que no poder oponerlo al adquirente de los bienes), de acuerdo con lo dispuesto en el antes citado artículo 79 Comp. aragonesa perderá también todo derecho de usufructo sobre los bienes vendidos si el cónyuge transmitente llega a fallecer antes que él*” (el subrayado es mío), *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *op. cit.*, pp. 432 y 433.

Sin embargo, con la vigencia del actual art. 101 Lrem., considera que el titular del expectante sí podría reclamar el usufructo de los bienes vendidos *ex art.* 16.2.II Cc. en el supuesto de premoriencia de su consorte. El argumento esgrimido a favor de esta posibilidad es que en la Lrem. ya no se atribuye el usufructo sobre los bienes “*afectos al expectante*” sino sobre los enajenados en vida “sobre los que *subsista* el derecho expectante de viudedad” y este último, al no ser oponible, subsiste. Para MERINO, no se trataría de una interpretación excesivamente rigurosa sino que es lo que se desprende del juego de las normas atinentes al supuesto de hecho, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Usufructo viudal”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, p. 349.

En mi opinión, la diferencia entre bienes “*afectos al expectante*” del 79 Comp. aragonesa y los “enajenados en vida sobre los que *subsista* el derecho de expectante de viudedad” del 101 Lrem. resulta irrelevante. El gravamen sobre los bienes proviene de la celebración del matrimonio o, en su caso, desde la entrada en el patrimonio común o privativo de los cónyuges y su inoponibilidad, como se ha defendido en el texto, está vinculada exclusivamente a la protección del adquirente. Por lo tanto, creo que la posibilidad de usufructo que MERINO defiende ahora era igual de factible vigente la Compilación pero con un importante matiz: lo definitivo —entonces y ahora— no será la premoriencia del consorte enajenante sino que llegue a resultar innecesaria la protección al adquirente. En cualquier caso, con la vigencia de Lrem., en la valoración de la posibilidad de un eventual usufructo hay que tener presente el efecto extintivo *ex lege* del expectante del art. 98.1.b) Lrem. en cualquier enajenación válida de bienes consorciales o el derivado de la mera concurrencia de ambos cónyuges del 98.2 Lrem.

No obstante lo expuesto, debe reconocerse que admitiendo el usufructo sin más requisitos —como MERINO— hallaríamos, de entrada, un buen argumento

En cualquier caso, con independencia de la mayor o menor frecuencia práctica de estos dos supuestos, estimamos que ambas posibilidades configuran excepciones válidas de suficiente entidad como para impedir la identificación absoluta entre inoponibilidad y extinción planteada al inicio.

c. Conclusiones

La interpretación literal de la inoponibilidad contemplada en el artículo 16.2.II equivale a la ineficacia de todo el derecho de viudedad, tanto en fase de expectante como de usufructo, en su caso, en todas las transmisiones que respondan a los requisitos que recoge mientras exista un perjuicio real para el adquirente ignorante.

En la praxis, nuestra traducción de la afirmación precedente es que —salvo en los casos puntuales aludidos de abandono del bien o en los que, existiendo previamente un derecho real limitado, este último quede extinguido— la imposibilidad de oposición del derecho de viudedad entraña una auténtica pérdida

para la protección del viudo ante eventuales enajenaciones fraudulentas de bienes consorciales en las que el consentimiento de uno de los consortes, siendo necesario, hubiera sido indebidamente preterido así como en las de bienes privativos del otro realizadas sin su conocimiento fuera de Aragón, a excepción de los pertenecientes al tráfico de su profesión o negocio en los que también quedaría extinguido el expectante *ex* 98.1.c) Lrem. Sin embargo, aunque deseable desde la óptica de nuestra comunidad autónoma, no me parece que esta interpretación se ajuste a la *ratio legis* motivadora del precepto, en línea, como se ha puesto de relieve, con la supresión global de *toda* la institución mientras “perjudique” a un adquirente de buena fe ignorante de la misma. A mi juicio, no afecta a la afirmación precedente que en el artículo se haga referencia solamente al expectante y no al usufructo pues, lógicamente, aquél será la única forma en la que se manifestará la viudedad del consorte no enajenante en el momento de la venta.

para su titular, constituyendo, en última instancia, una derogación estatal soterrada del mismo.

§ 3. VIGENCIA ACTUAL DEL ART. 16.2.II CC.: LA NOTABLE REDUCCIÓN DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

A pesar de los innegables problemas que derivan del precepto y las numerosas críticas negativas suscitadas en la doctrina aragonesa desde su promulgación lo cierto es que, hasta la fecha, sigue plenamente vigente.

Además, para mayor gravedad, no ha sido objeto de ninguna adaptación o modificación que pudiera paliar de algún modo la situación expuesta, máxime cuando la norma proviene de 1974 pero los criterios que la sustentan —las ideas de PELAYO HORE y las resoluciones de la DGRN— aún surgen algunas décadas más atrás.

Sin embargo, dos modificaciones sustanciales introducidas en la normativa registral (1992) y notarial (2007) en relación con el régimen económico matrimonial han producido, de modo tangencial, un cambio radical en esta cuestión¹⁰¹⁵. En aplicación de las mismas, soslayar la constancia del régimen matrimonial será muy difícil con lo que, a falta de dicho requisito, el 16.2.II Cc. reduce sustancialmente sus posibilidades prácticas.

La protección del tercero no aragonés ignorante del expectante que abanderaba desde sus inicios la *ratio legis* de la norma queda ahora carente de sentido alguno. Paradójicamente, la mayor virtualidad del precepto en la actualidad es que sigue siendo un auténtico cauce abierto para el fraude al expectante:

1015 MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Usufructo viudal”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, *op. cit.*, p. 350.

3.1. LA MODIFICACIÓN DE 1992 DEL ARTÍCULO 51.9 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. LA OBLIGATORIEDAD DE LA CONSIGNACIÓN EN LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

EL R.D. 1368/1992, de 13 de noviembre (BOE núm. 303 de 18 de diciembre), cambió la redacción del artículo 51.9 Rh., obligando a los registradores, si el acto o contrato que se inscribe puede afectar a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, a consignar en la inscripción el régimen económico matrimonial tanto de la persona a cuyo favor se practique aquélla como el de la que proceda el bien o derecho que se inscriba¹⁰¹⁶:

Artículo 51 Rh.

9ª) La persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquélla de quien proceda el bien o derecho que se inscriba se determinarán conforme las siguientes reglas:

a) Si se trata de personas físicas, se expresará (...) si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, *de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge.*

El ar. 16.2.II Cc. resultará inaplicable en aquellas enajenaciones que tengan acceso al Registro de la Propiedad pues, en virtud del art. 51.9 Rh., nunca se dará la falta de constancia del régimen matrimonial de ningún sujeto interviniente¹⁰¹⁷.

1016 El titular registral es el sujeto de los derechos que se adquieren o declaran en el acto que se lleva al Registro. Su designación tiene como fin identificarlo de modo que no pueda confundirse con ningún otro. A este propósito responde el artículo 51 Rh. en su regla novena, en relación con las personas físicas, *cfr.* LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos del Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, *op. cit.*, pp. 85 y 86.

1017 En este sentido *vid.* LERMA RODRIGO, Mª del C., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros*

Como la escritura pública es ineludible para la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts 2.1 y 3 Lh. y 33 Rh.) y además es requisito constitutivo en caso de hipoteca (1875 Cc. y 145 Lh.), el documento privado quedará relegado solamente a los casos minoritarios en los que la venta del inmueble no se financie con un préstamo hipotecario, se prescindiera de la posterior inscripción registral o ambos a la vez¹⁰¹⁸.

del Foro de Derecho aragonés, op. cit., p. 148. Igualmente, BARRIO GALLARDO, A., "Derecho expectante de viudedad e incumplimiento en materia de contratación inmobiliaria", *Cuadernos Lacruz Berdejo*, núm. 4, 2007, <http://www.derecho-aragonés.net/cuadernos/document.php?id=416>, p. 19, nota nº 51.

Con anterioridad a dicha modificación, el artículo 90.1 Rh., con redacción del R.D. de 12 de noviembre de 1982, ya regulaba la necesidad de la inscripción del régimen matrimonial, pero sólo para los adquirentes sometidos a un régimen de comunidad de Derecho foral o especial:

Artículo 90 Rh.

1.– Los bienes que con arreglo al Derecho foral o especial aplicable correspondan a una comunidad matrimonial, se inscribirán a nombre del cónyuge o de los cónyuges adquirentes, expresándose, cuando proceda, el carácter común y, en su caso, la denominación que aquélla tenga. Si los bienes estuvieren inscritos a favor de uno de los cónyuges y procediera legalmente, de acuerdo con la naturaleza del régimen matrimonial, la incorporación o integración de los mismos a la comunidad, podrá hacerse constar dicha circunstancia por nota marginal.

Quedaba fuera, por tanto, de su ámbito, el régimen de separación de bienes que es el que, precisamente, cobra especial relevancia de cara a la posible aplicación del 16.2.II Cc.

Con la modificación introducida en el 51.9 Rh., la constancia del régimen se configura como un requisito más de identificación general tanto del adquirente como del transmitente, con total independencia de la clase concreta de aquél.

1018 Señala LERMA RODRIGO que si con posterioridad se produjera un cambio de criterio y se realizara la inscripción ésta deberá hacerse con reserva del expectante y serían los Tribunales en última instancia quienes, mediante una resolución en firme, resolverían acerca de la oponibilidad del derecho, *cfr.* LERMA RODRIGO, M^a del C., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés, op. cit.*, pp. 148 y 149. Esta solución es la que parece coherente con el precepto que parece situar

Constituye, por tanto, una limitación de extraordinaria importancia al ámbito de actuación del precepto pues serán rarísimas las ocasiones en que un comprador adquiera en efectivo un inmueble y/o no inscriba en el Registro su adquisición.

3.2. LA MODIFICACIÓN DE 2007 DEL REGLAMENTO DE LA ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN DEL NOTARIADO. LA OBLIGATORIEDAD DE LA CONSIGNACIÓN EN LA ESCRITURA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

El R.D. 45/2007, de 19 enero (B.O.E. núm. 25 de 29 de enero), modificó numerosos preceptos del Reglamento Notarial. En relación con la materia que nos ocupa resulta de aplicación el párrafo 3º del artículo 159:

Artículo 159 Rn.

(...) Si el otorgante fuere casado, separado judicialmente o divorciado, y el acto o contrato afectase o pudiese afectar en el futuro a las consecuencias patrimoniales de su matrimonio actual, o en su caso, anterior, se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge a quien afectase o pudiese afectar, así como el régimen matrimonial¹⁰¹⁹.

temporalmente —como señala DELGADO— la constancia del régimen matrimonial aragonés en el momento de celebración del contrato, con lo que la que se hiciera con posterioridad sería irrelevante. *Vid.* sobre ello DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma), *op. cit.*, p. 93; “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. I, vol. 2º, *op. cit.*, 1300.

1019 Antes de la reforma, el artículo 159 Rn. estaba redactado con el siguiente tenor literal:

“Si el otorgante fuere casado, viudo o divorciado, y el acto o contrato afectare a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se harán constar el nombre y apellidos del cónyuge, diciendo también si está casado en primeras nupcias o en ulterior matrimonio, salvo que por ley o por pacto no exista entre los cónyuges sociedad de gananciales”.

El precepto regula la necesaria constancia del régimen matrimonial en la escritura, resultando muy similar a la regla antes vista del 51.9 Rh., si bien con mayor amplitud al incluir también el de un eventual matrimonio anterior. La coordinación entre ambos preceptos aparece claramente en el artículo 173 Rn. que obliga al notario a velar por la correcta observancia de la normativa registral aplicable:

Artículo 173 Rn.

En todo caso, *el notario cuidará de que en el documento inscribible en el Registro de la Propiedad inmueble, (...) se consignen todas las circunstancias necesarias para su inscripción, según la respectiva disposición aplicable a cada caso, cuidando además que tal circunstancia no se exprese con inexactitud que dé lugar a error o perjuicio para tercero.*

Para la constancia del régimen económico, basta con la mera declaración del transmitente si es el legal. En el supuesto de la existencia de capítulos, deberá indicarse al notario la escritura y su constancia registral, en su caso:

Artículo 159 Rn.

(...) Se expresará, en todo caso, el régimen económico de los casados no separados judicialmente. Si fuere el legal bastará la declaración del otorgante. Si fuese el establecido en capitulaciones matrimoniales será suficiente, a todos los efectos legales, que se le acredite al notario su otorgamiento en forma auténtica. El notario identificará la escritura de capitulaciones y en su caso, su constancia registral, y testimoniará, brevemente, el régimen acreditado, salvo que fuere alguno de los regulados en la ley, en que bastará con hacer constar cuál de ellos es.

Si hay capítulos inscritos, la posibilidad de fraude o ignorancia por parte del transmitente de su verdadero régimen matri-

Como puede observarse, nada se indicaba del régimen matrimonial, limitándose además sus efectos a la sociedad de gananciales.

monial no existe puesto que el notario lo verificará en la escritura correspondiente.

Sin embargo, si el régimen es el legal, la situación es muy distinta ya que basta con que el transmitente —por error o conveniencia— indique un régimen matrimonial legal que no sea el suyo para eludir la intervención de su consorte¹⁰²⁰.

La responsabilidad derivada de una eventual actuación negligente o fraudulenta es solamente para el enajenante pues esta manifestación no vincula al Notario, tal y como aparece regulado en el art. 172 Rn.¹⁰²¹:

Artículo 172 Rn.

La falsedad o inexactitud de las manifestaciones verbales de los interesados serán de la responsabilidad de los que la formularsen, y nunca del Notario autorizante.

Por lo tanto, a pesar de que la normativa expuesta supone una importantísima contribución a la seguridad jurídica en el

1020 “Nos encontramos con que si van a celebrar un matrimonio un catalán y un aragonés (...) y están casados en régimen de consorciales, a la hora de disponer de ese bien, tendrán que prestar consentimiento los dos cónyuges; pero si *manifiesta* uno de los cónyuges que está casado en régimen de separación de bienes, ahí basta esa manifestación para que en la escritura comparezca así y en el Registro de la Propiedad se inscriba así (...) ¿Cómo se prueba eso? ¿Qué pruebas hay? *Las meras manifestaciones*. ¿Qué seguridad aporta? Ninguna”, *cfr.* ROMERO HERRERO, H., coloquio posterior a la ponencia de ZÁBALO ESCUDERO, E., “La reforma del Derecho Civil aragonés: el marco constitucional” (ponente), *Actas de los Sextos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997, pp. 55 y 56.

1021 *Vid.* lo que señalaba PELAYO HORE al respecto: “En la mayor parte de los casos la condición de aragonés no se revela por signos exteriores ¿cómo exigir al Notario que en cada caso particular someta al marido enajenante a un apretado examen hasta llegar a averiguar si se halla o no sometido al régimen de nuestro Fuero?”, *cfr.* PELAYO HORE, S., *Problemas de la viudedad foral*, *op. cit.*, p. 185; igualmente en “La viudedad foral aragonesa (cuestiones extrarregionales)”, *op. cit.*, p. 31.

tráfico inmobiliario, si la escritura se inscribiera seguidamente en el Registro de la Propiedad, el expectante del cónyuge del enajenante podría quedar obviado ilegítimamente si se dan el resto de los requisitos del 16.2.II Cc.

Fuera de estos casos, si el transmitente actúa de buena fe, la constancia del régimen matrimonial correcto será inevitable y, con ella, la imposibilidad de que el expectante resulte inoponible.

§ 4. CONCLUSIÓN

La subsistencia del párrafo II del art. 16.2 Cc. constituye hoy una excepción anacrónica al Derecho aragonés carente de justificación. El precepto supuso en su momento acotar la eficacia reipersecutoria del expectante al territorio aragonés en un intento vano de solucionar los problemas registrales y de protección al tercero de buena fe que, en origen, motivaron supuestamente su existencia.

Hubiera bastado, sin embargo, una norma con criterios jurídicos racionales y respetuosos con nuestro Derecho que, sin inmiscuirse en el régimen jurídico del expectante, hubiera fijado, sin más, la preeminencia de una u otro, dejando el resto a la valoración de los jueces¹⁰²².

Que esta cuestión derivara, por el contrario, en un asunto de Derecho Interregional y que, para mayor gravedad, haya permanecido como ejemplo único de toda la legislación foral o especial hasta la fecha, supone un extraño e inexplicable recodo por el que, aún hoy, puede diluirse todavía, en cierta medida, la secular eficacia real y *erga omnes* del expectante aragonés en los bienes inmuebles.

1022 DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

CONCLUSIONES FINALES

Según decíamos en el Preliminar, nuestro objetivo inicial era examinar, en relación con el derecho expectante, tanto las soluciones concretas en las que el legislador de la Lrem. ha plasmado su voluntad de reformular las normas reguladoras de esta materia en la Compilación como sus consecuencias prácticas, con la finalidad de llegar a conclusiones fundadas que nos permitieran un conocimiento apto para valorar su discutida adecuación a las necesidades actuales del tráfico jurídico y sus eventuales perspectivas de futuro.

Una vez completado el recorrido citado, las conclusiones principales a las que hemos llegado pueden resumirse así:

I

La regulación del derecho de viudedad en la Lrem. responde a un criterio continuista en la tradicional y mayoritaria calificación de institución de carácter familiar que descansa en dos pilares básicos: el origen matrimonial (arts. 10 y 89.1 Lrem.) y la presencia en cualquier matrimonio regido por norma aragonesa, con independencia del régimen económico que tengan los cónyuges (art. 89.3 y 23.2 Lrem.). En nuestra opinión, esta calificación resulta compatible con la supresión en la Lrem. de la

exigencia previa de expectante para la existencia de un eventual usufructo vidual propia del régimen de la Compilación. Consideramos que solamente se relativiza, sin desnaturalizarla, la acepción familiar de la institución en aras de una solución efectiva a los problemas provocados con la anterior regulación por el efecto real del expectante en el tráfico jurídico de inmuebles.

La interpretación matizada de la naturaleza familiar de la viudedad que sostenemos ofrece además, a nuestro juicio, un argumento sólido para inclinar la balanza a favor de la aplicación del 16.2.III Cc. en detrimento del 9.8 Cc. a los aragoneses por residencia. No obstante, *de lege ferenda*, nos parece deseable una regulación en el ámbito del Derecho Interregional Privado respetuosa con dicha naturaleza que dé por zanjada la difícil convivencia entre ambos preceptos.

II

El artículo 98 Lrem. recoge supuestos de extinción automática del expectante sobre bienes inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas en disposiciones de carácter voluntario que constituyen excepciones legales a la eficacia reipersecutoria inherente a este derecho.

El contenido del precepto no es nuevo puesto que el legislador aragonés se sirve de causas extintivas ya existentes en la Compilación, en la doctrina comúnmente aceptada o en la práctica reiterada, a excepción de la extinción registral del apartado número 4º. Sin embargo, han sido objeto de revisión a la luz de las necesidades propias de la sociedad actual con la finalidad última de armonizar la institución en su fase expectante con la agilidad y seguridad del tráfico jurídico inmobiliario en el que intervienen cónyuges con régimen matrimonial sometido a Ley aragonesa.

III

En relación con la renuncia como causa extintiva recogida en el art. 98.1 a) Lrem., se da cobertura a una posibilidad que la práctica notarial ya venía ensayando anteriormente con frecuencia bajo distintas técnicas: renunciar solamente al derecho expectante y conservar el usufructo respecto de aquellos bienes que no se hayan enajenado (arts. 90 y 92 Lrem.). Se trata de una novedad legal superadora de la renuncia como sinónimo de pérdida del usufructo de viudedad característica de la Compilación que derivaba de la exigencia previa de derecho expectante para que, posteriormente, hubiera usufructo (art. 79 Comp. aragonesa). Hoy, sin embargo, habrá usufructo si no hay enajenación anterior a la muerte del cónyuge propietario del bien pero, mientras tanto, éste podrá disponer en vida sin trabas y el viudo quedará protegido si, finalmente, aquélla no llega efectivamente a producirse.

Igualmente, se recoge en el art. 98.1.a) Lrem. la exigencia tradicional de que la renuncia sea expresa, eliminando así cualquier variedad de renuncia tácita o de presunción, junto con la excepción de la forma pública en los supuestos en los que se otorga en el mismo acto por el que válidamente se enajene un bien, criterio que, en la práctica, no solamente se venía aceptando habitualmente sino que, además, resulta totalmente coherente con el efecto extintivo de cualquier enajenación válida del art. 98.1 b) Lrem.

IV

La enajenación válida de un bien consorcial como causa de extinción del derecho expectante aparece por primera vez configurada literalmente en el art. 98.1.b) Lrem. El hecho de que el

único requisito sea la validez aporta como ventaja fundamental una importantísima reducción de los trámites para la enajenación de bienes comunes. Este efecto legal extintivo propio hace innecesaria, además, la eventual calificación de un acto de enajenación como “equiparable a la renuncia”.

Sin embargo, consideramos que presenta como inconveniente los problemas de armonización que pueden surgir con el art. 53 Lrem. regulador, en sede de gestión del consorcio, de las consecuencias derivadas de la falta de consentimiento necesario de uno de los cónyuges en actos de disposición a título oneroso de esta clase de bienes. A nuestro juicio, la redacción final de ambos, con la referencia expresa a la validez como elemento común, puede dar lugar a una interpretación equívoca que, apartándose de la *ratio legis* del primero, acabe perjudicando al expectante del cónyuge no disponente, a excepción de los casos de consentimiento posterior, usucapición o protección derivada de la aplicación de las reglas del tercero de buena fe.

Aunque la naturaleza real del derecho expectante y el principio del *favor viduitatis* impiden admitir, de modo implícito, la interpretación arriba aludida, estimamos que habría sido conveniente un apartado específico en el art. 53 Lrem. regulando las consecuencias particulares que las ventas igualmente válidas que contempla pueden provocar en el expectante del cónyuge no interviniente con el fin de eliminar expresamente dudas que, en la práctica, puede generar la confrontación de ambas normas.

V

Respecto a los bienes privativos, resulta destacable el novedoso efecto legal extintivo del expectante como consecuencia de la enajenación de bienes pertenecientes al tráfico habitual de

la profesión o negocio, contribuyendo eficazmente a que cada cónyuge desarrolle libremente su actividad profesional sin impedimentos derivados de la eventual subsistencia del derecho de su consorte; de la partición o división de bienes, incluidos los supuestos de desigualdad en la atribución, evitando, por la sola razón del expectante, la presencia de los cónyuges de los comuneros o coherederos integrantes de la partición; de la enajenación de los bienes del declarado ausente, que permite, simultáneamente, tanto la disposición de los bienes sin la carga del expectante como la permanencia del gravamen en los no enajenados durante la ausencia; por último, el derivado de la expropiación o reemplazo en virtud de procedimiento administrativo, superando incertidumbres acerca de la necesidad de renuncia y facilitando los trámites de unos procedimientos ya de por sí de naturaleza compleja.

Todos estos supuestos recogen tendencias doctrinales o forenses pacíficas que no solamente dan solución a situaciones dudosas surgidas con la anterior regulación sino que, fundamentalmente, impiden que el expectante quede convertido en mera traba dispositiva.

VI

Otra aportación importante del art. 98 Lrem. es la simplicidad del efecto extintivo de la mera concurrencia sin oposición de ambos consortes recogida en su apartado 2º, superando las complejas equiparaciones consentimiento-renuncia de la legislación anterior.

A nuestro juicio, aunque la *ratio legis* del precepto comporta un ámbito de aplicación que incluye ambas clases de bienes, consideramos que no cabe su interpretación extensiva a los artículos 8.1 (vivienda familiar) y 53 Lrem. (disposiciones onerosas efec-

tuadas por uno sólo de los cónyuges) aunque llegue a producirse la intervención, en su virtud, de ambos cónyuges. La naturaleza del acto realizado en cada uno de estos últimos preceptos, las causas por las que los cónyuges están presentes y la clase concreta de bien objeto de enajenación no se compadecen bien con los criterios a los que responde el 98.2 Lrem. Por añadidura, consideramos que la posibilidad de reserva expresa que éste último contempla no tiene en los otros dos ninguna razón de ser.

Nos parece más correcto entender que el art. 8.1 Lrem. constituye un ejemplo más de extinción a añadir a la lista del 98 Lrem. y el consentimiento posterior del art. 53 Lrem. un supuesto subsu- mible, directamente, en la enajenación válida del 98.1.b) Lrem.

VII

La regulación del acuerdo judicial sustitutorio de la renuncia del art. 98.3 Lrem. recoge la esencia que ya tenía su precedente en la Compilación pero presenta una redacción más precisa que puntualiza expresa y certeramente cuestiones sobre las que habían surgido importantes diferencias interpretativas: legitimación activa, ahora limitada al enajenante no titular del expectante; aplicación a bienes comunes y privativos, a la vista de la propia redacción carente de cualquier limitación; mención expresa al momento de la solicitud, posible tanto antes como después de la enajenación; y, por último, la acertada sustitución del “abuso de derecho”, que implicaba entrar a valorar la causa de la negativa de una renuncia o la eventual presencia de la buena fe del cónyuge titular del expectante, por la ponderación de “las necesidades o intereses familiares” por parte del Juez.

A pesar de las innegables mejoras introducidas y el acierto de su nueva formulación, consideramos que la ausencia de

cauces formales *ad hoc* que se arrastra desde la vigencia de la Compilación limita notablemente su eficacia real constituyendo hoy, probablemente, la única asignatura pendiente para su plena aplicación.

VIII

El apartado 4º del artículo 98 regula una causa de extinción del expectante absolutamente nueva y sin precedente alguno en el ordenamiento civil aragonés. En nuestra opinión, con independencia de que la reserva del derecho por parte de su titular sea necesaria en las condiciones y plazo fijados para evitar su desaparición, la eventual inactividad de aquél no constituye ninguna clase de renuncia o presunción de voluntad sino que se trata de un supuesto más de extinción *ex lege*.

Aunque presenta algunos puntos oscuros sobre los que pueden surgir dudas en su aplicación como, por ejemplo, la falta de domicilio hábil para notificaciones o la legitimación para realizar estas últimas, estimamos que, utilizado de buena fe en los casos extraordinarios de matrimonios con cónyuges incomunicados de manera prolongada que informan su *ratio legis*, resultará especialmente práctico, en especial si se realiza, aunque no se exige, la constancia registral del requerimiento al que hace mención el precepto.

IX

La aportación principal del art. 8 Lrem. regulador de la disposición de la vivienda familiar en relación con el derecho expectante es la extinción *ipso iure* (apartado primero, *in fine*) del que ostenta el no propietario sobre aquélla como consecuencia

del necesario consentimiento que debe emitir para que el otro la enajene o sustraiga al uso común. Su expresa calificación como norma imperativa y su ubicación sistemática dentro de las Disposiciones Generales no impiden concluir, a nuestro entender, que supone un caso más de extinción por disposición voluntaria de un bien inmueble a añadir a la lista del artículo 98 Lrem.

Queda superada con el precepto la necesidad de una doble intervención por parte del no propietario, consintiendo y renunciando, que, durante la vigencia de la Compilación, era inexcusable, dada la ausencia de regulación específica. Sin embargo, el régimen de anulabilidad para los actos unilaterales de disposición del apartado 2º, similar al del art. 1322 Cc., en el que el cómputo del plazo del ejercicio de la acción para el cónyuge no propietario comienza desde que conoce o puede razonablemente conocer el acto y, en todo caso, desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal, puede provocar como consecuencia indirecta que el momento en que aquél tenga constancia del acto realizado por su consorte influya negativamente en la conservación del expectante.

El apartado 3 del artículo constituye una excepción al régimen de protección a los intereses familiares diseñado por el legislador en los apartados 1º y 2º en favor tanto de los intereses patrimoniales de un tercero de buena fe sobre el carácter familiar de la vivienda como, por extensión, de la seguridad del tráfico jurídico. Por este motivo, entendemos necesaria, en estos supuestos, una interpretación correctora en pro de la extinción del expectante del cónyuge no propietario aunque no haya consentido ya que la buena fe del adquirente gozaría aquí de los mismos efectos que su intervención de haberse producido al conseguir en definitiva, como ésta última, que el acto sea inatacable.

X

El artículo 99 Lrem. aborda por vez primera en el ordenamiento aragonés el destino final del expectante en las enajenaciones de carácter no voluntario. Este precepto dota de rango legal a argumentos preexistentes y comúnmente aceptados a la par que los reviste de la necesaria adaptación que tanto la nueva regulación de la viudedad como las necesidades del tráfico forzoso de bienes precisaban.

La remisión del apartado 2º del precepto al procedimiento del art. 541.2 Lec. para la ejecución de los bienes gananciales supone una aportación trascendental al proporcionar un cauce específico al cónyuge no deudor para preservar su expectante en aquellos casos en los que se ataquen bienes comunes o privativos por deudas de su consorte.

Ahora bien, aunque esta especialidad procesal finaliza con los graves problemas de inseguridad jurídica que frecuentemente surgían durante la vigencia de la Compilación ante deudas que, tan sólo en apariencia, podían ser privativas, estimamos que, como contrapartida, genera dificultades de adaptación por la aplicación de la normativa de la Lec. a una finalidad tan peculiar y distinta a la originaria que pueden afectar negativamente a la protección del expectante del cónyuge no deudor; en especial, la posible indefensión que puede causarle su regulación de los actos de comunicación y la dificultad de una valoración del impacto del expectante en el bien embargado que supondrá, en la práctica, ante la ausencia de criterios legales de avalúo, una inevitable vinculación al criterio particular de un perito tasador.

XI

El régimen del expectante sobre bienes muebles de la Lrem. y el de la Compilación tienen en común tanto la extensión de la viudedad a esta clase de bienes como la protección contra el fraude a aquélla. Sin embargo, el primero presenta como elemento diferenciador la expresa mención legal en el art. 100 Lrem., dando fin a las interpretaciones doctrinales que, durante la vigencia de la Compilación, negaban la presencia del expectante sobre los bienes muebles y lo calificaban de mera expectativa al usufructo vidual.

El art. 100 Lrem. contiene la regla general para la extinción del expectante en los bienes muebles: salida del patrimonio común o privativo sin fraude al derecho de viudedad del consorte. En consecuencia, los cónyuges pueden disponer de ellos sin necesidad de consentimiento del otro o de renuncia, en su caso, con el único límite del fraude. La salida del patrimonio de bienes comunes tendrá que ser válida y eficaz en cumplimiento de las normas de gestión del consorcio, ya sea en virtud de legitimación individual o conjunta. Para los requisitos del fraude como impedimento de la extinción del expectante será procedente la aplicación analógica del ordenamiento estatal ante la ausencia en la Lrem. de regulación específica al respecto (artículo 1.2 Comp. aragonesa)

Esta norma general tiene como excepción el mobiliario ordinario de la familia. La actuación consentida por el no propietario exigida imperativamente en el artículo 8.1 Lrem. para los actos de disposición de esta clase especial de bienes se superpone a cualquier otra clase de legitimación individual sobre muebles comunes o privativos y conlleva un efecto extintivo *ipso iure* del expectante del cónyuge no disponente.

XII

La *ratio legis* del art. 16.2.II Cc. descansa, exclusivamente, en la protección de un eventual adquirente no aragonés ignorante del derecho expectante sobre los bienes inmuebles, o cuando menos, de su funcionamiento o alcance.

Desde un punto de vista formal, los requisitos exigidos con este fin en el precepto resultan absolutamente incompatibles con la naturaleza y características propias del derecho de viudedad aragonés. Consideramos que del mismo tenor literal de la norma se deriva la exigencia de su presencia simultánea para que el adquirente pueda solicitar la inoponibilidad del expectante del cónyuge no enajenante que permite. En nuestra opinión, aunque formalmente el derecho no se extingue sino que queda inoperante, en la práctica, la consecuencia última de la inoponibilidad en la mayoría de supuestos es que la imposibilidad de oposición del expectante que supone entraña, en puridad, una auténtica pérdida para el titular similar a la extinción.

No obstante las críticas formales, estimamos que los problemas más graves son los relacionados con el fondo de la norma pues parte de presunciones absolutamente ajenas, también, a la regulación aragonesa.

Si bien dos modificaciones introducidas en la normativa registral (1992) y notarial (2007) en relación con el régimen económico matrimonial han producido, de modo tangencial, un cambio sustancial en esta cuestión ya que, en virtud de las mismas, evitar la constancia del régimen matrimonial será muy difícil, el resultado inevitable de la aplicación del precepto cuando, en cualquier caso, proceda, será que el expectante del cónyuge del disponente quedará privado de su eficacia por una causa que ni contempla ni respeta la norma aragonesa.

Por el contrario, consideramos que el único admisible era, en el momento de la promulgación del art. 16.2. II Cc., y es, ahora, que quede siempre por delante del derecho de un posible adquirente no aragonés ignorante de buena fe.

EPÍLOGO

Con el apoyo de las conclusiones precedentes pasamos, por último, a nuestra valoración sobre la adecuación de la regulación analizada a las necesidades actuales del tráfico jurídico y sus perspectivas de futuro.

En toda la exposición que antecede a estas últimas líneas consideramos que ha quedado puesto de manifiesto de modo evidente como la Lrem. contiene una renovación y modernización del derecho de viudedad perfectamente compatible y respetuosa con la tradición histórica y el arraigo profundo que ha tenido desde tiempos pretéritos este derecho secular. En coherencia con ello, tras su promulgación, la celebración del matrimonio en Aragón sigue atribuyendo a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca (artículos 10 y 89 Lrem.) exactamente igual a como ha venido ocurriendo ininterrumpidamente desde sus orígenes.

Indefectiblemente, esta premisa supone un criterio continuista en relación con la presencia del derecho expectante constante el matrimonio como manifestación de la viudedad en vida de los cónyuges (arts 89.2 y 97 Lrem.), a pesar de haber sido, invariablemente, el objeto central de todas las críticas negativas a la institución por los problemas que su carácter real conlleva en el tráfico jurídico de inmuebles.

No obstante, estimamos que la opción escogida por el legislador ha sido tomar una posición intermedia en el límite más favorable entre el Derecho histórico y el tráfico jurídico¹⁰²³: por un lado, acepta y asume el pasado normativo de la institución y se nutre del mismo en su esencia y fines pero, por otro, establece una regulación convenientemente adaptada a la realidad sociojurídica actual en la que el expectante queda extinguido en el máximo número de casos en los que cónyuges y terceros no resulten perjudicados¹⁰²⁴. Supone, por tanto, una reinterpretación de la viudedad que aúna el respeto a su tradicional naturaleza familiar con un indudable afán de superación de los inconvenientes que, inevitablemente, también comporta¹⁰²⁵.

1023 *Vid.* en esta línea PARDO DEFEZ, J. (coponente), “Extinción del derecho expectante de viudedad”, *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *op. cit.*, p. 142 y, de igual modo, LERMA RODRIGO, M^a del C. (coponente), “Extinción del derecho expectante de viudedad”, *op. cit.*, p. 153.

1024 En el apartado X del Preámbulo se alude expresamente entre los objetivos de la regulación de la viudedad en Lrem. *el contribuir a la seguridad jurídica y evitar eventuales abusos*, provocados por la presencia continuamente reiterada del expectante en el tráfico jurídico de inmuebles

1025 Así lo entendía SANCHO REBULLIDA ya en 1991: “El camino es la adaptación de su espíritu y función primitiva a la realidad social y económica cambiada. Despejar equis en esta suerte de “regla de tres”: la viudedad aragonesa, con su régimen histórico, es a una familia patriarcal, de economía agraria, asentada en un medio rural, lo que equis es a la familia nuclear, con actividad económica profesional, asentada en un medio urbano... Seguramente, su genuino espíritu histórico algo tendrá que aportar a la realidad social de nuestro tiempo; y lo que no sea adaptable se desecha”, *cfr.* SANCHO REBULLIDA, F., “La viudedad y el derecho expectante de viudedad”, *Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, *op. cit.*, p. 72 e, igualmente, en el “Anexo de las Actas”, *Anexo de las Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, p. 46. En esta misma línea, muchos años antes, *vid.* lo que afirmaba BAS y SUSO: “Conserva (la viudedad), sin embargo ¿y cómo no? sus deficiencias de forma, su sabor arcaico y sus antiguas maneras, y de todo este viejo ropaje debemos desprendernos si no queremos quedar rezagados ante el arrollador impulso de las

En nuestra opinión, tras la regulación aprobada, es muy difícil seguir manteniendo todavía que el expectante entorpece las enajenaciones de bienes propiedad de cónyuges sometidos a ley aragonesa:

En primer lugar, antes o después del matrimonio, existe un amplísimo margen concedido a la autonomía de la voluntad. La novedosa desvinculación legal expectante-usufructo abre nuevas modalidades de pacto o renuncia, antes o después del matrimonio, imposibles con la regulación anterior que permiten disponer sin trabas y conservar el usufructo sobre bienes que, por la razón que sea, no hayan sido finalmente transmitidos antes del fallecimiento de uno de los consortes.

En segundo lugar, resulta determinante el incremento sustancial de los supuestos legales extintivos. Especialmente destacable por su simplicidad y operatividad en el tráfico es el que proviene de cualquier enajenación válida. En los bienes consorciales, en coordinación con sus normas de administración y gestión; en los privativos, en relación con los bienes incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio, los del declarado ausente o los que hubieran sido objeto de partición, división, expropiación o reemplazo. Junto a ellos, resulta igualmente reseñable la nueva regulación de la extinción por el necesario consentimiento conjunto requerido para la enajenación de la vivienda habitual privativa de uno de los cónyuges, superadora de la doble intervención exigida durante la vigencia de la Compilación, y la remisión expresa a la Lec. para ofrecer un cauce procesal adecuado, hasta ahora inédito, al cónyuge que desea conservar su expectante en inmuebles objeto de enajenaciones judiciales por deudas privativas de su consorte.

nuevas ideas y costumbres", BAS Y SUSO, E., *La viudedad aragonesa. Memoria para aspirar al grado de Doctor en Derecho* (inédita), Zaragoza, 1917, p. 194.

Por último, la Lrem. ofrece la relevante mejora de la solicitud judicial de extinción del derecho expectante ya regulada en la Compilación, junto con la novedosa posibilidad de extinción registral contemplada en el 98.4 que, utilizada adecuadamente, puede abrir un cauce válido de solución en situaciones matrimoniales difíciles.

No obstante lo expuesto, es posible interpretar que las numerosas causas de extinción citadas suponen el reconocimiento implícito de la ausencia de justificación actual del efecto real del expectante y, por extensión, del tradicional carácter familiar del derecho de viudedad¹⁰²⁶.

1026 *Vid.* en este sentido a LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, en el coloquio posterior a la ponencia "Extinción del derecho expectante de viudedad": "Esto es cuestión de tiempo. *Nosotros vamos detrás de lo que marca la sociedad y la sociedad se ha visto ya con esta ley que no ha quedado más remedio que ir cediendo en el derecho expectante de viudedad. Llegará un momento en que no se podrá mantener.* Entonces, cuando llegue ese momento, habrá que quitar el derecho expectante y darle derecho sucesorio, que tampoco creo que sea tan complicado (...), que quede como pacto en capítulos y ya está (...). No creo que sea cuestión de otros 36 años, pero será muy difícil mantenerlo, queramos o no queramos, nos lo demandará la sociedad" (el subrayado es mío), *cfr.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., "Extinción del derecho expectante de viudedad" (ponente), *op. cit.*, p. 157; en igual sentido, del mismo autor, "Disposiciones Generales", *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, *op. cit.*, p. 43: "...el cambio sufrido por la viudedad aragonesa ha sido total y a un paso de su desaparición, por lo menos, en su actividad de defensa mediante el derecho expectante"; durante la vigencia de la Compilación, con una postura más conservadora, consúltese "Comentario al art. 72 Comp. aragonesa", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XXXIII, volumen 2º, *op. cit.*, p. 294.: "(...) ha dado lugar a que autores preclaros se planteen en los tiempos actuales la necesidad de su supresión en su primera faceta o de derecho expectante en base al tráfico actual, al cambio de la forma de vida, a la mayor atomización de la familia; incluso se propugna la desaparición de esta expectativa para dejar en libertad a los cónyuges en su actuación sobre bienes propios sin necesidad de acudir a renunciaciones de sus consortes (...) puede que sea así, pero mientras la costumbre en Aragón vaya en sentido opuesto no estimo que se pueda plantear dicha solución. No puede la

A nuestro juicio, lo que se produce es el efecto totalmente contrario. Las concesiones a las necesidades del tráfico efectuadas por el legislador contribuyen a crear un entorno de seguridad jurídica en el que el efecto real del expectante se limita a los supuestos estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades básicas de la viudedad.

La regulación expresa de situaciones dudosas y la incorporación de nuevas vías de extinción que el entorno socioeconómico ciertamente demandaba reducen considerablemente sus efectos negativos y traen como consecuencia un notable fortalecimiento de la institución que alcanza con la Lrem. toda su fuerza expansiva solamente cuando resulta simultáneamente beneficiosa para su titular y no lesiva para terceros¹⁰²⁷.

Con independencia de que se comparta esta idea, cuestión muy distinta es aceptar si, actualmente, aún sigue teniendo sentido la conservación de su configuración tradicional familiar en la sociedad actual.

Tal y como explica el legislador en el Preámbulo, el derecho expectante es coherente tanto con una concepción del matrimo-

doctrina anticiparse a la vida real por casos más o menos aislados que se pueden resolver sin necesidad de la desaparición de la institución; soy partidario pues de su conservación hasta que la vida real me indique lo contrario, cuestión totalmente factible en una institución tan vivida por el pueblo como ésta”.

1027 Para GIL NOGUERAS, en cambio, aunque la Lrem. ha mejorado la situación sensiblemente ha desoído las críticas —en su opinión, bastante justificadas— sobre el control que supone el expectante en los bienes del otro cónyuge. Por este motivo estima que ha sido “una oportunidad parcialmente fallida para adaptar el Derecho aragonés a nuestros días y a las exigencias que el tráfico económico y jurídico crea. Y ello porque no puede equipararse la situación de los cónyuges en la actualidad a la existente en 1967”, *cfr.* GIL NOGUERAS, L. A., “El derecho de viudedad durante el matrimonio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés, op. cit.*, pp. 318 y 320.

nio que conlleva a la participación conjunta en todas aquellas decisiones que afecten a los bienes inmuebles como premisa necesaria para la vida económica de los cónyuges como con la identificación del usufructo viudal con una posición personal del viudo en cuanto continuador de la familia. En su apartado X se presume que esta forma de entender la comunidad matrimonial *corresponde verosíblemente a ideas, creencias y vivencias de la mayor parte de los aragoneses de hoy*¹⁰²⁸; y que *mientras se mantengan arraigadas estas concepciones sobre el matrimonio y la familia el legislador cumplirá óptimamente con su función, manteniendo la configuración secular del derecho de viudedad de acuerdo con la cual ambos cónyuges concurren normalmente a la enajenación de los inmuebles de uno de ellos al objeto de renunciar el otro a su derecho*¹⁰²⁹.

1028 “El Derecho debe de estar al servicio de la sociedad y el papel del legislador es adaptar permanentemente su normativa a aquello que es querido y sentido por la generalidad de los ciudadanos a los que la ley va dirigida”, *cfr.* MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Limitaciones al derecho de viudedad aragonés*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de jurisprudencia y legislación, *op. cit.*, p. 33.

1029 “Los que vienen de fuera no lo entienden. Creen que es una mera traba dispositiva que en Aragón impide a un cónyuge disponer libremente de sus bienes privativos. En efecto, la consecuencia final es efectivamente ésta, pero la causa es mucho más profunda. En Aragón cuando te casas “cuentas” ya en el manejo de los bienes del otro cónyuge. Porque por muy privativos que sean los bienes, esa llamada al usufructo universal de todos los bienes del cónyuge, atribuye a todos los bienes, privativos o comunes, una especie de impronta comunitaria que implica, o mejor se deriva, de determinada concepción de la familia y del matrimonio. *Discútase si esa impronta, si esa concepción, que parecen ser netamente aragonesas, debe mantenerse o no en el tipo de sociedad que vivimos*; yo pienso que sí, desde luego (...)” (el subrayado es mío), *cfr.* BATALLA CARILLA, J. L., “El estado del Derecho Civil de Aragón”, *Estudios de Derecho aragonés*, Cuadernos de Cultura Aragonesa, n° 16, Rolde de Estudios Aragoneses y Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza, 1994, p. 25.; anteriormente, en igual sentido, en “La Compilación y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés*, *op. cit.*, p. 98.

En la Lrem. (apartado XII del Preámbulo) se parte de la premisa de que el conocimiento y aceptación de la viudedad por parte de los adquirentes es mayoritario: (...) *conviene recordar, en su mayor parte conocen perfectamente la existencia y consecuencias de una institución central en la vida jurídica privada aragonesa*¹⁰³⁰.

En el otro extremo, no hay que olvidar que ya en los debates de elaboración de la Lrem. de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil quedó puesto de relieve como el sector notarial —en permanente contacto con la realidad de la práctica jurídica cotidiana— no compartía en absoluto la idea de que éstas fueran las concepciones vigentes en la sociedad aragonesa¹⁰³¹.

Entrar a valorar el grado de conocimiento y aceptación de la institución en general y el expectante en particular sería una

1030 En opinión de GIL NOGUERAS, esta afirmación del legislador no deja de ser una presunción con la que parece querer adelantarse a las críticas que su decisión vaya a generar, *cfr.* GIL NOGUERAS, L. A., “El derecho de viudedad durante el matrimonio”, *Manual de Derecho matrimonial aragónés, op. cit.*, p. 320.

1031 Estas reticencias no son nuevas pues las críticas del sector notarial provienen de atrás. Resultan reveladoras en este sentido las conclusiones de una encuesta efectuada en 1997 por el Colegio Notarial de Zaragoza en las que, a pesar de que un 70% de los notarios consideraba a la viudedad como la institución civil aragonesa más arraigada llevando implícita su conservación, otro 50% calificaba al expectante como innecesario e inadecuado. Esta última consecuencia llevaba a optar bien por su modificación, tanto para buscar una mayor seguridad en el tráfico como para evitar posibles abusos en su ejercicio o alegación, o bien por suprimirlo, como fuente de numerosos problemas y arma peligrosa de cualquiera de los cónyuges cuando la convivencia matrimonial se tuerce. Respecto al otro 50% que no lo juzgaba inadecuado estimaban que podía reformarse, bien limitando su aplicación a ciertos regímenes económicos matrimoniales, bien a sólo algunos bienes si lo que se pretendía con él era evitar que en su día no pudiera llegar a hacerse efectivo el usufructo viudal sobre algunos de ellos como el domicilio conyugal o la empresa que constituyera la principal fuente de ingresos familiares, *cfr.* “Encuesta del Colegio Notarial de Zaragoza sobre el Derecho Civil Aragonés. Reforma del Derecho civil Aragonés”, *op. cit.*, pp. 162 a 164 y 172.

tarea ímproba y dependiente, además, de tal disparidad de factores ajenos que difícilmente podría arrojar resultados objetivos. Pero también es cierto que, cuando menos, se sabe generalmente de su existencia¹⁰³² y que muchas de las soluciones recogidas por el legislador no han sido creadas *ex novo* sino que proceden, precisamente, de la propia práctica.

Con la regulación anterior, el cuestionamiento del efecto real del expectante y, por añadidura, del carácter familiar de la viudedad, tenía su sentido; ahora, sin embargo, acaso ya no resulte necesario llegar tan lejos. El respeto inteligente y práctico a la tradición histórica plasmado en la Lrem., la rigurosa aplicación de su regulación y la plena vigencia del principio *standum est chartae* en toda su extensión para modalizarla a conveniencia o incluso suprimirla, si así se desea, pueden llegar a configurar un contexto adecuado y seguro para su permanencia estable en generaciones venideras.

1032 “En Aragón, prácticamente todas las personas casadas saben que si uno de los cónyuges quiere vender una finca que, por ejemplo, ha heredado, tiene que ir a la Notaría con su marido o con su mujer para que renuncie al derecho expectante de viudedad. ¿Es que sabe lo que es el derecho expectante de viudedad? Con exactitud no (tampoco muchos juristas) pero sí lo suficiente para saber a qué atenerse”, *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, J., “El Derecho aragonés en el siglo XXI: una visión de conjunto”, Conferencia pronunciada el 21 de octubre de 2001 dentro del ciclo “Aragón en el siglo XXI”, Ibercaja, Obra social y cultural, Zaragoza, 2002, <http://www.derecho-aragonés.net/articulos/siglo XXI.htm>, p. 22.

BIBLIOGRAFÍA

§ 1. DERECHO ARAGONÉS

ACHÓN BRUÑÉN, M. J., *La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1996.

ALBALATE GIMÉNEZ, G., “Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, colección El Justicia de Aragón, número 4, Zaragoza, 1996, pp. 131 a 348.

— “El pasivo de las masas patrimoniales en la comunidad conyugal aragonesa”, *ADA*, IX, 1957-58, pp. 12 a 229.

ALBAREDA Y HERRERA, M., “Algunas instituciones de Derecho aragonés y navarro”, *Ponencia oficial de las Jornadas de Derecho aragonés celebradas en Tarazona y Tudela*, julio 1952, *ADA*, VI, 1951-52, pp. 21 a 59.

ALFRANCA Y ARAMBURU, S. J. (de), *Por Doña Theresa Ximénez de Urrea. En el pleyto, que en grado de revista sigue con el Marqués de Hermosilla. Sobre tener limitada la viudedad el expressado*, Zaragoza, 1770.

ALONSO LAMBÁN, M., “Informe sobre la ausencia”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. I, Comisión Compiladora del Dere-

- cho Foral Aragonés, colección El Justicia de Aragón, número 4, Zaragoza, 1996, pp. 84 a 168.
- AGUSTÍN BONAGA, F.**, “La Junta de Parientes en la nueva regulación de la ley del derecho de la persona: composición y funcionamiento” (ponente), *Actas de los Decimoséptimos Encuentros de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 9 a 54.
- ARAGÜES PÉREZ, F.**, *La prohibición de viudedad*, “Primera Semana de Derecho aragonés”, Jaca, 1942, pp. 41 y 42.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.**, “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991 de 20 de diciembre, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 533 a 541.
- ARNANZ DELGADO, R.**, “Causas de extinción de la viudedad”, *ADA*, VI, 1951-52, pp. 89 a 98.
- ARPAYÓN**, *Por la Duquesa Doña Francisca de Pinos y Fenollet contra la villa de Belchite, Albortón, Almonacil... , sobre la viudedad, de lo ijurisdiccional, y dominio subalterno, y otros derechos inferiores*, (s.l.), (s.a.).
- ARREGUI GIL, J.**, “El derecho expectante de viudedad y los bienes muebles”, *Actas de las jornadas de Derecho aragonés*, Zaragoza, 18-20 de diciembre de 1969, *ADA*, XIV, 1968-69, pp. 536 a 539.
- ASENSIO PALLÁS, M.**, “Actos de disposición sobre bienes comunes en Aragón”, *BCAZ*, núm. 89, 1983, pp. 61 a 63.
- AZPEITIA ESTEBAN, M.**, “Sucesión del cónyuge viudo en Aragón”, *La Reforma. Revista Notarial*, Tomo X, núm. 472, 1914, pp. 330 a 333.
- *El proyecto de Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón. Comentarios y problemas* (De la viudedad), Sucesores de Rivadenebra, Madrid, 1924, pp. 113 a 115.

BANDRÉS CRUZAT, J. M. y A. M., “Comentario a artículo 48 de la Compilación aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigido por Albadalejo García, tomo XXXIII, volumen 2º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 1 a 29.

BAS Y SUSO, E. *La viudedad aragonesa. Memoria para aspirar al grado de Doctor en Derecho* (inédita), Zaragoza, 1917.

BARRIO GALLARDO, A., “Derecho expectante de viudedad e incumplimiento en materia de contratación inmobiliaria”, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, núm. 4, 2007, <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=416>, pp. 1 a 19.

BATALLA CARILLA, J. L., “La Compilación y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragones*, Jaca 27, 28 y 29 de septiembre de 1985, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, pp. 61 a 99.

— “Comentario a los artículos 7 y 8 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. I, dirigidos por Jose Luis Lacruz Berdejo, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, pp. 384 a 404.

— “El estado del Derecho Civil de Aragón”, *Estudios de Derecho aragones*, Cuadernos de Cultura Aragonesa, nº 16, Rolde de Estudios Aragoneses y Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza, 1994, pp. 15 a 26.

— “El derecho expectante de viudedad y la disposición de bienes inmuebles por los cónyuges. Desde las Observancias hasta hoy”, *RDCA*, III, nº 1, 1997, pp. 125 a 134.

BATALLA GONZÁLEZ, M., “Bienes de la sociedad conyugal según el Código Civil, el Derecho foral y la legislación hipotecaria”, *BCAZ*, núm. 2, 1961, pp. 11 a 29.

— “Comentarios al Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *BCAZ*, núm. 8, 1963, pp. 16 y 17.

- “Innovaciones en el definitivo Anteproyecto de la Compilación del Derecho Civil de Aragón por la Comisión de Juristas aragoneses”, *BCAZ*, núm. 12, 1964, pp. 14 a 17.
- “Antecedentes y panorámica de la Compilación Aragonesa”, *ADC*, XX, 1967, pp. 675 a 695.
- “La viudedad en la Compilación aragonesa”, *RCDI*, XLIV, 1968, pp. 437 a 469.
- “Ponencia sobre régimen matrimonial de bienes”, *Jornadas de Derecho aragonés*, Actas de las jornadas de Derecho aragonés, Zaragoza, 18-20 de diciembre de 1969, *ADA*, XIV, 1968-69, pp. 520 a 529.
- “El expectante derecho de viudedad en relación con la disposición de bienes comunes”, *BCAZ*, núm. 36, 1970, pp. 5 a 16.
- “El artículo 16 del nuevo título preliminar del Código Civil y la viudedad aragonesa”, *BCAZ*, núm. 55, 1974, 107 a 112.

BAYOD LÓPEZ, C., *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Institución “Fernando el Católico”, Zaragoza, 1995.

- *La modificación de las capitulaciones matrimoniales*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1ª edición, Zaragoza, 1997.
- “El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho (a propósito de la s. TSJA de 30 de octubre de 1996)”, *RDCA*, III, nº 2, 1997, pp. 121 a 138.
- “Aplicación del Código Civil como derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés” (ponente), *Actas de los Octavos Encuentros de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 39 a 130.

- “El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código Civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho Civil Aragonés)”, *RDCA*, V, nº 2, 1999, pp. 75 a 125.
 - “La oficina de farmacia en el régimen económico matrimonial aragonés (a propósito de la sentencia del TSJA de 9 de mayo de 2000)”, *RDCA*, VI, nº 1, 2000, pp. 237 a 263.
 - “Bienes privativos y comunes en el régimen económico matrimonial aragonés. La aplicación supletoria del Código Civil”, *RDCA*, VI, nº 2, 2000, pp. 13 a 55.
 - “La viudedad foral aragonesa”, *Derechos civiles de España*, vol. VI, parte II, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano y Martínez Simancas, Aranzadi-BSCH, 2000, pp. 3489 a 3524.
 - “Régimen de separación de bienes”, *Manual de Derecho aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado por M^a Ángeles Parra Lucán, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 245 a 251.
 - “La viudedad”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado por M^a Ángeles Parra Lucán, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 383 a 434.
 - “Bienes comunes y privativos en el consorcio conyugal aragonés (Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad)”, *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 275 a 297.
 - “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (ponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 7 a 61.
- BERGUA CAMÓN, J.**, “La viudedad en nuestro Derecho foral”, *Comentarios de Prensa*, Artículos publicados en el periódico dia-

- rio de Zaragoza "Heraldo de Aragón", *ADA*, XIII, 1965, 1966, 1967, pp. 418 a 421.
- BERLÍN, C.**, "La viudedad foral", *El Foro Español*, núm. 660, 1916, pp. 95-96.
- BERNAD MAINAR, R.**, *La Junta de Parientes en el Derecho Civil Aragonés*, colección "El Justicia de Aragón", n° 7, edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997.
- "La subasta pública en la venta de bienes inmuebles de los incapacitados según el auto del Presidente del TSJA de 17 de marzo de 1993", *RDCA*, V, n° 1, 1999, pp. 183 a 191.
- "La Junta de Parientes en la nueva legislación aragonesa", *RDCA*, XI-XII, 2005-2006, pp. 45 a 94.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.**, "La viudedad aragonesa según la Ley de 12 de febrero de 2003", *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 311 a 331.
- BLAS Y MELENDO, A.**, *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el Derecho común y con la Jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Zaragoza, 1898.
- BONET NAVARRO, A.**, "Normas procesales civiles aragonesas", *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés*, Jaca, 27, 28 y 29 de septiembre de 1985, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, pp. 103 a 144.
- CALATAYUD SIERRA, A.**, "Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles", *RDCA*, V, n° 2, 1999, pp. 169 a 198.
- CALDUCH GARGALLO, M.**, *Las causas de extinción del derecho de viudedad en el Derecho Civil aragonés*, Colección Estudios, Dere-

- cho, Institución “Fernando el Católico” (C.S.I.C.), Exma. Diputación Provincial de Zaragoza, Zaragoza, 2006.
- CAMÓN AZNAR, L.**, “Comunicación sobre naturaleza jurídica de la viudedad aragonesa”, *Actas de las jornadas de Derecho aragonés*, Zaragoza, 18-20 de diciembre de 1969, ADA, XIV, 1968-69, pp. 540 a 543.
- CASAJÚS y GOMEZ DEL MORAL, R.**, *El Derecho de familia en la legislación aragonesa*, Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1880 a 1881 en la Universidad literaria de Zaragoza, Establecimiento tipográfico de Calisto Ariño, Zaragoza, 1880, pp. 7 a 105.
- COLEGIO DE ABOGADOS DE HUESCA**, *Breves Observaciones que formula el Colegio de abogados de Huesca a la Memoria de Franco y López sobre codificación del Derecho Civil aragonés escrita de conformidad a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, RDCA, II, nº 2, 1996, pp. 197 a 209 (=Imprenta de la viuda e hijos de Castanera, Huesca, 1889).
- COLEGIO NOTARIAL DE ZARAGOZA**, “Encuesta del Colegio Notarial de Zaragoza sobre el Derecho Civil Aragonés. Reforma del Derecho civil Aragonés”, RDCA, III, nº 2, 1997, pp. 157 a 176.
- COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL**, “Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil. Ponencia General elaborada por la Comisión aragonesa de Derecho Civil (Decreto 10/1996 de 20 de febrero)”, RDCA, II, nº 2, 1996, pp. 175 a 196.
- “Actas de la Comisión aragonesa de Derecho civil”, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2006.
- CONGRESO DE JURISCONSULTOS ARAGONESES DE 1880-81**, “Conclusiones del Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-81” en *Los Proyectos de Apéndice del Derecho Civil de Ara-*

- gón, I, Materiales, Institución “Fernando el Católico” (CSIC), Exma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2005, pp. 63 a 80
- CONGRESO DE LA ABOGACÍA ARAGONESA**, “Primera ponencia del Congreso de la Abogacía Aragonesa”, Teruel, 2000, *RDCA*, VI, nº 1, 2000, pp. 353 a 354.
- COSTA MARTÍNEZ, J.**, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1883, reeditado por Guara Editorial, Zaragoza, 1981.
- COSÍN DE ARBELOA, F.**, *En las firmas que suplica el señor Marqués de Ariza sobre que no procede reponer con viudedad a la Marquesa de Vilueña durante la reposición decretada con viudedad a favor de Doña Felipa Clavero y Sesse, Condesa de Aranda y sobre que no se puede decidir reposición alguna, que primero no se conozca sobre la revocación pidida por el Señor Marqués de Ariza (s.l.), (s.a.)*.
- *En las firmas que suplica el señor Marqués de Ariza. Sobre que no procede reponer con viudedad a la Ilustrísima Señora Marquesa de la Vilueña en la Casa. Y sobre que no puede decidir reposición alguna, que primero no se conozca*, Zaragoza, 1694.
- CRUZ GISBERT, T.** “Disposición *intervivos* de los bienes del consorcio conyugal” (coponente), *Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 39 a 42.
- CURIEL LORENTE, F.**, “Las exigencias del principio de tracto sucesivo para la publicidad registral del embargo judicial de bienes inmuebles de personas casadas” (coponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 69 a 83.
- DE LA FUENTE PERTEGAZ, P.**, *Derecho foral de Aragón*, Conferencias en la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1936.

- DE LA PEÑA, E.**, *Recopilación por orden de materias de los Fueros y Observancias vigentes en el antiguo Reino de Aragón*, adicionada con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y precedida por un Prólogo del Excelentísimo Sr. D. Joaquín Gil Berges, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1880.
- DE PABLO CONTRERAS, P.**, “El derecho expectante de viudedad y el Registro de la Propiedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés*, Jaca, 27, 28 y 29 de septiembre de 1985, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, pp. 246 a 254.
- DE PABLO DE CONTRERAS, P.**, y **SANCHO REBULLIDA, F.**, “Comentario a los artículos 72 a 79 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, dirigidos por Jose Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 623 a 786.
- DEL PLANO, M.**, *Manual del abogado aragonés*, por un jurisculto de Zaragoza, Librería de la Sra. viuda de Calleja e hijos, Madrid, 1842.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.**, “Notas sobre los parafernales en Aragón: el patrimonio privativo de la mujer casada aragonesa”, *ADC*, XXIV, 1971, pp. 1167 a 1202.
- “La viudedad aragonesa en el Derecho interregional (Comentario al artículo 16.2 Cc. y propuesta de reforma)”, *Jornadas de Derecho Foral*, Jaca 28-31 agosto de 1976, *ADA*, XVII, 1974-76, pp. 61 a 102.
- *Los Fueros de Aragón*, Colección Mariano de Pano y Ruata, número 13, dirigida por Fatás Cabeza y coordinada por Centellas Salamero, edita Caja de Ahorros de la Inmaculada, 1977.
- “Comentario al art. 16.2 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, El nuevo Título Preliminar del Código y la ley de dos

- de mayo de 1975, coordinados por Amorós Guardiola, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 749 a 783.
- *El Derecho Aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, Ed. Alcrudo, Zaragoza, 1977.
 - “El sistema jurídico medieval aragonés”, coordinado por Ubieta Arteta, *Enciclopedia Temática de Aragón*, T. 8, Historia I (De la Prehistoria al fin de la Edad Media), Ed. Moncayo, Zaragoza, 1988, pp. 164 y 165.
 - “Los fueros de Aragón”, *Segunda Muestra de documentación histórica aragonesa. Los Fueros de Aragón*, DGA, Zaragoza, 1989, pp. 9 a 28.
 - “Comentario al artículo 16 del Cc.”, *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Diez-Picazo Ponce de León, Bercovitz Rodríguez-Cano y Salvador Cordech, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, T. I, 1991, pp. 166 a 172.
 - “La gestión de la comunidad conyugal aragonesa”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 283 a 300.
 - “Capacidad y representación de menores” (ponente), *Anexo de las Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 19 a 33.
 - “Comentario al artículo 16.2 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García y Díaz Alabart, T. I, vol. 2º, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. 1283 a 1301.
 - “Comentario al artículo 16 del Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rams Albesa y Moreno Florez, I, Título Preliminar, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 419 a 436.

- “El Derecho aragonés en el siglo XXI: una visión de conjunto”, conferencia pronunciada el 21 de octubre de 2001 dentro del ciclo “Aragón en el siglo XXI”, Ibercaja, Obra social y cultural, Zaragoza, 2002, <http://www.derecho-aragonés.net/artículos/siglo XXI.htm>.
- “Estudio Preliminar” en *Los Proyectos de Apéndice del Derecho Civil de Aragón*, I, Materiales, Institución “Fernando el Católico” (CSIC), Exma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2005, pp. 5 a 61.
- “La ausencia”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado por M^a Ángeles Parra Lucán, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 167 a 170.
- “Las deudas de los cónyuges”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado por M^a Ángeles Parra Lucán, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 305 a 309.

ESCUADERO RANERA, P., “Deudas comunes y privativas”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Colección: Derecho civil aragonés, n^o 2, coordinada por Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 139 a 175.

ESMIR CASANATE, J., *In processu Illustris Domnae Ioannae de Perneştán. Sobre que su excelencia deve ser respuesta por la viudedad*, Zaragoza (s. a.).

DIESTE y JIMÉNEZ, M., *Diccionario del Derecho Civil aragonés* (precedido de una introducción histórica), Imprenta de Manuel Miñesa, Madrid, 1869.

FORCADA MIRANDA, F. J., “La vivienda familiar en situaciones de ruptura familiar” (ponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 7 a 77.

FRANCO y LÓPEZ, L., *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, Escrita según el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1886.

— *Adición a la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al gobierno de S. M. en 1880, con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero del propio año el vocal correspondiente de la Comisión General de Codificación y Senador vitalicio del Reino D. Luis Francisco y López, Barón de Mora, y reformas y adiciones que en uso de la autoridad concedida por la Real Orden de 16 de octubre de 1889 propone al proyecto presentado con la misma Memoria para ser Apéndice primero del Código civil español*, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1893.

FRANCO y LÓPEZ, L. y GUILLÉN y CARABANTES, F., *Instituciones de Derecho Civil Aragonés*, Imprenta de M. Peiró, Zaragoza, 1841 (reimpresión), ed. facsímile al cuidado de Víctor Fairén Guillén, Institución “Fernando el Católico” (C.S.I.C.), Exma. Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2000.

FRANCO DE VILLALBA, D., *Fororum atque observantiarum Aragoniae Codex, sive ennodata methodica compilatio, jure civili ac canonico folcita, legibus castellae conciliata et omnigena eroditione contexta*, T. II, 2ª ed. Zaragoza, 1743.

GARCÍA ÁLVAREZ, J., “El derecho expectante de viudedad en la Compilación aragonesa”, Vol. VI, parte II, *Derechos civiles de España*, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano y Martínez Simancas, Aranzadi-BSCH, 2000, pp. 3525 a 3538.

GARCÍA ATANCE, M., “Cosas. Bienes. Clasificación de las cosas en corporales e incorporales. Bienes muebles e inmuebles”, *ADA*, II, 1945, pp. 49 a 62.

- GARCÍA DE JALÓN Y EXEA, M. A.**, *Dictamen legal en la controversia suscitada entre la excelentísima señora Leonor María de Cordova y Bazán y la excelentísima señora Isabel de Velasco sobre la viudedad foral en los estados de Aragón*, Valladolid, 1716.
- GARCÍA HERRERO, M^a del C.**, “Las capitulaciones matrimoniales en Zaragoza en el siglo XV”, *En la España Medieval*, V, Madrid, 1986, pp. 381 a 398.
- “Viudedad foral y viudas aragonesas a finales de la Edad Media”, *Hispania*, LIII/2, n^o 184, mayo-agosto, 1993, pp. 431 a 450.
- GIL BERGES, J.**, *Proyecto de ley en el cual se contiene como Apéndice del Código Civil general las instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar en concepto de excepción del mismo código para el territorio de Aragón. Conforme al Real Decreto de 24 de abril de 1889 (proyecto de 1904)*, Zaragoza, 1904.
- *Legislación foral de España. Derecho vigente en Aragón*, T. I, Biblioteca judicial, Establecimiento tipográfico de P. Núñez, Madrid, 1888.
- GIL NOGUERAS, L. A.**, “El derecho de viudedad durante el matrimonio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Colección: Derecho civil aragonés, n^o 2, coordinada por Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 317 a 335.
- GIMÉNEZ ARNAU, E.**, *Extensión a la legislación castellana del usufructo viudal aragonés*, “Primera Semana de Derecho Aragonés”, Jaca, 1942, pp. 35 a 39.
- GIMÉNEZ MARTÍN, R.**, “Intervención del notariado en la evolución del Derecho aragonés”, *RDCA*, II, n^o 2, 1996, pp. 9 a 23.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P.**, *De la viudedad aragonesa en los bienes vinculados*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1858 (=RGLJ, T. 13, 1858, pp. 208 a 230).

- HERRERO GARCÍA, M. J.**, “Los contratos onerosos entre cónyuges en el Derecho aragonés”, *ADA*, XVII, años 1974, 1975, 1976, pp. 107 a 167.
- HUERTA SAN JUAN, F.**, *Usufructo vidual en establecimientos mercantiles e industriales*, “Segunda Semana de Derecho Aragonés”, Jaca, 1943, pp. 195 y 196.
- ISÁBAL Y BADA, M.**, *Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado “Fueros y Observancias del Reino de Aragón” derogado por el Apéndice al Código Civil español*, Zaragoza, 1926, Reimpresión en 1985 en edición facsímil por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.**, “El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón”, *ADA*, III, 1946, pp. 18 a 153.
- “Sobre la prelación entre Fueros y Observancias”, *ADA*, III, 1946, pp. 357 a 359.
- “Contribución a la metodología del Derecho Privado de Aragón”, *Estudios de Derecho Aragonés*, CSIC, Librería General, Zaragoza, 1946 (= *ADA*, II, 1945, pp. 103 a 135).
- “Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad”, *ADA*, III, 1946, pp. 353 a 356.
- “El Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946”, *ADC*, I, 1948, pp. 145 a 155 (= *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1958, pp. 1 a 16).
- “Informe sobre regímenes matrimoniales: bienes comunes en el régimen legal”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. II, Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, colección El Justicia de Aragón, número 4, Zaragoza, 1996, pp. 9 a 130.
- “Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés”, *RDN*, XV, enero-marzo 1957, pp. 7 a 140.

- “Revocabilidad del testamento mancomunado tras la muerte de un cónyuge y viudedad universal”, *ADA*, XII, 1963-64, pp. 351 a 363.
 - “Objetivos y método de la Codificación aragonesa”, *ADA*, XIII, años 1965, 1966, 1967, pp. 311 a 338 (=RCDI, núm. 465, marzo-abril 1968, pp. 285 a 318).
 - “El Derecho de Familia en la nueva Compilación aragonesa”, *ADC*, XX, fascículo IV, 1967, pp. 723 a 753.
 - “Comentario a los artículos 36 y 38 de la Compilación aragonesa”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 22 a 35 (artículo 36) y 44 a 73 (artículo 38).
- LACRUZ MANTECÓN, M.**, “El régimen de separación de bienes” (coponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 144 a 162.
- LAGUNA AZORÍN, E.**, “El derecho de viudedad foral ¿debe extenderse a los bienes muebles?”, *ADA*, VI, 1951-52, pp. 179 a 181.
- LALINDE ABADÍA, J.**, *Los Fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1976.
- LA RIPA, J. F.**, *Del Proceso de aprehensión. Parte I*, en “Ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón”, Zaragoza, 1772, Ed. facsímil de las Cortes de Aragón, Zaragoza, 1985, pp. 1 a 184.
- *Tratado sobre los derechos de los cónyuges en el matrimonio, a los bienes que poseen durante él y de la división de ellos entre los mismos y sus herederos*, en “Segunda ilustración a los cuatro procesos forales de Aragón”, Zaragoza, 1772, Ed. facsímil de las Cortes de Aragón, Zaragoza, 1985, pp. 157 a 201.

LASALA LLANAS, M. (de), *Sistema español de Derecho Civil internacional e interregional*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.

— *La viudedad aragonesa en el Derecho Interregional*, “Segunda Semana de Derecho Aragonés”, Jaca, 1943, pp. 171 a 173.

LASALA SAMPER, J. M., “El régimen económico legal del matrimonio en el Derecho Interregional”, *RGLJ*, Tomo XXXIII (191 de la colección), 1952, pp. 139 a 168.

LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, E., “Comentario a los artículos 72 a 79 de la Compilación aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigido por Albadalejo García, tomo XXXIII, volumen 2º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 282 a 383.

— “La Junta de Parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros” (coponente), *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragón*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 145 a 149.

— “Extinción del derecho expectante de viudedad” (ponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 131 a 138.

— “Disposiciones generales”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Colección: Derecho civil aragonés, nº 2, coordinada por Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 27 a 51.

LAUSÍN CARNICER, L., *Derecho de viudedad, libertad de testar y orden de llamamientos en las sucesiones intestadas, según los Fueros de Aragón en sus relaciones con la ley de Castilla*, Establecimiento tipográfico de La Comarca, Calatayud, 1886.

LERMA RODRIGO, Mª del C., “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 147 a 153.

LEZÓN, M., "De la viudedad foral aragonesa", *Revista de los Tribunales y de Legislación universal*, 1902 (I), pp. 145 a 148.

LIRIA LAFARGA, M., "La regionalidad o vecindad civil", ponencia redactada bajo la dirección de José Luis Lacruz Berdejo, *Jornadas de Derecho foral*, Jaca 27 al 31 de agosto de 1972, *ADA*, XVI, 72-73, pp. 1 a 119.

LORENTE SANZ, J., *Avance del resultado de la encuesta sobre la observancia actual del Derecho Civil aragonés*, "Segunda Semana de Derecho aragonés", Jaca, 1943, pp. 13 a 36.

— "Una opinión reciente sobre viudedad", *ADA*, III, 1946, pp. 345 y 346.

— "El Anteproyecto de Compilación y el Proyecto de Ley en la Comisión General de Codificación y en las Cortes Españolas", *ADA*, XIII, 1965-1967, pp. 341 a 406.

— "El Congreso Nacional de Derecho civil, veinticinco años después", *ADC*, XV, 1970-71, pp. 121 a 140.

— "La modificación del título preliminar del Código Civil", *BCAZ*, núm. 55, 1974, pp. 15 a 60.

LOZANO, R., "La viudedad foral aragonesa", *RDP*, I, 1914, pp. 416 a 429.

LYSSA y GUEVARA, A. C. (de), *Tyrociniium Jurisprudientiae forensis, seu Adnimadversiones teorico-practicae juxta foros aragonum in IV. Libros Institutionum Iuris Imperatoris Justiniani*, Zaragoza, 1788.

MARTÍN BALLESTERO y COSTEA, L., *Derechos sucesorios del cónyuge viudo en Aragón*, "Primera Semana de Derecho Aragonés", Jaca, 1942, pp. 27 a 34

— *La casa en el derecho aragonés*, Estudios de Derecho Aragonés, C. S. I. C., Artes gráficas E. Berdejo Casañal, Zaragoza, 1944.

- “Compilación del Derecho civil de Aragón. Derecho de la persona y de la familia. De la viudedad”, *BCAZ*, n° 26, 1967, pp. 105 a 126.
 - “Ponencia sobre la viudedad”, *Actas de las Jornadas de Derecho aragonés*, Zaragoza, 18-20 de diciembre de 1969, *ADA*, XIV, 1968-69, pp. 532 a 535.
 - “El Derecho de familia en Aragón (según la Compilación de 8 de abril de 1967)”, *RGLJ*, T. 225, 1968, pp. 587 a 660.
- MARTÍNEZ CORTÉS, J.**, “El régimen económico matrimonial de la separación de bienes” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 89 a 143.
- MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J.**, *La gestión del consorcio en la ley 2/2003, de 12 de febrero*, Colección “El Justicia de Aragón”, n° 32, edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.**, “Comentario a la STS de 27 de mayo de 1988 (comunidad conyugal y viudedad)”, *CCJC*, n° 17, 1988, pp. 553 a 572.
- MARTÍNEZ DÍEZ, G.**, “Dos colecciones de Observancias de Aragón”, *AHDE*, XLV, 1975, pp. 543 a 594.
- *Observancias del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, Introducción y texto crítico, Caja de Ahorros de la Inmaculada, Zaragoza, 1977.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.**, “La ausencia y efectos de la filiación (arts. 43 a 59 LDp.)”, ponencia recopilada por BARRIO GALLARDO, A., “Crónica de las Jornadas sobre la nueva Ley de Derecho de la Persona (Colegio de Abogados de Aragón. Días 30 de marzo, 13 y 20 de abril de 2007)”, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, n° 4, 2007, <http://www.derecho-aragonés.net/cuadernos/document.php?id=399>, pp. 8 y 9.

— “Sucesión legal y usufructo viudal de cónyuge separado de hecho”, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, n° 5, 2008, <http://www.derechoaragonés.net/cuadernos/document.php?id=459>, pp. 1 a 34.

MARTÓN y GAVÍN, J. y SANTAPAU y CARDOS, F., *Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla por dos abogados del ilustre Colegio de Zaragoza*, T. I, Establecimiento Tipográfico de Vicente Andrés, Zaragoza, 1865.

— *Observancias del Reino de Aragón. Vertidas del latín al castellano por los autores de “Derecho y Jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla”*, Imprenta y Librería de Vicente Andrés, Zaragoza, 1865.

MEDRANO SÁNCHEZ, J., “La responsabilidad del patrimonio común por deudas (aparentemente) privativas de uno de los cónyuges. La posición y derechos del cónyuge no deudor”, *RDCA*, I, n° 1, 1995, pp. 11 a 35.

— “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón” (ponente), *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 9 a 68.

MELÚS SEBASTIAN, R., “Reflexiones en torno al derecho de viudedad” (Beca 1998/1999), *Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés, Becas del Justicia de Aragón 1997-2002*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, pp. 251 a 393.

MERINO HERNÁNDEZ, J. L., “Extensión del derecho de viudedad aragonés”, *RDN*, LXXIX, enero-marzo 1973, pp. 117 a 153.

— “Un problema resuelto y otro que se crea (sobre el derecho de viudedad aragonés)”, *ADC*, XXVIII, 1975, pp. 423 a 436.

— “La renuncia al derecho expectante de viudedad aragonés”, *RCDI*, n° 517, noviembre-diciembre 1976, pp. 1397 a 1438.

- *El consorcio foral*, Librería General, Zaragoza, 1976.
- “Comentarios a los artículos 7 y 8 Comp. aragonesa”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigido por Albadalejo García y Díaz Alabart, tomo XXXIII, volumen I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 96 a 113.
- *La viudedad foral y los cambios de vecindad civil*, Comunicación presentada en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y legislación el 25 de abril de 1997, Zaragoza, 1997, pp. 221 a 230.
- *Limitaciones al derecho de viudedad aragonés*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 12 de junio de 1997, Anuario de la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 1997, pp. 13 a 44.
- *Comentarios críticos a la Ley 1/1999 de 24 de febrero de Sucesiones por Causa de Muerte de las Cortes de Aragón*, Comunicación presentada en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y legislación el 13 de noviembre de 1998, Zaragoza, 1998, pp. 92 y 93 (consorcio foral).
- Contestación al discurso de ZÁBALO ESCUDERO, E., *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho civil aragonés*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 15 de junio de 2005, Anuario de la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2005, pp. 34 a 40.
- “De la viudedad. Disposiciones Generales”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Colección: Derecho civil aragonés, nº 2, coordinada por Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 293 a 315.
- “Gestión del consorcio”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Colección: Derecho civil aragonés, nº 2, coordinada por Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 178 a 215.

- “Usufructo vidual”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Colección: Derecho civil aragonés, nº 2, coordinada por Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 337 a 390.
- “Usufructo vidual de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad” (ponente), *Actas de los Decimoctavos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pp. 187 a 209.
- MOLINO, M. (del)**, *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Justitiae Aragonum, practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis*, Zaragoza, 1585, 3ª ed.
- MONER y DE SISCAR, J. M.**, “Viudedades y consorcios en Aragón”, *RGLJ*, XXVIII, 1866, pp. 428 a 442.
- “¿Cual es la extensión y alcance del derecho de viudedad aragonesa?”, *RGLJ*, XXXIX, 1871, pp. 350 a 352.
- MONTER DE LA CUEVA, M.**, *Decisionum Sacrae Regiae Audientiae causarum civilium regni aragonum discursu theorico et practico compactarum*, T. I, Zaragoza, 1598.
- MONTULL LAVILLA, E.**, “La ausencia en el Derecho aragonés vigente”, *ADA*, VI, 1951-52, pp. 189 a 195.
- “La ausencia”, *Comentarios de prensa*, Artículos publicados en el periódico diario de Zaragoza “Heraldo de Aragón”, *ADA*, XIII, 1965, 1966, 1967, pp. 436 a 438.
- MURILLO GARCÍA-ATANCE, M.**, “Bienes comunes y privados”, *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Colección: Derecho civil aragonés, nº 2, coordinada por Merino Hernández, Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 109 a 126.
- NAVAL SCHMIDT, E.**, *Compilación articulada del Derecho Foral vigente en Aragón y conclusiones aprobadas por el Congreso de Ju-*

- risconsultos aragoneses con observaciones a las mismas*, Establecimiento tipográfico de C. Ariño, Zaragoza, 1881.
- NAVARRO VIÑUALES, J. M.**, “Introducción a la legislación de Derecho civil aragonés”, *Legislación civil de Aragón*, Monográficos La Notaría, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 27 a 64.
- NOUGUÉS SECALL, P.**, *Tratado del consorcio conyugal con arreglo a la Jurisprudencia de Aragón*, Imprenta José María Magallón, Zaragoza, 1859.
- NOVALES ALQUÉZAR, M^a A.**, “Las mujeres y el régimen económico matrimonial en el Código Civil español y en el Derecho civil aragonés”, *RDCA*, VII-VIII, 2001/2002, pp. 153 a 194.
- PALÁ MEDIANO, F.**, “Posibles aplicaciones del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges en una nueva ordenación del Derecho aragonés”, *ADA*, V, 1949-50, pp. 7 a 38.
- “La promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho comparado”, *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. I, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 291 a 416.
- PARDO DEFEZ, J.**, “Extinción del derecho expectante de viudedad” (coponente), *Actas de los Decimocuartos Encuentros de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 139 a 146.
- PASTOR OLIVER, A.**, “La Junta de Parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros” (coponente), *Actas de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 127 a 144.
- PELAYO HORE, S.**, *Problemas de la viudedad foral*, “Segunda Semana de Derecho Aragonés”, Jaca, 1943, pp. 175 a 192.

- “La viudedad aragonesa (cuestiones extrarregionales)”, *RDP*, XXVIII, 1944, pp. 22 a 35.
- “El Congreso Nacional de Derecho Civil”, *RGLJ*, XII (180 de la colección), 1946, pp. 588 a 602.
- PEREZ MARTÍN, A.**, *Las Observancias de Jimeno Pérez de Salanova*, Justicia de Aragón, prólogo de Jesús Delgado Echeverría, Ibercaja y El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000.
- PORTOLÉS, J.**, *Scholia sive Adnotationes ad Repertorium Micaelis Molini super Foris et Observantiis Regni Aragonum*, IV, 1592.
- RAMS ALBESA, J.**, “Usufructo vidual aragonés y existencia de bienes consorciales en el supuesto de separación de hecho”, *CCJC*, nº 11, abril-agosto 1986, pp. 3665 a 3671.
- “Comentario a los artículos 44, 45, 46, 48 y 51 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón”, *Comentarios a la Compilación de derecho civil de Aragón*, T. II, dirigidos por Jose Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, pp. 160 a 187 (artículos 44, 45 y 46); pp. 221 a 251 (artículo 48) y pp. 264 a 276 (artículo 51).
- “El pasivo del régimen matrimonial legal aragonés”, *RCDI*, nº 598, mayo-junio 1990, pp. 911 a 1008.
- “Gestión y pasivo de la comunidad conyugal aragonesa” (ponente), *Foro de Derecho aragonés, Segundos Encuentros*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 35 a 40.
- RIPOLLÉS Y BARANDA, M.**, *Jurisprudencia civil de Aragón recopilada y ordenada según el Plan del Código Civil*, T. III, Zaragoza, 1897.
- RODRIGO ESTEVAN, M^a L.**, *Testamentos medievales aragoneses. Ritos y actitudes ante la muerte (s. XV)*, Ediciones 94, Zaragoza, 2002.

ROMERO HERRERO, H., “Cuestión práctica de conflicto interregional”, *RDCA*, I, nº 2, 1995, pp. 109 a 112.

— “Determinación del régimen económico matrimonial. Conflictos Interregionales”, *RJNo*, abril-junio 1995, pp. 91 a 157.

— Intervención en el coloquio posterior a la ponencia de ZÁBALO ESCUDERO, E., “La reforma del Derecho Civil aragonés: el marco constitucional” (ponente), *Actas de los Sextos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997, pp. 52 a 61.

SANCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M. C., “Algunas consideraciones sobre el consorcio foral al hilo de una sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Tarazona (Zaragoza)”, *RJN*, 14, 1992, pp. 149 a 162.

— *El consorcio foral en el Derecho Civil Aragonés*, Colección “El Justicia de Aragón”, nº 2, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994.

— *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, Zaragoza, 2000.

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., “Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón” (ponente), *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 49 a 81.

— “El peculiar régimen de responsabilidad de los bienes comunes frente a tercero”, *RDCA*, II, nº 2, 1996, pp. 153 a 172.

SAMANES ARA, C., “Disposición de bienes inmuebles de menores e incapacitados en Aragón” (ponente), *Actas de los Octavos Encuentros de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 7 a 35.

- SANCHO ARROYO y LÓPEZ-RIOBOO, J.**, “De las sucesiones en general (Título I)”, *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Zaragoza, 1999, pp. 41 a 43 (consorcio foral).
- SANCHO REBULLIDA, F.**, “La viudedad”, *Informes del Seminario (1954-1958)*, vol. III, Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés, colección El Justicia de Aragón, número 4, Zaragoza, 1996, pp. 7 a 302 (=“La viudedad aragonesa”, *ADA*, VIII, 1955-56, pp. 9 a 228).
- “La viudedad en el Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *BCAZ*, n° 8, 1963, pp. 19 a 34.
- “Significado de la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, Conferencia pronunciada en la clausura del curso 1966-67 del Ateneo de Zaragoza, *ADA*, XIII, años 1965, 1966, 1967, pp. 287 a 307 (= *Nuestro Tiempo*, número 159, septiembre, 1967, pp. 171 y ss.; *Estudios de Derecho Civil*, II, Eunsa, Pamplona, 1978, pp. 19 y ss.).
- “La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, *ADC*, XX, 1967, pp. 755 a 817 (= *Estudios de Derecho Civil*, II, Eunsa, Pamplona, 1978, pp. 563 a 636)
- “Comunicación sobre algunas erratas en la regulación de la viudedad”, *ADA*, XIV, 1968-69, pp. 544 a 556.
- “La viudedad y el derecho expectante de viudedad” (ponente), *Actas de los Primeros Encuentros de Derecho aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992, pp. 65 a 72.
- “La viudedad y el derecho expectante de viudedad” (ponente), *Anexo de las Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 35 a 53.

- “Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación”, *Cuartas Jornadas del Bidasoa*, Zaragoza 22, 23 y 24 de septiembre de 1994, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 121 a 153.
- SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO DE CONTRERAS, P.**, “Comentario a los artículos 72 a 79 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón”, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. II, dirigidos por Jose Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 623 a 786.
- SAPENA TOMÁS, J.**, “La ausencia en Aragón”, *RDP*, XXXIX, enero-diciembre 1955, pp. 985 a 2001.
- “La viudedad aragonesa ante el cambio de vecindad civil”, *RDP*, XL, enero-diciembre 1956, pp. 795 a 801.
- “Vecindad civil y conflictos interregionales”, *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil*, Valencia, 1975, pp. 278 a 286.
- *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, Anuario de la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2001, pp. 1 a 77.
- SAVALL Y DRONDA, P. y PENÉN DEBESA, S.**, *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, 1866, edición facsimilar realizada con ocasión del IV centenario de la ejecución de D. Juan de Lanuza, Justicia de Aragón, en 1591, dirigida por Jesús Delgado Echeverría y editada por El Justicia de Aragón e Ibercaja, 3 tomos, Zaragoza, 1991.
- SERRANO GARCÍA, J. A.**, “Comentario a la STS de 26 de junio de 1989 (Derecho civil aragonés: enajenación de bienes inmuebles comunes y derecho expectante de viudedad)”, *CCJC*, núm. 20, abril-agosto, 1989, pp. 609 a 623.

BIBLOGRAFÍA

- “Panorámica del Derecho civil aragonés”, *BCAZ*, nº 123, octubre, 1991, pp. 63 a 81.
- *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, Bosch, Barcelona, 1992.
- “Vecindad civil, ley aplicable a los efectos del matrimonio y viudedad aragonesa”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 763 a 789.
- “Introducción a la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte”, *Economía aragonesa*, Servicio de Estudios de Ibercaja, Zaragoza, 1999, pp. 91 y 92 (consorcio foral).
- “El régimen económico matrimonial aragonés”, *Derechos civiles de España*, vol. VI, parte II, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano y Martínez Simancas, Aranzadi-BSCH, 2000, pp. 3439 a 3488.
- “Crónica de un casamiento en casa”, separata de la *RDCA*, VI, nº 2, 2000, pp. 139 a 144.
- “La protección jurídica del cónyuge viudo en el Derecho civil aragonés”, *Aequalitas*, nº 8, 2001, pp. 32 a 44.
- “Régimen económico matrimonial y viudedad: Disposiciones Generales”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado por M^a Ángeles Parra Lucán, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 185 a 222.
- “Los bienes de los cónyuges”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado por M^a Ángeles Parra Lucán, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 253 a 280.
- “La gestión del consorcio conyugal”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado

- por M^a Ángeles Parra Lucán, *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2006, pp. 281 a 304.
- “Las deudas de los cónyuges”, *Manual de Derecho Civil Aragonés*, dirigido por Jesús Delgado Echeverría y coordinado por M^a Ángeles Parra Lucán, *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2006, pp. 310 a 334.
- SOLER, J.**, *Suma de los fueros y observancias del noble e ínclito Reyno de Aragón*, 1525.
- SOLER CELMA, J. M.**, “Algunas reflexiones sobre la enajenación de bienes inmuebles por aragoneses”, *ADA*, XV, 1970-71, pp. 89 a 96.
- SUELVES, J.C. (de)**, *Consiliorum decisivorum semicenturia secunda*, Zaragoza, 1646.
- TILANDER, G.**, *Los Fueros de Aragón. Según el Manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, LMHA, Lund, 1937.
- RIVAS PEREZ, J. E.**, “Notas para el estudio de la influencia de la Iglesia en la Compilación Aragonesa de 1247”, *AHDE*, XX, 1950, pp. 758 a 774.
- ZÁBALO ESCUDERO, E.**, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado e interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993.
- “La reforma del Derecho civil aragonés: el marco constitucional” (ponente), *Actas de los Sextos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 1997, pp. 39 a 61.
- “La aplicación de las normas de conflicto del Derecho Interregional (a propósito de la sentencia del TSJA de 10 de marzo de 1999)”, *RDCA*, V, n^o 2, 1999, pp. 247 a 252 (= *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, pp. 807 a 810).

- “La nueva regulación aragonesa del régimen económico matrimonial y viudedad”, *REDI*, vol. LV, nº 1, 2003, pp. 587 a 590.
- *Vecindad civil, conflicto móvil y Derecho civil aragonés*, Discurso de ingreso en la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 15 de junio de 2005, Anuario de la Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2005.

ZAMORA. O. L., *Por el Ilustrísimo Señor Governador de Aragón. Sobre confirmación de dos firmas enclavatorias que se le concedieron contra otras dos que obtuvo por su viudedad la Excelentísima Señora Condesa de Aranda. Respuesta a las dudas que comunico el Consejo*, Zaragoza, 1655.

ZAPATERO GONZÁLEZ, R., “De la viudedad foral”, *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés*, Jaca, 27, 28 y 29 de septiembre de 1985, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, pp. 199 a 242.

§ 2. DERECHO NAVARRO

ARREGUI GIL, J., *La fidelidad vidual en el Derecho Privado de Navarra*, Biblioteca de Derecho Foral, Pamplona, 1968.

- “Reflexiones sobre la fidelidad vidual navarra (fealdat)”, *RJN*, núm. 15, enero-junio 1993, pp. 15 a 26.
- “Comentarios a la Ley 253”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García y Díaz Alabart, T. XXXVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 2001, pp. 37 a 41.

CALDUCH GARGALLO, M., “El usufructo de fidelidad en Navarra: naturaleza jurídica, requisitos, causas de exclusión, objeto y extinción del mismo”, *RJN*, nº 40, julio-diciembre 2005, pp. 75 a 143.

DE PABLO CONTRERAS, P., “La casa en el Derecho navarro: una aproximación jurídica”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 663 a 678.

LACRUZ BERDEJO, J. L., “Cuestiones fundamentales de la viudedad navarra”, Conferencia leída el 6 de junio de 1963 en la institución Príncipe de Viana en Pamplona, *RCDI*, septiembre-octubre 1964, núms. 436-437, pp. 553 a 584 (= *RJN*, núm. 8, 1989, pp. 13 a 30 y en *Estudios de Derecho privado, común y foral*, T. II, Obligaciones y Sucesiones, dirigidos por Rams Albesa, Corral Dueñas y Lacruz Bescos, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 635 a 657).

— “Beneficios viduales derivados del régimen matrimonial (la viudedad foral en Navarra y Aragón)”, *Elementos de Derecho Civil*, IV, *Derecho de Familia*, 3ª ed., Barcelona, 1990, pp. 564 a 571.

RUBIO TORRANO, E., “El Derecho Civil navarro”, *Derechos civiles de España*, vol. VII, dirigidos por Bercovitz Rodríguez-Cano y Martínez Simancas, Aranzadi-BSCH, 2000, pp. 4115 a 4134.

— “Evolución y futuro del Derecho civil navarro”, *RJN*, nº 33 (2), 2002, pp. 15 a 24.

TORRES LANA, J. A., “Comentarios a la Ley 253”, *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, dirigidos por Rubio Torrano, Aranzadi, 2002, pp. 748 a 749.

§ 3. CÓDIGO CIVIL

ABARCA JUNCO, A. P., “Los efectos del matrimonio”, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 2ª ed., Colex, UNED, Madrid, 2004, pp. 123 a 128.

- ALBADALEJO GARCÍA, M.**, *Curso de Derecho Civil*, IV, Bosch, Barcelona, 1982.
- ALCAZAR CREVILLÉN, R.**, *Derecho público aragonés*, dirigido por Embid Irujo, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 3ª ed., 2005.
- ALGARRA PRATS, E.**, “Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)”, *Derecho Privado y Constitución*, vol. 10, nº 16, enero-diciembre 2002, pp. 7 a 40.
- ALONSO MARTÍNEZ, M.**, *El código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, Editorial Plus Ultra, Madrid, 1947.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H.**, “La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea”, *Actualidad Civil*, nº 5, marzo, 2005, pp. 534 a 550.
- ÁLVAREZ LATA, N.**, “Comentario a los artículos 10.8 y 287 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 75 y 76 (art. 10.8) y 441 a 442 (art. 287).
- ÁLVAREZ OLALLA, P.**, “Comentario al artículo 1111 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 1301 a 1304.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R.**, “Introducción al estudio de la inoponibilidad”, *Homenaje a Juan Berchams Vallet de Goytisolo*, vol. I, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 81 a 106.
- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.**, “Los efectos del matrimonio”, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pp. 135 a 164.

- AGUILAR GRIEDER, H.**, “Las sucesiones”, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, 2ª ed. Tecnos, Madrid, 2006, pp. 209 a 223.
- AGUILAR RUIZ, L.**, “Ejecución de bienes gananciales por deudas consorciales contraídas por uno de los esposos: oposición del cónyuge no deudor a la traba y embargo de los bienes comunes”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 14, 2005, pp. 101 a 111.
- AVILA ÁLVAREZ, P.**, “El régimen económico matrimonial en la Reforma del Código Civil”, *RCDI*, nº 547, 1981, pp. 1373 a 1405
- “Régimen económico matrimonial y Registro de la Propiedad”, *RDCL*, nº 578, 1987, pp. 27 a 45.
- BADENAS CARPIO, J. M.**, “Comentario al artículo 334 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 470 a 472.
- BANACLOCHE PALAO, J.**, “Comentario al art. 541 Lec.”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vv. aa., Civitas, Madrid, 2001, pp. 935 a 936.
- BARRACHINA y PASTOR, F.**, *Derecho foral español en sus relaciones con el Código Civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros*, T. III, Castellón, 1912.
- BAYOD LÓPEZ, C.**, “Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes”, *ADC*, t. LX, fascículo III, julio-septiembre, 2007, pp. 1109 a 1162.
- BELLO JANEIRO, D.**, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Bosch, Barcelona, 1993.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.**, “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales”, *Derecho privado y constitución*, núm. 1, 1993, pp. 15 a 82.
- “Comentario al artículo 16.1 Cc.” (“Las particularidades en materia de remisión, calificación y orden público”), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albadalejo García y Díaz Alabart, t. I, vol. 2º, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. 531 a 534.
- “Comentario a los artículos 10.5, 14 y 247 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 73 a 74 (art. 10.5), 89 a 95 (art. 14) y 380 a 382 (art. 247).
- BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, J. T.**, “Consideraciones sobre el nuevo Título Preliminar (Normas de Derecho Privado)”, *RCDI*, nº 514, mayo-junio, 1976, pp. 555 a 589.
- BERROCAL LANZAROT, A. I.**, “Análisis del artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ejecución sobre bienes gananciales por deudas contraídas por uno de los cónyuges”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-3, 2004, pp. 82 a 152.
- BOLOS FARIÑAS, C. e IGLESIAS MEJUTO, J.**, “Actos de comunicación” y “Proceso matrimonial contencioso” en *Practicum de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Formularios y esquemas comentados)*, Cedecs Editorial, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias sociales, Barcelona, 2002, pp. 129 a 149 y 1502 a 1520, respectivamente.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.**, “Comentario al art. 9.8 Cc.”, *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz Rodríguez-Cano y Salvador Cordech, T. I, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 95 a 98.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 1333 Cc.”, *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León y Salvador Cordech, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 610 a 612.

CACHÓN CADENAS, M. J., *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991.

CALATAYUD SIERRA, A., “El ámbito territorial español: Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional”, *Cuadernos Notariales-3*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, pp. 5 a 126.

CALVO CARAVACA, A. L., “La doctrina del interés nacional en Derecho Interregional”, *Anales de Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 3, 1982, pp. 215 a 218.

— “Comentario a los artículos 9.8 y 10.8 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García y Díaz Alabart, T. I, vol. 2º, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. 386-387 (art. 9.8) y 727-728 (art. 10.8).

— “Sucesión hereditaria”, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, 6ª ed., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 393 a 422.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Efectos del matrimonio”, *Derecho de familia internacional*, 3º ed., Colex, Madrid, 2005, pp. 85 a 103.

— *Derecho Internacional Privado*, vol. I, séptima ed., Editorial Comares, Granada, 2006.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., “Protección legal de la vivienda familiar”, *RCDI*, nº 588, 1988, pp. 1583 a 1626.

CARCABA FERNÁNDEZ, M., “La protección de la vivienda y mobiliario familiar en el art. 1320 Cc.”, *RCDI*, nº 582, 1987, pp. 1431 a 1459.

- CARRASCO PERERA, A.**, “Sociedad de gananciales. Tercería de dominio. Deudas comunes y deudas privativas. Anotación preventiva de embargo sobre bienes gananciales”, *CCCJ*, nº 12, septiembre-diciembre 1986, pp. 4005 a 4016.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.**, “Comentario al art. 16 Cc. (Derecho de viudedad aragonés. Problemas de adaptación)”, *Jurisprudencia civil comentada*, dirigida por Pasquau Liaño, T. I, Granada, 2000, pp. 419 y 420.
- CARRASQUER CLARÍ, M. L.**, “Los bienes gananciales como objeto de responsabilidad por deudas tributarias”, *Revista General de Derecho*, vol. 56, nº 673, octubre-noviembre 2000, pp. 12823 a 12831.
- CASANOVA Y LA ROSA, O.**, “El Derecho Interregional e Interlocal”, *Llibre del segon Congrés Jurídic Catalá 1971*, Fundación Congreso Jurídico Catalán, Barcelona, 1972, pp. 215 a 233, en especial, pp. 222 a 226 (“Derecho Interregional y Derecho Internacional Privado”).
- “Comentario al art. 16.1 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, I, El nuevo Título Preliminar del Código y la ley de dos de mayo de 1975, coordinados por Amorós Guardiola, Madrid, 1977, pp. 734 a 749.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.**, “La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales” (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1914), *RGLJ*, t. 125, 1914, pp. 267 a 281.
- *Derecho civil Foral*, Editorial Reus S.A., Madrid, 1932.
- CASTELLANOS RUIZ, E.**, “Sucesión hereditaria”, *Derecho de familia internacional*, 3º ed., Colex, Madrid, 2005, pp. 257 a 311.
- CHICO ORTIZ, J. M.**, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 1989.

CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H., “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato”, *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coordinado por Delgado Echeverría, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 59 a 88.

COLÁS ESCANDÓN, A., “Comentario a los artículos 1301 y 1302 del Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 1523 a 1526.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN 1828-1994, *Actas de la Comisión General de Codificación 1828-1994*, Catálogo General de Publicaciones Oficiales, Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

COSTAS RODAL, L., “Comentario al art. 1333 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 1556 a 1558.

CRESPÍ FERRER, L., “El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (examen del artículo 541 de la Lec.)”, *Revista de Derecho de Familia*, n° 20, julio 2003, pp. 23 a 45.

CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Bosch, Barcelona, 1996.

— “Comentario al art. 271.3 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rams Albesa, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1972 a 1973.

— “La validez de la venta de cosa ajena como exigencia del sistema”, *Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos*, <http://codigo-civil.info/nulidad/lodel/documet.php?id=572>, pp. 1 a 19.

DE CASTRO y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto nacional de estudios jurídicos, Madrid, 1971.

- DE LA IGLESIA PALACIOS, E.**, “Expropiación de facultades parciales de dominio o derechos e intereses patrimoniales legítimos; expropiación de bienes con cargas y gravámenes”, *Manual de Expropiación forzosa*, Abogacía del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 199 a 219.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E.**, “La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales”, *RCDI*, núm. 689, mayo-junio 2005, pp. 809 a 832.
- DE LOS MOZOS, J. L.**, “Comentario del art. 1333 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García, T. XVIII, vol. 1º, 2ª Ed., Edersa, 1982, pp. 55 a 59.
- “La nulidad de los actos jurídicos”, *Homenaje al profesor Martín-Ballester y Costea*, Institución Fernando el Católico, C.S.I.C., Zaragoza, 1983, pp. 481 a 533.
- DE OBESO PEREZ-VICTORIA, B.**, “El expropiado”, *Manual de Expropiación forzosa*, Abogacía del Estado. Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 306 a 337.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.**, “Comentario al artículo 1301 Cc.”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Albadalejo García, t. XVII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1981, pp. 266 a 269.
- “Comentario al artículo 1301 Cc.”, *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León y Salvador Cordech, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 544 a 547.
- “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil”, *RAAP*, núm. 4, 1994, pp. 361 a 404 (= *Iuris. Cuadernos de política jurídica*, núm. 1, 1994, pp. 37 a 76).

DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M. A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005.

DIAGO DIAGO, M. P., “La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional”, *Actualidad Civil*, nº 42, 1999, pp. 1343 a 1363.

— *Pactos o capitulaciones matrimoniales en el Derecho Internacional Privado*, Colección “El Justicia de Aragón”, nº 10, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999.

— “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho Internacional Privado español”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, números 2067-68, septiembre 2008, pp. 2763 a 2787.

DÍAZ MARTINEZ, A., *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva LECiv: aspectos civiles y registrales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 1ª edición., Tecnos, Madrid, 1970.

— *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1983.

DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2004.

DORAL GARCÍA, J. A., “El interés de la familia”, *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, vol. 1º, núms. 33 a 36, enero-diciembre 1982, pp. 2 a 21.

DURÁN RIVACOBIA, R., *Derecho Interregional*, Dykinson, Madrid, 1996.

- ESCUÍN PALOP, V.**, *Comentarios a la Ley de Expropiación forzosa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- ESPIAU ESPIAU, S.**, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.
- “La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el Derecho civil catalán (notas en torno al art. 9 CF)”, *La Notaría*, Colegio de Notarios de Cataluña, núm. 4, abril 2001, pp. 17 a 41.
- FALCÓN**, *Exposición del Derecho civil español, común y foral*, T. III, Barcelona, 1897.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SANCHEZ LORENZO, S.**, *Derecho Internacional Privado*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ ROZADO, M. y PANISELLO MARTÍNEZ, J.**, “Procedimiento de apremio” en “La ejecución forzosa. Procesos especiales”, *Práctica de los procesos jurisdiccionales. Práctica del proceso civil*, Tomo I, vol. tercero, vv. aa., coordinado por Sospedra Navas, Thomson-Civitas, 2005, pp. 255 a 321.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J.**, “Responsabilidad directa y subsidiaria de la sociedad de conquistas por deudas de los cónyuges”, *RJN*, nº 33(2), 2002, pp. 49 a 88.
- “Comentario a los artículos 1262 y 1320 Cc.” *Código Civil*, Colección “Códigos con Jurisprudencia”, 8ª edición, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 1129 a 1135 (art. 1262) y 1231 a 1233 (art. 1320).
- FERRER VANRELL, M. P.**, “La problemática de la aplicabilidad del art. 1320 del Código Civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares)”, *RDCI*, nº 665, mayo-junio 2001, pp. 1079 a 1136.

- “Competencia exclusiva en legislación civil *versus* asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2008, pp. 1 a 30.
- FLOR MATÍES, J.**, “Comentario al artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *El proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, vol. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 4545 a 4566.
- GALÁN RUIZ, J.**, “Unidad familiar en régimen de gananciales. Embargo de cuentas corrientes de un contribuyente por las deudas tributarias por IRPF de su cónyuge” (STC 36/2000 de 14 de febrero), *Crónica Tributaria*, nº 103, 2002, pp. 163 a 170.
- GARCÍA CANTERO, G.**, “Notas sobre el régimen matrimonial primario”, *Documentación jurídica*, Monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de Familia de 1981, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, vol. 1º, núms. 33 a 36, enero-diciembre 1982, pp. 301 a 312.
- “Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español”, *El hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, coordinado por Viladrich Bataller, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pp. 61 a 84.
- GARCÍA GARCÍA, M. A.**, “El interés familiar supraindividual”, *RGLJ*, T. LXXXV, núm. 5, noviembre 1982, pp. 373 a 403.
- “El deber de actuar en interés de la familia”, *RDP*, marzo 1984, pp. 243 a 277.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.**, “Comentario al artículo 37.4º Lh.”, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 4ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 133 a 138.
- “Comentario a los artículos 144 y 353.3 Rh.”, *Código de Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 4ª ed., Thom-

- son-Civitas, Madrid, 2004, pp. 489 a 494 (art. 144) y 606 a 607 (art. 353.3).
- “Comentario al artículo 541 Lec.”, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 4^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 864 a 865.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C.**, “Comentario al art. 67 Cc.” (“La actuación en interés de la familia”), *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Salvador Cordech, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, T. I, 1991, pp. 318 y 319.
- GIMÉNEZ DUART, T.**, “La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *RDN*, núms. CXIII-CXIV, julio-diciembre 1981, pp. 73 a 122.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.**, “Sucesión hereditaria”, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, 6^a ed., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 393 a 422.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.**, “Notas sobre la inoponibilidad de los contratos”, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. Jose Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 1467 a 1482.
- GORDILLO CAÑAS, A.**, “La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia”, *ADC*, vol. 35, n^o 4, 1982, pp. 1111 a 1160.
- “Ganancialidad de la deuda: ¿Presunción, prueba o determinación legal?”, *Actualidad Civil*, n^o 21, diciembre 2004, pp. 2517 a 2539.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.**, “Comentario al art. 541 Lec.”, *Comentario a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, dirigidos por Lorca Navarrete y coordinados por Guilarte Gutiérrez, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2556 a 2597.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M., “La cuota viudal y su regla fija” (Parte tercera), *RGLJ*, T. XII, 1946, pp. 546 a 577.

HERNÁNDEZ RUEDA, N., *Régimen de responsabilidad por deudas privativas durante la vigencia de la sociedad de gananciales* (Tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), Dykinson, Madrid, 2002.

HERRERO GARCÍA, M. J., “Algunas consideraciones sobre la protección de la vivienda familiar en el Cc.”, *Estudio de Derecho civil en Homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, pp. 201 a 341.

— “Comentario a los artículos 1320 y 1322 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León y Salvador Cordech, T. II, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 586 a 592 (art. 1320) y 594 a 596 (art. 1322).

JUAN SÁNCHEZ, R., “Comentario al artículo 541 de la Lec.”, *Proceso Civil Práctico*, T. VI, coordinado por Morenilla Allard, La Ley, 2002, pp. 350 a 373.

LACRUZ BERDEJO, J. L., “Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral”, *RCDI*, núms. 424-425, septiembre-octubre 1963, pp. 593 a 608.

— *Derecho de Familia*, I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1974.

— *El nuevo derecho civil de la mujer casada*, Civitas, Madrid, 1975.

— *Elementos de Derecho Civil*, III bis, *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1984.

— *Elementos del Derecho Civil*, III bis, *Derecho Inmobiliario Registral*, edición revisada y puesta al día por Delgado Echeverría y Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2003.

- *Elementos del Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, volumen 1º, Parte general. Teoría General del contrato, 3ª edición, revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2005.
- *Elementos del Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, volumen 2º, Contrato y cuasicontrato. Delito y cuasidelito, edición revisada y puesta al día por Rivero Hernández, Dykinson, Madrid, 2005.
- *Elementos de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, segunda edición, revisada y puesta al día por Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2005.

LALINDE ABADÍA, J., *Los Fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza, 1976.

LARRONDO LIZARRAGA, J. M., “Comentario al art. 9 del Código de Familia catalán”, *Comentaris al Codi de família, a la llei d’unions estables de parella y a la llei de situacions convivencials d’ajuda mútua*, dirigido por Egea Fernández y Ferrer Riba y coordinado por Lamarca Marqués y Ruisánchez Capelastegui, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 123 a 134.

LETE DEL RÍO, J. M., “La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge no titular” *Actualidad Civil*, nº 39, octubre 2003, pp. 1055 a 1072.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Derecho del Registro Civil*, Cálamo Producciones editoriales, Barcelona, 2002.

LÓPEZ ALARCÓN, M., “Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio: cuestiones generales”, *La Ley*, nº 2, 1982, pp. 832 a 839.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., “Sociedad de gananciales: deudas privativas. Embargo de bienes gananciales por deudas del marido. Tercería de dominio interpuesta por la esposa.

- Procedimiento adecuado conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentario a la sentencia del TS de 2 de junio 1999 (RJ 1999, 4725)", *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 4, 2000, pp. 411 a 416.
- LUCINI CASALES, A.**, "La vivienda familiar en el régimen del Código Civil reformado. Especial referencia a los actos dispositivos sobre la misma", *RCDI*, nº 596, 1990, pp. 87 a 116.
- MARTÍN PÉREZ, J. A.**, "Comentario al artículo 1111 Cc." ("Sentido del *consilium fraudis* y complicidad del adquirente"), *Jurisprudencia civil comentada*, Código Civil, T. II, Granada, 2000, pp. 1884 a 1887.
- MARÍN LOPEZ, M. J.**, "Comentario a los artículos 9.2, 67 y 90 del Cc.", *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz-Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 51 a 52 (art. 9.2), pp. 167 a 168 (art. 67) y pp. 194 a 196 (art. 90).
- MORA MATEO, J. E.**, "Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones", *RGD*, núm. 636, septiembre 1997, pp. 10317 a 10352.
- MORALEJO IMBERNÓN, N.**, "Comentario a los artículos 16.2 y 1377 Cc.", *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz-Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 100 a 101 (artículo 16.2) y pp. 1603 a 1604 (artículo 1377).
- MORENO CATENA, V.**, "La ejecución forzosa (IV)", *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vv. aa., coordinada por Moreno Catena y Cortés Domínguez, Tecnos, Madrid, 2000.
- MORENO GIL, O.**, "Comentario al artículo 1111 Cc.", *Código Civil y Jurisprudencia concordada*, 3ª edición, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pp. 1005 a 1010.
- MORENO QUESADA, B.**, "Comentario al artículo 1291 Cc.", *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez,

- Diez-Picazo Ponce de León y Salvador Cordech, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 523 a 526.
- O, CALLAGHAN, X.**, “Comentario al art. 67 Cc.”, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 2001, pp. 131 y 132.
- ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, J. A.**, “Constitución y vivienda familiar”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, coordinado por Viladrich Bataller, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pp. 35 a 60.
- ORTIZ ARCE, A.**, “Comentario al art. 10.8 Cc.”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, El nuevo Título Preliminar del Código y la ley de dos de mayo de 1975, coordinados por Amorós Guardiola, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 542 a 543.
- PARDO NÚÑEZ, C. R.**, “Derecho Interregional y foralidad”, *RCDI*, nº 663, enero-febrero 2001, pp. 11 a 44.
- PARRA LUCÁN, M^a A.**, “El Registro Civil”, *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, 3^a edición, vv. aa., coordinado por De Pablo Contreras, Ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 529 a 547.
- PEÑA LÓPEZ, F.**, “Comentario al art. 1462 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 1694 a 1698.
- PEREZ MARTÍN, A. J.**, “La determinación del régimen económico matrimonial”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 38, marzo, 2008, pp. 29 a 61.
- PRETEL SERRANO, J. J.**, “Comentario al art. 77 Lrc.”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, coordinados por Albadalejo García y Díaz Alabart, T. IV, vol. 3^o, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1996, pp. 814 a 819.

- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.**, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Tirant lo Blanch Valencia, 1994.
- “La inoponibilidad”, *NUL. Estudios sobre invalidez y eficacia. Nulidad de los actos jurídicos*, 2007, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=401>, pp. 1 a 6.
- RAMS ALBESA, J.**, *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.**, “Comentario al art. 1322 Cc.”, *Jurisprudencia Civil comentada*, dirigida por Pasquau Liaño, T. I, Granada, 2000, pp. 2371 a 2374.
- ROCA JUAN, J.**, “Comentario al art. 67 Cc. (El interés de la familia)”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, T. II, Tecnos, Madrid, 1977, p. 901.
- RODRÍGUEZ MORATA, F.**, “Comentario al art. 1450 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez Cano, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 1671 a 1672.
- ROJAS MONTES, L.**, “Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones”, *AAMN*, t. XXVI, 1985, pp. 295 a 332.
- RUBIO TORRANO, E.**, “El art. 149.1.8 de la Constitución y la reciente jurisprudencia constitucional”, *RJN*, núm. 15, 1993, pp. 293 a 314.
- “Constitución y Derecho civil navarro”, *Derecho privado y Constitución*, nº 2, 1994, pp. 55 a 78.
- RUBIO TORRANO, E.**, y **SANCHO REBULLIDA, F.**, “El concepto y el régimen de la vivienda familiar del Código Civil en los derechos forales y en el derecho agrario”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, coordinado por Viladrich Bataller, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pp. 301 a 320.

- RUIZ RICO, J. A.**, “Asiento registral para constatar la atribución o determinación del uso de la vivienda familiar en nulidad, separación, divorcio en las distintas fases del procedimiento”, *BCRE*, nº 18, 1996, pp. 1762 a 1766.
- RUIZ VADILLO, E.**, “Comentario a la Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código Civil”, *RGD*, nº 345, junio 1973, pp. 506 a 512.
- SERRANO ALONSO, E.**, “La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio”, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales: bases conceptuales y criterios judiciales*, coordinado por Viladrich Bataller, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1986, pp. 85 a 124.
- SIMÓ SANTONJA, V. L.**, *Derecho Intranacional e Interregional (Sistema español: principios de reforma)*, *RDN*, núm XXXII, abril-junio 1961, pp. 161 a 340, en especial, pp. 311 a 317 (“La viudedad foral”).
- “Conflictos interregionales en Derecho sucesorio”, *Llibre del II Congrés Juridic Catalá 1971*, Fundación Congreso Jurídico Catalán, Barcelona, 1972, pp. 234 a 244, en especial, pp. 242 a 244 (“La viudedad foral”).
- SOTO BISQUERT, A.**, “La publicidad del régimen matrimonial de bienes”, *RDP*, 1967, pp. 511 a 535.
- UREÑA MARTÍNEZ, M.**, “Comentario al artículo 434 Cc.”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Editorial Aranzadi, 2001, p. 591.
- VAQUER ALOY, A.**, “Inoponibilidad y acción pauliana (la protección de los acreedores del donante en el artículo 340.3 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña)”, *ADC*, T. LII, fascículo III, julio-septiembre, 1999, pp. 1491 a 1570.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Comentario al art. 67 Cc.”, *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, 5^a ed., Bosch, Barcelona, 1999, pp. 130 a 132.

— *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981 de 13 de mayo)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.

