

**ACTAS  
DE LOS TRIGÉSIMOS SEGUNDOS ENCUENTROS  
DEL FORO DE DERECHO  
ARAGONÉS**

## TRIGÉSIMOS SEGUNDOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS

### ORGANIZADO POR:

- El Justicia de Aragón
- Tribunal Superior de Justicia de Aragón
- Fiscalía de la C.A. de Aragón
- Cámara de Cuentas de Aragón
- Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación
- Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza
- Fundación Universidad San Jorge
- Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza
- Ilustre Colegio Oficial de la Abogacía de Huesca
- Ilustre Colegio de Abogados de Teruel
- Ilustre Colegio Notarial de Aragón
- Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Decanato Autonómico de Aragón)
- Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza

### COMISIÓN DE COORDINACIÓN:

- D. Ángel Dolado Pérez (Justicia de Aragón)
- D. Manuel Bellido Aspas (Presidente del TSJA)
- D<sup>a</sup>. María Asunción Losada Sabater (Fiscal Superior de Aragón)
- D. Alfonso Peña Ochoa (Presidente de la Cámara de Cuentas de Aragón)
- D. Javier Hernández García (Lugarteniente del Justicia)
- D. José Luis Merino Hernández (Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación)
- D. Alfonso Casas Ologaray (Decano Colegio de Abogados de Teruel)
- D. Pablo Luis Marín Nebra (Decano Colegio de Procuradores de Zaragoza)
- D. José Antonio Serrano García (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza)
- D. Rafael Bernad Mainar (Director del Grado de Derecho)
- D<sup>a</sup> Ana Payrós Falcó (Notaria del Colegio Notarial de Aragón)
- D. Saúl Gazo Ortiz de Urbina (Letrado)
- D. Luis Montes Bel (Letrado. Ilustre Colegio Oficial de la Abogacía de Huesca)
- D. Miguel Ángel Lorient Rojo (Registrador de la Propiedad)

### SECRETARÍA TÉCNICA:

- D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Jesús Lite Martín (Secretaria General del Justicia de Aragón)
- D. Javier Oliván del Cacho (Asesor del Justicia de Aragón)

Edita: EL JUSTICIA DE ARAGÓN

© De la edición El Justicia de Aragón

© De cada una de las partes de los respectivos autores

ISBN: 978-84-92606-58-0

Depósito Legal: Z-921-2024

Maquetación e impresión: Tipolínea, S.A. Grupo Edelvives  
Ctra. de Madrid, N-II, km 315,70. 50012 Zaragoza

# ÍNDICE

## **SESIÓN I. Introducción del Derecho Civil Aragonés en los Estatutos de las Sociedades de Capital**

### **Ponente**

*D<sup>a</sup> Carmen Gay Cano* ..... 7

### **Coponentes**

*D. Francisco Javier Lardiés Ruiz* ..... 23

*D<sup>a</sup> Reyes Palá Laguna* ..... 29

## **SESIÓN II. Modificaciones del Libro Tercero del Código de Derecho Foral, relativo a las sucesiones por causa de muerte**

### **Coponentes**

*D<sup>a</sup> María Cristina Chárlez Arán* ..... 49

*D. Tomás García Cano* ..... 61

*D<sup>a</sup> Carmen Lahoz Pomar y D<sup>a</sup> Isabel Caudevilla Lafuente* ..... 79

## **SESIÓN III. Modificación del Régimen de Custodia Compartida en Aragón**

### **Ponente**

*D. Manuel Bellido Aspás* ..... 97

### **Coponentes**

*D. Juan Baratech Ibáñez* ..... 115

*D<sup>a</sup> Ana María Capuz Huerva* ..... 147



**Sesión I**

**INTRODUCCIÓN**  
**DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS**  
**EN LOS ESTATUTOS**  
**DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

**Ponentes**

*D<sup>a</sup> Carmen Gay Cano*  
PÁG. 7

**Coponentes**

*D. Francisco Javier Lardiés Ruiz*  
PÁG. 23

*D<sup>a</sup> Reyes Palá Laguna*  
PÁG. 29



# INTRODUCCIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS EN LOS ESTATUTOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL<sup>1</sup>

CARMEN GAY CANO

Letrada

Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

## 1. APROXIMACIÓN PREVIA

Es una realidad que la actividad empresarial se canaliza, cada vez con más intensidad, a través de sociedades de capital. Son las nuevas «casas mercantiles», como versión moderna de la tradicional «casa aragonesa» entendida como patrimonio familiar productivo.

Nuestro Derecho foral no es ajeno a esta realidad. De hecho, incluso prevé como instrumento de planificación sucesoria que «*si el causante, en su disposición por causa de muerte, crea u ordena crear una persona jurídica que sólo quede constituida legalmente después de la apertura de la sucesión, ésta tendrá capacidad para adquirir las atribuciones patrimoniales ordenadas por el causante desde que tenga personalidad, pero los efectos se retrotraerán al momento de la delación*» (art. 327.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, en lo sucesivo, «CDFA»). En mi opinión, nada impide que en uso de la libertad de ordenación testamentaria que reconoce el art. 318 CDFa, el causante pueda imponer determinados pactos estatutarios que deberán regir esa futura sociedad.

Aún siendo ámbitos jurídicos distintos y aún existiendo distintas atribuciones competenciales en cuanto a la elaboración normativa, el derecho civil personal no

---

1. Un análisis más extenso de estas cuestiones puede encontrarse en «La libertad de pacto como instrumento para la incorporación de instituciones del Derecho foral aragonés a los estatutos de sociedades mercantiles, en especial, en las empresas familiares», Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2023. (<https://aajl.es/wp-content/uploads/2023/06/Discurso-de-Carmen-Gay-Cano.pdf>)

es ajeno al ordenamiento societario, porque detrás de toda sociedad mercantil siempre hay personas.

Es cierto que, en una primera aproximación, puede parecer que hablar de incorporar a los estatutos de sociedades de capital el Derecho foral aragonés es un «particularismo» carente de sentido. Sin embargo, no es así.

Los estatutos son la ley societaria de primer rango en las sociedades mercantiles y, por ello, devienen el vehículo idóneo para la introducción de aquellas previsiones de nuestro Derecho foral que, de una forma u otra, pueden tener virtualidad societaria. Pero, además, un ordenamiento tan rico en instituciones propias como lo es el aragonés, puede actuar también como fuente inspiradora de previsiones estatutarias, especialmente, en las sociedades familiares. Convenirles es el propósito de mi intervención.

Como primera cuestión es obligado reparar en las ventajas que aporta la incorporación a los estatutos de estos preceptos. En efecto, mediante la inscripción y publicidad registrales, los pactos estatutarios trascienden la esfera meramente interna y devienen vinculantes para terceros ajenos al contrato de sociedad (art. 9 del Reglamento del Registro Mercantil, en lo sucesivo, «RRM»). Entre ellos, por ejemplo, para el juez que conoce de un proceso de ejecución o divorcio en los que pueda estar implicada la participación en sociedades mercantiles. Vinculación frente a terceros que no ofrece la regulación meramente contractual parasocietaria que, aunque cada vez más frecuente, salvo publicación, permanece en el ámbito privado y, por tanto, con la eficacia meramente *inter partes* propia de los contratos (arts. 1091 y 1257 del Código Civil, en lo sucesivo «CC»).

Es en las sociedades cerradas y más concretamente en las familiares, en las que prevalece el elemento personal -el tradicional *intuitu personae*-, en las que una regulación adaptada a las concretas necesidades del grupo personal y patrimonial implicado es más necesaria. Cada estructura societaria tiene sus peculiaridades personales, patrimoniales y familiares, pero también sus arraigos territoriales, culturales y emocionales, a los que el Derecho, sea como ley personal o en el ámbito de las sociedades mercantiles en las que participan, puede y debe dar respuesta.

La conservación de las empresas familiares, verdadero motor de nuestra economía en creación de PIB y empleo, constituye un valor a proteger y nuestro Derecho foral es rico en instituciones cuya finalidad es, precisamente, conservar unido el patrimonio productivo familiar, evitando su disgregación y consiguiendo pérdida de valor. En efecto, es el caso de del consorcio foral (arts. 373 y ss. CDFA), la legítima colectiva (arts. 486 y ss. CDFA), la comunidad que continúa tras la disolución (arts. 250 y ss. CDFA), el testamento mancomunado (arts. 417 y ss. CDFA), el pacto sucesorio (arts. 377 y ss. CDFA), las disposiciones en capítulos matrimoniales (arts. 195 y ss. CDFA) o la «*reserva de señorío mayor en el heredamiento de casa aragonesa*» (art. 388 CDFA).

Destaca especialmente la figura genuinamente aragonesa de la fiducia sucesoria (arts. 439 y ss. CDFFA), que permite posponer la elección del descendiente que asumirá la gestión empresarial, así como la distribución de distintos negocios entre los herederos, en atención a su madurez, cualidades personales y preparación, mejorando las posibilidades de subsistencia de la empresa familiar. Una adecuada regulación estatutaria puede ser un complemento eficaz en la planificación de la transmisión de la empresa familiar.

Ambos ordenamientos, foral y societario, comparten la autonomía de la voluntad como pilar esencial. El Derecho aragonés a través del principio «*Standum est chartae*» formulado en el art. 3 del Código que impone estar «*a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas de Derecho aragonés*». Por su parte, el Derecho de sociedades -como principio presente en nuestra tradición societaria desde el Código de Comercio de 1829,- positiviza la libertad de pacto en el art. 28 de la Ley de Sociedades de Capital (en lo sucesivo, indistintamente referida como «LSC» o la «Ley»), que reconoce la posible inclusión en la escritura de constitución y en los estatutos de «*todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido*», como límite específico respecto del art. 1255 CC. Límite, por cierto, cada vez más desdibujado entre los tipos sociedad anónima y limitada ya que, como señala la Doctrina, existe una imparable tendencia a la «hibridación» de ambos tipos sociales que gozan hoy de polivalencia funcional. De hecho, la actual prevalencia de las sociedades limitadas se debe a su mayor flexibilidad y los menores costes operativos. La verdadera diferencia hoy está entre las sociedades cotizadas y las que no lo son.

Una lectura atenta de la vigente Ley de Sociedades de Capital revela que son pocos los preceptos imperativos, reconociendo de forma constante la posibilidad de «*disposición en contrario en los estatutos*». Y así resulta también de los arts. 22 y 23 LSC que establecen el contenido verdaderamente mínimo de la escritura de constitución y de los estatutos. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública («DGSJFP») manifiesta una clara y decidida tendencia a reconocer la libertad de pacto estatutario. En definitiva, tal poder de autorregulación encuentra fundamento último en el derecho a la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de nuestra Constitución.

Desde un punto de vista práctico la experiencia confirma que una regulación pactada de las relaciones societarias, obtiene mayor grado de aceptación por los socios y constituye un instrumento eficaz en la prevención y solución de eventuales conflictos, contribuyendo a la continuidad de la empresa como valor generador de empleo, desarrollo y riqueza, no sólo para sus propietarios, sino fundamentalmente para la economía nacional de la que las empresas familiares son protagonistas absolutas.

Por ello los operadores jurídicos debemos hacer ese trabajo de «sastrería» que permita adaptar los estatutos al concreto grupo familiar y patrimonial implicado. Y ello, a pesar de la imparable tendencia a la estandarización que el legislador pretende imponer en todos los ámbitos jurídicos y, con especial intensidad, en las últimas reformas societarias, promoviendo la implantación de sociedades de formulario con «estatutos tipo», introducidos en nuestro ordenamiento por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa, subtipo hoy derogado, por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre de creación y crecimiento de empresas que modifica también la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes o *startups* y más recientemente, la Ley 11/2023 de 8 de mayo de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.

Analicemos aquellas cuestiones que, bien directamente o tomando como inspiración el Derecho foral aragonés, puede ser útil incorporar a los estatutos sociales, advirtiendo ya que tipo social idóneo es la sociedad limitada por ofrecer mayor margen de libertad creativa.

## 2. PERSONALIZACIÓN DE PARTICIPACIONES Y ACCIONES

Aunque no supone incorporación directa de normas forales, considero oportuno detenerme brevemente en esta cuestión porque puede ser un complemento eficaz en las estructuras societarias familiares. En efecto, la Ley ofrece un amplio abanico de medidas para la configuración de acciones y participaciones con derechos diferentes mediante la creación de distintas series y clases [(arts. 23.d) y 94 LSC, 122, 184 y 187.1 RRM)], que pueden ser utilizadas para beneficiar o proteger a determinados socios como el cónyuge viudo, el fundador de la empresa en el momento de su jubilación o aquéllos que requieran especial protección por encontrarse en situación vulnerable, sea por enfermedad u otra causa.

Además de las «ventajas de fundadores» en las sociedades anónimas que, con límites temporales y cuantitativos, permiten atribuir derechos económicos a los promotores de la empresa (art. 27 LSC y art. 128 RRM), un instrumento muy útil es la creación de acciones o participaciones con «**dividendo privilegiado**» (art. 95 LSC) que, con la única limitación de que no puede consistir en el devengo de determinado interés (art. 96 LSC), permite múltiples opciones, como resulta de los arts. 275 LSC y 184.2.2º del RRM. Libertad que confirma la DGS-JFP, entre otras, en su resolución de 14 de abril de 2021, admitiendo en las sociedades limitadas el dividendo «*por cabezas*», es decir, no proporcional a la participación social. Estas fórmulas pueden utilizarse para beneficiar econó-

micamente a los fundadores de la empresa, por ejemplo, en el momento de su jubilación, reconociéndoles un porcentaje superior de participación en los beneficios en aquellos casos en los que se ha hecho ya transmisión de la propiedad de la empresa vía pacto sucesorio de presente o donación de participaciones a sus descendientes.

En mi opinión, no hay ningún inconveniente jurídico en establecer en los estatutos una vigencia temporal en la aplicación de estos privilegios, tanto en cuanto al momento de hacerse efectivos, como también en lo que se refiere a su extinción. La única exigencia legal es que el hecho que genera el derecho o su extinción quede perfectamente identificado en el precepto estatutario.

Aunque sacrificando los derechos políticos, otra opción son las **acciones y participaciones sin voto** (arts. 98 y ss. LSC) que pueden ser útiles en el caso de socios con una discapacidad mental severa que les impide discernir en el ejercicio del voto. De esta forma se verían compensados con un dividendo preferente, con no verse afectados por una eventual reducción de capital, con privilegios en la cuota de liquidación o con especial protección ante modificaciones lesivas, en los términos que establece la Ley. Alternativa que evitaría tener que establecer complejas medidas de apoyo para ejercitar el derecho de voto si quien las requiere, dispone de un patrimonio societario.

Si bien únicamente en las sociedades limitadas (art. 96.2 LSC), la desigualdad puede referirse también al ejercicio de los derechos políticos, mediante el reconocimiento de **voto plural** para todos o para determinados acuerdos (art. 188.1 LSC).

Además de derechos, también pueden incorporarse deberes u obligaciones a través de las **prestaciones accesorias** (arts. 86 y ss. LSC, 127 y 187 RRM), que pueden configurarse en los estatutos con amplísima libertad en cuanto a su contenido, su carácter gratuito o retribuido, vigencia temporal, extensión a todos o sólo a algunos socios o vinculándose a determinadas participaciones o acciones. Así, pueden consistir en la obligación de conservación y gestión de determinados bienes muebles, como puede ser una colección de arte o de determinados inmuebles vinculados a la familia. También la realización de prestaciones de servicios por determinados socios especialmente cualificados. Repárese que en Aragón el régimen de capacidad de los menores mayores de catorce años, de los menores emancipados y de los casados (arts. 4.1 b), 23 y ss. y 30 y ss. CDFR), puede suponer que dichos menores puedan realizar prestaciones que no podrían serles exigibles en territorio común.

En el ámbito de la empresa familiar se suelen utilizar en combinación con el protocolo para establecer su suscripción y cumplimiento como obligación. De hecho, la Ley 28/2022, conocida como de *startups*, así lo contempla.

Para asegurar el cumplimiento de estas obligaciones, el derecho societario reglamentario (arts. 114.2.a) y 175.2.a) RRM), permite la inclusión en estatutos de «cláusulas penales en garantía de las obligaciones pactadas e inscritas».

### 3. RÉGIMEN DE TRANSMISIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES. LA INCORPORACIÓN DE LA TRONCALIDAD Y OTRAS CUESTIONES DE DERECHO FORAL ARAGONÉS

Antes de entrar a analizar las cuestiones estatutarias, es necesario detenerse en el régimen jurídico del Código foral cuando se incorporan acciones o participaciones de sociedades mercantiles al patrimonio familiar y, en concreto, en caso de matrimonio, pues es determinante para abordar la cuestión estatutaria.

El art. 210.2.k) CDFA, considera consorciales *«las acciones o participaciones en sociedades de cualquier clase adquiridas a costa del patrimonio común, aunque sea a nombre de uno de los cónyuges»*, si bien, en las relaciones con la sociedad, remite a la regulación societaria y, por tanto, tendrá la consideración de socio quien conste como titular en el correspondiente libro registro (arts. 104 y 116 LSC), sin perjuicio del referido carácter consorcial. Además, cuando la participación en la empresa familiar pasa a formar parte del patrimonio común, el Código foral considera *«que el bien ha salido de la familia de procedencia y que ningún otro bien o derecho ha adquirido por subrogación su condición de bien de origen familiar»* (art. 216 CDFA).

En los protocolos familiares, pactos parasocietarios, capitulaciones matrimoniales y pactos sucesorios se suele incorporar el compromiso de mantener el carácter privativo de la participación en la empresa familiar. Ahora bien, además de por imperativo del art. 1257 CC, los pactos de socios que se mantienen *«reservados»* no son oponibles a la sociedad como establece el art. 29 LSC y, por tanto, carecen de la eficacia *erga omnes* de la que gozan los estatutos inscritos.

El Código foral (art. 267.2.d)), en caso de disolución del consorcio, concede preferencia en la adjudicación de *«las acciones, participaciones o partes de sociedades»* al cónyuge que conste como titular, ahora bien, sólo *«si existen limitaciones, legales o pactadas, para su transmisión al otro cónyuge o a sus herederos»*. De ahí la importancia de una adecuada regulación estatutaria.

El ordenamiento societario contempla dos sistemas de restricciones a la transmisibilidad: i) sometiendo a autorización de la junta o del órgano de administración, caso por caso, cada transmisión (arts. 107.2 y 123.3 LSC) o bien, ii) mediante regulación en los propios estatutos del procedimiento completo de transmisión. Fórmula que, en mi opinión, es la recomendable, tanto porque permite una mejor adaptación al concreto grupo societario, como porque todos los socios pueden conocer *a priori* el régimen aplicable.

Las limitaciones que establece la Ley en punto a la redacción de estas cláusulas son mínimas y coherentes con el carácter cerrado de la sociedad limitada, prohibiendo las cláusulas que hacen totalmente libre la transmisión (art. 108 LSC) o con la naturaleza abierta de la sociedad anónima, en cuyo caso proscribire preceptos que hagan prácticamente intransmisible la acción (art. 123 LSC).

Debo advertir que al abordar este tema no puede perderse de vista que la introducción de estas cláusulas limitativas ya constituida la sociedad, requiere unanimidad o el consentimiento expreso de los socios afectados (arts. 291, 292

y 293 LSC), pudiendo dar lugar a la separación de los disidentes en el caso de sociedades limitadas (art. 346.2 LSC) o a que no queden sujetos al nuevo régimen de transmisión durante un plazo (art. 123.1 LSC). De ahí la conveniencia de abordarlo cuando hay sintonía entre los socios o se ostenta el poder de decisión.

La familia y, por ende, **la troncalidad** es consustancial al Derecho patrimonial aragonés, por ello son muchas las instituciones que promueven la permanencia del patrimonio en la familia. Pues bien, este principio se puede trasladar a los estatutos sociales incluyendo la previsión expresa de que las acciones o participaciones sólo serán libremente transmisibles a favor de ascendientes o descendientes provenientes del tronco común del fundador de la empresa, definiendo con mayor o menor amplitud el concepto de «familia» a efectos societarios.

Nuestra normativa societaria lo permite siempre que los estatutos definan «*de forma precisa, las transmisiones en las que existe la preferencia*». Así resulta del art. 123.3 RRM referido a las sociedades anónimas y del art. 188.2 RRM respecto de las sociedades limitadas, que añade que deben mencionarse también «*las condiciones de ejercicio de aquel derecho y el plazo máximo para realizarlo*».

Esta es una de las cuestiones que requiere un verdadero «traje a medida» en atención al concreto grupo personal que integra la sociedad. Por ejemplo, se puede establecer en los estatutos si comprende sólo la línea recta o también la colateral y hasta qué grado concreto. Incluso se puede excluir como personas que pueden adquirir libremente la participación a determinados miembros de la familia, por ejemplo, a los cónyuges desde cierta generación o imponer que determinados socios únicamente puedan transmitir libremente a algunos miembros de la familia, con exclusión de otros. En las estructuras familiares cerradas es habitual incluir la libre transmisión sólo a favor de descendientes que provienen del tronco común, cerrándose así el paso a la transmisión a hijos de otro matrimonio o unión de hecho.

Como complemento, en el caso de empresas de varias generaciones con gran crecimiento personal que ha dado lugar a diferentes ramas familiares o también si hay varias familias fundadoras, puede establecerse un derecho de preferente adquisición de primer rango a favor de los miembros que integran la misma rama o grupo familiar, evitándose así la dilución de la participación global de cada rama o familia.

Ante la cada vez más frecuente creación de **sociedades patrimoniales** a las que, entre otros bienes, se incorpora la participación en la empresa familiar, se recomienda incorporar una regulación que permita controlar las denominadas «transmisiones indirectas». El mecanismo consiste en imponer estatutariamente que la persona física vinculada a la familia y sus descendientes, deberán mantenerse como titulares de todo el capital social o de una participación que les garantice el control de su sociedad.

Además de la posible inscripción de penalizaciones por incumplimientos ya mencionada, el Reglamento regula también las «*cláusulas estatutarias que*

*impongan al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas determinadas cuando concurran circunstancias expresadas de forma clara y precisa en los estatutos» (art. 188.3).*

Un hecho que, aún siendo netamente personal, puede tener repercusión en el ámbito societario, en especial, si no es armoniosa, es la **ruptura matrimonial** y el posible nacimiento de nuevos vínculos afectivos, más o menos formalizados, con nueva descendencia. Ello ha motivado que en algunas sociedades se incorpore la exclusión de la libre transmisión a los cónyuges de socios o personas unidas por análoga relación de afectividad. Alternativamente, se restringe su capacidad de transmitir su participación, únicamente, a los descendientes del tronco común o bien se establece una obligación de venta en el caso de separación o divorcio.

Como ya he apuntado, estas normas estatutarias devienen vinculantes para el juez que conoce de la separación o divorcio, situaciones que en ocasiones generan gran conflictividad societaria. Pero recordemos que el art. 267 CDFA se refiere expresamente a *«limitaciones (...) pactadas»* en los estatutos, de ahí la importancia de la incorporación de estas previsiones con carácter previo a la situación de conflicto.

Además del reconocimiento del derecho de adquisición preferente a favor de los socios, conviene también reconocer este derecho a favor de la propia sociedad como adquirente en autocartera (con las formalidades y límites legales de los arts. 140 y ss. LSC), de otra sociedad del grupo o, incluso, estableciendo la opción de presentar a un tercer adquirente, con el fin de evitar la incorporación de un socio no deseado. Además, en las estructuras familiares es muy habitual que los recursos financieros se encuentren en la propia sociedad o en la sociedad holding, no en los socios.

En ocasiones, también son útiles las denominadas **cláusulas de acompañamiento y de arrastre** que imponen a los socios la transmisión conjunta de su participación ante una oferta de compra de la empresa por un tercero. La razón de ser de estas cláusulas es doble: la protección de los socios minoritarios de modo que no queden cautivos en una sociedad con un tercero ajeno si vende el grupo mayoritario, pero también que la minoría no pueda frustrar una posible oferta de compra que cuenta con el respaldo de una mayoría relevante. En la LSC no hay previsión expresa, pero sí encontramos regulación reglamentaria en los arts. 114.2.d) y 175.2.d) RRM que permiten la inscripción del *«pacto que establezca la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable»*.

En todos los supuestos analizados es también fundamental una adecuada regulación del proceso de valoración de la participación, de posibles aplazamientos de pago o garantías. La única cautela que establece la Ley es que sean mecanismos transparentes y que aseguren que el socio transmitente va a poder percibir el *«valor real»* (arts. 114.2.b) y 175.2.b) RRM), concepto que también se interpreta con

flexibilidad por la Dirección General (entre otras, resoluciones de 2 de noviembre de 2010, 9 y 23 de mayo de 2019, de 27 de febrero de 2020 y en la muy reciente de 28 de agosto de 2023).

En las sociedades cerradas, es también necesario protegerse frente a posibles **transmisiones forzosas** consecuencia de una ejecución, sea judicial o extrajudicial, en la que puede verse inmerso un socio. La realidad es que más allá de los variados pactos de protección que suelen incluirse en protocolos familiares y capitulaciones matrimoniales, no cabe establecer la inembargabilidad por ser contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal que proclama el artículo 1911 del Código Civil. La DGSJFP (resolución de 27 de febrero de 2020), aunque con límites, se muestra flexible en la configuración de estos pactos estatutarios y ha considerado inscribibles preceptos que imponen la suspensión del derecho de voto del socio ejecutado o su configuración como causa de expulsión de la sociedad, como medida de protección frente a la intromisión de terceros en las sociedades cerradas.

En este contexto, hay que recordar que en la ejecución de acciones y participaciones existe una diferencia fundamental en cuanto al momento de efectiva adquisición de la condición de socio. En efecto, en las sociedades limitadas se suspende el remate para que se dé curso al procedimiento estatutario o legal, es decir, no se llega a tener la condición de socio si se ejercita el derecho estatutario de adquisición preferente (art. 109 LSC). Por el contrario, en el caso de sociedades anónimas, sólo una vez adjudicadas, puede presentarse a un tercer adquirente siempre que haya previsión estatutaria al efecto (art. 125 LSC).

En las **transmisiones mortis causa** una adecuada regulación estatutaria deviene complemento idóneo para dar plena efectividad a las disposiciones sucesorias, coherentemente con la libertad que el Derecho foral reconoce (arts. 318 y 381 CDFA). La regulación societaria es parca (arts. 110, 111 y 124 LSC) por lo que, de nuevo, hay amplio margen para la autorregulación estatutaria. Remito a lo ya indicado en apartados previos.

Cuando en el patrimonio que integra la herencia hay participación en sociedades mercantiles se plantea la cuestión de los límites a la libertad de disposición del testador en cuanto a establecer previsiones que supongan *de facto* la derogación de normas societarias.

El caso más habitual es la incorporación de disposiciones testamentarias sobre la designación de administradores o impeditivas del cese de los nombrados por el causante. En mi opinión, tales disposiciones no pueden suponer la vulneración de normas societarias imperativas, como las prohibiciones para el ejercicio del cargo previstas en el art. 213 LSC que, además, pueden sobrevenir con posterioridad al fallecimiento del testador. En tal caso, operaría ineludiblemente el art. 224 LSC que impone que los administradores afectados sean «*inmediatamente destituidos, a solicitud de cualquier accionista*», mandato que tampoco puede modificarse por pacto estatutario.

Cuestión más compleja es qué sucede si los herederos pretenden el cese sin causa o por simple pérdida de confianza en determinado administrador, en contra de lo dispuesto por el causante. La norma societaria parte del principio destitución de los administradores *ad nutum* (art. 223 LSC). La LSC no es una norma aragonesa, pero sí es de aplicación imperativa en Aragón por carecer de competencias legislativas en la materia el legislador foral.

En este contexto, es necesario hacer una breve mención a la **fiducia sucesoria** (arts. 439 y ss. CDFa) como institución clave en la transmisión de la empresa familiar. Hasta su ejecución total o parcial, el fiduciario tiene el deber de gestionar la participación en empresas y, por tanto, ejercitar todos los derechos de socio, salvo designación de otro administrador (arts. 449 y ss. CDFa). Por su especial configuración y su desconocimiento en territorio común, en algunas estructuras societarias puede resultar conveniente hacer mención expresa en los estatutos a la figura y sus facultades en el ámbito societario, cuando menos por remisión al título en el que conste su nombramiento.

Para finalizar este apartado, hay que recordar que el incumplimiento de las normas estatutarias en las transmisiones de participaciones supone que «no producirán efecto alguno frente a la sociedad» (art. 112 LSC) y, por ende, no se reconocerá al adquirente como socio. Aunque no se establece un precepto equivalente en el caso de sociedades anónimas, es habitual incluir la misma previsión estatutaria.

#### 4. INCORPORACIÓN DE REGULACIÓN SOBRE EL USUFRUCTO VIDUAL

El usufructo vidual regulado en los arts. 271 y ss. CDFa es una institución emblemática del Derecho foral aragonés, tanto en su fase expectante como una vez fallecido uno de los cónyuges. El legislador foral, aún configurándolo como inalienable e inembargable (art. 273 CDFa), ha optado muy acertadamente por regularlo con flexibilidad, permitiendo el pacto entre nudo propietario y usufructuario para su «transformación, modificación y extinción» (art. 291 CDFa). Incluso si recae sobre explotaciones económicas privativas, se permite su sustitución por una renta mensual a cargo de los descendientes, como medida de evitación de conflictos ante la situación, no infrecuente, de falta de sintonía entre el nudo propietario y el usufructuario (art. 284 CDFa).

La regulación societaria (arts. 127 a 131 LSC) no responde al nivel de protección querido por el Derecho aragonés. En efecto, se limita a conceder al usufructuario el derecho al dividendo, atribuyendo el ejercicio de «los demás derechos de socio (...) al nudo propietario» (art. 127 LSC), eso sí, salvo disposición estatutaria en contrario. Remite «en las relaciones entre el usufructuario y el nudo propietario» al título constitutivo.

En Aragón es habitual establecer en estatutos que corresponde al usufructuario el derecho de voto cuando éste sea el cónyuge viudo, como forma de garantizar su control sobre, al menos, la aplicación del resultado del ejercicio, ya que

recordemos que sólo le corresponden los dividendos «*acordados*» por la junta, luego, en otro caso, su derecho puede quedar vacío de contenido (art. 273 LSC). Si esta previsión se combina, además, con la introducción del denominado «dividendo mínimo estatutario» que obliga a repartir determinado porcentaje del resultado anual, se consigue una efectiva y mejor protección del usufructuario.

Pero, además, dada la taxativa redacción del art. 127 LSC, de forma casuística y en atención a las circunstancias concurrentes en cada grupo societario, hay que valorar la conveniencia de atribuir al usufructuario **derechos complementarios** como el derecho de información (arts. 196 y 197 LSC), el de solicitud de acta notarial (art. 203 LSC) o de auditoría (arts. 265.2 LSC) o, incluso, el de impugnación (arts. 204 y ss. LSC), al menos, del acuerdo social de aplicación del resultado, para evitar problemas de legitimación procesal.

Sin embargo, en mi opinión, no se le puede atribuir la decisión sobre el ejercicio del derecho de separación, incluso, en el supuesto especial de insuficiencia en el reparto de dividendos previsto en el art. 348 bis LSC, porque supondría la pérdida sin retorno de la condición de socio que requiere, ineludiblemente, el acuerdo con el nudo propietario, como prevé el Derecho aragonés para la enajenación de la plena propiedad (arts. 290.2 y 291 CDFa).

Coordinadamente con el título constitutivo, puede ser conveniente incluir regulación estatutaria sobre la **compensación por el incremento de valor** que corresponde al usufructuario a la extinción de su derecho. Y ello para incorporar a efectos de su cálculo, no sólo el incremento que provenga de «*beneficios propios de la explotación de la sociedad (...)*» (art. 128 LSC), es decir, los ordinarios, sino también de los extraordinarios. Es el caso de los originados, por ejemplo, por la venta de inmuebles afectos a la empresa con plusvalías latentes que se manifiestan en el momento de su transmisión, de los que, en otro caso, se verá privado el cónyuge viudo usufructuario. El art. 128.4 LSC permite también prever en el título constitutivo «*reglas de liquidación distintas*».

También puede regularse cuestiones referentes al proceso de valoración de la compensación, designación del experto -que, en otro caso, nombra el registrador mercantil-, forma de pago, etc. (arts. 128 y 131 LSC).

## 5. ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON LA JUNTA GENERAL. ASISTENCIA Y REPRESENTACIÓN

La junta general como órgano deliberante es el escenario principal de actuación del socio (arts. 93.c) y 159 y ss. LSC).

En Aragón, dado el especial régimen jurídico de los menores mayores de catorce años y de los emancipados (arts. 27 y ss. y 33 CDFa) surge la cuestión de la presencia en la junta de quienes deban prestar asistencia al menor en el ejercicio del derecho de voto, necesidad directamente relacionada con el contenido del orden del día y que habrá que examinar caso por caso. (También en el caso de asistencia telemática prevista en los arts. 182 y 182 bis LSC).

Desde un punto de vista estrictamente societario la **asistencia a la junta** se configura como un derecho exclusivo del socio (arts. 93.c) y 179.1 LSC) y la presencia de terceros o acompañantes dependerá del presidente, siempre que la propia junta no revoque su decisión por acuerdo mayoritario, salvo que estatutariamente se prevea otra cosa (art. 181 LSC).

La peculiar institución de la asistencia que regula el Código foral como declaración unilateral de voluntad aprobatoria del llamado a prestarla, no es complemento de capacidad ni representación, como ha reconocido el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sentencia nº 6/2011, de 15 de junio de 2011) y la Doctrina foral.

El Código, muy acertadamente, regula su posible concesión para «*una pluralidad de actos (...) referentes a la misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad*» (art. 27.3 CDFa), acto que deberá ponerse en conocimiento de la sociedad, para que el menor no se vea indebidamente privado de sus derechos societarios.

El necesario conocimiento del acto que va a realizar el menor por quien deba prestar la asistencia (art. 27.1 CDFa), también a efectos de valorar que es beneficioso y que no hay oposición de intereses (art. 28 CDFa), se obtendrá a través de la convocatoria de la junta, de los documentos e informes que la Ley exige poner a disposición de los socios y, por supuesto, a través del ejercicio del derecho de información, con carácter previo o durante la junta. En efecto, no es lo mismo una modificación estatutaria menor que un acuerdo de ampliación de capital con aportación de bienes inmuebles del menor.

Por ello, una previsión estatutaria que reconozca el pleno derecho de asistencia a la junta como acompañante de quien deba prestar asistencia, así como el derecho a solicitar cuanta información y aclaraciones considere necesarias para poder cumplir su cometido, puede resultar muy útil para evitar que quede a la interpretación de los administradores, del presidente o a decisión por mayoría de la junta (arts. 181, 196 y 197 LSC).

Se suscita la cuestión de las consecuencias jurídicas de la adopción de un acuerdo social con el voto del menor no asistido. La solución de nuestro Derecho foral es la anulabilidad (art. 29 CDFa), sin embargo, desde la perspectiva societaria, la anulación del voto prestado sin asistencia, sólo tendría sentido si hubiera sido determinante para la adopción del acuerdo (en una suerte de aplicación analógica del art. 204.3. c) y d) LSC). La acción de impugnación de acuerdos sociales caduca en el plazo de un año, transcurrido el cual, en mi opinión, el acuerdo societario devendría inatacable.

Por lo que se refiere a la asistencia a la junta por medio de **representante**, en las sociedades limitadas se reconoce la «*representación familiar*» y mediante apoderado facultado para administrar todo el patrimonio en territorio nacional (art. 183 LSC), permitiéndose el pacto estatutario para limitar o ampliar los posibles representantes del socio (arts. 183.1 y 184.1 LSC).

El Código foral prevé la designación de administrador voluntario por el donante de acciones o participaciones sociales a favor de menores o incapacitados (art. 107 CDFA). También el causante puede designar en el título sucesorio a quién encomienda la administración de la herencia yacente (art. 324.2, 3 y 4 CDFA). La DGSJFP ha considerado «lícita *la autorregulación (...) especialmente en relación con la sucesión de la empresa familiar*» (resolución de 14 de abril de 2021). En el caso de fiducia, usufructo o comunidad que continúa tras la disolución, hay normas específicas sobre gestión y administración en el Código. Por la especialidad de estas instituciones forales, conviene incluir previsión estatutaria, aunque sea por remisión.

Lo expuesto es también de aplicación en el caso de **copropiedad de acciones o participaciones**, situación que, en ocasiones, es muy conflictiva en la práctica, si no hay acuerdo en la designación de representante societario. El art. 126 LSC exige que se designe «*una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio*», pudiendo determinarse en estatutos quién asumirá la misma, a falta de acuerdo entre los copropietarios o de disposición en el título para favorecer el normal funcionamiento de la sociedad.

En relación con la junta, en algunas estructuras puede ser útil incorporar previsiones estatutarias para atribuirle **competencia** en determinados asuntos que podrían considerarse de pura administración como permite el art. 160.j) LSC, de modo que ciertos negocios jurídicos u operaciones escapen de la competencia del órgano de administración. Por ejemplo, en actos de disposición o gravamen sobre bienes o derechos especialmente relevantes para el patrimonio familiar, aunque por su valor no respondan al concepto legal de «activo esencial» (art. 160 f) LSC) o en la adquisición de determinado nivel de endeudamiento o, incluso, para decidir el mantenimiento del domicilio social en Aragón (art. 285.2 LSC). Hecho que tiene transcendencia en muchos actos societarios, sin perjuicio de otros posibles arraigos emocionales.

Como complemento se pueden establecer en los estatutos **mayorías reforzadas** o, en el caso de sociedades limitadas, también cabe la opción de otorgar voto plural para todos o algunos acuerdos, alterando el principio de proporcionalidad entre la participación económica y los derechos políticos (arts. 200 y 201 LSC). Previsión que permitiría, por ejemplo, a los socios fundadores que ya han hecho transmisión en vida de una parte significativa de su participación sea por donación, pacto sucesorio de presente u otras operaciones societarias, asegurarse el control sobre determinados acuerdos, aun siendo minoritarios.

## 6. ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Aunque no me detendré, plantea problemas prácticos y jurídicos la modificación introducida en la normativa societaria con ocasión de la Ley Concursal de 2003, de la posibilidad de que los **menores emancipados** puedan ser nombrados administradores sociales (art. 213.1 LSC). Recordemos que en Ara-

gón cabe la emancipación desde los catorce años (art. 30 CDFa), frente a los dieciséis que establece el derecho común (art. 241 CC).

Se plantea si al amparo del art. 212 LSC en relación con el art. 28 LSC, se podría exigir en estatutos que los administradores deban ser, necesariamente, mayores de dieciocho años. En mi opinión no es posible, porque ello comportaría una limitación de su estatuto personal reconocido en nuestro Derecho foral.

La aceptación del cargo de administrador requerirá la intervención también de quienes deban prestar asistencia, porque así lo exige el art. 33.1.c) CDFa. El cargo de administrador opera «*desde el momento de su aceptación*» (art. 214.3 LSC), ya que, no obstante ser un acto sujeto a inscripción, ésta no es constitutiva (arts. 215 LSC y 94.1.4º RRM). El art. 38.1 3ª RRM hace mención expresa a la «*condición de emancipado*» en la identificación de personas físicas.

El problema que surge es si en las actuaciones del menor emancipado como administrador o consejero delegado, es decir, cuando actúa en el tráfico como representante orgánico de una sociedad, debe exigirse también la asistencia de los padres o del tutor en función del tipo de acto. Esta idea parece que repele a la configuración legal del administrador societario como gestor con plenos poderes dentro de su ámbito de representación (arts. 233 y 234 LSC y 124 y 185 RRM).

La tesis más coherente con la seguridad que el tráfico mercantil es entender que el legislador societario ha querido con esta modificación permitir al menor emancipado administrador gestionar la sociedad sin ninguna limitación, pero la asistencia es una cuestión de ley personal que una norma mercantil no puede alterar.

Otra cuestión que conviene regular en estatutos es la exclusión de la prestación de fianza en el caso de que sea designado el cónyuge viudo como administrador social (art. 214.2 LSC), coordinándolo con la regulación de esta misma cuestión en el Código foral (art. 285 CDFa).

En algunas estructuras, en especial, si hay hijos menores o discapacitados, es muy recomendable prever la figura del **administrador suplente** «*para el caso de que cesen por cualquier causa uno o varios de ellos*» (art. 216 LSC). El mecanismo es que la junta nombre nominalmente a una o varias personas y, producido el cese, el suplente debe aceptar el cargo, procediéndose en dicho momento a la inscripción en el Registro Mercantil (art. 147 RRM).

Las ventajas de esta figura son innegables porque permite que el nuevo administrador asuma la gestión inmediata de la sociedad alguien de confianza, en especial, ante un fallecimiento o una enfermedad repentinos que provocan un vacío en la administración que puede llevar a bloquear la operativa normal de la sociedad y ser muy perjudicial. Figura que no es ajena al Derecho aragonés, pues hace referencia a ella el art. 107.4 CDFa sobre la administración voluntaria en la disposición de bienes a favor de menores e incapacitados y también en la delación de cargo tutelar hecha por uno mismo como manifestación del principio *standum est chartae* (arts. 108.1 y 112 CDFa).

## 7. DERECHO DE SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DE SOCIOS.

El derecho de separación (arts. 346 y ss. LSC), es un mecanismo para facilitar que determinado socio reciba parte del patrimonio social mediante una suerte de liquidación parcial anticipada que en la práctica puede ser cauce idóneo para evitar conflictos societarios. La realidad es que la participación en sociedades cerradas y, en especial, familiares generalmente es una inversión muy poco líquida.

En el ordenamiento societario el derecho de separación siempre ha tenido carácter excepcional sólo para supuestos en los que hay un cambio sustancial que justifica que los socios disidentes puedan abandonar la sociedad. Sin embargo, se permite la introducción en estatutos de otras causas de separación regulando «*el modo en que deberá acreditarse la existencia de la causa, la forma de ejercitar el derecho de separación y el plazo de su ejercicio*» (art. 347 LSC). Incluso cabe la posibilidad de permitir estatutariamente al socio separarse *ad nutum*, es decir, por su mera voluntad unilateral, sin necesidad de alegar causa alguna.

La libertad de pacto estatutario y la posibilidad de adaptación de las causas de separación al concreto grupo societario son muy amplias. Entre ellas, es recomendable introducir la pérdida por la sociedad de su carácter familiar, estableciendo el porcentaje máximo de participación que pueden adquirir terceros o, incluso, exigiendo que todo el capital social pertenezca a personas vinculadas. Remito a lo expuesto sobre esta cuestión en apartados previos.

También puede ser causa de separación la discrepancia reiterada de un socio en la adopción de acuerdos que puede acreditarse mediante simple certificación de los acuerdos de la junta que todo socio tiene derecho a obtener conforme al art. 26 del Código de Comercio o mediante el acta o actas notariales de las juntas (art. 203 LSC). También la modificación de determinados preceptos estatutarios que se consideran especialmente relevantes para el socio, así lo ha reconocido la RDGSJFP de 28 de marzo de 2022, como pudiera ser el traslado del domicilio fuera de Aragón o el régimen de derechos del usufructuario.

Ahora bien, el acuerdo de incorporación, modificación o supresión de estas causas estatutarias requiere unanimidad, por lo que es importante incorporar esta regulación cuando hay sintonía entre los socios (art. 347 LSC).

Al igual que sucede en los demás supuestos de transmisión es muy aconsejable establecer regulación estatutaria sobre la forma de valoración de la participación del socio que se separa y plazo de reembolso. En su defecto, la valoración se realiza por experto independiente designado por el Registro Mercantil, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 353 y ss. LSC.

La LSC regula en los arts. 350 y ss. la exclusión de socios permitiendo también la inclusión de causas estatutarias por acuerdo unánime.

Separación y exclusión comparten normas de valoración (arts. 353 a 355 LSC), reembolso (art. 356 LSC) y protección de los acreedores (art. 357 LSC), que también pueden modalizarse en estatutos.

## 8. NORMAS ESTATUTARIAS SOBRE LA CUOTA DE LIQUIDACIÓN. VERSIÓN SOCIETARIA DEL DERECHO DE ABOLORIO

En el Derecho foral hay instituciones que promueven la permanencia o el regreso al patrimonio familiar de determinados bienes por su especial vinculación con la familia a lo largo del tiempo, en concreto el *«derecho de abolorio o de saca»* regulado en los arts. 588 y ss. CDFA.

Su trasposición al ámbito societario encuentra amparo en el art. 393 LSC que permite incluir en estatutos que, en caso de liquidación, los socios aportantes tendrán derecho preferente a percibir la cuota que les corresponda recibiendo los bienes aportados por ellos a la sociedad bien en su constitución o en posteriores ampliaciones de capital con aportaciones no dinerarias. En este caso, puede recaer no sólo sobre inmuebles, sino también sobre bienes muebles y derechos, por ejemplo, obras de arte, signos distintivos o patentes. En mi opinión, la libertad de pacto permite también configurar este derecho no únicamente a favor del aportante sino también a favor, por ejemplo, de sus descendientes o quien al efecto se designe en el título sucesorio, siempre que en ese momento sean también socios los beneficiarios, requisito ineludible para tener derecho a percibir cuota de liquidación.

Como no puede ser de otro modo, se tomará en consideración *«su valor real al tiempo de aprobarse el proyecto de división entre los socios del activo resultante»*, que puede ser muy distinto al valor de aportación (art. 393.2 LSC). Si el dinero líquido fuera insuficiente para satisfacer a los acreedores o para pagar a los demás socios su cuota de liquidación, el socio beneficiario deberá pagar a los demás la diferencia que proceda en dinero.

## 9. REFLEXIÓN FINAL

Vemos pues como la riqueza del Derecho foral aragonés puede penetrar también en el ámbito societario a través de los estatutos sociales. Y así, informar e inspirar una regulación más adaptada a las necesidades y arraigos personales de los socios, del grupo familiar y del patrimonio implicado.

Los distintos operadores jurídicos tenemos en la autonomía de la voluntad una herramienta muy útil para incorporar a las nuevas *«casas mercantiles»* todas las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento para dotar a las estructuras societarias de una mejor regulación. También a efectos de una completa planificación sucesoria de patrimonios compuestos por participación en sociedades mercantiles.

Por ello y frente a la imparable imposición de la estandarización, abogo por entregarse -y con pasión- *«al juego de la autonomía de la voluntad»* al que se refería la Exposición de Motivos de la vieja Ley de sociedades limitadas de 1953, aunque fuera para justificar la necesidad de aquella norma.

Muchas gracias.

# INTRODUCCIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS EN LOS ESTATUTOS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

FRANCISCO JAVIER LARDIÉS RUIZ  
Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles

En el Derecho societario el marco regulatorio de las relaciones de la sociedad con los socios, de éstos entre sí, y para con los terceros está constituido por distintos **conjuntos normativos** que son respectivamente: La ley de Sociedades de capital; los Estatutos sociales, y los pactos o acuerdos de socios conocidos como pactos parasociales.

El alcance normativo de los **tres niveles regulatorios** antes mencionados ha de respetar, como cualquier otra ordenación jurídica una **jerarquía normativa** que necesariamente habrá de ser observada por cada uno de ellos.

En la cúspide de este orden regulatorio aparece la Ley de Sociedades de Capital, que no podrá ser contradicha por ninguno de los otros dos instrumentos mencionados, por cuanto todo acto que sea contrario a norma imperativa o prohibitiva será nulo de pleno derecho.

Esto así, los **Estatutos sociales** regularán, respetando las normas jurídicas societarias, el funcionamiento interno de la sociedad, los derechos y obligaciones de los socios, los órganos de administración y de decisión, las restricciones del voto, etc.

Finalmente, los pactos parasociales habrán de regular **las relaciones internas** de los socios entre sí y con la sociedad, por cuanto si tales acuerdos societarios pretendieran ser opuestos «erga omnes», requerirán su publicidad como presupuesto de su oponibilidad, y para ser publicados (mediante su completa inscripción) deberán quedar sometidos al principio de legalidad y al de jerarquía de manera que no contravengan ni la Ley ni los Estatutos pues, en caso contrario, sus efectos serán meramente internos, y las consecuencias de su incumplimiento a lo sumo tendrán un efecto limitado y puramente contractual pero nunca pleno y «erga omnes».

El TS en Sentencia de 14 de Marzo de 2013, señala que «el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, tras permitir que en los Estatutos se establezcan, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, **prestaciones accesorias** distintas de las aportaciones de capital, configurándolas así como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario, exige que consten en los propios Estatutos en primer lugar **los rasgos básicos** de las mismas, y además que también se exprese su contenido concreto y determinado. De ello se deduce la necesidad de un especial rigor en la determinación de su contenido, ello aun cuando no deba excluirse la posibilidad de establecer una prestación cuyo contenido sea determinable, siempre que contenga las bases o criterios que permitan hacerlo con mayor concreción posteriormente de suerte que regulen con la debida claridad y seguridad las relaciones entre los interesados...»

Por otra parte, es característica intrínseca de la prestación accesorias que, **una vez incorporada a los estatutos sociales** y publicado su contenido en la hoja correspondiente a la sociedad en el Registro Mercantil, **es exigible su cumplimiento a cualquier titular** de derechos sobre la acción o participación social afecta, sin requerir que su titular preste un consentimiento separado o distinto del preciso para adquirir tal acción o participación.

El actual artículo 28 LSC, permite incluir «todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido.»

En este punto es de hacer notar la gran cantidad de preceptos de la LSC cuyo carácter es meramente dispositivo y que aparecen enunciados con la expresión «salvo disposición en contrario de los estatutos» u otras similares, y en los que la autorregulación se aparece como totalmente libre.

**Esta limitación de la autorregulación societaria** para aquellos pactos que se opongan a las leyes **ha de ser entendida no como referida únicamente a aquellas disposiciones propias del ordenamiento jurídico societario, sino a toda otra norma que pueda resultar aplicable a las relaciones que deriven de la actividad mercantil societaria.**

Así pues, por esta vía no cabrá limitar la capacidad que a los menores casados, o a los mayores de catorce o a los emancipados les confiere el Derecho Foral Aragonés.

Cuestión distinta es que se estime como lo más conveniente atribuir a tales sujetos funciones de administración y de representación societaria.

Téngase además en cuenta que las sociedades, si bien tienen nacionalidad no tienen vecindad civil y no cabe aplicar a las mismas las normas y principios de carácter regnícola, ni que sea lo más conveniente, dado el carácter nacional e internacional de las relaciones jurídicas societarias, incorporar a los estatutos normas regulatorias propias del Derecho Foral aragonés en cuanto puedan suponer la incorporación de un ordenamiento diferente al de carácter general aplicable

con habitualidad a la sociedad de que se trate por cuanto pudiera resultar perturbador y originar confusión.

Tampoco podrá esta posibilidad de autorregulación contravenir los principios configurados del tipo social elegido a los que se refiere el artículo 28 LSC.

La doctrina de los principios configuradores del tipo elegido, es debida al profesor don José Girón Tena quien señala que la autonomía privada ha de cesar allí donde se detecte un fraude en relación al sentido y función del tipo legal aplicable a la forma social elegida.

Ello significa que será necesario **establecer** cuáles sean **los elementos esenciales e inalterables de cada tipo social** para impedir, de tal suerte, que se gesten organizaciones societarias atípicas que puedan perturbar la seguridad del tráfico o generar confusión respecto al Derecho al que hayan de sujetarse.

Aquí se me ocurre traer a colación la doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo al nombre y objeto de las sociedades mercantiles. Tiene declarado el TS respecto del nombre de las sociedades que las mismas deben de evitar llevar en la denominación expresiones que no se correspondan con su objeto. Así, si en la denominación se incluye la expresión «empresa de ingeniería», necesariamente la empresa deberá de constituirse como sociedad profesional por cuanto de otro modo su objeto no cabría llevarlo a cabo salvo que se limitara a meras funciones de intermediación y así se indicará en los estatutos. En definitiva, como señala el TS las sociedades han de ser lo que parecen y parecer lo que son.

En relación con el objeto también quiero poner de manifiesto la proliferación de objetos mercantiles a desarrollar por sociedades con un capital exiguo que ya ni siquiera ya debe alcanzar los tres mil euros mientras en sus estatutos aparecen decenas de objeto sociales.

## LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN GENERAL

La LSC prevé la posibilidad de que los socios, además de las correspondientes aportaciones dinerarias o no dinerarias al capital, realicen en favor de la sociedad prestaciones de otro tipo, denominadas accesorias, las cuales, aunque sean económicas, no formarán nunca parte del capital. Tales prestaciones accesorias tienen un carácter voluntario para la sociedad, la cual puede establecerlas por medio de sus estatutos.

Se trata de obligaciones personales, que pueden ser voluntarias u obligatorias para todos o algunos de los socios, y cuyo incumplimiento en este segundo caso puede acarrear la exclusión como socio si así lo establecen los estatutos sociales o, tratándose de una S.L., siempre que su incumplimiento sea voluntario. Las prestaciones accesorias pueden ser gratuitas o retribuidas, pero nunca cabe que se retribuyan con capital.

Las prestaciones accesorias están reguladas actualmente en los artículos 86 y ss. LSC, mientras que la exclusión del socio por causa de incumplimiento de la prestación accesoria se contiene en los artículos 350 y ss LSC.

## EL OBJETO DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS, PUEDEN CONSISTIR EN UN DAR, EN UN HACER O EN UN NO HACER

Las prestaciones accesorias pueden ser, por lo tanto, de lo más variadas. Pueden consistir en dar dinero, inmuebles, productos o derechos, por ejemplo, pero también en hacer trabajos o prestar servicios, y en cuanto a las obligaciones de no hacer, la más típica es la de no hacer la competencia a la sociedad.

Sus principales características serían, por lo tanto, las siguientes: **(i)** van unidas a la condición de socio, de manera que la obligación de realizar prestaciones accesorias corresponde a los socios, no a terceros **(ii)** deben tener un contenido determinado ajeno a la aportación del capital, siendo dicha previa aportación la que permite al socio adquirir su condición de tal **(iii)** no se rigen por las normas relativas al capital social, y **(iv)** deben constar en los estatutos sociales.

El actual artículo 86 de la LSC, señala que los estatutos podrán establecer prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresándose su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento.

1.- En ningún caso dichas prestaciones accesorias podrán integrar el capital social.

2.- Los estatutos podrán establecerlos con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, o vincular la obligación de realizarlas a la titularidad de una o varias acciones o participaciones determinadas.

El contenido de las prestaciones accesorias puede ser muy diverso y podemos diferenciar entre: **a)** las que tienen un contenido de **mera relación** (regulan relaciones entre socios cuando otorgan solo alguno o a todos su derecho de preferente adquisición); **b)** las prestaciones **de atribución** que establecen ventajas a favor de las sociedad que deben realizar los socios, y c) las **de organización** que son prestaciones atinentes, a las composición de los órganos de administración, al quórum de asistencia o a la mayoría para la adopción de los acuerdos.

## EL CUMPLIMIENTO DE UN ACUERDO PARASOCIAL COMO PRESTACIÓN ACCESORIA

Hechas las anteriores consideraciones, hemos de referirnos ahora a la posibilidad de incluir el cumplimiento de un pacto parasocial como una prestación accesorias de los socios, previéndose que su incumplimiento sea causa de exclusión del socio. Esto es justamente lo que se hizo en la sociedad de cuyo acuerdo de exclusión de un socio conoció la Audiencia Provincial de Barcelona, en grado de apelación, en su sentencia de 3 de noviembre de 2022. En dicho asunto las obligaciones contenidas en los pactos parasociales se habían integrado en los estatutos como prestaciones accesorias.

Hay una cierta similitud entre las prestaciones accesorias y los pactos parasociales de atribución, en la medida en que, por ambas vías, se pueden establecer obligaciones de los socios para con la sociedad. Sin embargo las prestaciones accesorias deben constar en los estatutos sociales y no sucede así en el caso del acuerdo parasocial. Por ese motivo, cuando el pacto parasocial se incorpora a los estatutos como parte de la prestación accesoria adquiere otra dimensión, ya que se convierte en una obligación social, no sólo contractual.

La inclusión del cumplimiento del pacto parasocial como una prestación accesoria es un mecanismo que pretende dotar de eficacia a dicho pacto frente a la sociedad por la vía de permitir que se apliquen remedios societarios a las situaciones de incumplimiento de estos pactos. De esta manera los acuerdos parasociales se benefician de la regulación del derecho societario. Además el contenido del pacto parasocial se transmite con las acciones, por medio de los estatutos, de forma que los socios quedan igualmente obligados a cumplir el pacto, ahora convertido en prestación accesoria.

Más específicamente, el incumplimiento del pacto parasocial puede constituir una causa de exclusión del socio, al considerarse también un incumplimiento de la prestación accesoria. Así pues, no cabe duda de que esta fórmula se enmarca dentro de los remedios societarios para disuadir o frenar el incumplimiento del pacto parasocial, cobrando una importancia capital la amenaza de la exclusión del socio que incumple la prestación accesoria. Se trata además de un mecanismo del que se ha venido tratando desde hace largo tiempo y que fue refrendado por la Dirección General de los Registros y del Notariado por medio de resolución de 26 de junio de 2018

La importancia de la exigencia de expresar el contenido concreto y determinado de toda prestación accesoria, que viene establecida en el artículo 86 LSC, es la misma o más que en el caso de cualquier otro contrato, pues en este caso estaremos ante una obligación del socio frente a la sociedad, por lo que resultará indispensable su precisa definición.



# INTRODUCCIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS EN LOS PACTOS PARASOCIALES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

REYES PALÁ LAGUNA

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza

Quiero comenzar mi intervención como coponente con la manifestación de mi sincero agradecimiento al *Foro de Derecho Aragonés* y al Colegio de Abogados de Zaragoza que nos acoge hoy en su casa. Especial gratitud merecen el Justicia de Aragón representado en este acto por su Lugarteniente, Javier Hernández y la profesora Carmen Bayod López por su invitación a participar con tan ilustres juristas en esta mesa. Adolfo Calatayud ha hecho una presentación de mi persona que no merezco, *infiltrada* entre vds., foralistas y civilistas de reconocido prestigio. Muchas gracias a todos por su asistencia y por permitirme, desde una aproximación de Derecho mercantil, realizar unas breves consideraciones acerca de la introducción del Derecho foral aragonés en los pactos parasociales, Derecho foral que me es tan querido por razones familiares.

Tras escuchar la magnífica ponencia de Carmen Gay, que «ha agotado» el tema del Derecho foral aragonés y los estatutos sociales, así como la siempre certera visión registral de Javier Lardiés, parto de las siguientes preguntas introductorias de mi breve intervención: ¿y por qué los terceros tienen que conocer las condiciones del sustento de los *tiones* con cargo a la sociedad de capital? ¿por qué han de saber que se requiere la adopción del régimen consorcial aragonés para adquirir la condición de socio de la empresa familiar? y otros tantos porqués que justifican la inclusión de determinadas materias en un pacto parasocial.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. De la *Casa* a la empresa familiar

El concepto de la *casa* o patrimonio familiar y su transmisión como unidad de explotación es un ejemplo claro de la libertad de disposición del patrimonio en nuestro Derecho foral. Como indicara VALLET, «el quid del Derecho foral ha

consistido en formar el sentido moral social preciso para usar adecuadamente de la libertad civil de conformidad a la finalidad familiar y económica de conservar la casa»<sup>1</sup>. En su origen, los fueros y observancias destinados al mantenimiento del patrimonio familiar estuvieron vinculado a la propiedad agrícola<sup>2</sup>; hoy es necesario actualizar esa necesidad de mantenimiento del patrimonio familiar a través de la continuidad de la empresa instrumentada en una sociedad de capitales (S.A, S.L, S.Com por A.<sup>3</sup>).

La libertad de empresa (art. 38 CE) y el principio de conservación de la empresa –con numerosas manifestaciones en el moderno Derecho mercantil–, permiten adaptar al amparo de la libertad de pacto esa vieja *casa* y su mantenimiento a las nuevas realidades del tráfico económico, como ha hecho con acierto nuestro Código de Derecho Foral.

El Derecho aragonés ha sido respetuoso con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que reconoce la competencia exclusiva del Estado en «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE). No ha sucedido lo mismo en otras Comunidades Autónomas, como, –por citar el caso

---

1. VALLET DE GOYTISOLO, J., «El espíritu del Derecho foral español y los problemas agrarios de hoy», *ADC*, 28, 1965, págs. 214 y ss y también en *La conservación del «fundus instructis» como explotación familiar, tema básico en los derechos civiles forales o especiales españoles*, ed. Reus, Madrid, 1968, pág. 19. Indicaba este autor ya en 1968 que «la lucha más profunda por el Derecho gira actualmente en torno a la contraposición existente entre una sociedad formada por familias, por comunidades socialmente relacionadas entre sí, organizadas de abajo hacia arriba, como crecen los árboles, y una *sociedad de masas*, suma amorfa de individuos planificada de arriba hacia abajo por el Estado tendente hoy, cada vez más, hacia el totalitarismo. (...) Es una evidencia que en los países no comunistizados conviven, más o menos, de una parte una sociedad orgánica de cuerpos naturales, con la familia como célula primera, económicamente basada en la propiedad privada, personal y responsable, y, de otra parte, una sociedad de masas que necesita ser económicamente dirigida y protegida por el Estado» (*op.ult.cit.*, págs. 8-9)

2. De esta forma, el Derecho civil de Aragón se concebía como un «ordenamiento para labradores». «Este carácter se evidencia inmediatamente en la lectura de una gran parte de sus disposiciones acomodadas a la vida rural y a las necesidades de las familias de los labradores; la diferencia de trato entre bienes raíces y muebles en el régimen económico del matrimonio; la ficción usada para alterar el régimen legal (sitios por muebles, muebles por sitios); la limitación de la viudedad foral a los bienes sitios; la continuación de la sociedad conyugal fallecido uno de los esposos y aún durante las segundas nupcias del sobreviviente por la vida en familia que se da casi exclusivamente en el medio rural; el concepto de la *casa* o patrimonio familiar y su transmisión posible sin desmembraciones perjudiciales para la unidad de explotación, tan necesaria también en el campo; son ejemplos claros entre otros muchos del carácter rural del Derecho aragonés» (PALÁ MEDIANO, F., «Concepto del Derecho civil de Aragón» en MONEVA, J., PALÁ, F. y MARTÍN BALLESTERO, voz «Derecho civil de Aragón», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. I, Barcelona, 1950, pág. 192).

3. Más del 99% de las sociedades mercantiles que se constituyen en España adoptan el tipo de la sociedad de responsabilidad limitada. La sociedad comanditaria por acciones es un tipo residual que apenas ha sido utilizado en la práctica. En 2022 fueron inscritas en los Registros mercantiles 98.720 SL frente a 416 sociedades anónimas (Registradores de España, *Estadística mercantil. Ejercicio 2022*, pág. 19).

más paradigmático–, Cataluña, en donde se ha ido más allá de su competencia legislativa –con la anuencia del Tribunal Constitucional–, competencia que debiera ser ejercida con la finalidad de conservar, modificar o desarrollar las normas legales o consuetudinarias que formen parte de su acervo jurídico a la entrada en vigor de la Constitución, sin inventar –en palabras de Yzquierdo Tolsana– cosas nuevas<sup>4</sup>.

En este aspecto, Aragón ha sido prudente en el desarrollo de sus competencias legislativas, con alguna excepción: la STC 264/1993, de 22 de julio, declaró contrario a la Constitución el art. 35 de la Ley de 5 de octubre de 1989, de la Actividad Comercial de Aragón, por invadir las competencias del Estado en materia de responsabilidad civil.

El problema de la extralimitación en el desarrollo de los derechos forales ha de ponerse en relación no sólo con el derecho foral sino también con ese derecho privado especial que es el Derecho mercantil. Valga como ejemplo el régimen de la prenda contenido en el libro quinto del Código Civil de Cataluña, a la vista de las frecuentes prendas de acciones o de participaciones societarias que se constituyen en nuestro país como garantía de créditos por sus titulares.

Sobre el art. 149.1 6.<sup>a</sup> de nuestra Constitución, que atribuye al Estado de la competencia exclusiva en cuanto a la «legislación mercantil» se ha pronunciado reiteradas veces nuestro TC, tratando de acotar la delimitación de la materia mercantil *ex art.* 149.1. 6.<sup>a</sup> CE: «[P]arece obligado admitir que, en principio, y en lo que hace relación con este título competencial, sólo las reglas del derecho privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil, teniendo las de Derecho público regímenes diferenciados» (STC 133/1997, de 16 de julio que recoge doctrina de las STC 37/1981, STC 137/1981 y STC 14/1986)<sup>5</sup>. El Tribunal Supremo también ha hecho referencia a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia mercantil, por ejemplo, en la STS 599/2020, de 12 de noviembre<sup>6</sup>: «Según el Tribunal Constitucional, la competencia exclusiva del Estado sobre la “legislación mercantil”, entendida como uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado (STC 133/1997, de 16 de julio) y se deriva de la unicidad del orden económico nacional, prevista en la CE. En lo que se refiere al contenido de esta competencia estatal en materia mercantil, el Tribunal Constitucional afirma que abarca los siguientes aspectos: (i) la actividad libre del empresario mercantil (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 275/2000, de 16 de noviembre; y 26/2012, de 1 de marzo); (ii) la condición de comerciante,

4. YZQUIERDO TOLSANA, M., «El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2016), Vol. 8, págs. 330-347, pág. 334.

5. Sin ánimo de exhaustividad, v. asimismo. STC 79/2017, de 22 de junio de 2007 que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, y las ya clásicas STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, STC 110/2011, de 22 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

6. ECLI:ES:TS:2020:363, Sala de lo Civil, Ponente Pedro José Vela Torres.

la capacidad para el ejercicio del comercio (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; y 225/1993, de 8 de julio); (iii) las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 14/1986, de 31 de enero; 96/1996, de 30 mayo; 133/1997, de 16 de julio; y 26/2012, de 1 de marzo); (iv) el contenido necesario de los derechos y las obligaciones a que el ejercicio de la actividad de los empresarios puede dar lugar (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 275/2000, de 16 de noviembre; y 26/2012, de 1 de marzo); (v) el contenido contractual de la operación mercantil (STC 157/2004, de 21 de septiembre); (vi) las condiciones generales de contratación (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre; 225/1993, de 8 de julio; y 26/2012, de 1 de marzo); (vii) las modalidades de contratos, la delimitación de su contenido típico y las condiciones de validez de los contratos privados (SSTC 62/1991, de 22 de marzo); (viii) el Derecho de sociedades (STC 14/1986, de 31 de enero)».

En esta STS 3631/2020, de 12 de septiembre, el Alto Tribunal analiza la condición de consumidor de los fiadores cónyuges de los deudores principales que eran administradores de una SL a los efectos de la responsabilidad del cónyuge no comerciante por las deudas de los administradores de una sociedad limitada, socios ambos al 50% en la sociedad. Resumiendo las premisas de las que parte la sentencia, cuando el fiador es cónyuge en régimen de gananciales del deudor principal, no es consumidor, porque responde de las deudas comunes y puede que participe de los beneficios de la sociedad en forma de dividendos, lo que supone vinculación funcional con la sociedad mercantil. Pero, cuando el fiador persona física no tiene cargo orgánico o societario alguno que le vincule con la sociedad deudora, no tiene una participación significativa en dicha sociedad, no responde de las deudas de su cónyuge en régimen de separación de bienes y no desempeña actividad profesional relacionada con la operación afianzada, sí puede tener la condición de consumidor. Considera la sentencia que, conforme a la doctrina constitucional elaborada a propósito del art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE, la competencia estatal exclusiva sobre legislación mercantil ampara la existencia de una normativa estatal sobre régimen económico matrimonial específica cuando uno de los cónyuges es comerciante, pues el concepto constitucional de legislación mercantil incluye la regulación del concepto de comerciante, su capacidad y su régimen de responsabilidad frente a terceros. De ello, colige el Tribunal, que, en primer lugar, se aplican los arts. 6 a 12 CCom, con preferencia a las normas del Código Civil de Cataluña (los fiadores y sus cónyuges tenían la vecindad civil catalana), que serán supletorias del Código de Comercio. «No obstante, esta supletoriedad es de gran relevancia para la aplicación de tales arts. 6 y 9 CCom, en caso de régimen de separación de bienes, en cuanto que influyen en la determinación de qué bienes son propios del empresario comerciante y quedan sujetos a las resultas del comercio, y cuáles son bienes propios de su cónyuge, por lo que, para quedar vinculados, se requerirá el consentimiento expreso de este. En lo que respecta a los bienes comunes, no son aplicables las presunciones de los arts. 7 y 8 CCom, en cuanto que están previstas para regímenes de comunidad, donde existe una comunidad de tipo germánico de los bienes gananciales. Cuando el régimen es el de separación de bienes catalán, los bienes en común lo son en comunidad tipo romana, por lo que, para vincularlos íntegramente a las resultas del comercio (en cuanto a la mitad indivisa del cónyuge no comerciante) es necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Es decir, no bastaría el simple conocimiento al que se refiere la Audiencia Provincial, sino que se requeriría consentimiento expreso inscrito en el Registro Mercantil, a te-

nor del art. 11 CCom» (FD 4º STS 599/2020, de 12 de noviembre). Téngase en cuenta que la responsabilidad de los bienes propios del comerciante casado en régimen de gananciales y de los comunes obtenidos por el ejercicio de la actividad empresarial se concebía en el CCom como inderogable por voluntad de los cónyuges aunque esa voluntad constara en capítulos matrimoniales. Esta STS pone en relación cuestiones de derecho civil (ley personal) con el régimen de los afianzamientos mercantiles, de ahí su interés. Sin mayores explicaciones, los artículos 6 a 12, incluidos en el Código de Comercio desde su publicación en 1885, han sido derogado por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal.

Como es sabido, en el Derecho aragonés permanece en el marco del régimen consorcial aragonés la responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros de buena fe por el ejercicio de la actividad empresarial de uno de los cónyuges [art. 219.1 a) CDFFA].

En el Derecho histórico aragonés, recogido en la Compilación de 1967, se refleja un tipo de familia más extenso que la integrada por un conjunto de personas unidas por el matrimonio y la filiación o adopción, tipo de familia que se conservaba en las comarcas pirenaicas aragonesas: «la Casa», unidos sus miembros por la explotación de un patrimonio común y la vida comunitaria, que tiene su propia economía, cuenta con las actividades de los familiares que pueden trabajar para cubrir las necesidades de todos, la educación y formación de los jóvenes y el cuidado de los ancianos<sup>7</sup>. Este grupo familiar vinculado a la Casa, amenazado por fuerzas disgregadoras que le van quitando el carácter de comunidad<sup>8</sup>, renace en el Derecho vigente a través de la empresa familiar, cuyas normas estatutarias de carácter mercantil, y las reflejadas en un pacto parasocial omnilateral –tenga éste o no la consideración de protocolo familiar–, son frecuentemente más complejas que las que vinculan a los socios sin estos vínculos familiares.

## 2. La introducción del Derecho foral aragonés en los estatutos y en los pactos parasociales de las sociedades de capital

La introducción del Derecho aragonés en los estatutos de las sociedades de capital ha sido analizada brillantemente por GAY CANO<sup>9</sup> y a ese análisis me re-

7. Son palabras de PALÁ MEDIANO quien añade: «Los hijos, ya criados y educados, no necesitan separarse de la casa y la familia, pues en ella habrá trabajo y sustento para todos. La estabilidad del grupo se mantiene con una organización jerárquica y la autoridad, que se centra en el cabeza de familia, en *el señor de la casa*» (PALÁ MEDIANO, F., «La familia en la Compilación del Derecho Civil de Aragón», *ADC*, 1967, pág. 699).

8. Paradigmáticas son las palabras del notario PALÁ en 1967: «De la vida en común apenas queda nada; los padres trabajan fuera de casa en largas jornadas; los hijos pequeños se crían y educan en guarderías y colegios (...) los mayores salen del hogar sin haber completado su formación y aún sin ella; el cuidado de los ancianos se confía a residencias y asilos; la vida comunitaria queda reducida a su mínima expresión y fácilmente se quiebra o se disuelve; y así el hogar familiar ya no es lugar de reposo ni escuela de buenas costumbres» (*op. cit.* pág. 700).

9. GAY CANO, C., *La libertad de pacto como instrumento para la incorporación de instituciones del Derecho foral aragonés a los estatutos de las sociedades mercantiles. En especial, en las empresas familiares*, Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 16 de mayo de 2023.

mito. En mi breve intervención, analizaré los efectos de la incorporación del derecho foral aragonés en los pactos parasociales –algunos de ellos adoptan la forma de protocolo familiar–, al margen del contenido de los estatutos de la anónima o la sociedad limitada.

Adelantamos aquí que son dos los problemas principales que plantean los pactos parasociales: su eficacia y oponibilidad frente a la sociedad, y la posibilidad de impugnar un acuerdo social contrario al pacto parasocial, por no haber respetado los socios el contenido del pacto extraestatutario a la hora de emitir su voto.

Es frecuente en la práctica la firma de pactos parasociales —el protocolo familiar es el paradigmático al respecto, si bien su contenido suele ser más amplio que el del pacto parasocial<sup>10</sup>— por varias razones, de entre la que destaca su carácter reservado entre los socios firmantes del pacto, al no inscribirse en el Registro mercantil; son pactos que permanecen al margen del registro y por ello no son conocidos por todos al no gozar de los efectos derivados de la publicidad registral (arts. 21 C.com y 9 RRM). Como se establece en el art. 29 LSC<sup>11</sup>, «los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad».

También se acude a ellos para regular materias que no tienen cabida en los estatutos sociales dada la en ocasiones rígida normativa societaria al respecto: los socios convienen por la vía contractual lo que no es posible, o al menos discutible, convenir por la vía estatutaria. Un ejemplo de lo primero sería exigir un número mínimo de participaciones sociales para asistir a la junta general, exigencia *contra legem ex art.* 179 LSC. De lo segundo, condicionar la eficacia de la adquisición por el cónyuge de participaciones de la sociedad al otorgamiento de escritura pública en la que se pacte el régimen consorcial como régimen económico matrimonial, si es que no están ya sometidos a dicho régimen; o, con carácter general, establecer en el pacto parasocial la obligación de adoptar este régimen consorcial para los nuevos socios, lo que afecta al sistema de entrada en la sociedad.

Si no se quiere reflejar por diversas razones de forma íntegra el mantenimiento y continuidad de la *casa* o patrimonio familiar en los estatutos de la sociedad, es posible recoger las instituciones típicas de nuestro Derecho foral tendentes a conservar la empresa en la familia y los bienes adscritos a la *casa* en un pacto parasocial. Piénsese en el consorcio foral (arts. 373 y ss. CDFA) o en el pacto sucesorio (arts. 377 y ss.) que puede ser firmado incluso por personas ajenas a la familia<sup>12</sup>, o los capítulos matrimoniales en los que se establece una comunidad

---

10. Respecto la incorporación de instituciones sucesorias típicas de los derechos forales al protocolo familiar puede verse el excelente trabajo de FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho Civil Catalán», *Revista de Derecho mercantil* 284, 2012, págs. 53-102.

11. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC)

12. Mucho se ha dicho y bien a lo largo de los treinta y dos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés acerca de la libertad que rige en nuestro Derecho foral en materia sucesoria frente al Derecho

familiar entre instituyentes e instituido y sus familiares, regulando los derechos y las obligaciones de los que la integran (art. 381, comunidad familiar que tendría la consideración de sociedad interna). Bien puede establecerse en el pacto parasocial el régimen de manutención de los tiones, sin necesidad de recogerlo en los estatutos de la sociedad porque no se quiere publicitar esta cuestión o también reflejarse en un pacto al margen de los estatutos cuestiones relativas a la liquidación del régimen económico de consorcio conyugal, el régimen de las acciones o participaciones sujetas a fiducia sucesoria pendiente de ejecución o sujetas a la administración de un tercero establecida por el disponente o causante, el régimen del usufructo viudal sobre acciones o participaciones, o el de la herencia yacente en la que existan acciones o participaciones<sup>13</sup>.

No vamos a abordar el estudio del protocolo familiar, dada su amplio y rico contenido. Pero sí podemos seguir poniendo ejemplos de cláusulas en pactos parasociales que no se suele incluir en los estatutos de la sociedad: el sustento de los socios fundadores o de sus herederos, o, con carácter limitado en el tiempo, el reconocimiento de un sustento anual al socio en situación de incapacidad o a los herederos del socio, hasta que se les abone el importe de sus acciones o participaciones, sustento cuyo importe será detráido del precio de las participaciones o acciones hasta el pago del precio total de los títulos que, en aplicación del derecho de adquisición preferente, han sido adquiridos por los otros socios o por la sociedad familiar. O también, el compromiso de renuncia al derecho expectante de viudedad por el cónyuge ajeno a la familia (art. 272 CDFa), que quizá no tenga buen encaje en los estatutos sociales, o el ya citado compromiso de todos los socios de adoptar el régimen del consorcio conyugal (arts. 217 y ss.), o la exclusión de determinados familiares de la Junta de Parientes (art. 170 CDFa).

## II. LOS PACTOS PARASOCIALES

El concepto de «pacto parasocial» procede de la doctrina mercantilista para designar los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen<sup>14</sup>.

---

civil que establece un régimen que coarta la libre disponibilidad del *pater familias*, aunque ello se ha venido mitigando en el Derecho civil común especialmente en este siglo con la reforma no exenta de problemas del artículo 1056 CC y la constancia en protocolos familiares de cláusulas que cumplen la función de un pacto sucesorio, al menos parcialmente.

13. Estos ejemplos de incorporación de instituciones aragonesas a los estatutos sociales (y añadimos, a los pactos parasociales) en CALATAYUD SIERRA, A., en el *Discurso de contestación al Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación* leído por Carmen GAY CANO, Zaragoza, 16 de mayo de 2023, pág. 85.

14. Por todos, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uría & Menéndez* 5/2023, disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>. No estamos ante una realidad nueva, sino que estos pactos vienen suscribiéndose desde antiguo. Es clásica al respecto la monografía de OPPO, G. *Contratti parasociali*, ed. F. Vallardi, Milán, 1942. En España, v. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J. J., *Sindicatos*

Indica el Tribunal Supremo que «La denominación de “pactos parasociales” es utilizada por la jurisprudencia para referirse a aquellos convenios celebrados por todos o algunos de los socios de una sociedad mercantil con el objeto de “regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos”, acuerdos que se consideran válidos “siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad” (sentencias 128/2009, de 6 de marzo y 138/2009, de 6 de marzo). Se trata de un contrato asociativo (sentencia 296/2016, de 5 de mayo) distinto del contrato social, que no se integra en el ordenamiento de la persona jurídica (sociedad anónima o limitada), de forma que despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones obligatorias de quienes lo celebran»<sup>15</sup>.

Su validez no ofrece duda al amparo del artículo 1.255 CC y del citado art. 29 LSC al que hay que añadir el art. 28 de la ley societaria en cuya virtud se podrán incluir en los estatutos todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido. La inclusión en los estatutos de una cláusula, como prestación accesoria (arts. 86 y ss. LSC) que obligue a los socios a respetar el contenido del pacto parasocial –y cuyo incumplimiento implique la exclusión del socio de la sociedad– es la forma de dotar de eficacia jurídica reforzada al pacto parasocial, como veremos más adelante. Dicho de otro modo, es la vía para incorporar al derecho de las sociedades de capital contratos nacidos al amparo del Derecho de obligaciones, por definición pactos meta o extraestatutarios o parasociales.

Dejamos al margen en esta breve intervención los pactos parasociales suscritos por dos o más socios sin alcanzar a todos ellos, pactos que son *res inter alios acta* para el resto de los socios y la sociedad: ni les benefician (*nec prodest*) ni les perjudican (*nec nocet*). Aquí juega plenamente la regla de la inoponibilidad de estos pactos frente a la sociedad (art. 1257 CC).

Encontramos ejemplos de estos pactos no firmados por todos los socios en la Ley de sociedades de capital en el seno de la sociedad cotizada (art. 530 LSC) que alude a los sindicatos de voto y a aquellos pactos entre dos o más socios que restringen o condicionan la libre transmisibilidad de las acciones de la cotizada. En aras del principio de transparencia que han de cumplir las sociedades cotizadas, estos pactos deben ser comunicados inmediatamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la sociedad cotizada y al mercado, como información privilegiada o bien como «otra información relevante» (OIR) y de-

---

*de accionistas*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 16 de enero de 1951, disponible en [http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS\\_ACADEMIA/009-03-GARRIGUES\\_DIAZ-CA%C3%91ABATE\\_JOAQUIN\\_09\\_1957.pdf](http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/009-03-GARRIGUES_DIAZ-CA%C3%91ABATE_JOAQUIN_09_1957.pdf).

15. STS de 7 de abril de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1386, ponente Juan Manuel Díaz Fraile, FD. Quinto, apartado 2.1.

positarse en el Registro mercantil del domicilio social. La CNMV puede acordar una dispensa temporal de este deber de publicidad cuando ello pueda ocasionar un daño grave a la sociedad (art. 535 LSC). El incumplimiento del régimen de la publicidad de estos pactos parasociales, además de la sanción administrativa que, en su caso, pueda imponer el supervisor, acarrea como sanción civil la ineficacia de estos pactos entre socios de la cotizada. Nótese que al tratarse de unos pactos que ya no permanecen reservados entre los socios, no es de aplicación el art. 29 LSC y por tanto son oponibles a la sociedad fundamentalmente en el ámbito privado a los efectos de impugnación del acuerdo social adoptado con el voto del socio incumplidor del pacto parasocial, voto determinante para alcanzar las mayorías previstas en la LSC conforme al *test de resistencia* recogido en el art. 204 de esta Ley.

Recordemos que los pactos parasociales no se inscriben en el Registro Mercantil en aplicación del principio de *númerus clausus* respecto a las materias susceptibles de inscripción<sup>16</sup>. Ha de hacerse la salvedad de la inscripción en el Registro de los protocolos familiares al amparo del régimen, de escasa aceptación práctica, previsto en el RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares. La norma contempla en los arts. 5 a 7 tres posibilidades: en la hoja abierta de la sociedad se hace constar la existencia de un protocolo familiar, pero no su contenido (art. 5, publicidad por noticia); con ocasión de la presentación de las cuentas anuales, el órgano de administración podrá incluir entre la documentación correspondiente, copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo de la sociedad en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar, el cual será objeto de depósito junto con las cuentas anuales y de calificación por el Registrador (publicidad por depósito, art. 6) y (art. 7, publicidad por inscripción) cuando exista un protocolo familiar previamente publicado, en la página web de la sociedad y los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador<sup>17</sup>.

Recientemente el legislador se ha referido a la posibilidad de inscribir pactos parasociales en el artículo 11.2 de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes (*start-up*), en donde se permite la inscripción en el Registro mercantil de los pactos de socios en las empresas emergentes que adopten el tipo de la limitada; en ese caso, estos pactos inscritos gozarán de publicidad registral. El legislador no aclara si se refiere a los pactos parasociales omnilaterales o a cualquier pacto suscrito entre dos o más socios. Se

---

16. Art. 16 C.com y arts. 2 y 94 RRM. V. entre otras muchas, RDGRN de 28 de febrero de 2013, BOE del 21 de marzo.

17. Sobre estos mecanismos de publicidad del protocolo familiar y su eficacia, v. MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, Marcial Pons, Madrid, 2017, págs. 204-221.

trata de una Ley muy criticada por la doctrina que plantea numerosos problemas en su aplicación práctica<sup>18</sup>.

Nos centramos aquí en los pactos parasociales omnilaterales, los firmados por todos los socios, que son los que pueden reflejar la mayoría o algunos aspectos del mantenimiento y continuidad de la *casa* –de la empresa– en Aragón. Estos pactos omnilaterales, en nuestra opinión, no quedan sometidos automáticamente al principio de relatividad de los contratos frente a la sociedad<sup>19</sup>. Son firmados por todos los socios, la sociedad no es tercero a estos efectos y por ello ha de respetar su contenido en la misma medida que los reflejados en los estatutos de la sociedad<sup>20</sup>: la sociedad podría exigir el cumplimiento de determinadas cláusulas, como por ejemplo la obligación de los socios de aportar fondos no en concepto de capital a la sociedad, o de prestarle asistencia técnica sobre determinadas materias. Si la sociedad es también firmante del pacto parasocial –supuesto cada vez más frecuente en estos pactos omnilaterales– queda vinculada como cualquier otro firmante (art. 1257 CC), aunque en realidad la sociedad sea el objeto de muchas de las previsiones del pacto parasocial. Cosa distinta es si estos pactos parasociales, en un planteamiento general, pueden ser opuestos a los terceros. La respuesta, con la doctrina más autorizada, ha de ser negativa<sup>21</sup>. Para vincular a la sociedad cuando no es firmante del pacto parasocial omnilateral e incluso a los terceros, futuros socios de la sociedad, comienzan a verse con cierta frecuencia cláusulas estatutarias que imponen como prestación accesorias el obligado cumplimiento del pacto parasocial que queda depositado en el Registro mercantil. De ello nos ocupamos más adelante, si bien no en todos los registros mercantiles se admite la inscripción de este tipo de prestación accesorias.

Nos detendremos en lo que se conoce como pactos parasociales omnilaterales –los firmados por todos los socios que recogen obligaciones relativas a la ordenación de sus relaciones como socios de la sociedad (pactos de relación) y

18. V. entre otros CABANAS TREJO, R., «La nueva Ley de empresas emergentes y su relación con la actividad notarial», *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre de 2023. Una crítica feroz en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La ley ‘pinta y colorea’ y los pactos parasociales: no se les ocurra convertir a su compañía en una “empresa emergente”», en el blog *Derechomercantilespaña*, 22 de diciembre de 2022, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2022/12/la-ley-pinta-y-colorea-y-los-pactos.html>

19. Indica F. Vicent Chuliá, que, «en el caso de pactos parasociales firmados por todos los socios los acuerdos sociales adoptados en violación del pacto deben ser considerados nulos por contrarios a ley por constituir abuso de derecho (por tanto, violación de ley: del art. 7-II C.c), o, al menos, anulables, como acuerdos que violan el interés social, que es el interés común de todos los socios en obtener beneficios dentro de la sociedad». (*Introducción al Derecho mercantil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pág. 892).

20. Esta es la tesis de ALONSO ESPINOSA F. J., «El pacto social omnilateral como pacto social», *La Ley Mercantil*, 102, mayo de 2023 (versión digital). Con anterioridad, v. PERDICES HUETOS, A., «Lecciones: validez, eficacia y oponibilidad de los pactos parasociales, en una cáscara de nuez», 25 de febrero de 2016, <https://almacenederecho.org/lecciones-validez-eficacia-y-oponibilidad-de-los-pactos-parasociales-en-una-cascara-de-nuez>

21. V. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pág. 892.

también los conocidos como pactos de atribución<sup>22</sup>– que son los que plantean la cuestión de su oponibilidad a la sociedad especialmente cuando la sociedad –la junta general o el órgano de administración– adopta un acuerdo social que lesiona o directamente conculca el contenido del pacto parasocial omnilateral<sup>23</sup>.

### III. LA OPONIBILIDAD DE LOS PACTOS PARASOCIALES OMNILATERALES FRENTE A LA SOCIEDAD

Como hemos indicado, una vía a la que se está recurriendo en la práctica mercantil para dotar de efectos societarios a los pactos parasociales omnilaterales es la de la inclusión como prestación accesorias –y por tanto, como cláusula estatutaria–, el respeto y seguimiento del contenido del pacto parasocial por todos los socios de la sociedad y los que tengan esta condición en el futuro. El cumplimiento de esta obligación se refuerza con la inclusión de cláusulas penales por el incumplimiento de esta prestación accesorias, cláusulas penales normalmente establecidas en el pacto parasocial y no en los estatutos. Por otra parte, el art. 350 LSC prevé que la sociedad limitada podrá excluir al socio que incumpla voluntariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias. No es infrecuente la inclusión de esta cláusula en los estatutos no sólo de la limitada sino también de la anónima cerrada al amparo del artículo 351 LSC.

La previsión de esta cláusula estatutaria por las sociedades de capital es una realidad especialmente tras la RDGRN de 26 de junio de 2018 (BOE del 10 de julio) que admite la inscripción de una cláusula estatutaria en virtud de la cual

22. Son los denominados «pactos de organización», (v. ALONSO ESPINOSA, F., «El pacto parasocial omnilateral como pacto social», *La Ley Mercantil*, 102, 2023, (versión digital). Si se incluyera en el pacto parasocial una cláusula por la que determinados bienes comunes se les atribuye el carácter de privativos (art. 215 CDFA), ello no formaría parte del pacto parasocial de organización al referirse a las relaciones entre socios («pactos de relación»), no de éstos con la sociedad.

23. La oponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales frente a la sociedad es una cuestión que ha merecido especial atención por la doctrina mercantilista en las últimas décadas. Sin ánimo de exhaustividad, pueden destacarse las monografías de J. NOVAL PATO *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*, Civitas, Madrid, 2012; J. FELIU REY, *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012 y J.M. MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, *La duración de los pactos parasociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022. También los trabajos de C. PAZ-ARES, «La cuestión de la validez de los pactos parasociales», Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf>; ídem, «Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción», *Revista de Derecho Mercantil*, 325, 2022, versión digital y «El enforcement de los pactos parasociales», cit.; GARCÍA VIDAL, A., «Consecuencias societarias del incumplimiento de pactos parasociales», en AA.VV., *El derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores* (dir. A. Emparanza Sobejano), Marcial Pons, Madrid 2019, págs. 85-137; SÁEZ LACAVE, M.I.: «Los pactos sociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *Indret*, 3/2009, disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/666\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/666_es.pdf); PÉREZ MORIONES, A.: «Impugnación de acuerdos sociales y pactos parasociales omnilaterales (reflexiones a la luz de los últimos pronunciamientos de nuestros tribunales)», en AA.VV. *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chulià*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 581-598.

«Todos los socios, personas físicas personalmente o personas jurídicas que tengan la condición de «miembros de la familia» que tengan la condición de socio integrante de una rama familiar quedan impuestos en la prestación accesoria no retribuida del cumplimiento y observancia de las disposiciones pactadas por los socios en el protocolo familiar/pactos sociales que consta en escritura pública autorizada el día (...) ante el notario (...) y sus modificaciones realizadas de acuerdo con lo previsto en la misma». Esta cláusula estatutaria recogía además el procedimiento para apreciar por la sociedad el incumplimiento de esta prestación accesoria y las consecuencias de su incumplimiento voluntario por el socio (la exclusión del socio de la sociedad)<sup>24</sup>. De esta forma se refuerza la obligatoriedad de los pactos parasociales y la sociedad queda vinculada en su cumplimiento a través del régimen de las prestaciones accesorias, desde el momento en el que el incumplimiento por el socio del contenido del pacto parasocial es causa de exclusión de la sociedad.

Decíamos que el problema de la oponibilidad de los pactos parasociales se plantea, lógicamente, en los casos en los que los socios votan la adopción o el rechazo de una propuesta de acuerdo de la junta general de la sociedad en sentido contrario al previsto en el pacto parasocial omnilateral<sup>25</sup>. Aunque también nuestros tribunales se han pronunciado respecto a su eficacia en otros supuestos, como el de la impugnación del acuerdo de exclusión del socio incumplidor de prestaciones accesorias vinculadas a un pacto parasocial<sup>26</sup>.

EL Tribunal Supremo, a propósito de la impugnación de acuerdos sociales adoptados por la junta general sin respetar el contenido del pacto parasocial, ha partido de una interpretación *ad pedem litterae* del art. 29 LSC («Los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad»). Ello no ofrece dudas en el caso de pactos entre dos socios o más, por ejemplo, los sindicatos de voto no suscritos entre todos los socios. En ese caso, como hemos indicado, estamos ante un contrato extrasocietario que es *res inter alios acta* para la sociedad y por tanto no puede prosperar la impugnación del acuerdo social con el argumento de que uno de los socios no respetó el acuerdo firmado entre varios de ellos.

Naturalmente, si estamos ante un pacto parasocial omnilateral y la sociedad es también firmante del pacto parasocial –sería el caso de la constancia de la ex-

24. Resolución comentada, entre otros, por FELIÚ REY, J.: «Comentario a la RDGRN de 28 de junio de 2018: prestación accesoria consistente en el cumplimiento de un protocolo familiar», *Revista de Derecho de Sociedades*, 54, 2018, versión digital. Una cláusula en este sentido es analizada en la SAP Barcelona 1590/2022, de 3 de noviembre, ECLI:ES:APB:2022:12009, pero la Audiencia considera que no resulta de aplicación al caso concreto puesto que quien incumple la prestación accesoria no es el socio persona jurídica sino su representante persona física que es además administrador de la sociedad de responsabilidad limitada en cuyos estatutos figura esta previsión

25. Sin desconocer la posibilidad de impugnar los acuerdos del consejo de administración por este motivo

26. V. SAP Barcelona, Sección 15ª, núm.1590/2022, de 3 de noviembre, ECLI:ES:APB:2022:12009

plotación y mantenimiento del patrimonio familiar o casa aragonesa en un pacto o protocolo familiar firmado por todos los socios y por la sociedad– ese pacto ya no es *inter alios* para ella y quedaría vinculada por su contenido<sup>27</sup>. los pactos celebrados por los socios con la sociedad no son ya pactos parasociales *ex art.* 1257 C.cv. puesto que la sociedad suscribe y conoce el contenido de estos contratos. Son pactos metaestatutarios no reflejados en el contrato social, en concreto en los estatutos sociales, que forman parte del contenido de la escritura de constitución de la sociedad (art. 23 LSC)<sup>28</sup>.

El problema se plantea con los pactos omnilaterales no firmados por la sociedad. El TS reiterado su doctrina en la STS de 7 de abril de 2022 a propósito de la desestimación de la impugnación de un acuerdo social por ser contrario al contenido del pacto parasocial omnilateral<sup>29</sup>.

Ello no quiere decir que, en todo caso, la eficacia de los pactos parasociales omnilaterales quede restringida al ámbito contractual sin afectar al societario. Existen diversas vías, siempre aplicadas al caso concreto, como se insiste en la jurisprudencia recaída sobre la materia, que pueden dotar de eficacia frente a la sociedad a estos pactos parasociales y por tanto servir de base a la impugnación de los acuerdos sociales. Desde la doctrina del levantamiento del velo (coincidencia subjetiva entre los socios y la sociedad) a la aplicación de los principios de buena fe y el de confianza legítima, pasando por la doctrina de los actos propios y la interdicción del fraude de ley y del abuso de derecho (arts. 6.4 y 7 CC), todo ello podría servir de base para que la acción de impugnación de los acuerdos sociales prosperara y fueran declarados nulos por los Tribunales.

El TS, sin embargo, ha estimado la nulidad de un acuerdo social en el supuesto inverso: los acuerdos sociales se adoptaron en cumplimiento del con-

27. V. STS de 7 de abril de 2022 y con posterioridad, SAP de Cádiz 8/2023, de 18 de diciembre de 2022, ECLI:ES:APCA:2022:2734, FD Cuarto, 6.5. Esta SAP de Cádiz ha sido comentada por DE LA FUENTE, J., «Pactos parasociales: estado de la cuestión», *Diario La Ley*, 10300, junio de 2023 (versión digital).

28. V. PAZ ARES, C., «El enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uría & Menéndez* 5/2003, págs. 20- 21, nt. 2.

29. Con cita de las STS 10 de diciembre de 2.008 y 2 de marzo de 2.009, 138/2009, de 6 de marzo, 1136/2008, de 10 de diciembre, 128/2009, de 6 de marzo, y 131/2009, de 5 de marzo, 10 de diciembre de 2.008 y 2 de marzo de 2.009, 120/2020, de 20 de febrero.

La STS de 7 de abril de 2022 ha sido comentada por MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «Pactos parasociales omnilaterales (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 1ª, de 7 de abril de 2022)», *Análisis GA\_P*, 26 de julio 2022, disponible en [https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/07/Pactos\\_parasociales\\_omnilaterales.pdf](https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/07/Pactos_parasociales_omnilaterales.pdf), PAZ ARES, C. «Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción» *Revista de Derecho Mercantil*, 305, 2022, versión digital, NOVAL PATO, J., «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de pactos omnilaterales. Comentario a la sentencia 300/2022, de 7 de abril», *Revista de Derecho de Sociedades*, 66, 2022 (versión digital)., DE LA FUENTE, J., «Pactos parasociales: el Tribunal Supremo confirma su doctrina y aclara algunas cuestiones procesales (A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022)» *Diario La Ley* 10072, de 19 de mayo de 2022 (versión digital).

tenido de un pacto parasocial omnilateral que atribuía el derecho de voto al usufructuario y no al nudo propietario como se prevé en el artículo 127 LSC («Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario») En el caso de autos, los estatutos no recogían la expresa atribución del derecho de voto al usufructuario (STS 103/2016, de 25 de febrero<sup>30</sup>. El acuerdo se aprobó con los votos del usufructuario pese al silencio estatutario al respecto. Como indica al respecto el TS en sentencia posterior, «Ante la contradicción entre la regulación propia del pacto parasocial y la del régimen estatutario esta sala tomó en consideración las circunstancias concurrentes (incluyendo el hecho de que el derecho de voto reservado por el padre sobre las acciones y participaciones cuya nuda propiedad transmitía le permitiría solucionar las situaciones de bloqueo como la que efectivamente se produjo), y concluyó que la impugnación de los acuerdos sociales resultaba contraria a las exigencias de la buena fe e incurría en abuso de derecho, entendiéndose que quienes, junto con el demandante, fueron parte de este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial. La solución se basó, por tanto, no en una inversión o derogación singular de la regla legal de la inoponibilidad de los pactos parasociales a la sociedad, sino en un criterio distinto: la aplicación de la regla general de la buena fe y, en conexión con ella, el principio de la confianza legítima (art. 7.1 CC), en relación con el incumplimiento por el impugnante de lo pactado en el acuerdo extraestatutario, acuerdo del que era parte»<sup>31</sup>.

Téngase en cuenta que las causas de impugnación de los acuerdos sociales recogidas en el art. 204.1 LSC<sup>32</sup> no son, en nuestra opinión, las únicas, de modo que

30. ECLI:ES:TS:2016:659

31. STS 300/2022, de 7 de abril, ECLI:ES:TS:2022:1386, FD Cuarto apdo. 5.5. Continúa el Alto Tribunal en el apdo. 5.6. «La jurisprudencia ha subrayado la vinculación entre la regla general de la buena fe, la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima (...). Así, la sentencia 320/2020, de 18 de junio, ha insistido en esta vinculación: “La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS de 9 de diciembre de 2010 y 547 /2012, de 25 de febrero de 2013). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS 9 de diciembre de 2010, RC 1433/2006, 7 de diciembre de 2010, RC 258/2007). Como afirmamos en la sentencia de 25 de febrero de 2013, [ ... ], dicha doctrina “significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real”».

32. «Artículo 204. Acuerdos impugnables.

1. Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley, se opongan a los estatutos o al reglamento de la junta de la sociedad o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

La lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo, aun no causando daño al patrimonio social, se impone de manera abusiva por la mayoría. Se entiende que el acuerdo se impone

es posible acudir a los arts. 6 y 7 del CC para fundamentar el ejercicio de la acción de impugnación. De esta forma el pacto parasocial, si bien por vía indirecta, se convierte en eficaz frente a la sociedad<sup>33</sup>.

En ocasiones, incluso los juzgados y tribunales han acudido a las causas de impugnación tasadas en el art. 204 LC para considerar nulo un acuerdo social que contraviene el pacto parasocial.

Es el caso, por ejemplo, de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 18 de abril de 2023 (ECLI:ES:JMB:2023:1267), en donde el Magistrado declara la nulidad del acuerdo social por ser contrario al interés social<sup>34</sup>. Se afirma en el FD quinto de la sentencia: «Considero acreditado que los dos socios y la propia sociedad al firmar el acuerdo parasocial establecieron cual era la voluntad no sólo de ambos socios, sino de la propia compañía, sobre la búsqueda de soluciones consensuadas para abordar las decisiones de mayor trascendencia. Soy consciente de la existencia de una jurisprudencia del Tribunal Supremo, citada por la demandada, muy restrictiva respecto del alcance de los acuerdos parasociales como vía para determinar la nulidad de los acuerdos sociales (por todas la STS de 7 de abril de 2022 - ECLI:ES:TS:2022:1386), pero en supuestos como el de autos creo que en una sociedad cerrada, de dos socios, la existencia de un pacto firmado por ambos y asumido por la sociedad me permite tener probado cual era el interés social y el marco de protección al socio minoritario.

Al no haberse explicitado la causa de disolución en la convocatoria, ni haberse informado al socio minoritario de la concurrencia de una causa legal de disolución, la adopción del acuerdo por el que se decide disolver la compañía, cesar a su órgano de administración e imponer un liquidador debería haber respetado el contrato entre socios, que exigía una mayoría cualificada y, por ello, el consenso de ambos socios.

Al no respetar Felpudos Abejas, S.L. el contenido del acuerdo firmado por quien era, entonces, administradora de la sociedad mayoritaria que es, a su vez, administradora de la sociedad que recibió las participaciones, se está vulnerando el interés social, en exclusivo beneficio del socio mayoritario y sin que se haya puesto de manifiesto y acreditado la concurrencia de una causa legal de liquidación.»

---

de forma abusiva cuando, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.».

33. Como se afirma en la STS 120/2020, «Fuera de tales casos (infracciones a las exigencias de la buena fe, abuso del derecho) la eficacia del pacto parasocial, perfectamente lícito, no puede defenderse atacando la validez de los acuerdos sociales que resulten contradictorios con los mismos, sino que debe articularse tal defensa a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto, pues este no tiene efectos frente a la sociedad ni, por tanto, en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales».

34. Esta tesis ya en PAZ ARES, «El enforcement de los pactos parasociales», cit., pág. 41. V. REDONDO TRIGO, F. «Los pactos parasociales y la relatividad contractual (unas notas para una reflexión)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 793, 2022, págs. 2929- 2941.

Parece, pues, que la suscripción de pactos parasociales omnilaterales se va a mantener en la práctica societaria y por ello no podemos desdeñar la posibilidad de recoger determinados aspectos del régimen de la empresa familiar aragonesa en un pacto de estas características, firmado además por la sociedad. Con ello, los aforados aragoneses cuentan con un instrumento adicional para revelar nuestro derecho foral en un ámbito típicamente mercantil como es el derecho de las sociedades de capital.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La ley ‘pinta y colorea’ y los pactos parasociales: no se les ocurra convertir a su compañía en una “empresa emergente”», en el blog *Derecho mercantilespaña*, 22 de diciembre de 2022, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2022/12/la-ley-pinta-y-colorea-y-los-pactos.html>
- ALONSO ESPINOSA, F.J., «El pacto parasocial omnilateral como pacto social», *La Ley Mercantil*, 102, 2023, (versión digital).
- CABANAS TREJO, R., «La nueva Ley de empresas emergentes y su relación con la actividad notarial», *El notario del siglo XXI*, septiembre-octubre de 2023.
- CALATAYUD SIERRA, A., en el *Discurso de contestación al Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación* leído por Carmen GAY CANO, Zaragoza, 16 de mayo de 2023.
- DE LA FUENTE, J., «Pactos parasociales: el Tribunal Supremo confirma su doctrina y aclara algunas cuestiones procesales (A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022)» *Diario La Ley* 10072, de 19 de mayo de 2022 (versión digital).
- DE LA FUENTE, J., «Pactos parasociales: estado de la cuestión», *Diario La Ley*, 10300, junio de 2023 (versión digital).
- FELIU REY, J., *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- FELIÚ REY, J.: «Comentario a la RDGRN de 28 de junio de 2018: prestación accesoria consistente en el cumplimiento de un protocolo familiar», *Revista de Derecho de Sociedades*, 54, 2018, versión digital.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del Derecho Civil Catalán», *Revista de Derecho mercantil* 284, 2012, págs. 53-102.
- GARCÍA VIDAL, A., «Consecuencias societarias del incumplimiento de pactos parasociales», en AA.VV., *El derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores* (dir. A. Emparanza Sobejano), Marcial Pons, Madrid 2019, págs. 85-137.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J, J., *Sindicatos de accionistas*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 16 de enero de 1951, disponible en [http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS\\_ACADEMIA/009-03-GARRIGUES\\_DIAZ-CA%C3%91ABATE\\_JOAQUIN\\_09\\_1957.pdf](http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/paginas/TOMOS_ACADEMIA/009-03-GARRIGUES_DIAZ-CA%C3%91ABATE_JOAQUIN_09_1957.pdf)
- GAY CANO, C., *La libertad de pacto como instrumento para la incorporación de instituciones del Derecho foral aragonés a los estatutos de las sociedades mercantiles. En especial, en las*

- empresas familiares*, Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 16 de mayo de 2023.
- MARÍN DE LA BÁRCENA, F.: «Pactos parasociales omnilaterales (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, sala 1ª, de 7 de abril de 2022)», *Análisis GA\_P*, 26 de julio 2022, disponible en [https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/07/Pactos\\_parasociales\\_omnilaterales.pdf](https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/07/Pactos_parasociales_omnilaterales.pdf)
- MARTÍNEZ ROSADO, J., *Los pactos parasociales*, Marcial Pons, Madrid, 2017, págs. 204-221.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M., *La duración de los pactos parasociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.
- NOVAL PATO, J., *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*, Civitas, Madrid, 2012
- NOVAL PATO, J., «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de pactos omnilaterales. Comentario a la sentencia 300/2022, de 7 de abril», *Revista de Derecho de Sociedades*, 66, 2022 (versión digital).
- OPPO, G. *Contratti parasociali*, ed. F. Vallardi, Milán, 1942.
- PALÁ MEDIANO, F., «Concepto del Derecho civil de Aragón» en MONEVA, J., PALÁ, F. y MARTÍN BALLESTERO, voz «Derecho civil de Aragón», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. I, Barcelona, 1950.
- PALÁ MEDIANO, F., «La familia en la Compilación del Derecho Civil de Aragón, ADC, 1967, págs. 697-722.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «El “enforcement” de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uría & Menéndez* 5/2023, disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03Candido.pdf>
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «La cuestión de la validez de los pactos parasociales», Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf>
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción», *Revista de Derecho Mercantil*, 325, 2022, versión digital.
- PÉREZ MORIONES, A.: «Impugnación de acuerdos sociales y pactos parasociales omnilaterales (reflexiones a la luz de los últimos pronunciamientos de nuestros tribunales)», en AA.VV. *Estudios de Derecho Mercantil. Liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chulià*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 581-598.
- REDONDO TRIGO, F. «Los pactos parasociales y la relatividad contractual (unas notas para una reflexión)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 793, 2022, págs. 2929- 2941.
- SÁEZ LACAVE, M.I.: «Los pactos sociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *Indret*, 3/2009, disponible en [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/666\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/666_es.pdf)
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B., «El espíritu del Derecho foral español y los problemas agrarios de hoy», *ADC*, 28, 1965, págs. 211-226.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B., «*La conservación del «fundus instructis» como explotación familiar, tema básico en los derechos civiles forales o especiales españoles*», ed. Reus, Madrid, 1968.
- VICENT CHULIA, F., *Introducción al Derecho mercantil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.
- YZQUIERDO TOLSANA, M., «El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2016), Vol. 8, págs. 330-347.



**Sesión II**

**MODIFICACIONES DEL LIBRO TERCERO  
DEL CÓDIGO DE DERECHO FORAL,  
RELATIVO A LAS SUCESIONES  
POR CAUSA DE MUERTE**

**CopONENTES**

*D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Cristina Chárlez Arán*

PÁG. 49

*D. Tomás García Cano*

PÁG. 61

*D<sup>a</sup> Carmen Lahoz Pomar*

*D<sup>a</sup> Isabel Caudevilla Lafuente*

PÁG. 79



**MODIFICACIONES DEL LIBRO TERCERO  
DEL CÓDIGO DE DERECHO FORAL,  
RELATIVO A LAS SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE**

M<sup>a</sup> CRISTINA CHÁRLEZ ARÁN

Letrada

Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

## I. INTRODUCCION

Como ha indicado la moderadora, en esta tarde exponemos la modificación del derecho de sucesión por causa de muerte (LIBRO III del CDFa).

Dado que me corresponde la intervención en primer lugar, realizaré previamente una muy breve introducción del tema y de cómo hemos repartido la intervención en esta ponencia.

Respecto a la concreción en cuanto a los artículos modificados:

El indicado LIBRO III del CDFa<sup>1</sup> «*Derecho de sucesiones por causa de muerte*», está compuesto de:

TITULO I «*De las sucesiones en general*» y dentro de este: el CAPITULO II.- «*Capacidad e indignidad para suceder*», (arts 325 a 333) y por ende consta el artículo 328 que es uno de los modificados: «*causas de indignidad*»

Asimismo, dentro de dicho título el CAPITULO IV: «*Aceptación y repudiación de herencia*» (ars 342 a 354), y entre los mismos el art. 348 modificado referido a «*interpelación*»

Asimismo, debo referirme al TITULO V: «*Normas comunes a las sucesiones voluntarias*» y dentro de este el CAPITULO I «*Designación de sucesor*» (arts 464

---

1. Decreto Legislativo 1/2011, 22 de marzo del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el texto refundido de las leyes aragonesas. Publicado en: «BOA» núm. 67, de 29/03/2011; Entrada en vigor: 23/04/2011

Departamento: Comunidad Autónoma de Aragón; Referencia: BOA-d-2011-90007. Modificado por LEY 10/2023, de 30 de marzo, de modificación del Libro Tercero del Código del Derecho Foral de Aragón, relativo a las sucesiones por causa de muerte BOA num 72, fecha 17/04/2023.

a 476), entre ellos modificado el art. 473 «*Disposición a favor del alma o a favor de los pobres*»

Y finalmente, mencionaré el TITULO VIII «*De la sucesión legal*», compuesto del CAPITULO VI «*Sucesión en defecto de parientes y conyuge*», en este caso modificado el art. 536 «*Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia*»

Así, por tanto, como ya se ha indicado por la moderadora sobre el ejercicio de cada una de nuestras profesiones de los aquí ponentes tenemos más relación con la aplicación en concreto de alguno de estos artículos y en consecuencia con ello, procedemos a exponer los mismos por orden correlativo de la numeración de artículos. Así me corresponderá en primer lugar «sobre la modificación del art 328 - las causas de indignidad»; al coponente Notario D. Tomás Garcia Cano el art. 348 sobre interpelación, y finalmente a las coponentes letradas de la DGA, D<sup>a</sup> Isabel Caudevilla y D<sup>a</sup> Carmen Lahoz, los referidos a la sucesión voluntaria y sucesión legal (arts 473 y 536)

## II. SOBRE LA MODIFICACION DEL ART 328 «CAUSAS DE INDIGNIDAD»

### II.1. Exposición de las modificaciones

Procedo por tanto a centrarme en el art. 328 «*causas de indignidad*» sobre el mismo, previamente, debemos comprobar como consta en el preámbulo de la Ley de la modificación que la reforma obedece a la necesidad de introducir estas modificaciones en el CDEFA para adecuarlo a los nuevos valores sociales en materia de apoyo a personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

En concreto indica dicho preámbulo que se modifica el art 328 introduciendo dos nuevas causas de indignidad que penalizan con la exclusión de la sucesión por causa de muerte a quienes se inhiben o realizan dejación de funciones en su responsabilidad de atención a las personas que precisan apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Con esto se añadirá un nuevo párrafo el articulo y es la modificación por tanto más amplia. No obstante, además de ello hay otra frases añadidas en otros párrafos.

Por ello considero conveniente transcribir el texto anterior y el actual:

#### **TEXTO ANTERIOR**

*Artículo 328. Causas de indignidad.*

*Son incapaces de suceder por causa de indignidad:*

*a) Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes.*

b) *El que fuere condenado por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, contra la vida del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno.*

c) *El que fuere condenado a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, en las sucesiones de las personas sobre las que versará la pena y sus descendientes.*

d) *El que fuere condenado por acusación o denuncia falsa contra el causante o el fiduciario, en relación con un delito para el cual la ley señale una pena grave.*

e) *El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del causante, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando esta no hubiera procedido ya de oficio.*

f) *El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias.*

g) *El que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterar otros posteriores.*

## TEXTO ACTUAL

### **Artículo 328. Causas de indignidad.**

*Son incapaces de suceder por causa de indignidad:*

a) *Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes.*

b) *El que fuere condenado **por sentencia firme** por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge **o pareja estable no casada**, descendientes o ascendientes, contra la vida del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno.*

c) *El que fuere condenado **por sentencia firme** a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, en las sucesiones de las personas sobre las que versará la pena y sus descendientes.*

d) *El que fuere condenado **por sentencia firme** por acusación o denuncia falsa contra el causante o el fiduciario, en relación con un delito para el cual la ley señale una pena grave.*

e) *El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del causante, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando esta no hubiera procedido ya de oficio.*

f) *El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias.*

g) *El que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterar otros posteriores.*

**h) Cuando el causante haya precisado de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica:**

– *El que, sin causa justificada para ello, no aceptase la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo o renunciase a la misma.*

– *El que por acción u omisión negligente o dolosa haya sido judicialmente removido de la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo.*

Así, por tanto, consta añadido el párrafo h y dos frases en los párrafos b-c-d.

## II.2. Antecedentes

Como antecedentes a esta redacción, nombraré el Anteproyecto de Ley de modificación puntual del Libro III del Código del Derecho Foral de Aragón relativo a las sucesiones por causa de muerte<sup>2</sup>, y el consiguiente Proyecto de Ley<sup>3</sup>, en ellos el texto que se indicaba no coincide de forma exacta con el posteriormente aprobado<sup>4</sup>, y por ello considero interesante

2. <https://gobiernoabierto.aragon.es/agoab/participacion/procesos/232476707250>.- (28 abr 2022 //29 marzo 2022), se comprueba que se indica: *El Gobierno de Aragón, en su reunión de 30 de junio de 2021, encomendó a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil «la elaboración de un Anteproyecto de Ley de reforma del artículo 348 del Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas aprobado con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón” por Decreto Legislativo 1/2021, de 22 de marzo, con el fin de dar cumplimiento a la proposición no de ley 229/21».* La Comisión Aragonesa de Derecho civil aprobó el anteproyecto encomendado en su reunión de 12 de julio de 2021.

*En primer lugar, la presente reforma obedece a la necesidad de introducir tres modificaciones puntuales en el Libro Tercero del Código del Derecho Foral para adecuarlo a los nuevos valores sociales en materia de apoyo a personas discapacitadas para el ejercicio de su capacidad jurídica:*

*a) Por una parte, se modifica el artículo 328 relativo a las causas de indignidad, introduciendo dos nuevas causas de indignidad que penalizan con la exclusión de la sucesión por causa de muerte, a quienes se inhiben o realizan dejación de funciones en su responsabilidad de atención a las personas que precisan apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.*

*b) Por otra, se modifica el artículo 473 en relación a las disposiciones sucesorias genéricas para sufragios u obras asistenciales, precisando cuál debe ser el destino de estos recursos cuando el causante se trate de una persona que esté recibiendo apoyos por parte de la entidad pública correspondiente para el ejercicio de su capacidad jurídica o bien de una persona que fallezca en centros residenciales de titularidad del organismo autonómico competente en materia de servicios sociales.*

*c) Finalmente, se introducen dos nuevos artículos 536 bis y 536 ter en relación al denominado privilegio que se reconoce en nuestra tradición foral al Hospital de Nuestra señora de Gracia, extendiéndolo, por entender que responde al mismo fundamento e identidad de razón, a la entidad pública que ejerza las medidas de apoyo de las personas discapacitadas, así como a los centros residenciales de titularidad del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, otorgándoles a todos ellos preferencia en la sucesión legal intestada de aquellas personas a las que proporcionan atención.*

*En segundo lugar, en el presente proyecto se introduce una mejora técnica de carácter eminentemente práctico en el artículo 348, incluyendo la posibilidad de interpelación al llamado a la herencia mediante intervención notarial, manteniendo en todo caso la vía de la jurisdicción voluntaria y precisando la determinación del plazo para el caso en que sea el Notario el que practique la interpelación.*

3. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón; 8 marzo de 2023. BOCA num 279.

4. «En el texto del anteproyecto el apartado constaba. Artículo 328. Causas de indignidad. Son incapaces de suceder por causa de indignidad (...)

*Letra h.- «el que pudiendo hacerlo, no aceptase la responsabilidad del ejercicio de medidas protectoras en caso de modificación de la capacidad legal del causante o cuando el causante precise de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica»*

*Letra i).- «el que por acción u omisión negligente o dolosa ha sido judicialmente removido de la responsabilidad del ejercicio de medidas protectoras en caso de modificación de la capacidad legal del causante o cuando el causante precise de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica»*

conocer el Informe de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil<sup>5</sup>, de fecha 20 de julio de 2022.

Dado que en el indicado Anteproyecto de Ley consiguiente Proyecto, no constaba la previsión de añadido de las expresiones de los párrafos b-c- y d, el informe de la Comisión no hace mención a ello, en consecuencia dicho informe - en cuanto al art 328 - se centra en el añadido del apartado h)- analizando el motivo de nuevas causas de incapacidad para suceder.

Se expone en dicho Informe que el art 328, «*se trata de un precepto que necesita actualización general para atender el desarrollo legislativo habido en el ámbito penal, y que ya se reflejaba en el art. 756 CC*»

## II.3. Comparativa con el CC

### 3.1. Artículo 756 CC

En consecuencia, procedo a realizar comparativa con este artículo 756 CC<sup>6</sup>, el cual había sido modificado anteriormente, y por tanto tenemos más datos de su aplicación, por ello procederé a seguir el orden correlativo de los párrafos dentro del CC.

Consta considerado por la doctrina – según CC- que la indignidad constituye la privación al ofensor de todo derecho sucesorio en la sucesión del causante como consecuencia de la comisión de alguna de las conductas tipificadas en el art 756 Cc. Las causas de indignidad convierten al ofensor *en incapaz para suceder mortis causa*.

5. Decreto 86/2022, de 15 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil

6. **Art 756 CC** Son incapaces de suceder por causa de indignidad: **1.º** El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.; **2.º** El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.; **3.º** El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa.; **4.º** El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que, según la Ley, no hay la obligación de acusar.; **5.º** El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.; **6.º** El que por iguales medios impidiera a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.; **7.º** Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.

La indignidad<sup>7</sup> supone una sanción o pena civil frente a las conductas especialmente censurables del indigno para con el causante, o para con algunos de sus familiares. Las causas de indignidad responden a la voluntad presunta del causante de excluir al indigno de la sucesión si hubiere conocido su actuación injuriosa. Aunque la indignidad exige que concurra alguna de las causas del precepto, no deriva de la voluntad del testador expresada en testamento, sino de la voluntad presunta del causante. Por lo que un legitimario no desheredado podrá verse privado de sus derechos legitimarios al haber cometido alguna de las conductas tipificadas en el art 756 Cc tras ser declarado judicialmente incapaz por indignidad.

La regulación de la indignidad que no exige voluntad expresa del causante en testamento resulta esencialmente importante, pues en la sucesión de una persona que por su situación de vulnerabilidad no pudo otorgar testamento, podrá ser declarado incapaz aquel que hubiera cometido un hecho grave y reprobable contra el causante o alguno de los miembros de su familia -de los tipificados en el artículo 756 del Código Civil-; e, incluso en aquellos supuestos en los que pudiendo testar y, habiendo otorgado testamento, la voluntad del testador esté viciada por maquinaciones o engaños del beneficiario en el testamento que, precisamente por este motivo, seguramente no sería desheredado al tiempo del fallecimiento del testador, pero que sí podrá ser declarado judicialmente incapaz para poder ser privado de sus derechos sucesorios

### 3.2. Artículo 328 CDFA

#### Sobre el art. 328 párrafo b):

*Art 328 CDFA Son incapaces de suceder por causa de indignidad (...)*

*b) El que fuere condenado **por sentencia firme** por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge (...)*

*En comparativa con el Art 756.- CC Son incapaces de suceder por causa de indignidad: (...) **Párrafo 1.º** El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes*

Considero que procede analizar la problemática que puede crear esta frase, y en concreto -como he expuesto- en comparativa con el CC, constan estudios doctrinales<sup>8</sup> que indican que dentro de esta apartado encajarían los delitos de homicidio, asesinato (arts. 138 a 142 bis CP) o inducción o cooperación necesaria

7. Gago Simarro, Clara.- «¿Desheredado o indigno? Causas y efectos». *Cuadernos derecho de Familia*. Santander junio 2022.

8. Op cit Gago Simarro, Clara.

al suicidio (arts. 143 y 143 bis CP). A tal efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 21 de abril de 2022 confirma la incapacidad del acusado para suceder a su padre (el causante) al haberle asesinado y ser criminalmente responsable de dicho delito.

Consta un sector de la doctrina que indica que de acuerdo con el tenor literal de los preceptos examinados, el planteamiento sería que será incapaz para suceder aquél que hubiera sido condenado por sentencia penal firme, esto podría suponer que sin una condena penal previa por la comisión de los delitos referenciados no existirá causa legal de indignidad.

No obstante, parece claro que debería admitirse la indignidad en aquellos casos en los que la condena penal resulta materialmente imposible, caso por ejemplo de fallecimiento en asunto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1º) de 19 noviembre de 2012 en el que se indica que *«el actor, tras atentar contra la vida de sus hijos y matar a su esposa, se suicidó por lo que al no ser penalmente responsable quedaría excluido lo cual no dejaría de ir contra el propio principio que informa el precepto, donde lo que ha de primar son los actos cometidos contra el causante, su gravedad y reprochabilidad, razón por la que consideramos que dicha exigencia de condena en juicio penal tan sólo será necesaria cuando el indigno no admita que lo es y quepa el correspondiente proceso criminal, si bien en los casos como en el que nos ocupa donde no es posible dicho juicio en el ámbito jurisdiccional penal, será el tribunal civil quien estime si se produjo el acto indigno»*. Esta interpretación puede estar avalada por la doctrina del Tribunal Supremo que en su Sentencia (Sala de lo Civil) de 23 de abril de 2018, si bien parte de que la doctrina jurisprudencial impone la interpretación restrictiva advierte que *«una cosa es que las causas de indignidad sean de interpretación restrictiva, exigiéndose que se constate casos claros y graves de abandono, y otra que sea restrictiva la interpretación o entendimiento de la concreta causa»*.

En cuanto al mismo párrafo, me referiré a la siguiente frase modificada:

*Art. 328 CDFA b) El que fuere condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida (...) **pareja estable no casada** (...)*

Podemos realizar la comparativa con: art 756 CC 1.º *El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, (...), persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o (...)*

Considero que resulta esto más sencillo de explicar o motivar dado que la evolución de la sociedad- como sabemos- nos lleva a otros modelos de familias en concreto a las compuestas por pareja no casada, y en Aragón ya teníamos regulación muy anterior sobre parejas estables no casadas, y actualmente se encuentra regulado en el art 303.- *Se consideran parejas estables no casadas, a efectos de este Código, las formadas por personas mayores de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establecen en este Título*

Así por tanto a los efectos de quedar concretado y no tener que acudir a aplicaciones extensivas o analógicas, queda delimitada la situación con pareja o conyuge.

Por tanto puede tener sentido el añadido dado que si estamos indicando que las aplicación de las causas de indignidad se realizan de forma restrictiva, parece necesario añadir este concepto; de hecho en comparativa en temas de sucesiones, constaban sentencias como la TSJ de Aragón de fecha 07.04.15 en relación a derecho de sucesiones y derechos sobre una vivienda, pareciendo necesario la regulación en cuanto a pareja no matrimonial<sup>9</sup>

### **Sobre el art. 328 párrafo c):**

**Art 328, apartado c.-** se refiere «(...) condenado por sentencia firme a pena de inhabilitación para ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar (...) tutela (...)».

En comparativa con art. 756. 2º Cc : *El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada. También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.*

Me detengo aquí en la misma cuestión, esto es la problemática que puede causar la frase «sentencia firme» en estos casos. Y como acabo de exponer en la comparativa según exposición de la doctrina a tenor del CC, debo indicar que en estos casos no se exigiría sentencia penal sino sentencia civil.

No se indica en el CDFa nada al respecto de haber sido removido del cargo de tutor del menor. Podríamos tener el problema de que la necesidad de resolución firme, suponga un perjuicio en el caso de menores, por ejemplo si durante la

---

9. Roj: STSJ AR 411/2015 - ECLI:ES:TSJAR:2015:411 Id Cendoj: 50297310012015100014 Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal Sede: Zaragoza Sección: 1 Fecha: 07/04/2015

Nº de Recurso: 7/2015 Nº de Resolución: 12/2015 Procedimiento: Recurso de Casación Autonómico Ponente: JAVIER SEOANE PRADO Tipo de Resolución: Sentencia

(...) OCTAVO.- Dicho todo lo anterior podemos continuar la averiguación del sentido que haya de ser dado al art. 311 CDFa. Su objeto es regular los derechos atribuidos por ministerio de la ley al supérstite de la pareja extramatrimonial cuando su extinción se produce por fallecimiento del otro. De entre los derechos que la ley atribuye al cónyuge viudo, el legislador aragonés optó por no otorgar a la pareja no matrimonial derecho hereditario alguno en la ley 1/1999, de sucesiones por causa de muerte [hoy del libro tercero del CDFa], que perseguía una regulación completa del mismo, pese a que tal fórmula de convivencia sí fue contemplada en la discusión de esta ley, en la que se presentaron sin éxito sendas enmiendas para incluirla dentro de la regulación de las causas de indignidad y de desheredación (enmiendas 36 y 319). Siguió el mismo criterio en la L 6/1999, pues así se desprende de su tramitación, y de la marginación de todo derecho hereditario en los derechos que el hoy art. 311 CDFa atribuye a aquel de la pareja que sobrevive, como resulta de las expresiones «cualquiera que sea el contenido....., del testamento o de los pactos sucesorios» (párrafo 1º), e «independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran» (párrafo 2º). Los derechos de que se trata se derivan, pues, de la constitución misma de la unión estable extramatrimonial,

pendencia si durante la pendencia del procedimiento el hijo alcanza la mayoría de edad o fallece. Consta en planteamiento de un caso en asunto examinado por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de abril de 2018 que, si bien, finalmente declaró indigno al padre del menorfallecido, no pudo basar la indignidad en el artículo 756.2 *in fine* del Código Civil, sino en el apartado primero del referido precepto que hacía referencia al abandono de un padre a un hijo<sup>10</sup>.

**Sobre el art. 328 párrafo d):**

**Art 328 apartado d.-** (...) *condenado por sentencia firme por acusación o denuncia falsa contra el causante (...) en relación a un delito para el cual la ley señala una pena muy grave*

En este caso tenemos la comparativa con el **Art 756. 3º CC (...)** *El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa.*

Según la doctrina<sup>11</sup> analizando el CC: Esta causa exige la concurrencia de que exista *acusación intencional* y que ésta sea sobre un delito que lleve aparejada pena grave; y que, además, exista sentencia condenatoria por la comisión de un delito de acusación y denuncia falsas, actualmente tipificado en el artículo 456 del Código Penal o, en su caso, por la comisión de un delito de calumnias del artículo 205 del Código Penal<sup>12</sup>

**Sobre el art. 328 párrafo h):**

Y finalmente, en cuanto al añadido completo **párrafo h del art 328:**

*Son incapaces de suceder por causa de indignidad (...)*

**h)** *Cuando el causante haya precisado de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica:*

– *El que, sin causa justificada para ello, no aceptase la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo o renunciase a la misma.*

– *El que por acción u omisión negligente o dolosa haya sido judicialmente removido de la responsabilidad del ejercicio de medidas de apoyo.*

Previamente me remito a los antecedentes en cuanto al anteproyecto y al informe de la Comisión.

10. En el CDFa se encontraría en el apartado a), del art. 348: *Son incapaces de suceder por causa de indignidad: a) Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes.*

11. Gago Simarro, Clara.- «¿Desheredado o indigno? Causas y efectos». *Cuadernos derecho de Familia*. Santander junio 2022.

12. Al definir el delito de calumnias el Código Penal: específicamente señala que constituye «*calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*».

Como he expuesto en el apartado Antecedentes de este texto, en principio el Anteproyecto incorporaba dos letras: h) – i) con el fin de penalizar con la exclusión de la sucesión a *«quienes se inhiben o realizan dejación de funciones en su responsabilidad de atención a las personas que precisan apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica»*

En Anteproyecto decía:

Letra h.- *«el que pudiendo hacerlo, no aceptase la responsabilidad del ejercicio de medidas protectoras en caso de modificación de la capacidad legal del causante o cuando el causante precise de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica»*

Letra i).- *«el que por acción u omisión negligente o dolosa ha sido judicialmente removido de la responsabilidad del ejercicio de medidas protectoras en caso de modificación de la capacidad legal del causante o cuando el causante precise de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica»*

El Informe de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil<sup>13</sup>, indicaba en su Observación General que dado que la comisión esta trabajando en la reforma integral de la regulación del CDFA en materia de discapacidad, consideraba más lógico dejar la modificación de este artículo para la reforma integral de esta materia.

Asimismo, se entiende en dicho Informe, que *la terminología empleada en el Anteproyecto no parece la más adecuada por no considerarla acorde con la que determina la Convención de UN de 2006.*

En cualquier caso- añade el informe- *que más allá de las precisiones formales, lo más importante radica en concretar el tipo de medidas que van a dar lugar a la indignidad sucesoria. Y parecería lo razonable establecer una sanción civil para los incumplimientos más graves por los parientes. Ahora bien, la delimitación debe hacerse con sumo cuidado en aras de la seguridad jurídica. Es necesario delimitar con mucha precisión los supuestos que causan la incapacidad sucesoria para proporcionar la necesaria seguridad jurídica. Esta materia- no se olvide- puede dar lugar a muchos litigios sucesorios entre parientes.*

Se expone que *hay que ser muy cuidadoso para no llevar la medida propuesta más allá de lo estrictamente necesario, la causa de indignidad debe fundarse en actos con la suficiente gravedad*

El texto alternativo que propone la comisión lo era unir apartados h – i , y quedar determinado como un apartado h) que indicaría:

*Quien no aceptase o renunciase, sin causa justificada para ello, los cargos de tutor o curador o fuere removido judicialmente del cargo por causa basada en su actuación dolosa o con negligencia muy grave, respecto de la herencia del sujeto a tutela o curatela.*

---

13. Informe de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil sobre el Anteproyecto de Ley de Modificación puntual del Libro III del CDFA relativo a las sucesiones por causa de muerte. Zaragoza 20 julio de 2022.

Bien, finalmente ya vemos como ha quedado la actual redacción un apartado h) pero con dos párrafos.

En cuanto a la comparativa al CC, art 756 7.º *Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.*

El CC solo hace referencia a las atenciones referidas a alimentos (art 142-146 CC) centrando el foco solo en lo patrimonial, y ello por sentencias del TS.- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de julio de 2019 al señalar que «las atenciones debidas a que hace mención el art. 750.7 CC son exclusivamente de carácter patrimonial, esto es, que el contenido de la obligación alimenticia es estrictamente patrimonial y, por ende, desligado de toda obligación de carácter personal, como sería el cuidado de la persona del alimentado»; por tanto no puede considerarse incluido en la causa examinada el maltrato psicológico y emocional sufrido por la persona con discapacidad.

Por una parte de la doctrina se critica este carácter tasado de las causas de indignidad y su interpretación restrictiva porque sostienen que de acuerdo a la realidad social actual existen conductas tan graves o más que algunas de las previstas en el citado precepto (CC) y que no están incluidas (es decir que no podría darse lugar a la declaración de incapacidad del heredero con conductas como son el abandono emocional o el maltrato psicológico). Como vemos tampoco lo ha incluido el CDFa.

Hasta la fecha y con la redacción anterior, en la que ya los Tribunales analizaban otras posibles causas la Jurisprudencia ha realizado interpretación restrictiva, sentencias tales como la: AP Zaragoza 12-07-2016, en la que estudiando las causas de indignidad para suceder<sup>14</sup>, indica en resumen: *Los hechos aducidos, aún*

14. Audiencia Provincial de Zaragoza; Fecha: 12/07/2016; Tipo resolución: Sentencia Sección: Segunda; Número Sentencia: 455/2016 Número Recurso: 223/2016:

*Por la recurrente viene a ponerse de relieve que los actores incluyeron en causa de desheredación al abandonar a su padre, habiéndole denegado asistencia y cuidado durante los últimos años de su vida, causándole por ello un maltrato psicológico por desamparo emocional:*

(...)

**SEGUNDO** .- *La segunda cuestión versa sobre los mismos hechos si bien desde la perspectiva de la indignidad sucesoria. El CDFa tras la definición de quienes tienen capacidad para suceder, expone en su artículo 328 que Son incapaces de suceder por causa de indignidad: a) Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes. b) El que fuere condenado por haber atentado contra la vida del causante, de su cónyuge, descendientes o ascendientes, contra la vida del fiduciario o contra la vida de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno. c) El que fuere condenado a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o autoridad familiar, tutela, guarda o acogimiento familiar, en las sucesiones de las personas sobre las que versará la pena y sus descendientes. d) El que fuere condenado por acusación o denuncia falsa contra el causante o el fiduciario, en relación con un delito para el cual la ley señale una pena grave. e) El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del causante, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio. f) El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias. g) El que por iguales medios impidiera a otro otorgar pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o revocar o modificar los que tuviese hechos, o suplantare, ocultare o alterar otros posteriores.*

*de quedar acreditados no pueden quedar incluidos en ninguno de los supuestos previstos en las causas de indignidad porque sus efectos no permiten una interpretación extensiva.*

En este sentido el informe de la Comisión señala que los casos de indignidad como sancionatorios o restrictivos de derechos, deberían interpretarse restrictivamente .

Así por tanto se han modificado las expresiones o frases expuestas para adecuar el CDFA a la sociedad actual, a legislación penal, y a la legislación sobre discapacidad, si bien cierto es que –como sabemos– está en trámite la reforma integral del CDFA sobre toda la indicada materia de discapacidad, por lo que deberemos estar al próximo estudio de la misma.

---

*A continuación establece el artículo 329 CDFA que Para calificar la capacidad sucesoria se atenderá al tiempo de la delación. 2. En los casos b), c) y d) del artículo anterior se esperará a que se dicte la sentencia firme, y en el e) a que transcurra el mes señalado para la denuncia.*

*Los hechos aducidos por la demandada, aun de quedar acreditados, que al margen de las disensiones familiares subsiguientes a la separación matrimonial entre el causante y su mujer, no aparecen probados, no pueden quedar incluidos en ninguno de los supuestos previstos como **causas de indignidad**, que por sus efectos no permiten una interpretación extensiva.*

*Consecuentemente no se daba tampoco la existencia de una **causa de indignidad** entre los descendientes del finado al tiempo de la delación.(...)*

**ANÁLISIS DE LA REFORMA  
INTRODUCIDA POR LA LEY 10/2023 DE 30 DE MARZO  
EN EL ÁMBITO DE LA INTERPELLATIO IN IURE:  
ESTUDIO DEL ARTÍCULO 348  
DEL CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN**

TOMÁS GARCÍA CANO  
Notario

*Artículo 348. Interpelación*

*1. Transcurridos treinta días desde que se haya producido la delación, cualquier tercero interesado podrá solicitar al Juez que señale al llamado un plazo, que no podrá exceder de sesenta días, para que manifieste si acepta o repudia la herencia; también podrá acudir al Notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de sesenta días para aceptar o repudiar.*

*2. El Juez apercibirá al llamado de que, si transcurrido el plazo señalado no ha manifestado su voluntad de aceptar o repudiar, se tendrá la herencia por aceptada; lo mismo le indicará el Notario que practique la interpelación.*

Vamos a analizar una de las reformas introducidas en el Código de derecho aragonés por la Ley 10/2023, de 30 de marzo, concretamente la que regula la interpellatio o interrogatio in iure, aspecto que tiene un interés especialmente notarial.

Nos centraremos, obviamente, en los cambios incorporados en el derecho positivo aragonés pero, asimismo, trataremos brevemente la institución de la interpellatio en su aspecto sustantivo y su comparativa con la regulación en el Código civil y otros territorios con derecho civil propio.

Anticipo que nos encontramos ante un expediente de jurisdicción voluntaria que, en muchas ocasiones, no conduce a resultados prácticos satisfactorios. Lo analizaremos.

La *interpellatio* intenta evitar una especie de situación interina en que se encuentra la herencia si, una vez abierta y deferida la sucesión, no consta la efectiva voluntad de uno o varios de los llamados respecto a la aceptación o repudiación de la misma. Y en esa situación de ausencia de heredero real pueden existir personas con diferentes intereses en saber si ese o esos llamados aceptan o repudian; por ejemplo:

-Los propios herederos o legitimarios, cuya finalidad es realizar la partición de la herencia y para ello necesitan conocer con quienes debe realizarse.

-O para saber si se encuentra o no configurada la mayoría del 50% del haber hereditario y así poder designar un contador partidario dativo que efectúe la partición, figura que cobra mayor relevancia tras la ley de jurisdicción voluntaria.

-O pueden existir terceros como, por ejemplo, acreedores del causante que tienen interés en saber contra quienes tienen que dirigirse como causahabientes del fallecido.

Por lo que podemos afirmar que la *interpellatio in iure* tiene una finalidad desbloqueadora de esa incierta situación.

## ANÁLISIS DE SU FUNCIONAMIENTO

Plazos: Para poder utilizar la *interpellatio* es necesario que transcurra un plazo desde el fallecimiento del causante, que en el derecho aragonés era y es treinta días, y en el Código civil es de nueve días. Recoge el Código civil una figura histórica, el novenario de luto o «plazo de llanto y luto» que se vinculaba con el respeto al dolor de los posibles herederos por el fallecimiento del causante y era una medida fundamentalmente dirigida a protegerlos de las posibles acciones de los acreedores. Actualmente, trata de proteger, durante un breve plazo, la intimidad del llamado ante la muerte de un familiar, es un plazo de respeto.

En cualquier caso, la brevedad de los plazos hace que las posibles discusiones en este punto tengan escaso interés y, además, ya existe uno de facto: los quince días para la obtención del Certificado de Últimas Voluntades que será necesario para saber contra quien dirigir el procedimiento.

Podemos, en este punto, plantearnos si el causante (fundamentalmente si hubiera otorgado testamento) puede modificar o ampliar esos plazos. Entiendo que no al ser normas de orden público.

Y, ¿existe un plazo máximo para su ejercicio? La respuesta a esta cuestión va ligada a si el *ius delationis* tiene un plazo específico para su ejercicio. Ni el Código civil, ni el derecho aragonés lo establece. La mayoría de la doctrina y jurisprudencia defienden que este derecho puede ejercitarse mientras no prescriba la acción de petición de herencia, es decir, treinta años desde la delación.

Precisamente la *interpellatio* busca forzar al llamado con delación a que acepte o repudie, para, entre otros motivos, evitar tal prescripción.

Efectivamente, después de la delación, en ocasiones, coincidente en el tiempo con la vocación y apertura de la sucesión, pero en otras no, como en el supuesto aragonés de existencia de fiducia, el llamado -delado-a la herencia puede aceptar o repudiar. En nueve días o en los citados treinta, más razonables de nuestro derecho aragonés, nadie le puede exigir que lo haga. Pasado dicho plazo cualquier interesado en la herencia puede solicitar que el delado se pronuncie sobre si acepta o repudia. La interpellatio es, como su nombre indica, una pregunta que se formula y dirige el llamado para que en un determinado plazo y a través de un determinado procedimiento (que analizaremos) diga si acepta o repudia la herencia.

## PROCEDIMIENTO PARA SU EJERCICIO

### 1. Legitimación activa

Hasta la reforma introducida por la Ley de Jurisdicción voluntaria, el Código civil hablaba de «tercero interesado», término que, ante alguna duda surgida, es sustituido por el de «cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie». En derecho aragonés, tanto antes como después de la reforma que estamos analizando se utiliza el término «de cualquier tercero interesado».

La anterior terminología del Código civil, «tercer interesado» suponía, a juicio de algún sector doctrinal que ningún coheredero podía interpelar a los otros, al no ser un tercero y sí parte de la comunidad hereditaria.

No obstante, el cambio producido en el Código civil, solicitado por autores como Gitrama González, ya antes de dicha reforma se entendía mayoritariamente que un coheredero estaba facultado para el ejercicio de la interpellatio. A mi entender parece obvio que esta es la interpretación correcta ya que el coheredero es precisamente el principal interesado en saber si el requerido acepta o repudia.

Así creo que lo entendió el legislador aragonés que no ha considerado necesario cambiar el término antes señalado «cualquier tercero interesado», al considerar que no existen dudas sobre el alcance e interpretación del mismo.

Entiendo, en consecuencia, que ese concepto debe interpretarse en un sentido amplio, incluyendo a los llamados a la herencia, incluso de forma subsidiaria (herederos sustituidos que serían llamados en caso de renuncia del llamado) o herederos intestados que lo serían si el requerido repudia, es decir, todos aquellos que tengan o puedan tener vocación hereditaria, pero no delación en el momento de iniciar el expediente; los legatarios a quienes deben entregar los bienes los herederos (en Aragón sabemos que en muchos supuestos no será necesario ya que el legatario puede tomar posesión por sí de los legados de cosas ciertas y determinadas); los legatarios de parte alícuota tienen que saber con quién partir la herencia; los acreedores de la herencia o del propio llamado; es decir, cualquier persona que tenga interés en dicha herencia y en saber de forma definitiva si el llamado es o no heredero.

Sin ánimo exhaustivo podemos citar algunos casos que se han resuelto de forma positiva:

La resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 19 de julio de 2.016, admite que el contador partidor puede instar el expediente frente a la negativa de algunos.

La resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 27 de octubre de 2.022 confirma que el legatario tiene legitimación para instarla.

Incluso una sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 5 de abril de 2.011 permite el ejercicio de la *interpellatio in iure* por la administración tributaria por una deuda de la causante contra el llamado como heredero de la misma.

Partiendo de este concepto amplio de legitimación activa será la autoridad judicial o ahora el notario, el que tendrá que apreciar si ha quedado suficientemente probado y acreditado el interés para el ejercicio de la *interpellatio in iure*.

Para concluir el análisis de este punto podemos plantearnos alguna cuestión discutible:

-Si el que ejercita la *interpellatio* es otro llamado a la herencia, ¿es necesario que la haya aceptado previamente?. Algunos entienden que sí, ya que su interés sólo puede existir desde la perspectiva de su condición real de heredero, de heredero que ya ha aceptado y es lo que le legitima para actuar. Personalmente entiendo que no es necesaria la previa aceptación, de tal manera que cualquier llamado, con vocación hereditaria puede requerir a otro llamado ya que su decisión puede venir determinada por lo que haga aquel contra el que se inicia el expediente.

-¿Implica la *interpellatio* aceptación tácita de la herencia? Entiendo que no, si bien existen opiniones en la dirección opuesta.

-¿Puede realizarse por medio de representante? Por supuesto que sí. Tratándose de representación legal (menores o personas con la capacidad modificada judicialmente) actuará el representante legal y si se trata de representación voluntaria podrá hacerlo el apoderado con poder suficiente. Entiendo que puede admitirse un poder general para pleitos siempre que estuviera contemplada la posibilidad de instar actas y realizar notificaciones y requerimientos y siempre que mantengamos la posición expuesta acerca de la aceptación tácita, ya que si entendiéramos que sí implica tal aceptación, sería necesario poder específico para aceptar herencias.

Javier Feas Costilla (*Revista Notario siglo XXI*, número 66 de abril de 2.016) entiende que «por la gravedad de sus efectos, no debe admitirse que inste el acta quien dice ser mandatario verbal o representante verbal de interesado». Así debe entenderse, por sus consecuencias y por la naturaleza del expediente y la afección a terceros que no comparecen en la incoación del expediente.

## 2. Legitimación pasiva

La tiene el llamado a la herencia (el Código civil antes hablaba de heredero impropriamente porque todavía no lo es), es decir aquel que tras la apertura de la sucesión, tiene vocación y delación, es decir, el que es titular del ius delationis y que, por tanto tiene en su mano decidir si acepta o repudia la herencia.

De la anterior afirmación se deriva que no existirá legitimación pasiva:

-Contra el heredero bajo condición suspensiva, ya que no tiene delación hasta que la condición se cumpla, si se cumple.

-Contra el heredero sucesivo por el mismo motivo.

-Es discutible si se puede ejercitar contra el heredero instituido testamentariamente bajo condición de cuidados, ya deban prestarse al testador o a un tercero; se tratará de una cuestión de prueba: si son cuidados al testador, la condición ya se habrá cumplido o incumplido, por lo que posiblemente hay base para saber o acreditar tal circunstancia y podría ser admisible. Como sabemos dicha condición tiene una naturaleza discutible: condición suspensiva, resolutoria o un mero modo, cuestión en la que no podemos entrar.

-En Aragón, en el supuesto de existir fiducia no ejercitada, no podrá ejercitarse la interpellatio contra ningún llamado debido, simplemente, a que no los hay hasta que se produzca la ejecución de la fiducia, momento que determina la delación hereditaria, tal y como establece claramente nuestro código, permaneciendo durante dicha fase la sucesión en situación de herencia yacente y, el o la fiduciaria no puede ser compelidos a realizar tal asignación.

-También es discutible la aplicación de este procedimiento a los legatarios de parte alícuota; autores como Esteve Bosch Capdevila y José Carmelo Llopís lo admiten; este último incluso para cualquier tipo de legado.

Entiendo que no es aplicable a cualquier legado ya que la norma es clara y debe ser de interpretación estricta ya que afecta al principio general de voluntariedad de la aceptación y repudiación y, además, la adquisición del legado y su sistema de responsabilidad es distinto al del heredero.

Concluiré este apartado planteando como debe de acreditarse por el requirente la condición de llamado:

Dada la trascendencia de los efectos de la interpelación, fundamentalmente en el ámbito del derecho común ya que la aceptación, tras la reforme del artículo 1005, se entiende pura y simple, y más, como veremos en derecho catalán, para que se pueda aceptar el requerimiento es preciso que se acredite previamente que el legitimado pasivamente reúne las cualidades de «llamado», es decir que existe un «llamamiento efectivo» debiendo aportar certificado de defunción, certificado de últimas voluntades y, en principio, el título sucesorio.

Digo en principio ya que si hay testamento es obvio que debe presentarse, pero en el ámbito de la sucesión intestada puede ser discutible si se debe exigir el título

formal acreditativo (es decir la declaración de herederos ab intestato) o cabría un principio de prueba (certificado de defunción, últimas voluntades y certificados del registro civil que permita establecer la relación de parentesco). Pensemos que para tramitar la declaración de herederos se precisa un requerimiento que, en ocasiones, difícilmente podrá obtener, por ejemplo, un acreedor del llamado, así como el transcurso de unos determinados plazos.

En cualquier caso, corresponderá al juez o ahora al notario calificar la acreditación suficiente de la cualidad de llamado para iniciar el procedimiento.

### **3. Competencia para la tramitación del expediente de la interpellatio**

Se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria y por ello su tramitación queda afectada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, que en su nueva redacción del artículo 1.005 del código civil atribuye la competencia para su tramitación al notario. Se trata en el ámbito del derecho común de una competencia exclusiva del notario; no existe como en otros expedientes de jurisdicción voluntaria una competencia compartida con otros profesionales jurídicos, no cabe en consecuencia acudir a la vía judicial para realizar la interpellatio al llamado; únicamente la vía notarial.

Y, en este punto, debemos plantearnos cuál es la normativa aplicable en Aragón tras la entrada en vigor de la ley de jurisdicción voluntaria y la entrada en vigor de la ley 10/2023, de 30 de marzo del gobierno de Aragón, que hoy estamos analizando.

Y para poder dilucidar cual es el derecho aplicable, debemos de plantearnos si estos preceptos son normas de carácter procesal o de carácter sustantivo y el marco competencial de su regulación. El artículo 1.005 del Código Civil y el 348 del Código Foral Aragonés y sus correlativos en Cataluña y Navarra, como indica la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, son normas procedimentales al servicio de las normas sustantivas. Si la calificación es de norma procesal conllevaría la aplicabilidad directa del artículo 1.005 del código civil a territorios como Aragón, con derecho civil propio y respecto sucesiones regidas por la ley aragonesa, mientras que no ocurriría lo mismo si se trata de una norma sustantiva.

En este tiempo ha habido decisiones judiciales diversas, algunas entendiendo que tras la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, el artículo 1.005 era también aplicable a Aragón y las más, denegándolo al entender que se trata de un precepto sustantivo y no procesal y que, por lo tanto, no rige en Aragón que tiene una norma propia en esta materia: el artículo 348 del Código de Derecho Foral Aragonés. En este sentido citemos una sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 7 de Zaragoza que concluye que la competencia para el conocimiento de estos asuntos es del Juzgado, pues la modificación del artículo 1.005 CC no afecta a los territorios con derecho civil propio, como es el caso de Aragón, y ello por tratarse de una norma civil y no procesal. En similar sentido una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

No nos detendremos en exceso sobre el tema; primero ya que en unos encuentros anteriores del Foro se analizó esta materia, remitiéndome a las opiniones del profesor Bonet y de mis compañeros Adolfo Calatayud y Joaquín Oria y segundo debido a que la Ley 10/2023 de 30 de marzo termina con la problemática expuesta al regular expresamente la materia.

El legislador aragonés en esta tendencia de desjudicialización que establece la Ley de Jurisdicción Voluntaria podía haber optado por el sistema del Código civil, atribuyendo la competencia exclusiva al notario o por el sistema de competencia compartida, formula que también es utilizada en otras materias por la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la normativa, por ejemplo sobre el divorcio, la celebración del matrimonio o la jura de nacionalidad. Y este es el sistema por el que ha optado el legislador aragonés: establecer dos posibilidades: la notarial y la judicial, siendo el interesado el que opte por una u otra.

Los efectos son similares, si bien tienen alguna diferencia procedimental:

-Al Juez se le atribuye la facultad de acortar el plazo máximo de sesenta días; al notario, no, estableciendo el plazo fijo de sesenta días que el notario no podrá reducir.

-El tema de costes: notarialmente, se trata de un requerimiento que se minutará según el arancel como documento sin cuantía.

-La aplicabilidad del beneficio de justicia gratuita.

-Ciertas consecuencias derivadas de la «autoritas» que tiene un Juez y de la que carece el notario; por ejemplo, en materia de notificaciones, modificación de plazos cuando este afectado un menor o una persona con la capacidad modificada judicialmente o de formulación de oposición a la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria: posiblemente, en este supuesto el notario debe suspender el acta mientras que el simple expediente de jurisdicción voluntaria judicial pasaría a ser proceso declarativo si hubiese oposición al mismo.

Serán estos aspectos y la agilidad y rapidez con que juez y notario lleven a cabo este expediente, lo que decantará al interesado para elegir uno u otro.

Evidentemente no cabe desconocer el colapso de los tribunales de justicia, y más en temas de jurisdicción voluntaria, que provoca una duración normalmente prolongada en el tiempo de los expedientes.

Lo cierto es que ahora ese requerimiento se puede hacer notarialmente, ganando, posiblemente en agilidad y en cuanto a los costes podríamos decir que se compensan con la ausencia de abogado, que no será necesaria estrictamente para la interpellatio, si bien como veremos parece recomendable su presencia, pues este requerimiento en el mayor número de supuestos será un paso previo a un litigio sobre la partición de herencia.

#### 4. Procedimiento

Nos centraremos en la vía notarial, por cuanto es la novedad de la reforma.

Ni el Código civil ni el Código de Derecho Foral Aragonés regulan el procedimiento notarial de la interpellatio. Nosotros analizaremos muy brevemente algunos aspectos concretos que pueden ser de interés, sin ahondar en exceso por ser una materia fundamentalmente de técnica notarial.

-En cuanto a la competencia, entiendo que cabe iniciar el expediente ante cualquier notario a elección del requirente, si bien si este no es competente para actuar en el del lugar donde debe hacerse el requerimiento, deberá de acudir al auxilio notarial del notario en dicho lugar competente.

-En cuanto a la forma, se trata de un expediente que se tramita mediante acta notarial en el que debemos destacar que el trámite fundamental del procedimiento es la comunicación que debe realizar el notario a instancia del requirente al llamado, comunicación que implica tanto notificación como requerimiento. En principio son aplicables los artículos 202 y siguientes del Reglamento Notarial. Ante la falta de normativa propia, algún autor entiende que se puede realizar en cualquiera de las formas y a cualquiera de las personas indicadas en el citado artículo 202 del Reglamento Notarial. Personalmente, entiendo que ello no es posible por las consecuencias jurídicas sustantivas que conlleva la interpellatio in iure.

Entiendo que la notificación debe de realizarse al propio llamado y no «a cualquier persona que se encuentre en el lugar designado», pudiendo admitirse como señala Maldonado Ortega, la aplicación analógica del artículo 70.5 de la Ley del Notariado y admitirlo cuando sean personas con clara relación y vinculación personal con la persona del requerido y así quede acreditado ante el notario.

Y en cuanto a la forma, por aplicación del 202 y siguientes del Reglamento Notarial, podría hacerse por correo certificado o personalmente por el notario. Excluyo la primera vía y entiendo que debe realizarse personalmente por el notario; así en algunos expedientes de jurisdicción voluntaria la Dirección General ha considerado que para que la notificación se entienda realizada deben existir dos intentos infructuosos y el primero de ellos practicado personalmente por el notario (Resolución de 5 de marzo de 2.012 y en igual sentido, Resolución de 10 de julio de 2.013).

Y en la práctica de dicha notificación me parece importante el lugar donde debe realizarse el requerimiento: el domicilio del llamado que, en principio, deriva de la manifestación del requirente (que puede ser una persona totalmente ajena al llamado y su entorno familiar o que incluso puede tener intereses contrapuestos en el resultado de la interpellatio, por ejemplo, un acreedor). Entiendo que el notario debe exigir algún principio de prueba, como puede ser el empadronamiento en ese domicilio y, en cualquier caso, el notario debe de extremar las cautelas, para practicar el requerimiento en un domicilio que sea el efectivo del llamado. En mi opinión si esa primera actuación personal del

notario es infructuosa, de la práctica de la misma debe intentarse confirmar que dicho domicilio es efectivo, a través de manifestaciones de algún vecino, del portero o de la constatación de su existencia en dicho domicilio, por ejemplo por su constancia en el buzón de correos, para que luego pueda realizarse una notificación no presencial.

A estos efectos recordemos que la Dirección General ha reiterado que no cabe equiparar el domicilio administrativo (el del padrón municipal de la LRBRL) con el domicilio civil del Art 40 CC que es el aplicable al derecho sucesorio sustantivo, en consecuencia, la residencia que figure en el padrón, no es el medio exclusivo para determinar el domicilio civil de una persona.

También podríamos analizar la posible notificación subsidiaria por edictos que, judicialmente se ha utilizado en alguna interpellatio realizada por esa vía y que expresamente prevé el derecho catalán. No creo que quepa en el ámbito notarial con carácter general y recordemos la doctrina del Tribunal Constitucional de que la notificación mediante edictos es un mecanismo excepcional al que no cabe recurrir hasta que se hayan agotado todas las posibilidades de notificación personal.

-Si el requerido reside en el extranjero debe acudir a expedientes de auxilio o exhorto que permitan una verdadera notificación notarial. Así una Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 27 de febrero de 2012 permite utilizar el exhorto notarial, el exhorto consular y tratándose de países de la Unión Europea mediante el procedimiento previsto en el Reglamento 1393/2007 del Parlamento Europeo de 13 de noviembre de 2007.

Termino citando una Resolución de la Dirección General de 19 de noviembre de 2020 sobre el artículo 1.005 tras la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en la que en los términos antes expuestos, establece que resulta conveniente que exista un intento de notificación presencial, para si fuese infructuoso, acudir luego a otros cauces de notificación distintos previstos en la legislación notarial, como podría ser la notificación por correo certificado con acuse de recibo o la entrega de la cédula a persona distinta que se halle en el lugar, haciéndole saber su obligación de entregar la misma al notificado a la mayor brevedad.

## **5. Efectos de la notificación y requerimiento**

Una vez producida la efectiva notificación, el llamado en el ámbito del derecho civil común (artículo 1.005) tiene tres alternativas que el notario tiene que señalar:

- Aceptación pura.
- Aceptación a beneficio de inventario.
- Repudiación.

En el ámbito del derecho aragonés, dado nuestro especial sistema de responsabilidad del heredero (beneficio del fuero), sólo tienen dos opciones:

- Aceptar.

-Repudiar.

El notario advertirá de esas posibilidades y, asimismo, de las consecuencias de su no contestación, es decir, de los efectos del silencio que es otra de las alternativas de la que dispone el llamado.

Y, ¿qué consecuencias son esas?

-En el ámbito del derecho común, el silencio en la redacción del artículo 1.005 anterior a la Ley de Jurisdicción Voluntaria implicaba la «aceptación de la herencia»; tras la reforma existe una penalización a dicha pasividad, pues la herencia se entenderá «aceptada pura y simplemente» perdiendo la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario.

-En derecho catalán, su derecho tanto anterior como vigente establece una sanción distinta: la herencia se considera repudiada. De ahí el mayor celo en regular el sistema de notificaciones por la mayor sanción que genera el silencio.

¿Qué ha hecho el legislador aragonés en la reciente reforma que estamos analizando?

Obviamente, prescindiendo de la distinción entre la aceptación y la aceptación pura y simple ya que el beneficio de inventario no tiene cabida en nuestro derecho, la decisión era o mantener la aceptación como consecuencia de la pasividad del llamado o imponer la renuncia.

¿Cuál de estas posibilidades es la más adecuada? Adecuadas son ambas, lo que cambia, entiendo, es el interés que persigue el legislador: obviamente, parece que la solución de la renuncia es defendible desde el punto de vista práctico y de agilidad, ya que con la interpellatio con aceptación sabemos entre quienes hay que repartir la herencia pero no cómo. Más adelante analizaré, que una cosa es la aceptación y otra la partición hereditaria y parece evidente que a un heredero al que se ha tenido que forzar con la interpellatio, difícilmente tendrá voluntad de colaborar en la partición voluntaria, por lo que sólo quedará la solución de la vía judicial o, en su caso, del contador partidor, con su nueva configuración tras la Ley de Jurisdicción voluntaria.

La solución de la renuncia elimina al «llamado rebelde» de la necesidad de intervenir en la partición y deja expedita la vía a los demás herederos; por lo tanto, podemos entender que se trata de una solución más «práctica», más «ágil» en el sentido de acelerar el iter a alcanzar: la partición hereditaria, que es la finalidad fundamental de este proceso.

No obstante, lo severo de la sanción puede plantear problemas de seguridad jurídica. Precisamente por ello, el legislador catalán, que como hemos señalado impone la repudiación como sanción al silencio, regula con norma propia la vía mediante la cual el notario debe de practicar la notificación (dos notificaciones personales, correo certificado y publicación de edictos en los periódicos). Sin poder entrar en la validez competencial de esta norma procesal, sí que me gustaría destacar los problemas en cuanto a la correcta validez de dicha notificación, a la

que la Resolución de la Dirección General de 6 de agosto de 2.019 le priva de eficacia a pesar de haberse cumplido formalmente lo dispuesto en la legislación catalana y de la que transcribo los siguientes argumentos: *«Recapitulando y centrados en el procedimiento de notificación de este expediente, ciñéndose al texto literal del artículo 461-12 del Código de Derecho civil de Cataluña, se han cumplido las fases del procedimiento regulado en el mismo: se requiere personalmente al llamado a fin de que, en el plazo de dos meses, le manifieste si acepta o repudia la herencia, con advertencia expresa de que, si no la acepta, se entiende que la repudia; se ha hecho el requerimiento personal al llamado dos veces en dos días diferentes; como el requerimiento ha resultado infructuoso, el notario ha realizado el requerimiento por correo certificado y, al resultar de nuevo infructuoso, lo ha hecho mediante edictos publicados en los dos periódicos de mayor tirada; por último, se ha acreditado la mayoría de edad del requerido y se ha pedido información al Registro Civil sobre la inexistencia de incapacidad inscrita del requerido.*

*Pero del mismo se desprenden particularidades que exigen una especial atención: la determinación inicial del domicilio del requerido, que en el acta de declaración de herederos era distinto del que se señala en el requerimiento de interpellatio in iure, lo que obliga al notario a realizar investigación a través de Facebook; la desconfianza sobre la autenticidad del domicilio del requerido, que propicia que el notario acuda a la Oficina del Padrón Municipal del Ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú, donde una funcionaria manifiesta «de viva voz» el domicilio, que es el mismo donde se ha intentado la notificación; la infructuosidad de las notificaciones, tanto personalmente como por correo certificado, por ser el destinatario desconocido; que se hacen publicaciones en dos periódicos de circulación en Cataluña, siendo que tras la información escrita del padrón municipal, el domicilio del requerido está en Madrid; que como se apreciará posteriormente al recibir la certificación del Padrón municipal del Ayuntamiento, el domicilio del requerido no es el de los lugares donde se ha notificado, sin que pueda servir la alegación del notario recurrente de que la noticia escrita del empadronamiento llega cuatro meses después de cerrada el acta, ya que precisamente a ese momento debió esperar para el cierre de la misma. En consecuencia, debe practicarse el requerimiento y notificación en ese domicilio real y efectivo para la validez de la interpellatio in iure».*

Sí que es cierto que la sanción de la repudiación lleva a ser más radical en el control de la notificación como pone de manifiesto la citada resolución que cita y aplica la doctrina del Tribunal Constitucional que afirma que la deficiente realización de la notificación personal, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión, que vulnera su derecho fundamental, salvo que la situación de incomunicación se deba a la propia conducta del interesado.

Quizá estos problemas de seguridad jurídica (de hecho prácticamente todas las resoluciones de la Dirección General en materia de interpellatio se han producido en el ámbito del derecho catalán) y la coherencia con nuestro derecho histórico han llevado al legislador aragonés a no modificar los efectos de la interrogatio in iure: el silencio equivale a la aceptación, modificando únicamente la competencia para tramitar el expediente, al establecer la competencia compartida entre autoridad judicial y notario.

Por lo tanto, habrá que contar con el «llamado rebelde» para intervenir en la partición hereditaria; sin que la interpellatio solucione esta operación sucesoria, salvo en el aspecto de la legitimación procesal. Aunque esta afirmación parece obvia, no lo debe de ser tanto ya que la Resolución Dirección General de 28 de junio de 2.019 tuvo que pronunciarse sobre el tema:

-Dicha Resolución trata el siguiente supuesto: escritura de partición hereditaria en la que, una heredera de dos (sobre la que se había realizado la interpellatio) comparece sola y se adjudica la mitad indivisa de todos los bienes hereditarios.

El hecho de que uno de los herederos acepte la herencia no significa que haya prestado su consentimiento para la partición de la misma. Una cosa es el derecho hereditario a aceptar la herencia, que no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes hereditarios y otra el derecho en concreto sobre bienes o cuotas determinadas, que sólo se produce con la partición, por lo que es necesario el consentimiento unánime de todos los llamados para que cada derecho hereditario en abstracto se convierta en titularidades concretas sobre los bienes que integran el caudal hereditario.

Así lo afirma la citada Resolución que señala que la aceptación y partición o adjudicación son dos actos jurídicos con efectos jurídicos diferentes, por lo que la ley distingue dos procedimientos judiciales distintos, el de aceptación y el de testamentaria o partición testamentaria.

Transcribo a continuación parte de los fundamentos de la citada Resolución: «3. Entrando en el fondo del expediente, hay que diferenciar previamente el acto de aceptación de la herencia del de su partición y adjudicación. El hecho de que uno de los herederos acepte la herencia no significa que haya prestado su consentimiento para la partición de la misma. Así, en el supuesto concreto, se ha practicado la «interpellatio in iure» conforme el procedimiento del artículo 1005 del Código Civil, y ante el silencio de la requerida, lo que está absolutamente acreditado y la registradora no objeta nada sobre este punto, la ley determina que la herencia está aceptada pura y simplemente. Pero esto no implica que se haya consentido en la partición y adjudicación realizada por la recurrente de forma unilateral.

En cuanto a esta cuestión central de este expediente, ha dicho este Centro Directivo «que en el caso de partición y adjudicaciones en la que no concurren la totalidad de los herederos, se quiebra el principio de que la partición de la herencia se debe realizar por todos los coherederos por unanimidad, pues una cosa es el derecho hereditario a aceptar la herencia, que no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y otra el derecho en concreto sobre bienes o cuotas determinadas, en tanto no se lleve a efecto la partición de la herencia, de modo que, es necesario el concurso de todos los llamados a la partición de la herencia para que cada derecho hereditario en abstracto se convierta en titularidades singulares y concretas sobre los bienes del caudal hereditario. Parecido sentido se deduce de la redacción del Código Civil en su artículo 988: «La aceptación y repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres», de los artículos 1052 y 1053 que conceden la acción para exigir la partición a cualquiera de los herederos, y los artículos 1058 y 1059 que exigen la concurrencia de todos los

*herederos para la partición. Así pues, una cosa es la posibilidad de aceptación separada por lo herederos y otra la conversión del derecho hereditario abstracto en uno concreto sobre los bienes hereditarios, que exigiría la concurrencia de todos los herederos a falta de contador partidario facultado para ello. Y de la misma forma, las disposiciones del Código Civil, recogen también este principio, y en ese mismo sentido se exige por el juego de los artículos 1058 y 1059 del Código Civil, la necesaria concurrencia de todos los llamados a la sucesión para la conversión de su derecho hereditario abstracto, en un derecho concreto sobre los bienes que integran la masa hereditaria».*

4. *Ha puesto de relieve este Centro Directivo, que una cosa es que la herencia haya de tenerse por aceptada en virtud del auto judicial en el procedimiento del artículo 1005 del Código Civil, y otra muy distinta que para la partición correspondiente no haya de contarse con los herederos cuyo consentimiento se omite en el otorgamiento de la escritura calificada.*

*El derecho hereditario que, mediante la aceptación, se atribuye a los coherederos no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho concreto sobre bienes determinados, en tanto no se lleve a efecto la partición. Por eso el Código Civil reconoce al titular de una cuota o porción de herencia el derecho a promover la división de la comunidad hereditaria (artículo 1051), y dispone que los herederos pueden verificar la partición del modo que tuvieren por conveniente (cfr. artículo 1058), sin que ninguno de ellos pueda imponer al otro la atribución por participaciones indivisas de todos y cada uno de los bienes resultantes (vid. artículos 1059, 1061 y 1062), de modo que, ultimada la liquidación, tanto puede ocurrir que a un heredero no le corresponda ningún derecho sobre determinado bien -o sobre el único existente- como que se le adjudique éste en su integridad (cfr., asimismo, los artículos 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria).*

*En consecuencia, el derecho hereditario en abstracto que corresponde a cada una de las herederas, para convertirse en titularidad concreta sobre cada uno de los bienes precisa de la partición, que necesita del consentimiento individualizado de todas ellas. Por todo ello, es indudable la necesidad de concurrencia de todos los llamados a la sucesión para que ese derecho hereditario en abstracto se convierta en titularidades singulares y concretas sobre los bienes que a cada uno de ellos se le adjudiquen mediante las operaciones de liquidación. Por lo tanto, la escritura calificada, no puede considerarse inscribible al no comparecer ni expresar su voluntad en la partición una de las herederas, conforme a los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento».*

Vista la redacción vigente de nuestro derecho aragonés, nos limitaremos a analizar muy brevemente algunos aspectos de la opcional tramitación notarial, ya que es la novedad de la reforma.

## **6. Posibilidades que puede utilizar el requerido**

Una vez realizada la comunicación el llamado dispone de un plazo legal de sesenta días, transcurrido el cual el notario dejara constancia en el acta si dicha persona ha comparecido o no, y en el primer supuesto que opción ha ejercitado. No hay obligación legal de contestar ante el notario requirente; el requerido, sin necesidad de contestar nada en el acta, puede acudir a otro notario para repudiar

la herencia o para aceptarla (en derecho común a beneficio de inventario o pura y simplemente). Nos podemos encontrar, en consecuencia, ante una triple posibilidad:

a) Que el interesado comparezca o haya comparecido ante cualquier notario, distinto del requirente y haya aceptado o repudiado la herencia, sea con anterioridad o durante el citado plazo de los sesenta días; dichos actos producirán los efectos que les son propios.

b) Que el interesado no comparezca ante el notario ante el que se tramita el requerimiento: el notario debe mantener abierta el acta durante los sesenta días y si transcurrido ese plazo el notificado no ha comparecido, el notario cerrará dicha acta, constatando simplemente que el llamado no ha comparecido en plazo.

Coincido con Martínez Sanchíz que no cabe como sugieren algunos compañeros que el notario exprese «que por no haber comparecido el interesado y no haber manifestado nada, la herencia se tiene por aceptada». Esto sólo podría hacerse si la ley hubiese impuesto como única vía de actuación el contestar ante el mismo notario, pero no se ha impuesto así, por lo que, como hemos indicado, ha podido aceptar o repudiar ante cualquier otro notario y esos actos realizados en plazo prevalecerán sobre los efectos que la ley atribuye al silencio.

Eso sí, el acta en la que no conste la contestación del requerido será título legitimador para los demás interesados, mientras el interpelado no acredite que repudió.

c) Que el interpelado comparezca ante el notario que tramita el expediente, manifestando que repudia o acepta la herencia, o en el ámbito del derecho común que la acepta a beneficio de inventario. Si ello ocurre, lo hará constar así el notario mediante diligencia, pero la verdadera aceptación o repudiación deberá hacerse, en principio, en escritura separada, ya que así lo exige la legislación civil como requisito de forma.

Si bien el legislador en el artículo 1.005 del Código Civil y 348 del Código de Derecho foral aragonés parece asumir que la contestación se realiza en el curso del expediente de jurisdicción voluntaria, por lo que se trataría de una previsión legal específica que en unión a lo dispuesto en el artículo 198.5 del Reglamento notarial podrían darle valor de aceptación con cumplimiento por el notario de los juicios de identificación y capacidad, expresión de conformidad por el interesado y firma.

La Dirección General en alguna resolución ha exigido el cumplimiento del requisito de forma y por lo tanto la necesidad de escritura pública y en alguna otra ha afirmado que estas declaraciones de aceptación o de renuncia deben hacerse constar ante el notario dentro del expediente de jurisdicción voluntaria. Aunque me decanto por la primera opción por aplicación de los requisitos formales en la aceptación y repudiación de la herencia, planteo el problema práctico que se puede plantear si el requerido comparece en la notaría y se le informa que es necesario un otorgamiento en escritura pública que constate su voluntad de aceptar o

repudiar y el interesado manifiesta que a él se le ha realizado una pregunta y su voluntad es contestar a la misma en el seno del expediente manifestando su negativa a otorgar una escritura independiente. El notario deberá constatar lo manifestado por el llamado.

Pocas dudas me genera el alcance de las manifestaciones del interpelado en el acto mismo del requerimiento, es decir, tras explicarle el notario el objeto del requerimiento, sus alternativas y consecuencias, el interpelado manifiesta verbalmente que acepta o repudia. Descarto la posibilidad de dotar a dichas manifestaciones de eficacia jurídica por no poder en esa actuación verbal cumplir el notario los requisitos que la legislación notarial le exige.

También debe rechazarse cualquier contestación remitida por burofax o cualquier otro medio, como parece obvio.

Concluiré este apartado planteando si el plazo de los sesenta días puede sufrir algún tipo de modificación. Dicho plazo es imperativo para el notario, entendiéndolo que se trata de días naturales a contar desde el día siguiente a que se practiquen el requerimiento y siempre que el último día del plazo sea hábil, pero podemos plantearnos que ocurre si el interpelado es menor o con la capacidad modificada judicialmente. Como sabemos la repudiación requiere autorización judicial o, en Aragón, de la Junta de Parientes, y podría no obtenerse en esos plazos. Creo que el notario deberá dejar constancia de la voluntad del representante legal con independencia de la obtención o no en plazo de la autorización sin que esté autorizado para prorrogar el plazo legal.

Es uno de los aspectos en los que puede diferir la interpellatio por vía judicial o notarial: así en una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de febrero de 2010, el Tribunal desestima la oposición de la madre de una heredera menor de edad a la interpellatio, alegando no poder obtener en plazo la autorización para repudiar, considerando el tribunal que esa autorización podría tramitarse en el curso del mismo expediente con suspensión del plazo de treinta días (ya que era derecho común).

En la actualidad, tras la reforma de la normativa de las personas con discapacidad, habrá que estar a lo dispuesto en la sentencia y las medidas de apoyo adoptadas; si se trata de personas sujetas a curatela no representativa, entiendo que la notificación debería realizarse tanto al sometido a curatela como al curador, y para que se produzca el efecto legal entiendo también necesario que actúen ambos sin que en este supuesto exista problema alguno en cuanto al citado tema del plazo; si se trata de curatela representativa, la notificación y la comparecencia corresponden al curador, quien para la renuncia requerirá autorización judicial, pudiéndose plantear en este supuesto el citado problema de obtenerla en plazo.

## **7. Derecho transitorio**

En cuanto a su aplicación a las notificaciones y comunicaciones hechas a llamados a herencias causadas por personas fallecidas con anterioridad a la

entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y a la Ley aragonesa 10/2023 de 30 de marzo debemos de partir de las disposiciones.

Así en el ámbito del Derecho civil común podemos citar la STS de 16 de abril de 1991 que analiza la disposición transitoria 4ª del CC y señala: *«La disposición transitoria cuarta del Código Civil establece «que las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código (léase la ley nueva) subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código (léase ley nueva)».* La interpretación de esta norma conduce a la fijación de dos claros criterios: uno, el derecho de fondo aplicable a la cuestión, en tanto afecte a derechos adquiridos, se rige por la ley antigua, pero el modo de hacerlos valer, la ley procesal, es la ley nueva. De manera impropia en la terminología que emplea, pero ilustrativa en el particular que nos concierne, la exposición de motivos del Código Civil explica esta norma señalando que ninguna consideración de justicia exige que el ejercicio posterior de los derechos, su duración y los preceptos para hacerlos valer se eximan de los preceptos del Código, o sea, de la «ley nueva», y alude al carácter adjetivo de estas disposiciones y a la posibilidad de que estas normas tengan carácter retroactivo, al menos retroactividad débil, en sentido doctrinal».

Y en el ámbito del derecho aragonés podemos citar las disposiciones transitorias en el ámbito sucesorio: Decimoquinta.— Acciones, derechos y deberes nacidos antes pero no ejercitados o cumplidos todavía. 1. Las acciones, derechos y deberes nacidos antes del 23 de abril de 1999, pero no ejercitados o cumplidos en esa fecha, subsisten con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración o prescripción y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en este Código. 2. Los plazos se cuentan desde el 23 de abril de 1999 en las sucesiones abiertas con anterioridad, pero se aplican los de la legislación anterior si habían de cerrarse antes que los de este código y Decimoséptima.— Normas sobre aceptación, repudiación y partición. Las normas de este Código sobre aceptación, repudiación y partición de la herencia se aplican a las realizadas a partir del 23 de abril de 1999 aunque la sucesión se haya abierto antes.

Por ello debemos afirmar la aplicación de la nueva normativa y por lo tanto la posible utilización de la vía notarial a sucesiones causadas con anterioridad a su entrada en vigor. Podemos reforzar esta afirmación citando el criterio sustentado por la RDGRN de 9 de febrero de 1995 que trata el problema de la legislación aplicable a la tramitación de actas de notoriedad de herederos respecto de fallecimientos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10/92 y concluyó que el notario es competente para su autorización.

Muchas gracias

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- Calatayud, Adolfo: «La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés». *Actas de los Vigésimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*.
- Espiau, Santiago: «La interrogatio in iure notarial en el Derecho Sucesorio Catalán». *Revista Jurídica de Cataluña*, número 2/2018.
- Feás, Javier: «La interpelación hereditaria del artículo 1005 del Código civil». *Revista Notario del Siglo XXI*, N° 66. Abril 2016.
- Maldonado, Pedro J: «La “interpellatio in iure”: Artículo 1.005 Código civil». *Notaria abierta*.
- Martínez, Ignacio: «Jurisdicción Voluntaria Notarial», página 826. *ANALES* 56-09.



**LOS NUEVOS ARTÍCULOS 473 Y 536 DEL CDF  
TRAS LA LEY 10/2023, DE 30 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN  
DEL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO DE DERECHO FORAL  
DE ARAGÓN, RELATIVO A LAS SUCESIONES  
POR CAUSA DE MUERTE**

ISABEL CAUDEVILLA LAFUENTE

Letrada de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

CARMEN LAHOZ POMAR

Letrada de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.– 2. ARTÍCULO 473. DISPOSICIÓN A FAVOR DEL ALMA O A FAVOR DE LOS POBRES: 2.1. Conveniencia y necesidad.– 2.2. Efectos de la nueva distribución del caudal hereditario. Problemas que plantea. 3. ARTÍCULO 536. PRIVILEGIO DEL HOSPITAL DE NUESTRA SEÑORA DE GRACIA Y OTRAS INSTITUCIONES: 3.1. Los tres privilegios.– 3.2. Conveniencia y necesidad.

## 1. INTRODUCCIÓN

Nos corresponde a nosotras analizar las modificaciones del Libro III del Código del Derecho Foral de Aragón, en adelante CDF, que afectan de una forma u otra a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Entre las funciones que tiene asignadas la Dirección General de Servicios Jurídicos, a través de sus Letrados, está la de informar preceptivamente los Anteproyectos de Ley<sup>1</sup>, analizando de forma sucesiva el título competencial en el que se basa la norma, órgano competente para la elaboración del anteproyecto, procedimiento y contenido material.

En nuestros informes nos centramos en examinar las cuestiones estrictamente jurídicas, sin profundizar sobre las razones de oportunidad o necesidad de aprobación de esa norma, ya que la redacción de los proyectos normativos

---

1. Artículo 5.2.a) del Decreto 169/2018, de 9 de octubre del Gobierno de Aragón, por el que se organiza la asistencia, defensa y representación jurídica a la Comunidad Autónoma de Aragón.

son decisiones del Departamento encargado de su tramitación y exceden del contenido estrictamente jurídico que tiene que prevalecer en nuestro informe. Dicho esto, nos van a permitir hacer una excepción ya que a lo largo de esta ponencia vamos a analizar también la conveniencia y necesidad de la aprobación de esta reforma.

Comenzaremos señalando que la Ley 10/2023, de 30 de marzo, de modificación del Libro Tercero del Código del Derecho Foral de Aragón relativo a las Sucesiones por Causa de Muerte (en adelante Ley 10/2023, de 30 de marzo), recoge expresamente en el Preámbulo que los cambios introducidos obedecen a la necesidad de incorporar tres modificaciones en el Libro Tercero del CDFa para adecuarlo a los nuevos valores sociales en materia de apoyo a personas discapacitadas para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ninguna duda ofrece que la Comunidad Autónoma de Aragón tiene competencia para intervenir en la materia que es objeto de la Ley 10/2023, de 30 de marzo. El artículo 149.1.8ª de la Constitución Española es el que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación civil, «*sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*». A su vez, el artículo 71. 2ª de nuestro Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, reconoce la competencia exclusiva de esta Comunidad Autónoma en materia de «*conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes*». Todo ello de conformidad con la amplia interpretación que de estos conceptos ha realizado la doctrina constitucional y teniendo la Comunidad Autónoma de Aragón su propia regulación en esta materia en el Libro Tercero del CDFa.

El legislador aragonés ha aprobado la Ley 10/2023, de 30 de marzo, de acuerdo con las competencias que tiene la Comunidad Autónoma en esta materia y, aunque no vamos a plantear que las modificaciones introducidas no se ajustan al ordenamiento jurídico, sí que queremos poner de relieve que durante el procedimiento de elaboración<sup>2</sup> de esta Ley se cuestionó tanto por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil como por la Dirección General de Patrimonio y Organización y la Dirección General de Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón, la conveniencia y la necesidad de esta reforma. También nos gustaría generar debate y poner en común determinadas situaciones que se pueden plantear en la aplicación de esta reforma legislativa y que nos suscitan dudas, insistimos, no tanto sobre su legalidad sino sobre su interpretación y su resolución en algunos casos concretos.

---

2. El procedimiento de elaboración de la Ley 10/2023, de 30 de marzo puede consultarse en: <https://transparencia.aragon.es/cgi-bin/ITCN/BRSCGI?CMD=VERLST&BASE=ITCN&DOCS=1-50&SEC=ITCNTRA&SORT=-FECH&SORT=-FECH&OPDEF=%26&SEPARADOR=&OBSE-C=hcont&DEPA-C=&TITU-C=codigo+foral>.

## **2. ARTÍCULO 473. DISPOSICIÓN A FAVOR DEL ALMA O A FAVOR DE LOS POBRES**

### **2.1. Conveniencia y necesidad.**

El artículo 473 del CDFA se modifica en lo relativo a las disposiciones sucesorias genéricas para obras asistenciales, precisando cuál debe ser el destino de los bienes heredados o el importe de su venta.

Actualmente las reglas para la aplicación de las disposiciones sucesoras de las que se ocupa este artículo son tres:

1ª) Las disposición para sufragios y obras pías que se hayan hecho indeterminadamente y sin especificar su aplicación, se ofrecerán por los albaceas a las instituciones beneficiarias y si alguna no los quisiera recibir en especie, se venderán por aquéllos, que entregarán la mitad del importe a la Iglesia o confesión religiosa legalmente reconocida a la que pertenecía el causante, para que los destine a los indicados sufragios y para atender sus necesidades, y la otra mitad a la Diputación General de Aragón para fines benéficos de la población o comarca correspondiente al domicilio del difunto o de alcance más general. Si el disponente pertenecía a una confesión religiosa no reconocida legalmente, la mitad que le habría correspondido acrecerá a la Diputación General.

2ª) La disposición a favor de los pobres en general que no precisen su destino, la Diputación General de Aragón destinará los bienes, o el importe de su venta, a entidades asistenciales, preferentemente de la población o comarca del domicilio del disponente.

3ª) La disposición para obras asistenciales que no precisen su destino:

a) Si el causante hubiera sido persona con discapacidad sujeta a medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad, la Diputación General de Aragón destinará los bienes, o el importe de su venta, a la entidad del sector público responsable de la aplicación de las medidas de apoyo de las personas que las han precisado para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Si el causante fallecido hubiera tenido su última residencia habitual en un centro residencial de titularidad del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, la Diputación General de Aragón destinará los bienes, o el importe de su venta, a dicho centro residencial.

Los dos primeros supuestos no se han visto modificados y los cambios afectan exclusivamente a las reglas aplicables cuando la Diputación General de Aragón es la encargada de disponer de los bienes atribuidos para obras asistenciales sin más precisión.

En estos casos se establece una preferencia a favor de la entidad del sector público responsable de la aplicación de las medidas de apoyo de las personas que las han precisado para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica o del centro residencial de titularidad del Instituto Aragonés de Servicios Sociales en

el que el causante fallecido hubiera tenido su última residencia habitual frente a las entidades asistenciales de la población o comarca del domicilio del disponente.

La primera observación que podemos hacer a la nueva redacción es que, tal y como se advirtió por diferentes órganos durante el procedimiento de elaboración de la norma, siendo que se está trabajando por parte de esta Comisión de Derecho Civil de Aragón en la reforma integral de la regulación del CDFa en materia de personas con discapacidad, sería más lógico haber dejado la reforma de este artículo 473 a la ley que afronte esa modificación total del régimen de la discapacidad.

Otra de las cuestiones que podemos analizar sobre este artículo es si la modificación introducida constituye contenido propio del derecho foral o nos encontramos ante una materia esencialmente administrativa referida a la decisión de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre el destino de los bienes dispuestos para obras asistenciales que se hayan hecho de forma indeterminada.

Para analizar esta cuestión resulta imprescindible comenzar apuntando que la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón actúa con personalidad jurídica única<sup>3</sup>. Así se recoge en los artículos 2.3 y 4.1 de la Ley 5/2021 de 29 de junio, de Organización y Régimen Jurídico del Sector Público Autonómico de Aragón. Esto resulta esencial porque el legislador aragonés ha establecido unas reglas de reparto entre entidades que integran el sector público autonómico. Es decir, que ustedes al leer este artículo pueden pensar que al final «*todo queda en casa*» para la Administración autonómica. Pero obviamente, cuando se legislan cuestiones como las que nos ocupan, motivos hay, y ya les adelantamos que no los conocemos, pero generalmente obedecen a que en la gestión administrativa surgían problemas que son los que se tratan de solventar con estas reformas.

Dicho esto, en nuestro informe sobre el anteproyecto de Ley recomendamos la supresión de este nuevo apartado tercero por cuanto no constituye contenido propio del Derecho Foral, sino una cuestión administrativa y que además ya estaba prevista en la normativa de patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Concretamente, el artículo 20 del Decreto Legislativo 1/2023, de 22 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, dedicado a las adquisiciones hereditarias, comienza recogiendo que la Comunidad Autónoma de Aragón podrá adquirir herencias, que le hayan sido deferidas testamentariamente, por pacto o en virtud de ley.

---

3. El artículo 3.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público dispone:

«Cada una de las Administraciones Públicas del artículo 2 actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única».

A continuación, los apartados segundo y tercero de este artículo 20 señalan lo siguiente:

*«2. Las disposiciones por causa de muerte de bienes o derechos se entenderán deferidas a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma en los casos en que quien dispone de la herencia señale como beneficiario a alguno de sus órganos o establecimientos, a los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma que carezcan de patrimonio propio o a la propia Comunidad Autónoma. En estos supuestos, se respetará la voluntad de quien dispone de la herencia, destinando los bienes o derechos a servicios propios de los órganos o instituciones designados como beneficiarios, siempre que esto fuera posible, y sin perjuicio de las condiciones o cargas modales a que pudiese estar supeditada la disposición, a las que se aplicarán las previsiones del apartado 3 del artículo siguiente.*

*3. Las disposiciones por causa de muerte a favor de organismos públicos u órganos autonómicos que hubiesen desaparecido en la fecha en que se abra la sucesión se entenderán hechas a favor de los que, dentro del ámbito autonómico, hubiesen asumido sus funciones, y, en su defecto, a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma.»*

Posteriormente, el artículo 23 TRLPA regula que corresponde al Gobierno de Aragón, mediante Decreto, aceptar o repudiar las herencias, legados y donaciones a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma o de sus organismos públicos, salvo cuando el objeto del legado o donación sean bienes muebles, en cuyo caso la competencia para su aceptación corresponderá a la persona titular del departamento competente por razón de la materia.

Citaremos también al analizar este marco normativo el Decreto 185/2014, de 18 de noviembre, del Gobierno de Aragón, sobre regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, y en los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas. Decreto que está vigente, pero necesita una revisión en profundidad ya que algunos de sus preceptos han sido expresamente derogados o deben ser reformados para adaptarlos a las modificaciones que se han ido aprobando y que le afectan ostensiblemente.

Sentado lo anterior, señalaremos que el mandato que recoge el CDFA en este artículo 473.3 a la Diputación General de Aragón para ordenar el destino de estos bienes se materializa en la práctica en un órgano colegiado especial de la Administración de la Comunidad Autónoma denominado Junta Distribuidora de Herencias de la Comunidad Autónoma de Aragón. Concretamente, los artículos 15 a 24 del Decreto 185/2014 anteriormente citado se encargan de regular la composición, funciones, procedimiento de reparto, beneficiarios, criterios interpretativos e incluso el control del destino del caudal hereditario.

A los efectos del artículo 473 del CDFA que estamos analizando, conviene resaltar que debe reunirse, al menos, una vez al año, anunciándolo en el Boletín Oficial de Aragón, y que entre las funciones que tiene asignadas se encuentran las siguientes<sup>4</sup>:

4. Apartados e) y f) del artículo 17 del Decreto 185/2014, de 18 de noviembre, del Gobierno de Aragón, sobre regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, y en los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas.

*«Determinar los fines benéficos a los que se han de destinar los bienes que hayan sido objeto de disposición para sufragios y obras pías, de forma indeterminada y sin especificar su aplicación, y cuya sucesión legal corresponda a la Comunidad Autónoma de Aragón, conforme a lo dispuesto en el artículo 473 del Código de Derecho Foral.*

*Designar las entidades asistenciales beneficiarias de los bienes, o del importe de su enajenación, que hayan sido objeto de disposición a favor de los pobres en general, o para obras asistenciales, atendiendo a los mismos criterios señalados en el apartado anterior.»*

En cuanto al procedimiento de reparto, regulado el artículo 18 de la norma reglamentaria, prescribe que los establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma de Aragón, que reúnan los requisitos para ser destinatarios de la herencia, podrán formular en el plazo de un mes, ante la Junta Distribuidora de Herencias de la Comunidad Autónoma de Aragón, las alegaciones y peticiones que estimen pertinentes.

El artículo 19 establece que la Junta Distribuidora de Herencias de la Comunidad Autónoma de Aragón, distribuirá el caudal hereditario neto entre los establecimientos de beneficencia, asistencia o acción social, con preferencia a los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio, y, en su caso, en la comarca respectiva. Aunque, posteriormente, el apartado tercero de este artículo 19, permite que la Junta Distribuidora de Herencias de la Comunidad Autónoma de Aragón decida que los bienes heredados por la Comunidad Autónoma de Aragón se apliquen a la creación y mantenimiento de establecimientos de asistencia social de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y de sus organismos públicos. Previsión que actualmente recoge el artículo 473.3.b) del CDFA.

Pero es que además, si bien se señala un destino preferente a entidades asistenciales, de la población o comarca del domicilio del disponente, esta prioridad no excluye que, por motivos de interés social<sup>5</sup>, la Junta Distribuidora de Herencias de la Comunidad Autónoma de Aragón pueda determinar otras preferencias, como puede ser la entidad del sector público responsable de la aplicación de las medidas de apoyo de las personas que las han precisado para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, que ahora se regula en el artículo 473.3.a) del CDFA.

En definitiva, la normativa en materia de patrimonio permite que la Junta Distribuidora de Herencias, a la hora de destinar los bienes o el importe de su venta, tenga en cuenta como beneficiarios a los centros residenciales titularidad del IASS y a la entidad del sector público responsable de la aplicación de las medidas de apoyo de las personas que las han precisado para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

---

5. Artículo 20.2.b) del Decreto 185/2014, de 18 de noviembre, del Gobierno de Aragón, sobre regulación de las actuaciones administrativas en la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, y en los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas

Sobre esta consideración, en el informe del Director General de Desarrollo Estatutario y Programas Europeos y de la Directora Gerente del IASS analizando las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia, de 12 de septiembre de 2022, se menciona que el apartado 3 se considera necesario, por razones de seguridad jurídica, ya que deben regularse con precisión los supuestos en que los bienes se destinarán al IASS (centro residencial) o a la Fundación pública, y, por tanto, no resultará de aplicación la regla del apartado 2.

En nuestra opinión, más que seguridad jurídica, lo que ha cambiado es que antes la Junta Distribuidora de Herencias era quien decidía si procedía o no aplicar la preferencia entre los establecimientos de beneficencia, asistencia o acción social de los radicados en el municipio aragonés o comarca en donde el causante hubiera tenido su último domicilio y destinarse a la creación y mantenimiento de establecimientos de asistencia social de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y de sus organismos públicos o a otras entidades por motivos de interés social. Ahora, tras la Ley 10/2023, de 30 de marzo, lo que se establece es una regla de aplicación preferente a la de la población o comarca del domicilio del disponente que la Junta Distribuidora va a tener que emplear obligatoriamente en la distribución de estos bienes o el importe de su venta.

## **2.2. Efectos de la nueva distribución del caudal hereditario. Problemas que plantea**

El legislador aragonés justifica la modificación del CDFA en este artículo esgrimiendo la necesidad de adecuar esta regulación a los nuevos valores sociales en materia de apoyo a las personas discapacitadas para el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta afirmación, que se recoge expresamente en el Preámbulo de la norma, no impide que nos planteemos que hubiese sido aconsejable que en las memorias e informes que forman parte del expediente de elaboración de esta norma se realizase un mayor esfuerzo a la hora de argumentar esta reforma. A su vez, son varias las dudas que nos suscita la futura aplicación de estas reglas de distribución por la Administración autonómica.

Lo primero que podemos analizar son algunas cuestiones que pueden tener incidencia en la práctica como es el hecho de que no se exige ningún período mínimo para que concurran las preferencias en las reglas de reparto que se establecen el artículo 473.3 del CDFA, cosa que no ocurre con la preferencia del domicilio del causante para la que existen criterios interpretativos en el artículo 20 del Decreto 185/2014, de 18 de noviembre.

La segunda es si una persona necesita medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica y se prestan por la entidad pública y esta misma persona vive habitualmente en una residencia titularidad del IASS, se van a repartir de alguna manera los bienes o el importe de los mismos entre ellas o sólo se destinará a la Fundación para el apoyo a la autonomía y capacidades de las personas de Aragón. Podría haberse establecido que se destinarían los bienes o el importe de su venta a las dos por igual. Al no haberlo hecho, consideramos

aplicable la previsión del artículo 21 del Decreto 185/2014, que prescribe que la Junta determinará la participación que en la herencia puedan tener cada uno de los establecimientos beneficiarios, cuando sean más de uno.

La última reflexión que les queremos hacer es que el legislador aragonés decidió que resultaba conveniente y necesario beneficiar tanto a la Fundación del sector público que en nuestra Comunidad Autónoma tiene encomendada la función de prestar las medidas de apoyo adoptadas judicialmente y al Instituto Aragonés de Servicios Sociales, pero también podemos preguntarnos quien se va a ver afectado por estas modificaciones del CDFFA.

Para ello tenemos que tener claro que en nuestra Comunidad Autónoma no se ha optado por la fórmula de que los caudales hereditarios pasen directamente a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, solución regulada en alguna norma autonómica como en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, sino que en Aragón este reparto, como hemos dicho anteriormente, se realiza a través de la Junta Distribuidora de Herencias.

En la página web del Gobierno de Aragón podemos acceder a datos interesantes y que nos permiten hacernos una idea de las cantidades de las que estamos hablando y de las entidades beneficiarias en estos repartos que son, salvo contadas excepciones, entidades y establecimientos privados sin ánimo de lucro.

La cantidad total repartida desde el 25 de julio de 2001 hasta el 28 de mayo de 2023 es de 13.345.338,39 euros.

El legislador aragonés con esta modificación claramente, y así lo podremos comprobar en el futuro, lo que ha pretendido es que una parte de los patrimonios hereditarios a repartir por la Administración autonómica vayan directamente a la Fundación pública y al IASS, sin que la Junta Distribuidora de Herencias intervenga en esa decisión, por lo que los perjudicados van a ser los establecimientos de beneficencia, asistencia o acción social de la Comunidad Autónoma de Aragón que presentan sus proyectos y para los que solicitan financiación, ya que los importes a repartir van a ser menores.

Y un último dato que les queríamos facilitar después de analizar este artículo 473 del CDFFA<sup>6</sup>, es el relativo a las herencias aceptadas por la Comunidad Autónoma de Aragón con disposiciones a favor de los pobres en general o para obras asistenciales hechas de forma indeterminada. Desde el Servicio de Patrimonio de la Dirección General de Patrimonio y Organización se nos ha informado que las herencias testamentarias que se han aceptado por la Comunidad Autónoma de Aragón han sido muy pocas, menos de diez, y han sido a favor del centro residencial específico designado en el testamento o bien a favor del IASS directamente, determinándolo así expresamente el causante.

---

6. Queremos agradecer a la Dirección General de Patrimonio y Organización la ayuda que nos ha prestado al facilitarnos los datos que hemos analizado y reflejado en esta ponencia, personalizando de manera particular el agradecimiento en la asesora técnica D<sup>a</sup>. Ana Ordoñez Garcés.

No tienen constancia de que se hayan recibido herencias testamentarias con disposiciones como las que nos ocupan, así que la repercusión que puedan tener estas modificaciones van a ser mayores en lo que afecta al artículo 536 que pasamos a analizar en el siguiente apartado.

### 3. ARTÍCULO 536. PRIVILEGIO DEL HOSPITAL DE NUESTRA SEÑORA DE GRACIA Y OTRAS INSTITUCIONES.

#### 3.1. Los tres privilegios

Con anterioridad a la reforma legislativa llevada a cabo por la Ley 10/2023, de 30 de marzo, el artículo 536 del CDFR regulaba solamente el privilegio de Hospital de Nuestra Señora de Gracia en los siguientes términos:

*«1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.*

*2. Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital».*

Se señala en el Preámbulo de la Ley 10/2023 que la nueva redacción que se da a este artículo tiene por objeto extender el privilegio reconocido al Hospital de Nuestra Señora de Gracia a la entidad pública que ejerza las medidas de apoyo de las personas discapacitadas, así como a los centros residenciales de titularidad del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, otorgándoles preferencia en la sucesión legal de las personas a las que proporcionan atención, y ello por entender, según se dice expresamente, que responde al mismo fundamento e identidad de razón.

Consecuentemente, el legislador aragonés da nueva titulación al artículo que pasa a tener el de «Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia y otras instituciones» con la siguiente redacción:

*«En los supuestos del artículo anterior, serán llamadas, con preferencia, a la sucesión legal las siguientes instituciones:*

*1. El Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.*

*Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.*

*2. La entidad del sector público responsable de la aplicación de las medidas de apoyo de las personas que las han precisado para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, será llamada, con preferencia, a la sucesión legal de los causantes que fallezcan durante la vigencia de dichas medidas de apoyo.*

*Previa declaración de herederos a favor de dicha entidad, ésta destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de la atención de las personas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.*

3. *El Instituto Aragonés de Servicios Sociales será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los causantes que hubieran tenido su última residencia habitual en centros residenciales de su titularidad.*

*Previa declaración de herederos a favor del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, éste destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación, preferentemente, a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del centro residencial en el que fallezca el causante.»*

De su simple lectura puede apreciarse, por tanto, un cambio sustantivo en la regulación contenida en el CDFa de la sucesión legal, cuyo orden de llamamientos se cierra con el llamamiento a la Comunidad Autónoma de Aragón para el supuesto de que el causante fallezca con vecindad civil aragonesa sin haber dispuesto voluntariamente de sus bienes y sin parientes con derecho a suceder (parientes hasta el cuarto grado de parentesco, o hasta el sexto si hay bienes troncales de abolorio) ni cónyuge, o si todos ellos no quieren o no pueden suceder ex artículo 535.1 de dicho CDFa, exceptuándose de esta regla, al ser llamados con preferencia, no sólo el Hospital de Nuestra Señora de Gracia como hasta la reforma legislativa, sino también la entidad del sector público responsable de la aplicación de las medidas de apoyo de las personas que las han precisado para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

Por tanto, el nuevo artículo 536 CDFa pasa a regular tres privilegios:

-El primero es el privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, que se mantiene en los mismos términos en que estaba regulado. Es sabido que al Hospital, fundado por Alfonso V el Magnánimo en el año 1425, le fue concedido, en reconocimiento a sus fines de caridad y asistencia de carácter universal, el privilegio de ser llamado con preferencia a la sucesión legal de los enfermos fallecidos en él por Acto de Corte de 1626, y este privilegio ha permanecido vigente en el Derecho aragonés desde entonces hasta la actualidad.

En el artículo también se mantiene el destino de los bienes heredados o del producto de su venta, debiendo la Diputación General de Aragón (y no el propio Hospital al carecer de personalidad jurídica) destinarlos a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.

-El segundo privilegio es el de la entidad del sector público responsable de la aplicación de las medidas de apoyo de las personas que las han precisado para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, al ser llamada con preferencia a la sucesión legal de los causantes que fallezcan durante la vigencia de dichas medidas de apoyo.

Esta entidad es en la actualidad la Fundación para el apoyo a la autonomía y capacidades de las personas de Aragón creada por el Acuerdo del Gobierno de

Aragón de 18 de mayo de 2022, que aprueba asimismo sus Estatutos, y que ha sido objeto de publicación en el BOA de 29 de junio de 2022.

Se trata de una entidad de naturaleza fundacional del sector público autonómico de Aragón adscrita al Departamento de Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar y patrimonio propio, y cuyos fines de interés general y sin ánimo de lucro son, según reflejan sus propios Estatutos, los siguientes:

1. La protección jurídica, patrimonial y social de las personas mayores de edad con las medidas judiciales o voluntarias de apoyo al ejercicio de su capacidad jurídica, a través del ejercicio de la tutela, curatela, defensa judicial o cualquier otra medida protectora o de apoyo encomendada al Gobierno de Aragón por la autoridad judicial.

2. La promoción y capacitación de las personas sometidas a medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica para que, en la medida de sus posibilidades, puedan desempeñarse de la forma más autónoma posible en su vida diaria, y ser protagonistas en sus propios procesos de vida y en la adopción de las decisiones que les conciernen.

3. La prestación de orientación y asesoramiento a particulares, profesionales, otras entidades y administraciones públicas en relación con la provisión de medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, el ejercicio de las medidas protectoras y la protección jurídica y social de la persona dependiente o discapacitada en situaciones de vulnerabilidad física, económica y/o social.

4. La orientación a las personas físicas en la planificación preventiva de su futuro, para anticiparse a posibles situaciones de afectación de la capacidad de obrar, con la adopción de medidas que prevean dichas situaciones en protección de su propia persona y de su patrimonio según sus propios deseos y voluntad.

5. La sensibilización social y profesional y prevención de abusos ante las situaciones de discapacidad, dependencia y toma de decisiones al final de la vida, así como la denuncia y persecución de dichas situaciones.

6. La búsqueda de recursos económicos para la realización de los fines que le son propios, incluida la atención a las necesidades materiales de las personas con medidas de apoyo ejercidas por el Gobierno de Aragón.

Por tanto, la Fundación de reciente creación ejerce las competencias que legalmente tiene encomendadas la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de asistencia y protección social a personas en situación de necesidad de apoyo en el ejercicio de su capacidad y autonomía, y que hasta la fecha de su creación venían siendo asumidas por la hoy extinta Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Gobierno de Aragón creada por el Decreto 168/1998 de 6 de octubre que, a su vez, ha sido derogado por el Decreto 160/2022, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, que ha entrado en vigor según su Disposición Final Primera el pasado 11 de noviembre de 2023.

En el artículo también se determina el destino de los bienes heredados o del producto de su enajenación, debiendo la entidad destinarlos a la mejora de la atención de las personas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

-En tercer lugar, el derecho preferente de sucesión se extiende al Instituto Aragonés de Servicios Sociales, al ser llamado con preferencia a la sucesión legal de los causantes que hubieran tenido su última residencia habitual en centros residenciales de su titularidad.

El Instituto Aragonés de Servicios Sociales es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Bienestar Social y Familia que, de conformidad con lo dispuesto en su Ley de creación 4/1996, de 22 de mayo, tiene personalidad jurídica propia, tesorería y patrimonio propios y autonomía en su gestión, y entre sus competencias está la prestación de los servicios y la gestión de los centros sociales que sean de competencia o titularidad del Gobierno de Aragón, así como la puesta en marcha de actividades y servicios en materia de acción social, previstos en el Plan Aragonés de Servicios Sociales.

En el artículo también se regula el destino de los bienes heredados o del producto de su venta, debiendo el IASS destinarlos, preferentemente, a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del centro residencial en el que fallezca el causante. La utilización del adverbio «*preferentemente*», que no aparece en la regulación del destino de los bienes heredados por el Hospital ni la Fundación, le permite al IASS tener margen de decisión para fijar un destino distinto al inicialmente predeterminado, si bien sería conveniente que, de decidirse así, fuera objeto de motivación por su parte.

Valorando las funciones y competencias desempeñadas por ambas instituciones, Fundación e IASS, resulta evidente la trascendental labor que tienen en la sociedad aragonesa actual, y el legislador viene a reconocerla con la modificación legislativa realizada y que supone una equiparación, a efectos de la sucesión legal, con el Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

Ahora bien, en la redacción empleada se utiliza hasta cuatro veces la expresión «*con preferencia*», lo que podría generar dudas acerca de la voluntad de establecer en el artículo un orden de prelación en el llamamiento de las propias instituciones atendiendo a las circunstancias en que fallezca el causante. Y es que la casuística puede ser muy variada, pudiendo darse el caso de un causante fallecido en el hospital, con medida de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica prestada por la Fundación y con residencia habitual en un centro del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, o el caso de un causante en el que concurren dos cualesquiera de esas circunstancias.

A pesar de no haber empleado una numeración ordinal en el artículo, parece razonable entender que sí se ha querido establecer un orden de prelación en caso de concurrencia de todas o dos de esas circunstancias, teniendo en cuenta que no se ha optado por una regulación que contuviera un reparto, ya sea por

partes iguales o ya por porcentajes o cuotas por ejemplo, de los bienes heredados o el producto de su enajenación entre las instituciones, resultado favorecido por ello el Hospital de Nuestra Señora de Gracia, quizás por la tradición secular de su privilegio.

### 3.2. Conveniencia y necesidad

Se quiere poner de relieve y abrir el debate sobre la conveniencia y la necesidad de la reforma efectuada en el artículo 536 del Código del Derecho Foral de Aragón, como ya se cuestionó en el propio procedimiento de elaboración de la norma tanto por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil como por la Dirección General de Patrimonio y Organización y la Dirección General de Servicios Jurídicos del Gobierno de Aragón.

En su informe de 20 de julio de 2022 sobre el Anteproyecto de Ley de modificación puntual del Libro III del CDFA, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil hace una observación general sobre la oportunidad del Anteproyecto cuando por parte de la propia Comisión se está trabajando en la reforma integral de la regulación del CDFA en materia de discapacidad. Así se señala expresamente que *«esta Comisión entiende que es preferible que la reforma de los artículos 328 y 473 y la introducción del nuevo artículo 536 bis e, incluso, del artículo 536 ter, por su relación también, en la práctica, con las personas que sufren discapacidad, se acometa dentro de la reforma integral del Código del Derecho Foral de Aragón en que se está trabajando en materia de discapacidad. Sólo desde una visión general, de conjunto, de la regulación de toda esta materia podrá encontrarse el encaje y la redacción adecuados para las reglas que se propone introducir»*.

En el mismo sentido en el informe de 7 de octubre de 2022 de la Dirección General de Servicios Jurídicos se indica que *«se suscriben las consideraciones hechas por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil en su informe de 20 de julio de 2022 sobre la conveniencia de que el Anteproyecto se limite a la actualización del artículo 348 del CDFA, posponiendo el resto del contenido del proyecto normativo a la reforma integral de la discapacidad en la que está trabajando la propia Comisión, y ello por motivos de oportunidad, coherencia y seguridad jurídica, por lo que se recomienda reconsiderar la observación general hecha por la citada Comisión»*.

La recomendación efectuada no fue aceptada, al apreciar el Gobierno de Aragón tiempos distintos de ambas reformas, considerándose oportuno abordar la reforma legislativa con mayor celeridad sin estar condicionada por el debate más sosegado requerido por la revisión integral del Código en materia de discapacidad.

Por otro lado, también se advirtió al Gobierno de Aragón sobre la falta de necesidad de la modificación legislativa atendiendo a la propia regulación contenida en el CDFA y en la legislación patrimonial de la Comunidad Autónoma, al considerarse que la nueva regulación no constituía contenido propio del Derecho Foral sino una cuestión administrativa referida a la decisión del propio Gobierno de Aragón sobre el destino de los bienes heredados por la Comunidad Autónoma por sucesión legal.

Así lo entendió la Comisión Aragonesa de Derecho Civil al decir en su Informe de 20 de julio de 2022 que *«...debe ponerse de manifiesto que los propuestos arts. 536 bis y 536 ter no son sino una concreción de lo dispuesto en el art. 535.2 en lo relativo al destino que debe dar el Gobierno de Aragón a los bienes heredados por la Comunidad Autónoma o el importe de su venta. Por ello, si finalmente se desea regular esta materia en la Ley civil –cuestión que, como hemos dicho, nos parece inadecuada– se propone añadir un párrafo al art. 535, pues es su punto 2 el que determina el destino habitual de los bienes heredados por la Comunidad Autónoma, y como una norma especial de ésta»*.

También las Direcciones Generales de Patrimonio y de Servicios Jurídicos consideraron innecesaria la nueva regulación en base a lo dispuesto en el artículo 535.2 del CDFA, que exige que la Diputación General de Aragón destine los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio, así como en lo dispuesto en la legislación del Patrimonio de Aragón (artículos 20 bis y 20 ter del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón de 17 de diciembre de 2013 vigente en el momento de emisión de los respectivos informes de los citados centros directivos, si bien se mantiene la misma regulación en los vigentes artículos 21 y 22 del vigente Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2023, de 22 de febrero, del Gobierno de Aragón, que regulan el procedimiento para la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón como heredera legal y los efectos de la declaración de heredera legal), y en el Decreto 185/2014, de 18 de noviembre, del Gobierno de Aragón, sobre regulación de las actuaciones administrativas en sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, y en los casos de disposición voluntaria a favor de personas indeterminadas, donde se regula la Junta Distribuidora de Herencias de la Comunidad Autónoma de Aragón, órgano encargado de la distribución del caudal hereditario adquirido por la Comunidad Autónoma, que está integrado, entre otros miembros, por vocales pertenecientes al Departamento competente en materia de salud y bienestar social, así como al mismo Instituto Aragonés de Servicios Sociales (Dirección Gerencia), teniendo por ello representación y voto en las reuniones de la Junta.

Y es que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del mencionado Decreto 185/2014, a la Junta le corresponde designar, en los casos en que sea declarada heredera la Comunidad Autónoma, los establecimientos de asistencia social beneficiarios de las herencias, con indicación de las cuotas correspondientes a los mismos, y conforme a lo dispuesto en el artículo 19.3, la Junta puede decidir que los bienes heredados por la Comunidad Autónoma de Aragón puedan aplicarse a la creación y mantenimiento de establecimientos de asistencia social de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sus organismos públicos.

La advertencia realizada tampoco fue atendida por el Gobierno de Aragón, al considerar necesario mantener los privilegios a favor de la Fundación y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales para ser llamados como herederos y no como

meros destinatarios de los bienes, y ello en coherencia con los nuevos valores sociales en relación a la responsabilidad en la atención a las personas que precisan de apoyos para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, en particular con el cambio de paradigma que supone la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el día 21 de abril de 2008.

Por último, nos gustaría señalar que desde la entrada en vigor de la norma el 18 de abril de 2023 y hasta la fecha de la presente ponencia, no se ha planteado ningún problema jurídico ni práctico por el establecimiento de los dos nuevos privilegios, y tampoco se prevé la tramitación de un número elevado de expedientes en aplicación de los mismos.

En estos meses de vigencia, sólo dos expedientes ha derivado la Dirección General de Patrimonio a la Secretaría General Técnica del Departamento de Bienestar Social y Familia para su traslado a la Fundación por tratarse de dos causantes fallecidos bajo la tutela de la extinguida Comisión de Tutelas y Defensa Judicial del Adultos del Gobierno de Aragón, y el Instituto Aragonés de Servicios Sociales no ha iniciado la tramitación de ningún expediente.

Por otra parte, el establecimiento de los dos nuevos privilegios no hace necesario, por sí mismo, que haya de abordarse una modificación del Decreto 185/2014, y ello atendiendo a su objeto de regulación y a las funciones atribuidas a la Junta, en cuanto ésta no puede participar en el destino de los bienes heredados por estas instituciones privilegiadas, aunque sí que va a afectar a la distribución de las herencias que compete a la Junta en cuanto va a mermar o reducir, y ya se irá viendo en qué importe, los fondos hereditarios a repartir entre los establecimientos de asistencia o acción social tanto de carácter público como de carácter privado y sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos para ser beneficiarios de las herencias adquiridas por la Comunidad Autónoma de Aragón por sucesión legal.



**Sesión III**

**MODIFICACIÓN**  
**DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA**  
**EN ARAGÓN**

**Ponentes**

*D. Manuel Bellido Aspas*

PÁG. 97

**Coponentes**

*D. Juan Baratech Ibáñez*

PÁG. 115

*D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> Capuz Huerva*

PÁG. 147



## **MODIFICACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN**

**MANUEL BELLIDO ASPAS**

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

**SUMARIO:** 1. PRELIMINAR.– 2. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA EN ARAGÓN.– 3. SISTEMA DE PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: 3.1. Regulación legal novedosa.– 3.2. Razones expuestas por el legislador para justificar la reforma.– 3.3. Jurisprudencia de la Sala Civil del TSJAr sobre la preferencia legal.– 4. SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN DE PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS.– 4.1. Razones expuestas por el legislador para justificar la reforma.– 4.2. ¿Era necesaria la reforma?– 4.3. Jurisprudencia de la Sala Civil del TSJAr tras la reforma.– 5. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA REFORMA QUE SUPRIME LA PREFERENCIA LEGAL

### **1. PRELIMINAR**

La materia que hoy nos ocupa, el régimen de custodia de los hijos menores, tiene una gran relevancia, más social que jurídica, porque afecta al desarrollo de los hijos y a la convivencia familiar.

De todas las ramas del Derecho, la civil y, en particular, el derecho de familia, es sin duda la más apegada al desarrollo cotidiano de la vida de las personas. Por ello, esta materia no solo interesa a los afectados, sino a la sociedad en general, y en ella se reflejan concepciones morales e ideológicas muy profundas.

Los Encuentros del Foro de derecho aragonés, a lo largo de su historia, han tenido la oportunidad de tratar sobre esta cuestión. Que a mí me conste, lo fue en los vigésimos encuentros (2010), como consecuencia de la novedosa reforma que introducía en nuestro derecho civil la preferencia legal de la custodia compartida. La impartieron el catedrático de derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Carlos Martínez de Aguirre, el magistrado Javier Forcada Miranda y la letrada María José Balda Medarde. Y, tan solo dos años después, en los vigésimo

segundos encuentros (2012), se volvió a tratar para estudiar su aplicación por los órganos judiciales. En este caso los ponentes fueron el catedrático de derecho civil José Antonio Serrano García, el magistrado Emilio Molins García-Atance y el letrado Manuel Ferrer Andrés.

Esta reforma ha sido revertida por la de 2019 y, transcurridos ya varios años, con la pandemia de por medio, es el momento de revisar los efectos de la supresión de la preferencia legal.

Para acotar mi intervención diré que no tiene por objeto exponer detalladamente la regulación jurídica de la custodia en Aragón. Quien esté interesado tiene a su disposición numerosos trabajos, entre ellos, las excelentes ponencias que se realizaron en los Encuentros. Tampoco pretendo determinar qué sistema es mejor para los hijos, si el de custodia compartida o la individual. Para ello también se pueden encontrar artículos que defienden las ventajas e inconvenientes de uno u otro sistema, ya que al respecto hay opiniones para todos los gustos. En todo caso, esa determinación en abstracto es propia del legislador o del estudioso, pero no del juez, que resuelve el caso concreto aplicando la norma a los hechos y circunstancias probados y que, por tanto, no define apriorísticamente cuál es el mejor sistema de custodia.

Mi pretensión se limita a intentar explicar la evolución de nuestro derecho propio en esta materia; las razones que llevaron a introducir la preferencia legal de la custodia compartida y su posterior supresión; cómo se interpretaron las normas por los tribunales y las consecuencias prácticas que tuvieron, para finalizar con una previsión de futuro.

## **2. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA EN ARAGÓN**

1. La primera referencia legal expresa al régimen de custodia compartida en Aragón es común al resto de España, ya que no se contiene en nuestra legislación civil propia, sino en la reforma del Código Civil de 2005<sup>1</sup>.

Con anterioridad a ese año no existía ninguna mención legal expresa a la posibilidad de que los progenitores compartiesen la custodia de los hijos tras la ruptura de la convivencia. Sin embargo, esto no significaba que estuviese prohibida y que necesariamente hubiese de establecerse una custodia individual<sup>2</sup>. No obstante, la práctica mayoritaria consistía en atribuir la custodia a uno de los progenitores –generalmente la madre– y establecer un régimen de visitas o comunicaciones con el otro.

---

1. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Publicada el 9 de julio de 2005; en vigor desde el 10 de julio de 2005.

2. Así lo recoge, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 22 de abril de 1999.

Es a partir de 2005 cuando el Código Civil regula expresamente la atribución judicial de la guardia y custodia de los hijos conjuntamente a los dos progenitores, siempre que así lo solicitasen estos en la propuesta de convenio regulador o lo acordasen en el transcurso del procedimiento. También era posible, si bien de manera excepcional, que se acordase a instancia de solo una de las partes si el juez entendía y motivaba que era la única manera de proteger el interés del menor, y siempre que contase con informe favorable del Ministerio Fiscal. En todo caso, quedaban fuera del régimen de custodia compartida los supuestos en los que cualquiera de los padres estuviese incurso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que conviviesen con ambos, o cuando el Juez advirtiese, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

2. Sin duda, el cambio más novedoso se introdujo en nuestro derecho civil por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, en vigor desde el 8 de septiembre de 2010 y cuya redacción pasó después, íntegramente, al Código del Derecho Foral de Aragón, publicado en 2011<sup>3</sup>.

En estas normas el legislador establece por primera vez en nuestro país la preferencia legal de la custodia compartida, de manera que dispone que el juez adoptará este régimen de manera preferente, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a seis factores. De ellos, tres están relacionados con los hijos: su edad, arraigo social y familiar y su opinión si tienen suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce, atendiendo a las amplias facultades que nuestro derecho histórico concede a partir de esta edad. Otros dos factores se relacionan con circunstancias de los progenitores: su aptitud y voluntad para asegurar la estabilidad de los hijos y las posibilidades que tienen de conciliar su vida familiar y laboral. Y, por último, se recoge un factor de cierre: cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

3. Esta situación se modifica por la ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (publicada el 4 de abril de 2019; en vigor desde el 24 de abril de 2019) que da una nueva redacción al artículo 80.2 CDFEA en dos puntos. En primer lugar, suprime el mandato según el cual el juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, para indicar que adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés y, en segundo lugar, añade un nuevo factor a considerar, referido a los padres: la dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia.

---

3. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Publicado el 29 de marzo de 2011; en vigor desde el 23 de abril de 2011.

Desaparece así la especialidad aragonesa y se vuelve al sistema imperante en derecho común, que permite al juez acordar uno otro régimen de custodia, individual o compartido, sin preferencias, en atención exclusiva al interés del menor.

### **3. SISTEMA DE PREFERENCIA LEGAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS**

#### **3.1. Regulación legal novedosa**

La regulación de los sistemas de custodia que se introdujo en Aragón en el año 2010 fue muy novedosa. De hecho, se apartó de la regulación común del Código Civil y, por primera vez en nuestro país, se estableció por el legislador la preferencia de la custodia compartida, eso sí, siempre que el interés del menor no aconseje la individual.

Esta preferencia tan sólo se ha recogido con posterioridad en la legislación civil catalana, en la valenciana<sup>4</sup> y, más recientemente en la vasca.

Sin embargo, de todas estas normas forales, tan sólo la aragonesa en primer lugar y, posteriormente la valenciana, establecieron de manera expresa la prioridad de la custodia compartida sobre la individual. En la ley aragonesa con la expresión «preferente» y en la valenciana con la de «regla general».

Las leyes catalana y vasca<sup>5</sup> vienen a establecer también la preferencia de la custodia compartida, aunque no de manera tan clara y expresa.

En el caso de Cataluña, la norma establece que las responsabilidades parentales son compartidas y corresponden a ambos progenitores. A falta de acuerdo de estos o si no es aprobado, el juez debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales y los criterios fijados en la norma para decidir el sistema de custodia, por lo que, en principio, el sistema de guarda que mejor se ajusta a esta regulación es el de custodia compartida; si bien, puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.

En el caso del País Vasco, su ley dispone que el juez, a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores, y atendiendo en todo caso a unas circunstancias detalladas en el precepto. En todo caso, el juez podrá otorgar a uno solo de los progenitores la guarda y custodia de la persona menor de edad cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

---

4. La ley de la Comunidad Valenciana sobre custodia compartida fue declarada inconstitucional en 2016 por falta de competencia autonómica en materia de derecho civil.

5. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo de su Código Civil, relativo a la persona y la familia, aprobada por el Parlamento de Cataluña (artículo 233-8 a 11) y Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, aprobada por el Parlamento Vasco (artículo 9).

Por tanto, la regulación aragonesa de 2011 fue novedosa, pero no la única que dio preferencia a la custodia compartida sobre la individual.

### 3.2. Razones expuestas por el legislador para justificar la reforma

Tanto del preámbulo de la Ley 2/2010, como de las intervenciones de los diputados en las Cortes de Aragón, se desprende que la finalidad de esta norma era cambiar el paradigma tradicional que atribuía de forma generalizada la custodia de los hijos menores a la madre, que la reforma del Código Civil de 2005 no había variado al configurar la guarda y custodia compartida como excepcional, siendo necesario recabar informe favorable del Ministerio Fiscal.

Este modelo de atribución mayoritaria de la custodia de los hijos menores a la mujer no fue, históricamente, la regla general, ya que, en tiempos pretéritos, en las sociedades agrarias y rurales, eminentemente patriarcales, en las que la mujer carecía de derechos, los hijos estaban destinados a ayudar en la producción agrícola y, por ello, se consideraba que el padre era el más apropiado para educarlos. Sin embargo, este modelo entró en crisis con los cambios sociales derivados de la Revolución Industrial en el siglo XIX, al provocar que muchos hombres dejaran de trabajar en sus casas para trasladarse a fábricas y oficinas, de manera que los hogares quedaron bajo la autoridad materna. Surge así la doctrina de la «tierna edad» en Inglaterra<sup>6</sup>, conforme a la cual, en igualdad de condiciones, la custodia de los hijos menores -al principio hasta los trece años, para ampliarse después- debía corresponder a la madre por ser ella quien mejor podía atender a sus necesidades afectivas.

Esta doctrina ha sido claramente superada, de manera que en la actualidad se considera que las decisiones sobre la guarda y custodia deben individualizarse en cada caso, conforme a la mejor satisfacción del interés del menor. Además, cada vez se viene defendiendo con mayor énfasis el ejercicio compartido de las responsabilidades parentales, como recogen, por ejemplo, los principios del derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental. Pese a estos cambios, el legislador aragonés entendió que todavía existía una importante inercia en la atribución de la custodia de los hijos menores, como regla general, a la madre.

No andaba descaminado el legislador aragonés, puesto que, como ya se puso de manifiesto en este mismo foro por el catedrático Carlos Martínez de Aguirre, al tratar en los encuentros del Foro de Derecho Aragonés del año 2010 la reforma del Código Civil de 2005, esta, pese a introducir por primera vez la regulación legal de la custodia compartida, no había cambiado el paradigma tradicional. Si con anterioridad a la misma, en el conjunto de España, se acordaba la custodia individual en el 90% de los casos -que en más del 85% era materna- con posterioridad a esa fecha las cifras siguieron siendo similares, ya que, si bien se elevaron ligeramente las concesiones de custodia compartida, lo fueron, fundamentalmente, a costa de la custodia individual paterna, cuyas cifras descendie-

6. «Tender years doctrine».

ron también ligeramente. Es decir, en el momento de promulgarse la reforma de 2010 la custodia de los hijos menores se otorgaba, fundamentalmente, a la madre.

Frente a esta situación existía una demanda social para que la situación cambiase, terminando con la concesión casi generalizada de la custodia a una de las partes, en detrimento de la otra. Lo que no está tan claro es que la «importante demanda social» a la que se refiere el preámbulo para justificar la reforma, exigiese atribuir a la custodia compartida la preferencia legal. Y ello porque la concepción de la custodia individual o la compartida como el sistema de guarda que, en abstracto, resulta más beneficioso para los hijos era en aquel momento y sigue siendo en la actualidad, una cuestión muy debatida y encontrada, que divide a los afectados por los procesos matrimoniales y también a los colectivos sociales implicados en esta materia.

En el caso de la Ley aragonesa el legislador tomó claramente partido por la custodia compartida, calificándola como «un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores y en la que el desarrollo profesional de la mujer y el deseo de los hombres de una mayor implicación en el ámbito familiar imponen un cambio en el esquema tradicional de atribuir la custodia en exclusiva a la madre. La custodia compartida favorece la distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres». En su preámbulo se detallan las ventajas de la custodia compartida: «Con ella, los hijos mantienen lazos de afectividad y una relación continuada con ambos padres, permite una mejor aceptación de la nueva situación familiar por parte de los hijos, ambos padres se implican de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos, debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos».

Siendo esto cierto, también lo es que no existe unanimidad entre los especialistas acerca de cuál es, *a priori*, el mejor sistema de guarda, aportando unos y otros sólidos argumentos para defender sus posiciones.

### **3.3. Jurisprudencia de la Sala Civil del TSJA sobre la preferencia legal**

El sistema establecido tras la reforma pretendía, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta «el pacto de relaciones familiares», inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres. Se fomenta este acuerdo, así como la solución del litigio si llegare a producirse, mediante la mediación familiar, que constituye, como expone el mismo Preámbulo, «un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad en las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura».

En defecto de estas soluciones de consenso, el legislador establece como preferente el sistema de guarda y custodia compartida, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo, además, a los factores detallados en el artículo 80.2 CDFA.

La preferencia acordada por el legislador, se considere acertada o no, era una opción perfectamente legítima y, en un Estado de Derecho en el que rige el imperio de la Ley y la separación de poderes, los jueces deben aplicar las normas promulgadas por el legislativo sin pretender modificarlas con su propia interpretación.

En el caso de la Sala Civil del TSJAr, a la que le corresponde la función de crear la jurisprudencia foral aragonesa mediante las sentencias que dicta al resolver el recurso de casación, la reforma supuso la creación de una nueva doctrina jurisprudencial, que se caracterizó por los siguientes criterios exegéticos<sup>7</sup>:

1º. La custodia compartida de ambos progenitores es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca de ese interés del menor, en orden al pleno desarrollo de su personalidad, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin<sup>8</sup>.

En las numerosas sentencias dictadas siempre se ha valorado para conceder la custodia compartida que resulte acreditado que ambos progenitores están en condiciones de asumir la custodia en beneficio del menor.

Este criterio se corresponde con el apartado d) del artículo 80.2 CDFA que recoge, como uno de los elementos a valorar, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos. Y el legislador cuida de establecer que el juez podrá recabar los informes necesarios para adoptar la decisión más justa, atendiendo el interés superior del menor, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores<sup>9</sup>.

*«Pero en el caso de autos la prueba practicada, según ha sido valorada en las instancias procesales, y que no puede ser combatida en este recurso de naturaleza extraordinaria, muestra que el recurrente carece en la actualidad de esas aptitudes. Expresa la Audiencia Provincial que «el padre permanece sin trabajar, adoptando una actitud pasiva en todo lo referente al cuidado y atención de la menor»; y esta sencilla explicación es razón suficiente para excluir la custodia compartida en la forma solicitada, y atribuirle a la madre quien, por el contrario, ha adoptado una actitud comprometida con la atención de la hija y su educación» (Sentencia TSJAr, Sala Civil, de 30 de septiembre de 2011).*

---

7. Sentencias de la Sala Civil del TSJAr de 1 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TSJAR:2012:108) y 28 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:TSJAR:2012:1121), entre otras.

8. Sentencia TSJAr, Sala Civil, de 30 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TSJAR:2011:1694).

9. Sentencia TSJAr, Sala Civil, de 30 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TSJAR:2011:1694).

2º. El sistema no es rígido, salvo en un mandato que dirige al juez: tener en cuenta al decidir el superior interés del menor<sup>10</sup>. Este se configura como la piedra angular de las decisiones a adoptar en lo relativo a su atención y cuidado<sup>11</sup>.

Así resulta de los propios términos del artículo 76.2 CDFEA, conforme al cual «Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos». No podía ser de otro modo, por cuanto el Estado español ha ratificado la declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, cuyos artículos 2º y 3º, respectivamente, proclaman el interés superior del niño como preferente. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, también dota de supremacía al interés del menor en toda decisión que al respecto se adopte -artículos 2 y 11.2 a)-.

En definición del Tribunal Constitucional<sup>12</sup>, el interés del menor constituye «el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional».

Este es, por tanto, el criterio fundamental al que debe atenderse, al que luego haré una especial referencia en relación a su compatibilidad con la preferencia legal y la complejidad que plantea en el control casacional.

3º. Aunque el legislador establece la preferencia legal de la custodia compartida, el juez podrá acordar un sistema de custodia individual cuando éste resulte más conveniente para el menor, a cuyo efecto se habrán de evaluar los parámetros establecidos en el art. 80.2 CDFEA<sup>13</sup>.

Surge así un interrogante al que debemos responder. Si partimos de que el núcleo de la decisión sobre el sistema de guarda descansa en el interés del menor, puede parecer irrelevante que el legislador atribuya carácter preferente a la custodia compartida ya que, en definitiva, se aplicará aquella que mejor satisfaga el interés de los menores en el caso concreto.

La cuestión no es baladí, y la respuesta a esa duda es clara: el establecimiento de la preferencia legal sí tiene consecuencias.

El interés del menor se proyecta sobre los dos sistemas de custodia –compartida e individual- pero no los enfoca en el mismo plano. La regla general o punto de partida es la preferencia de la custodia compartida, por representar mejor el interés del menor en abstracto. Sólo si se demuestra que la individual satisface mejor en ese caso concreto dicho interés, será esta la que se aplicará.

---

10. Sentencias TSJAr, Sala Civil, de 13 de julio de 2011 (ECLI:ES:TSJAR:2011:1244) y 30 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TSJAR:2011:1694).

11. Sentencia TSJAr, Sala Civil, de 27 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TSJAR:2019:1403), en un asunto al que resulta de aplicación todavía la preferencia legal.

12. STC 141/2000, de 29 mayo.

13. Sentencia TSJAr, Sala Civil, de 15 de diciembre de 2011(ECLI:ES:TSJAR:2011:2082).

*«Sin embargo, no es éste exactamente el punto de partida de la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida pues, aunque reconoce teóricamente la preferencia legal de la custodia compartida, lo hace «siempre y cuando fuere ése el régimen más conveniente para el menor». Pero no es así porque la ley parte de que el interés del menor se consigue mejor con la custodia compartida, por lo que la custodia individual sólo se otorgará cuando se compruebe más conveniente. En eso consiste la preferencia, en que la regla sea la custodia compartida y la custodia individual sea la asignada si se demuestra más conveniente para el menor» (STSJAr de 15 de diciembre de 2011).*

A mi entender, este enfoque conlleva dos consecuencias. La primera que, una vez acreditado que ambos progenitores están capacitados para ostentar la guarda, corresponde a quien reclama la aplicación de la custodia individual probar que esta se ajusta mejor al interés del menor para que el juez la conceda<sup>14</sup>. La preferencia legal no es una presunción *iuris tantum*<sup>15</sup>, en cuanto, como hemos dicho, el hecho presunto –que la custodia compartida satisface mejor el interés del menor– no puede darse por válido sin más, sino que resulta necesario que se acredite que ambos progenitores tienen aptitud. Tampoco supone una modificación de las reglas de carga de la prueba, sino algo más sutil, que obliga al juzgador a prestar una especial atención a la prueba practicada para concluir que la custodia individual satisface mejor, en el caso enjuiciado, el interés del menor, y apartarse así de la preferencia legal por la custodia compartida.

*«En el presente caso recoge expresamente la sentencia del Juzgado que existen buenas relaciones entre los padres y que, según los testigos que depusieron en el acto del juicio, el padre podía utilizar la hora del desayuno para llevar a su hija al colegio y que la recogía en distintas ocasiones a la salida del mismo. Apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija, no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia de la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija» (STSJAr, Sala Civil, de 18 de abril de 2012)<sup>16</sup>.*

La segunda que, aun cuando todas las resoluciones deben ser motivadas<sup>17</sup>, existe un deber reforzado de argumentación de las razones por las que el juzgador se aparta de la preferencia legal para conceder la custodia individual<sup>18</sup>. Apartarse de la regla general exige una motivación más intensa, que explique las

14. Sentencia TSJAr, Sala Civil, de 18 de abril de 2012 (ECLI:ES:TSJAR:2012:463).

15. Las presunciones legales constituyen una ficción o suposición establecida por la ley en virtud de la cual se da por cierto o verdadero un hecho o afirmación sin necesidad de que sea acreditada su existencia o veracidad. En este sentido, tal como establece el art. 385.1 LEC, las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

16. Sentencia TSJAr, Sala Civil, de 18 de abril de 2012 (ECLI:ES:TSJAR:2012:463)

17. Así resulta de los artículos 120.3 CE y 218.2 LEC.

18. Sentencia TSJAr, Sala Civil, de 1 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TSJAR:2012:108).

razones, los factores concurrentes y las pruebas tomadas en consideración para concluir que la custodia individual satisface mejor el interés del menor.

Por último, cabe indicar que no puede confundirse la opción legislativa favorable a la custodia compartida con el interés del menor en el caso concreto. Este es un concepto jurídico indeterminado que es preciso concretar en cada caso, de modo que no resulta desconocido ni infringido cuando se concede la custodia individual por resultar más conveniente para el menor<sup>19</sup>. En modo alguno puede la parte que solicita la custodia compartida asimilar la preferencia legal con el interés del menor en el caso enjuiciado.

4º. En este contexto, la prueba adquiere un papel fundamental. Así, hemos señalado en nuestra doctrina que la adopción de la custodia individual exigirá una atenta valoración de la prueba que así lo acredite -la conveniencia para el menor- frente al criterio preferente de la custodia compartida en interés de los hijos menores<sup>20</sup>.

Entre la prueba a valorar destacan los informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas cualificados e independientes, a los que se refiere el artículo 80.3 CDFa y la opinión de los hijos menores, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración de los mayores de catorce años, tal como establece uno de los factores a valorar para decidir el sistema de guarda (apartado c) del artículo 80.2 CDFa)<sup>21</sup>. En este sentido, en la mayoría de los casos, la opinión de los hijos mayores de catorce años suele ser determinante para fijar el régimen de custodia y visitas.

*«La Audiencia Provincial ha explicado pormenorizadamente las razones por las que revoca, en el punto concerniente a la guarda y custodia de las menores, la decisión del Juez de Primera Instancia. Y lo hace fundada en la valoración de las pruebas periciales practicadas en autos, que son coincidentes en rechazar la custodia compartida aconsejando la individual a favor de la madre. Además valora pormenorizadamente la prueba practicada en la segunda instancia, por exploración de la menor que ha alcanzado los diez años de edad, y que se muestra favorable a la estancia con su madre. Dichas consideraciones probatorias, ampliamente motivadas, no son revisables en casación, por cuanto el objeto de este recurso extraordinario no es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba, que corresponde a las instancias procesales, sino determinar la recta aplicación del derecho sustantivo al caso de autos» (STSJA, Sala Civil, de 1 de febrero de 2012) <sup>22</sup>.*

19. Sentencia TSJA, Sala Civil, de 16 de junio de 2016 (ECLI:ES:TSJA:2016:461).

20. Sentencia TSJA, Sala Civil, de 15 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TSJA:2011:2082).

21. Sentencias TSJA, Sala Civil, de 18 de julio de 2013 (ECLI:ES:TSJA:2013:1026) y 17 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TSJA:2015:1227).

22. Sentencia TSJA, Sala Civil, de 1 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TSJA:2012:108).

## 4. SUPRESIÓN DEL RÉGIMEN DE PREFERENCIA LEGAL DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

### 4.1. Razones alegadas por el legislador para justificar la reforma

La principal razón alegada en el preámbulo de la reforma es la necesidad de que los jueces resuelvan sobre el régimen de custodia con arreglo, exclusivamente, al interés del menor, sin apriorismos, esto es, sin decantarse a priori por ninguno de los sistemas de custodia.

Esta idea se refuerza con algunos argumentos de autoridad, como la referencia a que ese es el criterio unánime de la Ponencia Especial de Estudio del Derecho Foral o que así lo entiende «la mayoría social», de la que consideran representativa la conclusión obtenida en el Encuentro de Jueces y Abogados de Familia que tuvo lugar en Madrid en octubre de 2015, organizado por el CGPJ, en el que se dijo que ninguna forma de custodia debe ser preferente.

También con la mención a las normas nacionales e internacionales que contemplan el interés del menor como principio prevalente para la adopción de las decisiones que les afecten, algo que, obviamente, ya contemplaba la regulación anterior. Y con la referencia de que «ninguna de las normativas actualmente vigentes en el Estado español que prevén la posibilidad de adoptar la custodia compartida como la individual generaliza o prejuzga qué clase de custodia debe adoptarse con carácter general, salvo excepciones». Esta referencia resulta muy discutible a tenor del contenido de las leyes catalana y vasca sobre la materia, a las que ya me he referido.

Los debates que se realizaron en las Cortes de Aragón tuvieron un contenido más político que jurídico. Entre los parlamentarios que intervinieron a favor de la reforma se argumentó que se obligaba al juez a fijar la custodia compartida de manera general (PSOE); que no se quería una custodia impuesta, obligatoria, sino que se analice cada caso sin apriorismos y que la custodia compartida impuesta o preferente es algo conservador que no apoya ninguna parte del movimiento feminista porque no contribuye a la igualdad, ni al bienestar de los hijos; también que constituye un espacio de generación de violencias machistas y de género (PODEMOS); que en las custodias compartidas impuestas se utiliza a los menores como arma arrojadiza o elemento de presión a la hora de abordar otro tipo de decisiones; y que no se ha aplicado en España por gobiernos con mayorías absolutas que enarbolan la custodia compartida como una ley progresista (GRUPO MIXTO).

Hay que decir que, a favor de la introducción de la preferencia de la custodia compartida votaron a favor todos los partidos políticos representados en las Cortes de Aragón, a excepción de Izquierda Unida, que se abstuvo. En 2019 varios de esos mismos partidos propusieron y votaron a favor de la ley que suprimía la preferencia legal.

### 4.2. ¿Era necesaria la reforma?

Como he señalado al inicio no es propósito de este trabajo valorar los aspectos positivos y negativos de los diferentes sistemas de guarda, ni mucho menos

ponderar si es mejor la custodia compartida o la individual en abstracto, sino, simplemente, poner de manifiesto los argumentos utilizados para modificar la norma y sus debilidades.

En este sentido, no me puedo resistir a preguntarme si era necesaria la reforma a la luz de los argumentos utilizados para el cambio.

Ya he expuesto con detalle que el elemento nuclear del artículo 80.2 CDFA, tal como ha sido interpretado en la jurisprudencia de la Sala Civil del TSJAr y aplicado por los órganos judiciales del territorio, ha sido el respeto al interés del menor.

La opción legislativa solo juega en abstracto, de manera que, cuando los jueces y tribunales tienen que elegir el sistema de guarda a falta de acuerdo entre los progenitores, deberán valorar si en el caso concreto esa opción legislativa sigue siendo la más adecuada o, por el contrario, la parte peticionaria justifica que la individual satisface mejor el interés del menor.

Por tanto, considero que no se ajusta a la realidad la afirmación de que la ley establecía la aplicación automática o generalizada de la custodia compartida por los jueces.

Por lo que se refiere al argumento de que la preferencia de la custodia compartida perjudica la posición negociadora de la mujer, en tanto la parte contraria puede amenazar con solicitarla y así presionar en la negociación de las otras medidas, es un argumento, a mi entender, endeble. La utilización de la expectativa de obtención de la custodia compartida en las negociaciones de un proceso de ruptura deriva del propio hecho de existir la custodia compartida como una de las formas de guarda, no de que sea preferente. De este modo, tras la reforma, es perfectamente posible conceder la custodia compartida en caso de falta de acuerdo si lo solicita alguno de los progenitores y el órgano judicial entiende que satisface mejor el interés del menor, de forma que esa posibilidad también podría ser utilizada hoy por alguno de los cónyuges –preferentemente por el hombre– al negociar las condiciones económicas. La utilización de este argumento se sustenta, más bien, en la idea equivocada, tal como se ha expuesto, de que la concesión de la custodia compartida era generalizada o automática.

En cuanto al argumento de los perjuicios para los menores, centrados, fundamentalmente, en que la residencia alterna puede generar problemas psicológicos, es de parte, es decir, existen argumentos a favor y en contra de la custodia compartida que se utilizan por los partidarios o detractores de la misma<sup>23</sup>.

En contra de la reforma se pronunció con claridad el Justicia de Aragón, el magistrado Ángel Dolado, que ha ejercido durante varios años como magistrado de familia. También destacados juristas de la UNIZAR, como los catedráticos Carmen Bayod y José Antonio Serrano. A favor de la reforma también hubo pronunciamientos de calidad, como los de la profesora de derecho civil Aurora López Azcona y la catedrática de filosofía del Derecho Teresa Picontó, ambas de la UNIZAR. Todos ellos con argumentos de peso.

---

23. A. LANGA MUELA: «Custodia compartida en Aragón», Beca 2011-2012 del Justicia de Aragón para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés; págs. 49 y ss.

### 4.3. Jurisprudencia de la Sala Civil del TSJAr tras la reforma

Como la reforma conlleva dos modificaciones: la supresión de la preferencia legal otorgada a la custodia compartida y la introducción de un nuevo factor a valorar, me referiré por separado a ambas.

#### Supresión de la preferencia legal.

Tras conocer la doctrina anterior a la reforma, resulta sencillo explicar qué ha supuesto la supresión de la preferencia legal de la custodia compartida en la doctrina jurisprudencial de la Sala Civil del TSJAr.

La piedra angular del sistema, el interés del menor, que debe guiar toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad (artículo 76.2 CDFA), incluidas las decisiones sobre el régimen de guarda (artículo 80.2 CDFA), en nada difiere de una a otra regulación<sup>24</sup>.

La diferencia se encuentra en que ya no hay opción legislativa que considere que uno de los sistemas de custodia –la compartida– resulta más conveniente, en abstracto, para los menores. En el ámbito judicial esto supone que la acreditación de la concurrencia del interés del menor se proyecta de igual manera sobre ambas custodias, que se encuentran en la misma posición de partida. Ya no se exige ni una mayor atención del juzgador a la prueba practicada para conceder la custodia individual, ni el juez tiene una obligación reforzada de motivar la concesión de la custodia individual.

En realidad, no se trata de un cambio muy relevante en la actuación de los tribunales, en particular de la primera y segunda instancia, en las que tanto ahora como antes resulta necesario atender al caso concreto para valorar el interés del menor. Lo es más en el ámbito del control casacional que ejerce la Sala Civil del TSJAr.

Esta es una cuestión de carácter técnico, para cuya comprensión resulta conveniente explicar las funciones de la primera y segunda instancia y diferenciarlas del recurso de casación en el ámbito de esta concreta materia.

El órgano judicial de primera instancia decide, con arreglo a las pruebas practicadas y a los criterios que se han expuesto, si en el caso enjuiciado procede otorgar la custodia compartida o la individual por convenir mejor a los hijos menores, motivándolo adecuadamente. Y lo mismo cabe decir de la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación que se haya interpuesto contra la sentencia de primera instancia. En este sentido, el tribunal de apelación (segunda instancia) tiene las más amplias facultades para la revisión de todo lo actuado, con los únicos límites de no empeorar la situación del recurrente respecto de la fijada por la sentencia que recurre (*reformatio in peius*) y la imposibilidad de conocer o decidir los extremos que hayan sido consentidos

---

24. Sentencia TSJAr, Sala Civil, de 15 de enero de 2020 (ECLI:ES:TSJAR:2020:4).

por las partes y que no hayan sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*)<sup>25</sup>.

Sin embargo, el recurso de casación no es una tercera instancia, sino que tiene una función unificadora de la aplicación de las normas jurídicas por los tribunales y nomofiláctica o de defensa de la ley, juntamente con la defensa del derecho del litigante a la resolución de su pretensión por el tribunal, mediante el examen de este recurso de naturaleza extraordinaria, que ha de fundarse, en todo caso, en la infracción de la ley sustantiva.

El Tribunal Supremo ha venido entendiendo que la fijación de los hechos que determinan en cada caso concreto cuál es el interés del menor es algo que corresponde a las instancias, de manera que se trata de una facultad discrecional del juzgador frente a la que no cabe impugnación casacional, salvo que en las actuaciones figuren «esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa». Por el contrario, valorar si se ha aplicado correctamente o no la norma que obliga a supeditar la decisión al interés del menor –en nuestro caso el artículo 80.2 CDFA- sí es susceptible de control casacional<sup>26</sup>.

En conclusión, la actuación de la Sala Civil del TSJAr al conocer del recurso de casación se encuentra constreñida a la valoración de la razonabilidad y coherencia de la decisión tomada en la instancia, con arreglo a los hechos declarados probados. Solo si ese razonamiento sobre cuál es el interés del menor resulta arbitrario, ilógico o erróneo puede ser sustituido por el tribunal de casación<sup>27</sup>. Como vemos, el tribunal de casación se encuentra más limitado en su decisión que los tribunales de las instancias.

No obstante, en ocasiones esta doctrina a la que acabo de referirme resulta más fácil de enunciar que de aplicar. En parte, porque la conceptualización de una argumentación como arbitraria, ilógica o errónea es muchas veces discutible y, en otra parte, porque en esta materia deslindar lo fáctico de lo jurídico no es tarea sencilla<sup>28</sup>.

Al desaparecer de la norma (artículo 80.2 CDFA) la preferencia legal de la custodia compartida, ya no es posible alegar con éxito la infracción del precepto por no respetar dicha preferencia, con lo que el ámbito de análisis del tribunal se reduce, de manera que ya no puede revisar si la justificación de que la custodia individual es más conveniente en el caso enjuiciado resulta suficiente<sup>29</sup>, y queda

---

25. Sentencia del TS, Sala Civil, de 25 de marzo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1497).

26. Sentencias del TS, Sala Civil, de 28 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:5707) y 31 de enero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:373), entre otras.

27. Sentencia TSJAr de 1 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TSJAR:2012:108).

28. Para comprender mejor la complejidad del control casacional en esta materia, resulta de interés leer las sentencias del TSJAr que cuentan con votos particulares, entre ellas mencionaré las de 18 de julio de 2013 (ECLI:ES:TSJAR:2013:1026) y 17 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TSJAR:2014:158).

29. No obstante, los límites del control casacional de la justificación de que la custodia individual resulta más favorable para el interés del menor, fueron objeto de discusión en la propia Sala Civil del

limitado a verificar si la Audiencia Provincial ha razonado coherentemente la elección de uno u otro sistema de custodia en función del interés del menor.

El siguiente ejemplo de motivación de una sentencia de casación puede ser un ejemplo del control que la Sala Civil del TSJAr podía ejercer tras la reforma de 2010 y que desde la modificación de 2019 le está vedado.

*«En el presente caso recoge expresamente la sentencia del Juzgado que existen buenas relaciones entre los padres y que, según los testigos que depusieron en el acto del juicio, el padre podía utilizar la hora del desayuno para llevar a su hija al colegio y que la recogía en distintas ocasiones a la salida del mismo. Apreciada la aptitud del padre, y su evidente voluntad de poder participar de manera más amplia en el cuidado y educación de su hija, no se ha practicado prueba que permita contrariar el criterio legal de preferencia de la custodia compartida, como expresión del mejor interés de la hija» (STSJAr, Sala Civil, de 18 de abril de 2012)<sup>30</sup>.*

En todo caso, la reforma no establece ningún obstáculo a la concesión de la custodia compartida, que ahora se sitúa en el mismo punto de partida que la individual<sup>31</sup>. Un efecto asociado a la modificación legal es que ha generado una reducción del número de recursos presentados ante la Sala Civil del TSJAr en esta materia, situación a la que se hará referencia posteriormente.

#### Introducción de un nuevo factor de valoración.

La reforma introduce un nuevo factor: «La dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia».

El preámbulo de la ley de 2019 se limita a señalar que se introduce como una «garantía de cuidados en el futuro de los y las menores». Esta breve referencia sigue la senda de uno de los argumentos utilizados por los detractores de la custodia compartida, que alegan su inconveniencia para los menores cuando solo uno de los progenitores –normalmente la madre- ha asumido el papel de cuidador/a, de manera que el otro que desconoce las pautas y rutinas cotidianas del menor acordes con su edad y necesidades.

Este es un argumento discutido por el sector doctrinal que apoya los beneficios de la custodia compartida, sobre todo porque petrifica los roles sociales y familiares en perjuicio de la mujer y su desarrollo profesional y personal.

Su introducción no ha significado ningún cambio importante en la doctrina de la Sala, que lo valorará como un factor más a considerar con el resto, en aten-

---

TSJAr, lo que generó algún voto particular discrepante con la doctrina mayoritaria. Es el caso, entre otros, del voto particular de la STSJAr de 30 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TSJAR:2013:1631).

30. Sentencia TSJAr, Sala Civil, de 18 de abril de 2012 (ECLI:ES:TSJAR:2012:463)

31. Sentencia del TSJAr, Sala Civil, de 14 de julio de 2021 (ECLI:ES:TSJAR:2021:639). En esta sentencia la Sala casa la sentencia de la Audiencia Provincial para conceder la custodia compartida, confirmando la decisión del Juzgado de Primera Instancia.

ción a su incidencia en el caso concreto. En este sentido, es doctrina pacífica de la Sala que estos factores no constituyen un *numerus clausus* a tenor del apartado g) del precepto, conforme al cual se incluye «Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia» y que, entre ellos, no existe ninguna ordenación en razón de su importancia y preferencia<sup>32</sup>.

## 5. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA REFORMA QUE SUPRIME LA PREFERENCIA LEGAL

1. En mi opinión, la reforma legal no ha afectado a la importancia, cada vez mayor, que tiene la custodia compartida como régimen de guarda y la que está llamada a tener en el futuro.

Bastan unos datos del último año completo (2022) para verificar que en la actualidad la compartida es el modelo de custodia que mayoritariamente se adopta entre los progenitores que rompen su relación. Este crecimiento de las custodias compartidas frente a las individuales ha ido en aumento en esta última década (comparativa con datos de 2009)<sup>33</sup>.

2009	TOTAL	PADRE	MADRE	COMPARTIDA	%
ESPAÑA	52.012	2.918	44.048	5.046	9,70
ZARAGOZA					11,79
HUESCA					4,97
TERUEL					4,05
2022	TOTAL	PADRE	MADRE	COMPARTIDA	%
ESPAÑA	40.547	1.434	20.580	18.533	45,71
ZARAGOZA	947	31	364	552	58,29
HUESCA	173	8	72	93	53,76
TERUEL	99	9	47	43	43,43

También los datos extraídos del Instituto Aragonés de Estadística ponen de manifiesto esta misma conclusión. Así, en el año 2022, el 56,5% de los casos de separación y divorcio de mutuo acuerdo entre cónyuges de diferente sexo la custodia de los hijos fue compartida. Y en 2021 fue del 51,9%.

CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN	Progenitores de diferente sexo
2021	51,9%
2022	56,5%

32. Sentencia del TSJAr, Sala Civil, de 4 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TSJAR:2023:1118).

33. Datos obtenidos de AEAFA (Asociación Española de Abogados de Familia).

En el caso de separaciones y divorcios de personas del mismo sexo, los datos nacionales también ponen de manifiesto la preferencia por la custodia compartida, que se acordó o concedió en un 67,2% de los casos.

<b>2022</b> <b>CUSTODIA COMPARTIDA EN ESPAÑA</b>	Progenitores de diferente sexo	Progenitores del mismo sexo
Mutuo acuerdo	51,1%	67,2%
Litigiosos	25,4%	

2. Este crecimiento de la custodia compartida, a mi entender, no tiene tanto que ver con las reformas legislativas ni con la creación de una doctrina jurisprudencial favorable, sino con la evolución del contexto socio-laboral en el que se desenvuelven las familias, en el que ambos progenitores trabajan. Este hecho, unido a una mayor distribución de los roles de cuidado de los hijos y la necesidad de conciliación de la vida familiar y laboral, conducen a que los progenitores opten por este sistema en las rupturas de mutuo acuerdo, aunque, en muchas ocasiones, necesiten contar con otros apoyos familiares, especialmente con los abuelos.

Cuando se trata de rupturas litigiosas el porcentaje de concesión por los jueces de la custodia compartida se reduce. Esto resulta lógico, ya que la existencia de un conflicto entre los progenitores, si bien no impide la custodia compartida, la dificulta<sup>34</sup>.

3. La mayor influencia de la reforma que suprime la custodia compartida la encontramos, como ya he indicado, en el control casacional.

La entrada en vigor de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, que regulaba la custodia compartida como régimen legal preferente frente a la custodia individual, incrementó en gran medida la interposición de recursos de casación. Tras la supresión de la preferencia legal por la Ley 6/2019, de 21 de marzo el número de recursos de casación se ha reducido mucho, seguramente al entender los recurrentes que ya no pueden hacer valer la preferencia legal de la custodia compartida.

<b>ANUALIDADES</b>	<b>TOTAL CASACIONES</b>	<b>CONCESIÓN CUSTODIA COMPARTIDA</b>	<b>CONCESIÓN CUSTODIA INDIVIDUAL</b>
<b>2011/2019</b>	104	52	52
<b>2019/2023</b>	11	1	10

34. Sentencia TSJAR, Sala Civil, de 18 de julio de 2013 (ECLI:ES:TSJAR:2013:1026).

Las perspectivas de futuro auguran que la custodia compartida será el sistema mayoritario de guarda en las rupturas de mutuo acuerdo. En los procesos contenciosos, en los que se resuelven casos concretos, ese incremento no será tan evidente, pero intuyo que tenderán a igualarse la custodia compartida con la individual, para acabar superándola conforme vaya existiendo una mayor equiparación de roles entre ambos sexos.

Como los encuentros del Foro de derecho aragonés van a seguir su andadura, dentro de unos años será un buen momento para volver a reflexionar sobre el estado de la cuestión.

**SOBRE EL ARTÍCULO 80.6  
DEL CÓDIGO DE DERECHO FORAL ARAGONÉS.  
BREVE ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD**

JUAN BARATECH IBÁÑEZ  
Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Huesca

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.– 2. SITUACIÓN ACTUAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN.– 3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 16 DE ZARAGOZA, EN EL PROCEDIMIENTO FAMILIA, GUARDA Y CUSTODIA NÚM. 607/2020.– 4. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL, AUTO 11/01/2023, EN RECURSO DE CASACIÓN PROCEDENTE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA POR VULNERACIÓN DE LOS ARTS. 10.1 CE, RELATIVO AL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, 8 CEDH, QUE PROTEGE LA VIDA FAMILIAR, 39, APARTADOS 1, 2 Y 4 CE. INFORME DEL MINISTERIO FISCAL.– 5. ANÁLISIS DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 5570-2021. SENTENCIA 106/2022, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022.

## **1. INTRODUCCIÓN**

Es objeto del presente estudio el artículo 80.6 del Código de Derecho Foral Aragonés, que establece la no procedencia de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando exista un proceso penal iniciado por atentar contra el otro progenitor o los hijos o existan indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Al respecto fue planteada cuestión de inconstitucionalidad número 5636-2021 por la Ilma. Sra. Magistrada titular del Juzgado de Familia número de 16 de Zaragoza, contra el artículo 80.6 de Código Foral Aragonés en relación con los artículos 10.1 y 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución Española.

En parecidos términos, fue planteada cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 92.7 CC por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en auto 11/01/2023, en recurso de casación procedente de la Audiencia Provincial de

Palma de Mallorca por vulneración de los arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad, 8 CEDH, que protege la vida familiar, 39, apartados 1, 2 y 4 CE, que consagra el principio del interés superior del menor, como igualmente hace el art. 3.1 de la Convención de los derechos del Niño.

Según las distintas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, tanto el art. 80.6 del CDFA, como el 92.7 del CC impedirían la valoración de las concretas circunstancias concurrentes y vedarían, en cualquier caso, la opción de acordar una custodia compartida, sin la posibilidad del juego del **principio de proporcionalidad y del interés superior del niño o de la niña**, reputado como bien constitucional y de orden público por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La doctrina del TC, ha venido reconociendo la dimensión constitucional de la guarda y custodia y del derecho de visitas, comunicaciones y estancias, desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE).

De este modo, es doctrina constitucional que cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de *ius cogens*, que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2) reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos» (STC 185/2012, FJ 4).

En consecuencia, tanto la guarda y custodia, como la regulación del régimen de estancias, comunicaciones y visitas, exista o no acuerdo parental, como su aplicación por los órganos judiciales y por los poderes públicos, deben estar presididas por la **protección del interés superior del menor**.

Así, constituye doctrina consolidada del TC que en materia de **relaciones paternofiliales** (entre las que se encuentra lo relativo al régimen de guarda y custodia de los menores por sus progenitores, como es el caso que nos ocupa), el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del **interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable** (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7)» (STC 176/2008, FJ 6).

El Tribunal Constitucional afirma que «el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y **obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor**.

Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de este.

En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada» (STC 176/2008, FJ 6).

Para analizar el tema propuesto, a efectos expositivos, tomaremos como modelos:

1. La **cuestión de inconstitucionalidad número 5636-2021** planteada por la Ilma. Sra. Magistrada titular del juzgado de Familia número de 16 de Zaragoza, contra el **artículo 80.6 de Código Foral Aragonés por en relación con los artículos 10.1 y 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución Española.**

2. La **cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en auto 11/01/2023**, dictado en recurso de casación procedente de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca por vulneración de los **arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad, 8 CEDH, que protege la vida familiar, 39, apartados 1, 2 y 4 CE**, que consagra el principio del interés superior del menor, como igualmente hace el **art. 3.1 de la Convención de los derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** en relación con el art. 10.2 CE.

3. Y por último. el **recurso de inconstitucionalidad núm. 5570-2021**, interpuesto en la anterior legislatura por cincuenta y dos diputados de Grupo Parlamentario en el Congreso de los Diputados contra el artículo 2.10 de la Ley 18/2021, en la redacción **que efectúa al art. 94 párrafo cuarto del Código civil (CC), por vulnerar los artículos 24, 117.3, 122 y 9.3 CE e inconstitucionalidad del artículo 2.19 de la misma ley, en la redacción que confiere al artículo 156 párrafo segundo CC, por vulneración del artículo 117 CE en relación con el artículo 39 CE. el artículo 2, apartados décimo y decimonoveno, de la Ley 8/2021, de 2 de junio.**

La supuesta inconstitucionalidad del **art. 92.7** ha sido planteada, también, entre otros, en cuestión de inconstitucionalidad núm. 4701-2020, promovida por el **Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera**, en relación con el art. 92.7 en su inciso primero del Código civil, **por posible vulneración del principio del interés superior del menor (art. 39.2 y 4 CE), del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), del derecho a la vida familiar (arts. 10.1 y 39.1 CE, en relación con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), y el derecho a la vida privada (art. 10.1 CE en relación con el art. 8 del Convenio).** No obstante, en este caso, la cuestión fue inadmitida a trámite por insuficiencia del juicio de relevancia realizado por el órgano que plantea la cuestión. Así, el Tribunal viene declarando que el juicio de relevancia ha de ser entendido como el «esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada», de forma que la ausencia o falta de consistencia de este esquema argumental, determina la inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad por **falta de relevancia**, pues en otro caso al

**Tribunal «no le corresponde sustituir o rectificar el criterio del órgano judicial al respecto»** (STC 44/2019, de 27 de marzo, FJ 2, entre otras muchas).

Otro procedimiento semejante, también inadmitido por falta aplicabilidad y relevancia, fue el planteado y registrado en el Tribunal Constitucional el día 12 de julio de 2022, por el **Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Barcelona en procedimiento de modificación de medidas definitivas núm. 142/2021** Sección 4ª, el Auto de 21 de junio de 2022, por el que se acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con los **arts. 233-11, apartados. 3 y 4, y 236-5, apartados, 3 y 4, del Libro II del Código Civil de Cataluña**, relativo a la persona y la familia, aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, en la redacción dada por el Decreto-ley 26/2021, de 30 de noviembre. La novedad de esta cuestión de inconstitucionalidad radicaría en el problema que suscitan los apartados 3 y 4 del art. 236-5 del Código Civil catalán, al prever la **suspensión de las relaciones personales entre progenitores e hijos**. Sin embargo, respecto de estos preceptos el auto de planteamiento no satisfizo debidamente la carga de realizar **los juicios de aplicabilidad y relevancia, por posible vulneración del derecho de igualdad (art. 14 CE), y del derecho de defensa, derecho a un proceso justo con todas las garantías y derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE)**.

De los procedimientos anteriormente mencionados, a fecha de hoy, se ha dictado **sentencia nº 106/2022, de 13 de septiembre de 2022 desestimatoria en el recurso de inconstitucionalidad 5570-2021** y en la que junto al principio de **protección del interés superior del menor**, se analizan los principios de **seguridad jurídica, protección de la infancia y de la familia, exclusividad jurisdiccional y derecho a la tutela judicial efectiva**. Dicha sentencia confirma la constitucionalidad de los preceptos legales que excluyen el establecimiento de un régimen de visita o estancia para el progenitor incurso en proceso penal o respecto del cual existan indicios fundados de violencia doméstica o de género. Todo ello en los términos y con las precisiones que posteriormente exponaremos.

## 2. SITUACIÓN ACTUAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN

Según el preámbulo de **Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (derogada por el CDFEA)** las ventajas de la custodia compartida son evidentes. Así, señalaba dicha ley, que la custodia compartida se fundamentaba en la conjugación de dos derechos básicos: Por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar. Así, ambos padres se implicaban de manera efectiva en todos los aspectos de la educación y desarrollo de los hijos y se reducía la litigiosidad.

No obstante, la **Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del CDFEA en materia de custodia**, realiza un cambio de paradigma. Así, la **Ponencia Especial de Estudio del Derecho Foral**, habiendo tratado la aplicación del sistema de

custodia compartida existente en Aragón mantuvo, como **criterio unánime**, que el interés que debía regir el régimen de custodia y convivencia con los progenitores en caso de separación era, esencialmente, el interés de los y las menores.

Este principio, además, estaba expresamente contemplado en el **artículo 76.2 del Código del Derecho Foral de Aragón**, en coherencia con la Ley 12/2001, de 3 de julio, de la infancia y la adolescencia de Aragón; en las Convenciones de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; en la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo; **la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley de 26/2015, de 28 de julio**, y en la sentencia del Tribunal Constitucional del 29 de mayo de 2000 (STC 141/2000), entre otras.

La legislación antes mencionada recogía en su articulado que «**Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado**».

Por ello, es lógico pensar que el interés de los y las menores debe **examinarse e integrarse en cada caso concreto, sin apriorismos, para cumplir con el principio de orden público** y un mandato que es ineludible.

De este modo, en caso de ruptura de la convivencia de los progenitores y a falta de acuerdo entre ellos sobre la custodia de sus descendientes, los tribunales deben decidir sobre el régimen de custodia, y deben hacerlo atendiendo única y exclusivamente al beneficio de los menores, al superior interés del menor, sin que parezca conveniente que el legislador preestablezca con carácter general o preferente lo que solo debe ser el resultado del análisis de los factores que se contienen en el apartado 2 del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón.

De hecho, ninguna de las normativas actualmente vigentes en el Estado español que prevén la posibilidad de adoptar la custodia compartida, como la individual, **generaliza o prejuzga, qué clase de custodia debe adoptarse con carácter general**, salvo excepciones.

Por el contrario, todas ellas prevén que sea el juzgador o el tribunal el que, en cada caso, debe resolver lo que sea más beneficioso para el menor, atendiendo a las circunstancias concurrentes y entendiendo algunas de ellas que la custodia compartida es un objetivo a conseguir como resultado del ejercicio de corresponsabilidad en el cuidado de los descendientes durante la convivencia.

Cierto que el interés del menor es un **concepto jurídico indeterminado**, pero el artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, modificado por la Ley 26/2015, ha establecido unos criterios generales que deben tenerse en cuenta para la interpretación, en cada caso, de que sea lo más beneficioso o que represente el interés del menor, de manera que el tribunal debe resolver, **con el margen de discrecionalidad necesario y con arreglo a las normas de la sana crítica**, lo que sea más beneficioso para los y las menores en cada asunto que le sea sometido a decisión.

Así lo entiende también la mayoría social y, de hecho, el encuentro de Jueces y Abogados de Familia que tuvo lugar en Madrid en octubre de 2015, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, concluyó a este respecto lo siguiente: **«La guarda y custodia compartida se otorgará en función del interés del menor en cada caso concreto. Ninguna forma de custodia debe ser preferente».**

Sin embargo, en Aragón, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, pionera en esta materia, previó la adopción con **carácter preferente de la custodia compartida en caso de ruptura** y en el supuesto de desacuerdo de los progenitores al respecto. Dicho contenido fue incorporado al artículo 80.2 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, lo que claramente contravenía lo explicado anteriormente. Así mismo, tampoco se incluyó la dedicación anterior a los cuidados de los y las menores como un elemento de análisis a la hora de determinar el régimen de custodia, cuando sí que se incluyó en otras legislaciones y supone, sin ninguna duda, una garantía de cuidados en el futuro de los y las menores.

Es por ello, por lo que la **Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del CDFA en materia de custodia**, realiza un cambio de paradigma

Recordemos el contenido del vigente art. 80. 6. del CDFA, el cual establece:

**«No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual, ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».**

Por su parte, el vigente art. 92.7 del CC establece:

**«Que no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».**

Por su parte, el vigente art. 94, párrafos 4º y 5º del CC establecen:

**«No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá**

establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior».

### 3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 16 DE ZARAGOZA, EN EL PROCEDIMIENTO FAMILIA, GUARDA Y CUSTODIA NÚM. 607/2020

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de octubre de 2021, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 5636-2021 planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, en el procedimiento Familia, Guarda y Custodia núm. 607/2020, en relación con el **apartado 6 del artículo 80 del Código de Derecho Foral de Aragón, en relación con los artículos 10.1 y 39.1, 39.2 y 39.4 de la Constitución Española y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 c) LOTC.**

Según el auto de la magistrada, la cuestión venía planteada por las **serias y profundas dudas** suscitadas a la hora de decidir sobre las medidas a adoptar sobre la guarda y custodia de los hijos, menores de edad, de una pareja en proceso de ruptura, dado que su aplicación podría suponer una **clara colisión con el interés y el beneficio superior de los menores y en consecuencia con preceptos constitucionales.**

Así, las dudas surgieron al tener que resolver sobre las medidas a adoptar en demanda de guarda y custodia de los dos hijos, solicitando la progenitora la guarda y custodia para ella, en tanto que el progenitor solicitaba custodia compartida, pese a la existencia en uno de los progenitores de un **procedimiento de violencia doméstica** por lo que, en aplicación del artículo 80.6 del Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA), no se le podía atribuir la guardia y custodia, ni individual ni compartida. Dadas las **circunstancias y situación laboral de cada uno de los progenitores y la disponibilidad horaria de cada uno de ellos para atender a las necesidades de sus hijos**, la magistrada valoraba que la aplicación, del CDFA podía suponer una clara colisión con el interés y el beneficio superior de los menores y en consecuencia con preceptos constitucionales y en su virtud con derechos de los mismos recogidos en la Constitución, añadiendo que la aplicación automática y taxativa del mencionado artículo del Derecho Foral constriñe al juzgador a decidir sin ninguna otra consideración (de toda prueba y valoración que no podría ser tenida en cuenta) lo que puede causar un importante perjuicio a los hijos con lo que la finalidad sería la contraria a lo recogido en el texto constitucional.

Añade otro argumento más a su fundamentación y es que el **artículo 76-2** del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de CDFA el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, establece que: **«Toda decisión, resolución o medida que afecte a los hijos menores de edad se adoptará en atención al beneficio e interés de los mismos» y concluye «lo que en principio, podría no garantizarse con la aplicación automática del apartado 6 del artículo 80».**

Sobre el auto de la Magistrada y en relación al juicio de admisibilidad de la cuestión, **el Ministerio Fiscal informó en fecha 21 de abril de 2021**, considerando que concurrían tanto el juicio de relevancia, como los iniciales requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, para que el Juzgado de 1ª Instancia nº 16 de Zaragoza, pudiera plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del art. 35.2 LOTC. Así, señalaba el MF que **«una de las más esenciales condiciones procesales de admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad, es la garantía de que su planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad de las leyes, por no versar la cuestión sobre la norma de cuya validez depende el fallo, único objeto posible de este tipo de procedimientos»** (STC 20112011, de 13 de diciembre, FJ 2, por todas), siendo a los Jueces y Tribunales ordinarios que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad a quienes, en principio, corresponde comprobar y exteriorizar la existencia del llamado **juicio de relevancia**, no estando justificado tal principio cuando **«sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos, se desprenda que no existe nexo causal entre la validez de los preceptos legales cuestionados y la decisión a adoptar en el proceso a quo».** (STC 67/2002, de 21 de marzo de 2002).

La exigencia de justificar **«en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión»**, estaba perfectamente cumplida y exteriorizada, en el presente caso ya que el art. 80.6 del Código de Derecho Foral Aragonés, resultaría de necesaria aplicación para resolver el proceso a quo, al depender de esta norma el sentido del fallo de la sentencia.

#### **4. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL, AUTO 11/01/2023, EN RECURSO DE CASACIÓN PROCEDENTE DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA POR VULNERACIÓN DE LOS ARTS. 10.1 CE, RELATIVO AL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, 8 CEDH, QUE PROTEGE LA VIDA FAMILIAR, 39, APARTADOS 1, 2 Y 4 CE**

Según nuestro más alto Tribunal, el planteamiento de la cuestión se fundamenta en la posible colisión del art. 92.7 del CC, con los siguientes preceptos de rango constitucional: **arts. 10.1 CE, relativo al derecho al libre desarrollo de la personalidad, 8 CEDH, que protege la vida familiar, 39, apartados 1, 2 y 4 CE**

**Sobre el alcance del art. 39 CE.**

En la STC 106/2022, de 13 de septiembre (FJ 2), se ha reconocido la dimensión constitucional del derecho de visitas, comunicaciones y estancias con los hijos, desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia del art. 39. 2 CE, al proclamar que es doctrina constitucional la que considera que: «[...] cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens, que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2) reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos» ( STC 185/2012, FJ 4). **En consecuencia, tanto la regulación de la guarda y custodia, como del régimen de estancias, comunicaciones y visitas, exista o no acuerdo parental, como su aplicación por los órganos judiciales y por los poderes públicos, deben estar presididas por la protección del interés superior del menor.**

Por otra parte, el art. 39.4 CE dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». El Tribunal Constitucional viene insistiendo, también, en la necesidad de que «todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el art. 39 CE y atiendan de un modo preferente a la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público» (SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2).

**Sobre el interés superior del menor reconocido por los tratados internacionales suscritos por España.**

Este interés superior del menor se encuentra reconocido en distintos tratados internacionales suscritos por España, lo que, de acuerdo con el art. 10.2 CE, se conecta con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5 y 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2).

En este sentido, la **STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 5**, señala que: «[...] los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento ex art. 10.2 CE y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (art. 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa».

Pues bien, dentro de este marco tuitivo, **la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989**, consagra el «interés superior del menor» como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial» por los Estados parte. Así, el **art. 3.1** de la indicada Convención establece que: «[...] en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social,

los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Por su parte, en el **artículo 9.3** se establece que: «[...] los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño».

Y en el **art. 19.2** establece que: «[...] los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

Nuevamente como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

Por su parte, la **Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea** norma que el «interés superior del menor» es «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones, y, en su artículo 24, proclama el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

El art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos Este precepto señala que:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.«2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

En la STC 106/2022, de 13 de septiembre (FJ 2), se hace una exposición de la **jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la interpretación del art. 8 del Convenio de 1950**, en los términos siguientes: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la interpretación del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), ha indicado que «para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar» ( SSTEDH de 16 de septiembre de 1999, asunto Buscemi c. Italia, § 53; de 3 de mayo de 2011, asunto Saleck Bardi c. España, § 50, y de 5 de noviembre de 2009, asunto R.M.S. c. España, § 68) y cualquier injerencia en la

vida familiar debe estar «prevista en la ley», y que «sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás». La «desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez» ( STEDH de 13 de julio de 2000, asunto Scozzari y Giunta c. Italia, § 148). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en numerosas ocasiones que «el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas» ( SSTEDH de 22 de junio de 1989, asunto Eriksson c. Suecia, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto Olsson c. Suecia, § 90)».

De todo ello resulta que el interés superior del menor en la jurisprudencia es un interés primordial, bien constitucional y de orden público. En este sentido, las SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3; 81/2021, de 19 de abril, FJ 2, y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2, subrayan que **«el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos»**.

El interés del menor se ha considerado incluso como bien constitucional, lo suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales (SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 7; 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2), **toda vez que ha de prevalecer, en el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en conflicto**.

Desde esta perspectiva, «toda interpretación de las normas que procuran el equilibrio entre derechos, cuando se trata de menores de edad, debe basarse en asegurar el interés superior del menor» ( STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4). La expresión **«consideración primordial» significa, por consiguiente, que dicho principio no está al mismo nivel que el de los otros intereses concurrentes, sino superior**.

La STC 77/2018, de 5 de julio, FJ 2, lo identifica como norma de derecho imperativo, al proclamar que es doctrina constitucional que «cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens que la STC 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2), reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el artículo 39.2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos» ( STC 185/2012, FJ 4).

De igual forma, se pronuncia la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en las SSTS 258/2011, de 25 de abril, 823/2012, de 31 de enero de 2013 y 569/2016, de 28 de septiembre, que afirman que **«la protección del interés del menor constituye**

**una cuestión de orden público».** O más recientemente, la STS 251/2018, de 25 de abril, insiste en tal concepción: «El interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental [...] Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses».

El interés superior del niño obliga pues a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego, que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada ( SSTC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6, y 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6). Únicamente, en los supuestos en los que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir ( SSTS de 26 de noviembre de 2015, rec. 36 de 2015; de 27 de octubre de 2015, rec. 2664 de 2014; 319/2016, de 13 de mayo y 438/2021, de 22 de junio entre otras).

### **El derecho al libre desarrollo de la personalidad**

Los niños son titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica, y como tales indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos ( STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 5). El art. 2.2, apartados d) y e) de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, establece como manifestaciones del interés superior del menor «promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad»; «minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro»; así como la «preparación del tránsito a la edad adulta e independiente».

Difícilmente, cabe rebatir que la infancia conforma un periodo fundamental en el devenir de las personas, de ahí la importancia que alcanza contar con un adecuado sistema jurídico de protección con raíces constitucionales en el art. 10.1 de la Carta Magna, en cuanto reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, en el art. 39 CE, que proclama la protección integral de los hijos.

La circunstancia de que los niños y niñas no puedan, por razón de su edad y falta de madurez, defenderse por sí mismos, ni velar por sus intereses, determina que la ley transfiera tal función a las instituciones públicas y privadas para garantizar que aquellos sean debidamente respetados.

### **Por último, sobre el juicio de proporcionalidad**

La circunstancia de que una norma legal afecte a un derecho fundamental no significa que sea inconstitucional. Sólo lo será si esa incidencia en los derechos o principios constitucionales **se manifiesta como desproporcionada**. El enjuiciamiento de la proporcionalidad de una medida legislativa, como presupuesto de constitucionalidad, se articula en dos fases, como destacan, entre otras, las SSTC 60/2010, FJ 9, y 99/2019, de 18 de julio, FJ 6.

El primer control consiste en examinar si la **norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima**. Ninguna duda, al respecto, alberga el Tribunal Supremo, en tanto en cuanto **prevenir la violencia de género en todas sus manifestaciones, y, entre ellas, la violencia vicaria, conforma una medida encaminada a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, que son despreciados mediante las conductas de violencia de género concebidas como auténtica lacra social o cáncer del sistema**. Igualmente, ostenta la condición de fin legítimo garantizar la protección del interés superior del menor y, por ende, no hallarse sometido a ningún comportamiento violento que afecte al desarrollo de su personalidad.

El **Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011**, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014, establece que «las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y de visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio», y que «el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños» (art. 31). Recuerda que los Estados partes pueden adoptar en relación con los autores de los delitos previstos en el convenio, medidas como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45).

La **Resolución de 6 de octubre de 2021 del Parlamento Europeo sobre el impacto de la violencia de pareja y derecho de custodia de mujeres y los niños**, subraya en su apartado i) que «toda forma de violencia incluida la violencia presenciada contra un progenitor o una persona allegada, ha de ser considerada tanto en el plano jurídico como en la práctica una violación de derechos humanos y acto contra el interés superior del menor».

Es evidente, desde esta perspectiva, que la **protección de los menores se sitúa por delante del mantenimiento de relaciones familiares** en aquellas situaciones de conflicto con riesgo para los derechos fundamentales de los niños y de las niñas a la vida y a la integridad física ( art. 15 CE) y al libre desarrollo de su personalidad ( art. 10.1 CE); pero también se contempla la **protección de las mujeres en supuestos en los que sufran manifestaciones de violencia vicaria**, encaminadas a causarles daños a través de los hijos e hijas menores de edad en los términos del art. 1.4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Y el **segundo control** radica en revisar si la medida legal se ampara en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado. Esta segunda fase de análisis exige, a su vez, verificar (por todas, SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 99/2019, de 18 de julio, FJ 6), sucesivamente el cumplimiento de «la triple condición de (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (**juicio de idoneidad**); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro

a través de otra más moderada con igual eficacia (**juicio de necesidad**) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**)».

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que cuando entran en **colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos**, «la función del interprete constitucional alcanza la máxima importancia «y se ve obligado -como dice la STC 53/1985- a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos»» ( SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 5, y 215/1994, de 14 de julio, FJ 2).

Sobre el juicio de adecuación de una medida legal restrictiva a la finalidad constitucional que la justifica, el Tribunal Constitucional ha precisado, que «la necesaria consideración del espacio de libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático obliga a precisar que para apreciar la adecuación [de la medida legal restrictiva], desde la posición que corresponde a este Tribunal, es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que solo cabría declarar la **inconstitucionalidad** de aquella en este estadio del control de proporcionalidad si resultara manifiesto que [la medida legal restrictiva] entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus fines» ( SSTC 60/2010, FJ 12 y 99/2019, de 18 de julio, FJ 8).

Descartado el juicio de inadecuación, corresponde determinar **si la norma legal restrictiva de derechos y principios constitucionales se orienta de un modo proporcionado al bien jurídico constitucional que la justifica -la tutela privilegiada de los menores de edad y de las mujeres víctimas de violencia de género-**, lo que sucederá únicamente si la medida restrictiva que incorpora es necesaria y proporcionada en sentido estricto.

Es precisamente, en estos dos concretos aspectos, en los que surgen al Tribunal Supremo dudas de **inconstitucionalidad**, que sometemos a consideración del Tribunal Constitucional, al entender que, en casos como el presente, son susceptibles de medidas alternativas menos restrictivas y proporcionadas con el interés superior del menor.

## INFORME DEL MINISTERIO FISCAL

Sobre las dudas de constitucionalidad referidas a la afectación del principio del interés superior del menor, al vedar la actual redacción del artículo 92. 7 CC la posibilidad de que las circunstancias concurrentes puedan ser objeto de una plena valoración por el órgano judicial, se pronuncia el MF señalando que la afectación **no es suficiente por sí misma para apreciar su contradicción con la constitución**.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, ello solo será así si dicha incidencia se manifiesta como desproporcionada. Así, la STC 99/291 9, en su FJ 6 determina: **«el enjuiciamiento de la proporcionalidad de una medida legislativa, como presupuesto de constitucionalidad de la misma, se articula en dos fases (por todas, STC 6012010, FJ 9): a) la primera parte de ese canon de control consiste en examinar que la norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima; y b) la segunda parte implica revisar si la medida legal se ampara en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado. Esta segunda fase de análisis exige, a su vez, verificar (por todas, STC 6412019, de 9 de mayo, FJ 5), sucesivamente el cumplimiento de «La triple condición de (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».**

El primer criterio para efectuar el juicio de proporcionalidad parte de la consideración de que la **norma debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima.**

En el presente caso resulta evidente que la intencionalidad del legislador es la de establecer las medidas más adecuadas para la protección de los menores frente a situaciones de violencia de género o doméstica, sea directa o indirecta, dando cumplimiento tanto a la previsión del artículo **39 de la C. E. de protección de la familia** y del menor, conforme a los párrafos 1 y 2., como de la protección de que gozan los niños prevista en los **acuerdos internacionales** que velan por sus derechos, prevista en el párrafo 4 del mismo precepto.

La STC 81/2021, de 19 de abril, en su FJ 2, siguiendo la doctrina de previas resoluciones, se ocupa de la relevancia del principio constitucional del interés superior del menor, que debe presidir la toma de decisiones en las cuestiones que le afecten, «la reciente STC 17812020, de 14 de diciembre, con cita de la precedente STC 6412019, de 9 de mayo, FJ 4, ha recordado que **«el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores ‘que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos’,** según el art. 3. 1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990». (FJ 3). Y la precitada STC 17812020 ha insistido, también, en la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el art. 39 CE y atiendan de un modo preferente a la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público. Por último, ha recalcado que, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, «ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre. cuál sea su mayor beneficio (FJ 3)».

En la reciente STC 5/2023, de 20 de febrero, FJ 3, se hace un compendio del estatuto procesal del menor, partiendo de la consideración de que **«cuando está en juego el interés de los menores, sus derechos exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a tener una consideración más cercana a los elementos de ius cogens** que la STC 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2, reconoce que concurren en los procedimientos judiciales relativos a la familia, a partir de que el art. 39. 2 CE sanciona una protección integral de los hijos por parte de los poderes públicos» [SSTC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4, y 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 B)].

Atendiendo a esta finalidad legítima impuesta por la Constitución, el legislador, en el artículo 2 de la **LO. 1/19 96, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, conforme a la redacción efectuada en virtud de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, introduce una serie de criterios para la interpretación y aplicación del interés superior del menor**, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. En el artículo 2. 2 se hace referencia dentro de los criterios generales para la interpretación y aplicación del interés superior del menor, en la letra a) «la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas», y en la letra c) **«la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia»**.

La **Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia**, en su Preámbulo, viene a destacar como la lucha contra la violencia en la infancia es un **imperativo de derechos humanos**, así como la consideración de la protección de las personas menores de edad, reconocida en el artículo 39 de la CE y en diversos tratados internacionales, como una **obligación prioritaria de los poderes públicos**.

Entre los convenios internacionales, debemos hacer referencia al **Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 20 11, Convenio de Estambul**. En su preámbulo reconoce que los niños son víctimas de violencia doméstica incluso como testigos de violencia dentro de la familia, estableciendo una serie de obligaciones para los Estados firmantes de muy variada índole tendentes a garantizar su protección.

El artículo 3, define en su apartado b) como violencia doméstica **«se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima»**.

Por su parte, el artículo **31. 1 y 2** sobre custodia, derecho de visita y seguridad establece que las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, **se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de**

**aplicación del presente Convenio.** Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

En la **Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CON)**, se exige, conforme al artículo 3, que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». El **artículo 9. 1** determina que «los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño».

En consecuencia, no ofrece duda que el interés superior del menor, se concreta en que **se vea preservado de padecer situaciones de violencia de género o doméstica y que es un bien constitucionalmente relevante para justificar la adopción de medidas legales** que restrinjan derechos y principios constitucionales. Limitación que, en este caso, se plantea respecto de otra decisión en la que debe tornarse en consideración el interés superior del menor, como es la determinación de las medidas a adoptar en el procedimiento civil sobre guarda, custodia y alimentos.

En segundo lugar, aceptado que **la norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima, es preciso realizar el juicio de proporcionalidad**, que tiene por objeto determinar si la medida legislativa prevista en el art. 92. 7 CC se orienta de un modo proporcionado al interés del menor y a la protección de las víctimas de violencia de género y doméstica, lo que **sucedirá únicamente si la medida restrictiva que incorpora es adecuada, necesaria, por no existir otro medio menos lesivo para la consecución de la finalidad**, y proporcionada en sentido estricto, por derivarse mayores beneficios que inconvenientes.

El art. 92 CC se refiere a la determinación del régimen de guarda y custodia, afectando la duda de constitucionalidad exclusivamente a la limitación impuesta en el párrafo 7 para adoptar un régimen de guarda y custodia compartida.

Ello debe ponerse necesariamente en conexión con el art. 94.4 del mismo CC, precepto al que se hace referencia en el auto de planteamiento de la cuestión, dado que también contempla restricciones para establecer un régimen de visitas comunicaciones y estancias con el progenitor no custodio, en caso de que esté incurso en un proceso penal por los mismos delitos, esta norma deberá aplicarse necesariamente en el caso de que no se establezca un régimen de guarda y custodia compartida.

En el precepto, tras establecer que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita, comunicación o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por los mismos delitos», a continuación, se contempla la posibilidad de que, **«no obstante la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor»**.

En el auto de planteamiento se considera que una previsión semejante **sería una posibilidad más adecuada y menos lesiva del principio constitucional también en relación con la fijación del régimen de guarda y custodia** y el hecho de que no se encuentre en el artículo 92 determina a su juicio, su inconstitucionalidad. Ya hemos considerado anteriormente que dicha excepción podría suponer, en la práctica, que el precepto carecería de contenido.

Ahora bien, la inexistencia de la vulneración del interés del menor por la determinación contenida en la norma, se resuelve proponiendo **una interpretación de modo conjunto y sistemático por considerar que: «el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores**. Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE).

A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso».

De este modo, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él.

La proporcionalidad de la limitación establecida por el art. 92. 7 CC, queda asegurada mediante la **interpretación conjunta y sistemática de ambos preceptos** que se debe realizar conforme a la doctrina establecida para el art. 94.4 del mismo texto legal.

La privación de la guarda y custodia compartida no tiene el mismo efecto en las relaciones de los menores con sus progenitores que la privación del régimen de visita, comunicación y estancia, que sí que puede ocasionar un perjuicio difícil de revertir en la práctica, lo que justifica la diferente solución legal adoptada. De tal forma que, pese a no ser posible la fijación de un régimen de guarda y custodia compartida en los casos de pendencia de un proceso penal, la relación de los progenitores con sus hijos, queda adecuadamente salvaguardada por la aplicación del artículo 94. 4, de modo que la autoridad judicial, en resolución motivada y atendiendo al interés superior del menor, valorando las circunstancias

concurrentes, tanto en el procedimiento civil como en el penal, podrá decidir adecuadamente cual es la solución que mejor atiende a sus intereses, pues nada impide que se pueda acordar un régimen de visitas y comunicación que garantice el derecho a mantener las relaciones con los hijos, adoptando las medidas que se precisen para garantizar el bienestar de los menores, su seguridad y la de sus madres en los s u puestos de violencia de género.

Consecuentemente, se estima que la **medida es proporcional, al afectar únicamente al régimen de guarda y custodia**, y es beneficiosa por aportar más ventajas que perjuicios a los menores y a sus progenitores, al proteger a los hijos y a las víctimas de violencia de género y doméstica.

El sacrificio impuesto al régimen de custodia, es conforme con las condiciones que deben concurrir para su adopción relativas a la necesidad de un adecuado entendimiento entre los progenitores, sin vetar la posibilidad de establecer las medidas oportunas en relación con el régimen de visitas, comunicaciones y estancias, ponderando las circunstancias concurrentes y adoptando las medidas que garanticen su seguridad, haciendo posible la realización de los derechos de los progenitores a relacionarse con s u s hijos menores, derecho que, en todo caso, debe ceder ante la consideración de su superior interés.

## 5. ANÁLISIS DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 5570-2021.

### SENTENCIA 106/2022, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022

El párrafo cuarto del art. 94 CC en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 8/2021 recurrida, tiene la siguiente redacción:

«No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofamiliar».

### POSICIÓN LOS RECURRENTES

En relación con el primer y segundo inciso del párrafo cuarto del art. 94 CC, los recurrentes comienzan por argumentar que en el art. 39 CE se residencia la **atribución al poder judicial de un poder de supervisión sobre el deber de asegurar la protección de la familia y de los hijos y de las madres que dicho precepto impone a los poderes públicos.**

De tal modo que al privar al progenitor de los derechos de visita y estancia por imposición legal, sin dar opción al juez para que se pronuncie del modo más favorable a los menores, y sin posibilitar la existencia de un recurso contra la decisión por el progenitor afectado, **y hacerlo de modo automático, se lesiona la efectividad del mandato constitucional de velar por la protección de los menores e infringen el art. 117 CE en relación con el art. 39 y 24.1 CE** (citan, en su apoyo, la STC 185/2012, de 17 de octubre, FFJJ 2, 3, 5, 6 y 7).

Añaden que la redacción del segundo inciso del párrafo cuarto del art. 94 CC al atribuir al juez del orden jurisdiccional civil que valore la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género propios del orden jurisdiccional penal, además de **menoscabar el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), afecta a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial [arts. 9.6, 9.2 y 3 y 89 bis.2)], y, quebranta el principio de reserva de ley orgánica**. También los recurrentes impugnan en su totalidad el artículo 2.19 de la misma ley, que modifica el art. 156 CC, por vulnerar **el art. 117 CE en relación con el art. 39 CE**, indicando que privar automáticamente, por efecto de la ley, a un progenitor de la facultad que le corresponde en la toma de decisiones que le incumben en el ejercicio de la patria potestad, supone una **injerencia en la potestad jurisdiccional al posibilitar que un progenitor adopte una medida en relación con la investigación de los hechos que le corresponde al órgano judicial penal o bien carece de justificación**.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA.

### El «interés superior del menor» en los tratados internacionales y acuerdos internacionales rubricados por España.

El interés superior del menor se reconoce como principio rector del derecho a mantener relaciones paterno filiales en las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados, lo que conecta, a través del art. 10.2 CE, con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). A ello se añade que, de modo expreso, el art. 39.4 CE dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos», de tal modo que este precepto constitucional prevé una protección integral del niño, que deberá ajustarse a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España.

La **Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño**, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y ratificada el 30 de noviembre de 1990, consagra el «interés superior del menor» como un principio que, proyectado también sobre los órganos legislativos, debe tener una «consideración primordial» por los Estados parte. Así, el art. 3.1 de la indicada Convención establece que «[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá

será el interés superior del niño» [STC 81/2021, de 19 de abril, FJ 2 C)]. En su artículo 9.3 se establece que «los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño». Y en el art. 19.2 establece que «los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los progenitores, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

También el **Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional**, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995, reconoce el «interés superior del niño» y «el respeto de los derechos fundamentales» como principios rectores en este caso de las adopciones internacionales. En fin, nuevamente como «consideración primordial» es calificado «el interés superior del niño» en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010.

En el marco de la Unión Europea, la **Carta de los derechos fundamentales (en adelante CDFUE)** reconoce que la opinión del menor será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. Afirma que el «interés superior del menor» es «una consideración primordial» en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones. Reconociendo el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses» (art. 24 CDFUE).

Finalmente, el **Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul** el 11 de mayo de 2011, y en vigor desde el 1 de agosto de 2014, establece que las partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio y que el ejercicio de ningún derecho de visita ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños (art. 31). Recuerda que los Estados partes pueden adoptar en relación con los autores de los delitos previstos en el convenio, medidas como la pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45).

### **El «interés superior del menor» en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la interpretación del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), ha indicado que

«para un progenitor y su hijo, el estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar» (SSTEDH de 16 de septiembre de 1999, asunto *Buscemi c. Italia*, § 53; de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 50, y de 5 de noviembre de 2009, asunto *R.M.S. c. España*, § 68) y cualquier injerencia en la vida familiar debe estar «prevista en la ley», y que «sea una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás». La «desintegración de una familia constituye una medida muy grave que debe reposar en consideraciones inspiradas en el interés del niño y tener bastante peso y solidez» (STEDH de 13 de julio de 2000, asunto *Scozzari y Giunta c. Italia*, § 148). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado en numerosas ocasiones que «el artículo 8 implica el derecho de un progenitor, a medidas propias para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades a tomarlas» (SSTEDH de 22 de junio de 1989, asunto *Eriksson c. Suecia*, § 71, y de 27 de noviembre de 1992, asunto *Olsson c. Suecia*, § 90).

En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «observa que un respeto efectivo de la vida familiar impone que las relaciones futuras entre progenitor e hijo se ajusten sobre la única base del conjunto de los elementos pertinentes, y no por el simple paso del tiempo» (SSTEDH, de 2 de septiembre de 2010, asunto *Mincheva c. Bulgaria*, § 82, y de 3 de mayo de 2011, asunto *Saleck Bardi c. España*, § 82), pues «el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (STEDH *Saleck Bardi c. España*, § 52).

Existe un amplio consenso de que en todas las decisiones relativas a los niños debe prevalecer su interés superior (SSTEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 135; de 26 de noviembre de 2013, asunto *X c. Letonia*, § 96). El interés superior del menor, dependiendo de su naturaleza y gravedad, puede condicionar el interés de los padres (STEDH, de 8 de julio de 2003, asunto *Sahin c. Alemania*, § 66). Sin embargo, el interés de estos últimos, especialmente en tener contacto regular con su hijo, sigue siendo un factor a tener en cuenta al equilibrar los diversos intereses en juego (STEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, § 134). Es en interés del niño que los lazos con su familia deben mantenerse, excepto en los casos en los que la familia ha demostrado ser particularmente inadecuada. De ello se deduce que los lazos familiares solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que se debe hacer todo lo posible para mantener las relaciones personales y, en su caso, si llega el momento, «reconstruir» la familia (SSTEDH de 19 de septiembre de 2000, asunto *Gnahoré c. Francia*, § 59, y de 6 de septiembre de 2018, asunto *Jansen c. Noruega*, § 88-93).

Al evaluar lo que se considera el interés superior del niño, las autoridades nacionales no deben desconocer que «respecto a la protección de la integridad física y moral de las personas frente a terceros, el Tribunal ya expuso que las obligaciones positivas impuestas a las autoridades —en ocasiones en virtud del

artículo 2 o del 3 del Convenio aunque a veces del 8 o de este en concurso con el artículo 3— pueden implicar que haya un deber de poner en funcionamiento un marco jurídico adaptado para proteger contra los actos de violencia que podrían cometer los particulares» y específicamente «[e]n cuanto a los niños, especialmente vulnerables, los mecanismos creados por el Estado para protegerles de actos de violencia que entren en el ámbito de aplicación de los artículos 3 y 8, deben ser eficientes e incluirán medidas razonables de prevención del maltrato en relación con el cual las autoridades tengan o deberían haber tenido conocimiento así como una prevención eficaz que proteja a los niños de formas tan serias de atentar contra la integridad personal» (STEDH, Gran Sala, de 12 de noviembre de 2013, asunto *Söderman c. Suecia*, § 82 y 83, y las que allí se citan). También hay que ponderar las consecuencias negativas a largo plazo que pueda sufrir el menor por la pérdida del contacto con sus padres y la obligación positiva de adoptar medidas que faciliten la reunión de la familia tan pronto como sea realmente posible (STEDH *Jansen c. Noruega*, § 104).

**Sobre la exclusividad jurisdiccional, derecho a la tutela judicial efectiva y límites del legislador en relación con la valoración del interés del menor (art. 39 en relación con los arts. 117.3 y 24.1 CE).**

Efectuadas las anteriores consideraciones, procede examinar en primer lugar si como afirman los recurrentes los arts. 39, 24.1 y 117.3 CE atribuyen al poder judicial una facultad de supervisión entendida como límite constitucional añadido a la libertad de configuración del legislador en la regulación del régimen de visitas y estancias de los menores con sus padres.

Debemos afirmar que del contenido del art. 39 CE o de la protección del interés prevalente del menor que resulta de dicho precepto, de los tratados internacionales y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expuesta, no se infiere —como principio general— la imposibilidad de que el legislador, al determinar la regulación relativa al régimen de estancias, comunicaciones y visitas establezca la ponderación del referido interés.

El art. 39 CE, en sus distintos apartados, o el principio de exclusividad de jueces y magistrados en el ejercicio de la actividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), o el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) —a los que aluden los recurrentes—, no vedan que el legislador pueda dictar una regulación general por la que determine la resolución que deba adoptarse, en relación con las estancias y visitas, en los procedimientos civiles y penales modulando de este modo la capacidad decisoria de los órganos judiciales.

Ciertamente, como afirman los recurrentes, en la STC 185/2012, de 17 de octubre tuvimos ocasión de declarar la inconstitucionalidad del art. 92.8 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de nulidad, separación y divorcio, al considerar irrazonable y desproporcionada dicha regulación. Ahora bien, la razón de dicha inconstitucionalidad no vino originada porque pesara sobre el

legislador una prohibición general de determinar cuál era el interés del menor al regular la custodia compartida —como parecen entender los recurrentes—, sino porque la concreta regulación dejaba al arbitrio del Ministerio Fiscal la valoración de ese interés en relación con la aplicación del régimen de custodia compartida, desplazando injustificadamente la plena potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE).

Es por ello, que debe descartarse que del art. 39 CE resulte la constitucionalización de un específico límite al legislador, vinculado a la exclusividad jurisdiccional, en la determinación del régimen de estancia y visitas de los hijos con sus padres. Téngase en cuenta, además, que el legislador ha de establecer una regulación que garantice los derechos fundamentales de las personas menores de edad, entre los que se encuentra el derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), que la norma cuestionada trata de preservar, pudiendo establecer no solo acciones positivas o de promoción, sino también implementar prohibiciones o límites que traten de salvaguardar dichos derechos fundamentales u otros bienes dignos de protección constitucional. Será, en su caso, a este tribunal a quien le corresponda enjuiciar si la concreta regulación legal ha respetado el interés superior del menor, los derechos fundamentales o los principios constitucionales, o ha sido irrazonable, desproporcionada o arbitraria por suponer una restricción carente de justificación, en atención a la finalidad de protección del interés del menor.

Esto es, cuando está en juego el **interés del menor debe huirse de decisiones regladas o uniformes incluso en aquellos supuestos especialmente graves y que deberán ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de visita relativos a los hijos**, en que un progenitor esté incurso en un proceso penal, por atentar contra el otro progenitor —sea cónyuge, pareja sentimental o no mantenga relación sentimental o conyugal alguna— o contra sus hijos, o existan indicios fundados de ello.

Dicha prevención resulta de que no todos los delitos tienen la misma relevancia, gravedad y alcance sobre la relación paterno o materno filial, sino que serán las concretas circunstancias del caso, la gravedad y naturaleza del delito cometido, la culpabilidad del autor, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, entre otras, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto las relaciones con alguno de los progenitores o con ambos. Conforme a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citados (SSTEDH *Gnahoré c. Francia*, § 59, y *Jansen c. Noruega*, § 88-93), solo excepcionalmente estará justificado el cese absoluto de dichas relaciones en casos cuya gravedad o especial naturaleza o circunstancias concurrentes lo aconsejen. Esto es, la suspensión absoluta del régimen de visitas, comunicaciones y estancias vendrá exigida cuando se persiga garantizar la integridad y seguridad del menor, la suspensión resulte estrictamente necesaria para el logro de dicha finalidad, y sea adecuada y proporcionada para alcanzarla al no existir alternativas menos restrictivas, de menor intensidad, graduación o progresividad para preservar la seguridad y bienestar del menor. Asimismo, entre otras circunstancias deberán tomarse en consideración al establecer el régimen

de visitas, comunicaciones y estancias tanto las consecuencias irremediables que el transcurso del tiempo puede tener para las relaciones entre el hijo y los padres que no viven con él, como la obligación de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal y el derecho de todo niño «a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre».

### **Sobre la aplicación la inexistencia de infracción del art. 39 CE.**

Descartado que los arts. 39, 24.1 y 117.3 CE atribuyan al poder judicial una facultad de supervisión como límite constitucional añadido a la libertad de configuración del legislador en la regulación del régimen de visitas y estancias de los menores con sus padres, es preciso verificar ahora, si como afirman los recurrentes, los preceptos cuestionados, por privar al progenitor de los derechos de visita y estancia por imposición legal, de modo automático, lesionan la efectividad del mandato constitucional de velar por la protección de los menores (art. 39 CE).

### **Sobre la inexistencia de vulneración del interés del menor.**

Para examinar si la regulación impugnada respeta el principio de protección del interés superior del menor es obligado efectuar una lectura, que alejada del encorsetamiento en los dos primeros incisos del párrafo cuarto del **art. 94 CC**, **examine el precepto impugnado de modo conjunto y sistemático**. El artículo impugnado se inserta en el título IV del libro primero del Código civil, intitulado «Del matrimonio» y en el capítulo IX del mismo: «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» (arts. 90 a 101). En el art. 92.2 CC se establece que en el marco de los procedimientos de separación, nulidad y divorcio el juez cuando deba adoptar cualquier medida sobre el cuidado y la educación de los hijos menores —en coherencia con el art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño y el art. 24 CDFUE—, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos, y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor. Y antes de acordar el régimen de guarda, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, las partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC).

Específicamente —entrando en el análisis del art. 94 CC del que se impugna parte de su párrafo cuarto—, en relación con el establecimiento de un régimen de visitas y comunicaciones, es de observar que le corresponde a la autoridad judicial determinar el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Dicha resolución se adoptará previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal, pudiendo limitar o suspender el referido derecho si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial (párrafos primero y tercero del art. 94 CC).

Expuesto lo anterior, es claro que la redacción del párrafo cuarto del art. 94 CC, cuya valoración desde un prisma técnico no nos corresponde, en modo alguno contraviene el art. 39 CE, ni la doctrina que lo interpreta y que ha sido expuesta, ni tampoco los convenios internacionales que le sirven de pauta interpretativa.

En efecto, el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, **sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo**, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, en la que se comprende también «la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad» (apartado 4 del art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género —en adelante LOVG—, introducido por la disposición final décima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio), por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1.1 LOVG).

Así resulta claramente si en la lectura del párrafo cuarto no se omite su inciso tercero, que atribuye en todo caso la decisión relativa al establecimiento o no de un régimen de visitas, comunicación y estancias a la autoridad judicial, que deberá motivarla en atención al interés del menor.

Ciertamente en alguno de los supuestos referidos en los dos primeros incisos del párrafo cuarto, será la valoración de la gravedad, naturaleza y alcance que el delito investigado tenga sobre la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, o las concretas circunstancias del caso, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto, o se restrinjan o no, las relaciones del menor con alguno de los progenitores o con ambos.

Esa decisión, frente a lo que afirman los recurrentes, **se atribuye por el párrafo cuarto del art. 94 CC exclusivamente a la autoridad judicial en los casos en que así lo estime necesario o conveniente en resolución motivada en el interés superior del menor** podrá optar por no privar al progenitor del régimen de visitas y estancias, o adoptar medidas «menos radicales» (STEDH, de 23 de junio de 2020, asunto *Omorefe c. España*, § 59) restringiendo y limitando el derecho, si con ello logra conjurar los riesgos que sobre el menor se ciernen y satisface la continuidad de la relación paternofilial.

Por todo ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del art. 94 CC, carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores. **Es la autoridad judicial la que tomará la decisión de suspender, de restringir o no el**

**régimen de visitas y estancias, y lo deberá hacer guiada por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE).** A tal fin, el precepto impugnado no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor o a ambos, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. De este modo, a diferencia de lo que afirman los recurrentes, el precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH *Saleck Bardi c. España*, § 52), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como, su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal. Dichas medidas, desde luego, pueden ocasionar la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma (art. 45 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011).

Por todo lo expuesto, debe descartarse la inconstitucionalidad del párrafo cuarto del art. 94 CC.

### **Sobre la inexistencia de vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).**

Consideran los recurrentes que la expresión «incurso en un procedimiento penal iniciado» que se contiene en el párrafo cuarto del art. 94 CC lesiona el principio de seguridad jurídica, pues parece dar a entender que cabe la posibilidad de que el progenitor se halle incurso en un proceso penal no iniciado, o que el legislador trate de excluir de su aplicación los supuestos en que solo conste presentada denuncia o querrela, sin que aún se haya resuelto sobre su admisión. Añade que no existe un concepto legal que describa la situación de «estar incurso en un proceso penal».

Se indica en la STC 135/2018, de 13 de diciembre, FJ 5, que «[d]esde el punto de vista gramatical, el término «seguridad» denota certeza, certidumbre, pero también confianza o previsibilidad. Si tales cualidades se proyectan sobre el ámbito de lo jurídico, podremos definir la seguridad jurídica como la certeza de la norma que hace previsibles los resultados de su aplicación. Sendos aspectos —certeza y previsibilidad— se encuentran íntimamente vinculados. Muestran las dos vertientes objetiva-subjetiva, definitorias de la seguridad jurídica, que aparecen reflejadas en la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando afirma que la seguridad jurídica debe ser entendida desde un plano objetivo como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1); pero además, desde una perspectiva subjetiva como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la

actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5)».

Como hemos indicado los recurrentes reprochan a la expresión utilizada en el párrafo cuarto del art. 94 CC en la redacción dada por la Ley 8/2021: «incurso en un proceso penal iniciado», un defecto de técnica legislativa, pues consideran que, si el precepto precisa aclarar que el proceso penal debe estar iniciado, es porque cabe la posibilidad de que el progenitor se halle incurso en un proceso penal no iniciado. A ello añaden que no existe concepto legal que describa la situación de estar incurso en un proceso penal. Lo que vienen a cuestionar los recurrentes es la utilización de la expresión «estar incurso en un procedimiento penal», al considerar más reconocibles otras como denunciado, querellado, investigado, procesado.

En efecto, los propios recurrentes, pese a afirmar de modo genérico que la indicada expresión «aboca a una incertidumbre insuperable», sostienen que «incurso en un proceso penal iniciado», puede tratar de excluir los supuestos en los que no se haya resuelto sobre la denuncia o querrela. De este modo, admiten la posibilidad de que la cuestionada locución, al adjetivar «incurso en un proceso penal» con «iniciado», excluya los procedimientos penales pendientes de una decisión sobre su admisión. Por lo que, al margen de las dudas interpretativas que los recurrentes atribuyen al precepto, no está en entredicho la previsibilidad y certeza de la norma.

Como hemos afirmado anteriormente el juicio de constitucionalidad **no es un juicio de técnica legislativa, pues no es este tribunal «juez de la calidad técnica de las leyes»**, en su triple dimensión de corrección técnica, oportunidad o utilidad de las leyes (STC 341/1993, de 18 de diciembre, FJ 2; con posterioridad, STC 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9), sino **«vigilante de su adecuación a la Constitución»** (STC 40/2018, de 26 de abril, FJ 8). El control de constitucionalidad se detiene en los «defectos de técnica legislativa» [STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 2 A)], en «la perfección técnica de las leyes» [SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4, y 225/1998, FJ 2 A)], en su «corrección técnica» (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2), pues el principio de conservación de la ley opera de freno en este ámbito (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 5). No debe olvidarse por otra parte «que numerosas leyes utilizan, necesariamente, fórmulas más o menos imprecisas cuya interpretación y aplicación dependen de la práctica judicial» (STEDH de 25 de mayo de 1993, asunto *Kokkinakis c. Grecia*, § 40). «Por tanto, en cualquier sistema jurídico, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario dilucidar las cuestiones dudosas y adaptarse a los cambios de situación. Por otra parte, la certeza, aunque muy deseable, se acompaña a veces de una rigidez excesiva» (STEDH de 12 de febrero de 2008, asunto *Kafkaris c. Chipre*, § 141).

En todo caso, la naturaleza de las medidas restrictivas de derechos contenidas en la norma cuestionada y su interpretación sistemática, permite afirmar que si

la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas, respecto del progenitor denunciado o querellado que hubiera sido imputado por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del art. 94 CC señala, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal.

Por lo expuesto, debe descartarse la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

**Sobre la inexistencia de vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y de la reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE).**

Los recurrentes consideran que el párrafo cuarto del art. 94 CC, al atribuir a la jurisdicción civil el pronunciamiento acerca de la existencia de indicios de delito en lugar de a la jurisdicción penal, que es a la que —a su juicio— le corresponde de modo «ordinario» por su vinculación «natural» con el objeto del litigio, ha vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), y al hacerlo mediante ley ordinaria, ha menoscabado el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE) modificando sin rango suficiente lo previsto por la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 9.2 y 3, y 89 *bis*.2 LOPJ).

El planteamiento de los recurrentes lleva a recordar la doctrina que este tribunal ha establecido al interpretar el «derecho al juez ordinario predeterminado por la ley» (art. 24.2 CE). y más en concreto a examinar tanto el concepto de «ordinario», que los recurrentes equiparan a «natural», así como la naturaleza de la norma a la que alude el art. 24.2 CE —«predeterminado por la ley»— en relación con los arts. 81.1 y 122 CE, que los recurrentes consideran que debe tener carácter de orgánica.

**a) Delimitación del concepto de «juez ordinario».**

El principio consagrado en el art. 24.2 CE, en relación con el «derecho al juez ordinario predeterminado por la ley», significa desde luego la «garantía para el justiciable de una predeterminación del órgano judicial que ha de instruir, conocer y decidir [...] pero también indica que dicho «juez ordinario» es el que se establezca por el legislador. Como ha venido sosteniendo este tribunal, el derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, con generalidad y con anterioridad al caso, y que la composición de ese órgano venga determinada por la ley, [...] que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional [...]. La Constitución prohíbe Jueces excepcionales o no ordinarios, pero permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo a los intereses de la justicia, y teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas» (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 6).

La exigencia de «ordinario» desde un punto de vista negativo viene establecida «por el art. 117.6 CE cuando al declarar lapidariamente que «se prohíben los tribunales de excepción», excluye la existencia de órganos judiciales

que excepcionen el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley» (STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 4). La doctrina de este tribunal es muy clara: «el derecho al llamado juez legal comprende, entre otras consideraciones, la exclusión de las distintas modalidades del juez «*ad hoc*» excepcional o especial, junto a la exigencia de la predeterminación del órgano judicial, predeterminación que debe tener por origen, una norma dotada de generalidad, y que debe haberse dictado con anterioridad al hecho motivador del proceso, respetando en todo, la reserva de ley en la materia» (STC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 1).

**b) Significado de la remisión a la ley del art. 24.2 CE.**

Por otra parte, ha de partirse de que el derecho reconocido en el art. 24.2 CE es al juez ordinario «predeterminado por la ley», consecuencia necesaria del principio de división de poderes y reflejo del Estado de Derecho, y que tiene por objeto asegurar que la organización judicial en una sociedad democrática no dependa de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo, sino que esté regulada por la ley emanada del Parlamento (STC 122/2021, de 2 de junio, FJ 4.3).

A este respecto ha de recordarse que este tribunal desde sus primeras sentencias tuvo oportunidad de precisar el significado y alcance de esa remisión a la ley en relación con el rango de la norma en que han de contenerse los criterios generales de determinación de la competencia. El Tribunal se ha pronunciado en el sentido de entender que se trata de ley en sentido estricto, como resulta tanto de la dicción literal del precepto como de su interpretación sistemática. Así, en la STC 101/1984, de 8 de noviembre, el Tribunal afirmó que «la referencia del art. 24.2 a la ley, coherente con lo también dispuesto en los arts. 53.1 y 86.1 de la Constitución, exige que el vehículo normativo para determinar cuál será el juez del caso es la ley en sentido estricto». De modo que «la referencia expresa a la ley que lleva a cabo el art. 24.2 CE se corresponde así con la reserva de ley que efectúa el art. 53.1, y la reserva similar contenida en el art. 117.3, y refleja, en relación con la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial, una exclusión de otras normas —Decretos-leyes o disposiciones de carácter reglamentario— distintas de la ley en sentido estricto, por cuanto que esta se configura como la garantía de la independencia e imparcialidad judicial» (STC 93/1988, de 24 de mayo, FJ 4).

La genérica mención de los recurrentes al art. 122.1 CE obliga a recordar que el término «constitución» de los juzgados y tribunales que el art. 122.1 CE reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial, comprende de modo indudable, la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso. Satisfecha dicha reserva «cabe que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de tales órdenes, produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas —ley orgánica y ley ordinaria— que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 CE y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita [...]. Por consiguiente, siendo en principio correcto en términos constitucionales que una ley ordinaria atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de

tales o cuales asuntos, integrando los genéricos enunciados de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la cuestión ha de radicar en la verificación del grado de acomodo de aquella a las previsiones de esta, que, como propias de la reserva reforzada instituida por la Constitución, resultan indisponibles para el legislador ordinario y gozan frente al mismo de la fuerza pasiva característica de las leyes orgánicas (art. 81.2 CE), de modo que la ley ordinaria no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la ley orgánica» (STC 128/2018, de 29 de noviembre, FJ 3 y las que allí se citan).

**Expuesto lo anterior debe rechazarse que el segundo inciso del párrafo cuarto del art. 94.2 CC cuando atribuye al juez del orden jurisdiccional civil valorar si de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas resultan indicios fundados de violencia doméstica o de género, como circunstancia a tomar en consideración para privar o suspender el régimen de visitas o estancias, vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y el principio de reserva de ley orgánica.**

En efecto, establecer que el juez civil, debe tomar en consideración la existencia de indicios de violencia doméstica o de género a los efectos de adoptar una decisión sobre el régimen de estancias, comunicaciones y visitas, no supone la atribución de competencia al juez de primera instancia distinta de la que tiene en este ámbito y menos aún menoscaba la competencia propia del orden jurisdiccional penal. El precepto recurrido, ni modifica el marco de atribución de jurisdicción y competencia que diseña con carácter general la Ley Orgánica del Poder Judicial a los juzgados de primera instancia e instrucción (arts. 85, 87.1 LOPJ) o de violencia sobre la mujer (arts. 87 *ter*.1 a 4 LOPJ), ni tan siquiera dicho marco queda afectado por la regulación impugnada. Es por ello que carece de sustento la pretendida vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.1 CE).

Finalmente, conforme a lo expuesto, tampoco se vulnera el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122.1 CE), no solo porque el precepto recurrido no efectúa una atribución del conocimiento de asuntos al juez de primera instancia distinta a la que ya tenía, sino porque además la reserva de ley orgánica (art. 122.1 CE), no se proyecta a la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial, al bastar que tales reglas vengán establecidas por una ley en sentido estricto (STC 93/1988, FJ 4), y que no se excepcione frontalmente o contradiga «el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la ley orgánica» (STC 128/2018, FJ 3).



## LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN

ANA M<sup>a</sup> CAPUZ HUERVA

Letrada

Ilustre Colegio Oficial de la Abogacía de Huesca

En atención al orden práctico que se ha querido dar a esta sesión, lo primero que debo de decir es que las conclusiones que yo he obtenido como abogada, lógicamente, responden a mi experiencia personal en los asuntos de familia que he tramitado durante mis veintitrés años de ejercicio profesional, de manera que lo que yo voy a ofrecer se corresponde con mi perspectiva personal en esta materia, que no necesariamente debe ser totalmente coincidente con las de otros compañeros de profesión. En cualquier caso, debo decir que he realizado un pequeño sondeo con compañeros de profesión de las tres provincias aragonesas, a los que agradezco expresamente su colaboración, a fin de poder exponer una visión un poco más global sobre el tema que vamos a tratar.

Como saben, la verdadera revolución legal en materia de custodia compartida en Aragón se produjo, sin duda alguna, con la entrada en vigor el 8 de septiembre de 2010 de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

La gran novedad de esta Ley aragonesa, promovida por la demanda de una parte de nuestra sociedad dirigida a equiparar los derechos de los progenitores en caso de ruptura, fue el modificar sustancialmente en Aragón el régimen legal de la guarda y custodia compartida antes vigente en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, pasando de una aplicación supletoria del artículo 92 del Código Civil, a través del cual existía una preferencia legal por la custodia individual, normalmente a favor de la madre, a establecer, de modo preferente, el sistema de custodia compartida a favor de ambos progenitores, reforma legal que más tarde se vio plasmada en la redacción original de nuestro art. 80 del Código de Derecho Foral de Aragón vigente desde el 23 de abril de 2011.

Es decir, hasta ese momento, sin perjuicio de los primeros pasos que comenzaban a darse en algunos juzgados, al reconocer de manera excepcional, la guar-

da y custodia compartida, en la práctica forense de nuestros Tribunales, la preferencia se decantaba a favor de seguir otorgando la custodia de los hijos menores a la madre.

De la propia Exposición de Motivos de dicha norma se colegía que la implantación de tal régimen traía su causa en dos aspectos fundamentales: **favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores, fundamentando la custodia compartida en la conjugación de dos derechos básicos, por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho y deber de ambos padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar.**

Recordarán que dicha ley aragonesa 2/2010, debido a la implantación legal del régimen preferente de la custodia compartida, permitió el solicitar por parte de los progenitores no custodios la revisión judicial durante un año de la medida de guarda y custodia individual acordada judicialmente antes de entrar en vigor esta norma, o aquella medida convenida por ambos progenitores y aprobada por resolución judicial, sin necesidad de acreditar en esta solicitud que concurrían causas o circunstancias relevantes para realizarla con respecto al momento en que se acordó judicialmente la referida custodia individual.

Los abogados pudimos vivir cómo las primeras revisiones judiciales que se solicitaron tras la entrada en vigor de la citada Ley 2/2010, fueron en gran parte desestimadas en primera instancia por cuanto ese cambio, ya no sólo era jurídico, sino que, en la práctica de nuestros tribunales, suponía un cambio radical de criterio y por ende, de mentalidad que en los momentos iniciales no consiguió disipar las dudas con respecto a la capacidad de algunos hombres para poder ejercer adecuadamente una guarda y custodia de manera compartida con la madre y si esta fórmula de custodia compartida, protegía verdaderamente el interés superior del menor, obligándole a asumir un cambio tan radical en los periodos de estancias por tiempos equitativos a favor de ambos progenitores, normalmente por semanas alternas, con los inevitables cambios de domicilio que tenían que realizar.

Mi experiencia fue que, en los inicios, pude comprobar que la petición de guarda y custodia compartida fue poco aceptada a nivel judicial por todos los antedichos prejuicios existentes en algunas madres y en algunos juzgadores, y tuvieron que ser nuestras Audiencias Provinciales quienes, valorando las circunstancias de cada caso y analizando la amplia prueba que los padres se veían obligados a proponer ante los Tribunales, entre la que en ese momento destacaba los informes psicosociales del IMLA, quienes, en aplicación de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que ya se había visto obligado a pronunciarse en casación (Sentencia de 1 de febrero de 2011 y Sentencia de 9 de febrero de 2012, entre otras), verdaderamente fueran las que reconocieran en la práctica el derecho de estos padres a compartir la custodia compartida de sus hijos y estimaran, en muchos supuestos, esa solicitud de revisión de la medida de guarda y custodia individual, resoluciones en las que siempre prevaleció y se protegió el superior interés del menor.

Desde el punto de vista práctico, sí recibimos en nuestros despachos a muchos padres que, tras la entrada en vigor de esta norma, tenían muy claro que querían revisar esa medida de guarda y custodia y deseaban hacer valer esa preferencia legal, hasta ahora inexistente en Aragón, que les había impedido tener atribuida la custodia compartida de sus hijos, lo que a su vez había conllevado que hubieran visto muy mermadas sus posibilidades de participar de manera igualitaria y activa en la crianza de sus hijos y no convertirse, únicamente, en unos padres visitantes de fines de semana y vacaciones.

Desde la puesta en marcha de esta Ley aragonesa nació, no sólo en los hombres aragoneses, sino en nuestra sociedad aragonesa en general, yo diría que toda una institución, una convicción muy arraigada, un reconocimiento poco discutido, del que considero que todos los aragoneses nos sentimos muy orgullosos, como pioneros que fuimos en su reconocimiento legal, relativo a que, *a priori* y por supuesto, con las necesarias excepciones que se dan, el sistema ideal de custodia para los hijos menores es el régimen de custodia compartida, en el que las responsabilidades parentales se reparten entre ambos progenitores de manera igualitaria, favoreciendo un vínculo afectivo entre hijos y padres más completo, que abarca todos los planos, como el de crianza y el educativo, y no fundamentalmente el plano lúdico que era el más imperante durante las visitas de los fines de semana o vacaciones escolares que venía realizando los padres por cuanto permanecían con los hijos en días no lectivos, en los que las responsabilidades y obligaciones de los menores no son las mismas que durante los periodos lectivos.

Al hilo de lo anterior, es preciso analizar igualmente cuál fue la postura de las madres que pudimos observar en nuestros despachos cuando entró en vigor la citada Ley 2/2010 y con carácter general, yo la resumiría en dos palabras: desconfianza e incredulidad, ambas derivadas por los roles de cada progenitor adoptados, asumidos o pactados durante la convivencia de la pareja, que hacían presuponer a algunas madres la imposibilidad y la incapacidad de los padres de asumir roles antes no desempeñados, así como de hacerse cargo de sus hijos de manera adecuada y responsable.

En este punto, el trabajo de los abogados fue muy relevante para obligarles a reconsiderar, a analizar responsablemente, los motivos de esa negativa antes de plantear, en algunos supuestos, una infundada oposición judicial a una solicitud de guarda y custodia compartida, con el consiguiente sufrimiento e incertidumbre que se derivan de un procedimiento judicial contencioso de familia. Es una realidad, que la disponibilidad e idoneidad de las madres, en general, para ejercer y para otorgarle la custodia de sus hijos prácticamente casi nunca se ha cuestionado, no sólo a nivel social y familiar, sino judicialmente, de manera que éstas, de manera muy justificada, han tenido garantizada legalmente la custodia de sus hijos, lógicamente por ese papel tan activo que históricamente han ostentando las madres en la crianza de sus hijos.

Por ello, reitero que los abogados tuvimos un papel fundamental en la aplicación de esa nueva norma aragonesa a la hora de hacer comprender a estas madres

cuáles eran las ventajas de un régimen de custodia, no sólo para sus hijos, sino para ellas mismas, recordándoles que, salvo excepciones, que por supuesto las hay, resulta muy beneficioso para los hijos la presencia de ambos padres en su desarrollo personal y en su crianza y que además, no existe ninguna duda de que es mucho mejor las responsabilidades compartidas entre ambos progenitores.

Es obvio que esa preferencia legal por la custodia compartida dio la posibilidad a muchos padres (a otros por supuesto no, porque ya lo hacían), de valorar el extraordinario papel que realizaron y realizan aquellas madres, para mi auténticas heroínas, que durante tanto tiempo ostentaron, sin reconocimiento alguno de sus ex parejas, la custodia individual de sus hijos, a cambio de unas pensiones por alimentos, exiguas en muchos casos, que de ninguna manera compensaban económicamente su esfuerzo personal, su dedicación a la familia y los malabares en las cuentas domésticas que realizaban para llegar a final de mes.

Por otra parte, la práctica nos demuestra que, en la mayor parte de las ocasiones, los padres asumen estas nuevas obligaciones sin demasiados problemas, de manera que las revisiones de custodia compartida, cuando se solicitan al cabo de un tiempo para solicitar una custodia individual a favor de uno de los progenitores, no obedecen a la falta de habilidades o capacidades de los padres, sino a cuestiones más complejas de convivencia, sobre todo en la edad adolescente de los hijos en la que se suelen plantear estas solicitudes de cambio del régimen de custodia.

Como saben, por la Ley 6/2019 de 21 de marzo, se eliminó la preferencia legal del régimen de custodia compartida, modificándose la redacción el párrafo segundo del art. 80 de CDFFA, en el sentido de que el Juez pasa de adoptar *«... de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente...»*, a nueva redacción que indica que *«el Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés»*.

En realidad, bajo mi punto de vista, esta nueva redacción de la norma aspira a poner en valor, desde su literalidad, no tanto la igualdad de derechos de los progenitores en caso de ruptura que propugnaba la Ley 1/2010, sino el superior interés del menor, algo por lo que por otra parte, ya velaban nuestros Tribunales.

Este cambio de redacción del artículo 80 del CDFFA del año 2019 considero que no ha conllevado grandes modificaciones en los criterios judiciales a la hora de reconocerse o no en una Sentencia una custodia compartida, ya que en los tribunales de instancia se sigue detectando una predisposición a conceder custodias compartidas, incluso en los procedimientos de medidas provisionales en los que la prueba practicada es muy limitada.

La realidad judicial que yo detecto como abogada cuando acudimos a un procedimiento contencioso de familia es, por un parte, la predisposición del Ministerio Fiscal en esas entrevistas previas con los abogados que a veces se producen antes de comenzar el juicio, a animarnos a pactar una custodia compartida. Cier-

tamente, una vez celebrado el juicio, a la vista de la prueba practicada, este criterio inicial del Ministerio Fiscal puede verse modificado, pero de entrada antes de comenzar el juicio detectamos una posición pro guarda y custodia compartida.

Por otra parte, en ocasiones, e insisto, en ocasiones, los abogados cuando acudimos a un procedimiento contencioso de custodia, en aquellos supuestos en los que no ha sido posible el pacto entre los progenitores, recibimos por parte de algunos juzgadores de instancia, concretamente de algunos juzgados mixtos, antes de comenzar el juicio, un inmerecido reproche o queja por no haber alcanzado un acuerdo y digo inmerecido porque la mayor parte de los abogados mediamos siempre para obtener una solución consensuada antes de judicializar un asunto y esta mediación no se valora o se ignora por muchos juzgadores. Este tipo de situaciones deberían evitarse a fin de garantizar que podamos ejercer adecuadamente nuestra profesión.

Volviendo a estos procedimientos contenciosos, es evidente que si se acuerda una custodia compartida en sede de medidas provisionales o por Sentencia en el procedimiento principal (y aún recurrida esta resolución), esta medida es plenamente eficaz, de manera que el régimen de estancias de esa custodia compartida a favor de ambos progenitores es ejecutable en base al art. 774.5 de la LEC. Lo anterior demuestra la autentica relevancia de estas resoluciones iniciales ya que si se está velando por el interés del menor, parece poco deseable (salvo excepciones, lógicamente) el volverle a someter a dicho menor a otro cambio en el tipo de custodia si el Tribunal o la Sala modifica el tipo de custodia. En la práctica, muchas veces el tipo de custodia inicialmente acordada, y que se ha tenido que poner en marcha, ya no se modifica judicialmente.

Otro aspecto que me gustaría analizar es la **modificación del apartado f) del párrafo segundo del citado artículo 80 del CDFa al incluir como factor a tener en cuenta por el juzgador «la dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia»**. Este factor, bajo mi punto de vista, no debería ser determinante a la hora de valorar la conveniencia o no de una custodia compartida cuando la dedicación no ha sido la misma (salvo que estemos hablando por supuesto de un niño muy pequeño en el que las habilidades de los progenitores custodios sí pueden ser esenciales), ya que la experiencia desde el 2010 nos demuestra que en esos supuestos en que los hijos no son tan pequeños, cuando se ha reconocido a un padre la custodia compartida en supuestos en los que la implicación de éste durante la convivencia no había sido demasiada, al final no ha tenido demasiados problemas en adoptar, por sí solo, o con ayuda de su entorno familiar, esos nuevos roles en la crianza y dedicación a los hijos. De hecho, los informes psicosociales del IMLA (tan valiosos desde el punto de vista probatorio) no solían contemplar apenas esta circunstancia como determinante para rechazar una custodia compartida si bien, como digo, la edad del menor, sí sería un aspecto a tener en consideración.

En relación a los **informes psicosociales del IMLA**, esta letrada ha experimentado, al igual que otros compañeros, que por parte de algunos juzgados de

instancia, se deniega en los procedimientos civiles la solicitud que realizamos los abogados de los referidos informes psicosociales para valorar qué tipo de custodia es más conveniente para el menor, pruebas que antes se acordaban sin problema alguno, amparándose muchas veces el Juzgado en que ya acuerda la exploración judicial del menor, cuando es obvio que la naturaleza de ambas pruebas son radicalmente diferentes.

No desconociendo esta letrada los escasos medios personales con los que cuenta el IMLA para la confección de tales informes y el retraso en su elaboración, no por ello el sistema judicial puede renunciar a la práctica de esta necesaria prueba al tratarse de informes imparciales determinantes para analizar la situación de los progenitores y de los hijos, cuál es su entorno familiar y sobre todo, realizar un análisis psicológico. Estos informes resultan determinantes cuando puede haber una presencia de conductas muy tóxicas de los progenitores, una falta de responsabilidad parental, una alienación parental, un consumo de alcohol y/o drogas, es decir, circunstancias de muy difícil prueba y que los juzgados todavía nos lo hacen más difícil de demostrar, quedando a veces la decisión del tipo de custodia en manos de un menor asustado que es sometido a una breve entrevista por parte del Juez y del Ministerio Fiscal. Como digo, estos informes psicosociales son importantísimos para analizar adecuadamente desde el punto de vista social y psicológico la situación de los progenitores y de los hijos, y qué tipo de custodia conviene a cada caso, y de esa manera velar por el interés del menor.

Otro punto que creo que puede resultar interesante analizar es la creencia de muchas personas relativa a que los padres optan, en caso de ruptura, por la custodia compartida por un único motivo: el evitar pagar una pensión por alimentos a la madre.

Quizás en los inicios de la aplicación de la norma sí pudimos detectar, en algunos casos, que existía una motivación económica para solicitarla por este motivo, por cuanto se objetivaba en las entrevistas con el progenitor no custodio una evidente falta de consciencia en relación con las obligaciones que entrañaba ejercer tal custodia compartida y la necesaria conciliación familiar y laboral que se iba a ver obligado a llevar a cabo.

Tuvimos que ser los abogados, desde la responsabilidad, los que les obligamos a realizar a estos padres una profunda reflexión dirigida a garantizar el bienestar de unos hijos, sobre todo cuando son muy pequeños y preguntarles a estos padres cuestiones tan básicas como: «cuándo comienza y termina tu jornada laboral; vas a tener flexibilidad laboral; vas a poder despertar a los niños y llevarlos tú al colegio; cuentas con ayuda familiar para atender a tus hijos o vas a tener que contratar a alguien; dispones de recursos económicos para contratar a alguien; cómo vas a organizar las comidas y cenas; tienes disponibilidad para supervisar las tareas escolares, puedes acompañarles a las actividades extraescolares...».

En ese momento, ante estas preguntas, algunos padres ponderaron que quizás la guarda y custodia compartida no era el sistema ideal. Sin embargo, otros,

desde la más absoluta responsabilidad quisieron optar, con mucha determinación, a ese nuevo régimen de custodia compartida, sobre el que apenas existía una experiencia a nivel social y familiar, por lo que tuvieron que demostrar ante los tribunales esa flexibilidad laboral, la viabilidad de esa conciliación familiar y presentar un plan de relaciones familiares, algo que, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley 2/2010 no se le exigía a las madres de una manera tan rigurosa.

En términos generales, personalmente opino que en la actualidad, en la mayor parte de los casos, no impera como razón principal para solicitar la custodia compartida la motivación económica, es decir, el evitar pagar una pensión por alimentos (por supuesto con las inevitables excepciones que lógicamente también se dan y que los abogados hemos tenido que alegar en ocasiones ante los Tribunales). Pero en términos generales, debo de romper una lanza a favor de muchos hombres que solicitaron y solicitan la custodia compartida, como digo, no por motivos económicos sino desde una profunda responsabilidad y desde una voluntad sin fisuras de querer participar activamente en el día a día de sus hijos y por tanto, en su educación y crianza.

En algunos supuestos resulta mucho más económico y mucho más cómodo para los padres, el pagar una pensión por alimentos (que incluye todos los gastos ordinarios de los hijos menores), que el verse obligado a organizar sus horarios laborales (con las posibles tensiones que se pueden producir con la empresa para la que trabaja); el tener que buscar apoyo en familiares o contratar cuidadoras para conciliar trabajo y familia; el supervisar sus obligaciones educativas; el tener que acompañarles a sus actividades extraescolares y además, contribuir al pago, normalmente, como mínimo del 50 %, de todos los gastos de los hijos a través de aportaciones mensuales que suelen realizar ambos progenitores en una cuenta común.

Sin perjuicio de lo anterior, debo de reconocer que los abogados detectamos que algunos padres, efectivamente, prefieren fiscalizar y ver los gastos de los hijos que se pagan a través de una cuenta común que abren los progenitores, antes que abonar a la madre una pensión por alimentos que, como regla general, administrará adecuadamente. Sin embargo, algunos padres tienen la errónea convicción de que el destino final de esas pensiones por alimentos serán necesidades personales o caprichos de la madre. En relación a esto último, los abogados también realizamos a diario una labor de concienciación a estos padres para hacerles ver que lógicamente eso no es así y que lejos de eso, las pensiones por alimentos apenas alcanzan para sufragar los gastos de los hijos, más aún con lo que ha subido el coste de la vida.

Por último, recordar que en base a nuestra realidad social tan diversa, el modelo de régimen de guarda y custodia se ha aplicado igualmente en supuestos de rupturas de parejas homosexuales con hijos, supuestos en los que los factores a analizar lógicamente serán los mismos que los de una pareja heterosexual si bien los estereotipos de los progenitores que se han analizado en la presente ponencia

(el rol de la mujer frente al del hombre), quedan muy reducidos a la hora de valorar la idoneidad de este régimen cuando la pareja está formada por dos madres o dos padres. Recientemente estudios que analizan la Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios (ENSD) del Instituto Nacional de Estadística (INV) demuestran que la conclusión principal es que la modalidad de custodia compartida desde el 2016 está más presente en el caso de parejas homosexuales que en heterosexuales, tramitándose además la mayor parte de estos procedimientos de mutuo acuerdo.

Finalizaré esta ponencia con una cita del arquitecto y humanista renacentista italiano, LEON BATTISTA ALBERTI, que decía y que comparto: «El mejor legado de un padre a sus hijos es un poco de tiempo cada día».

# ÍNDICE DE LOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS CELEBRADOS HASTA LA ACTUALIDAD

## I. ENCUENTROS

### La vecindad civil

Ponente: **D. Cecilio Serena Velloso**, *Magistrado del Tribunal Supremo*

Colaboradores: **D. Mauricio Murillo García Atance**, *Juez Decano de 1ª Instancia de Zaragoza* y **D. Honorio Romero Herrero**, *Notario*

### Capacidad y representación de menores

Ponente: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil*

Colaboradores: **D. José L. Batalla Carilla**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Ricardo Giménez Martín**, *Notario*

### La viudedad y el derecho expectante de viudedad

Ponente: **D. Francisco Sancho Rebullida**, *Catedrático de Derecho Civil y Abogado*

Colaboradores: **D. Ramón Torrente Giménez**, *Abogado* y **D. José Joaquín Oria Liria**, *Registrador de la Propiedad*

### La fiducia sucesoria

Ponente: **D. Fernando Zubiri de Salinas**, *Presidente de la Audiencia Provincial de Zaragoza*

Colaboradores: **D.ª Mª Pilar Palazón Valentín**, *Registradora de la Propiedad* y **D. Jesús Martínez Cortés**, *Notario*

## II ENCUESTAS

### La Junta de Parientes

Ponente: **D. Joaquín Sapena Tomás**, *Notario*

Colaboradores: **D. Javier Lardiés Ruiz**, *Registrador* y **D.ª Gloria Labarta Bertol**, *Abogada*

### Gestión y Pasivo de la Comunidad Conyugal Aragonesa

Ponente: **D. Joaquín Rams Albesa**, *Catedrático de Derecho Civil*

Colaboradores: **D.ª Rosa Mª Bandrés Sánchez-Cruz**, *Magistrada del T.S.J.A.* y **D. Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo**, *Abogado*

### **Sucesión paccionada y pacto al más viviente**

Ponente: **D. Ángel Cristóbal Montes**, *Catedrático de Derecho Civil*

Colaboradores: **D. Alfredo Sánchez-Rubio García**, *Abogado* y **D. José María Navarro Viñuales**, *Notario*

### **La sucesión intestada: aspectos concretos**

Ponente: **D. José Luis Merino y Hernández**, *Notario*

Colaboradores: **D. Vicente García-Rodeja Fernández**, *Magistrado del T.S.J.A.* y **D. Fernando Curiel Lorente**, *Registrador*

## **III ENCUENTROS**

### **El Testamento Mancomunado**

Ponente: **D. Fernando García Vicente**, *Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Huesca*

Coponentes: **D. Pedro Albiol Mares**, *Notario* y **D. David Arbués Aísa**, *Abogado*

### **Las legítimas en Aragón**

Ponente: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario*

Coponentes: **D. Luis A. Gil Noguerras**, *Magistrado* y **D. José Ignacio Martínez Lasierra**, *Abogado*

### **El artículo 29 de la Compilación**

Ponente: **D. José Manuel Enciso Sánchez**, *Notario*

Coponentes: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado* y **D. Joaquín J. Oria Almudí**, *Registrador*

## **IV ENCUENTROS**

### **La Tutela**

Ponente: **D. Gabriel García Cantero**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D.ª Rocío Palá Laguna**, *Asesora del Justicia de Aragón* y **D. Rafael Martínez Díe**, *Notario*

### **Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón**

Ponente: **D. Alfredo Sánchez-Rubio García**, *Abogado*

Coponentes: **D. Gonzalo Gutiérrez Celma**, *Magistrado* y **D. Francisco Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad*

### **Instituciones Forales Aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria**

Ponente: **D. José María Navarro Viñuales**, *Notario*

Coponentes: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil* y **D. José Luis Batalla Carilla**, *Registrador*

## V ENCUENTROS

### **El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres**

Ponente: **D. Gonzalo Gutiérrez Celma**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Enrique Gonzalvo Bueno**, *Registrador de la Propiedad* y **D. David Arbués Aísa**, *Abogado*

### **La Junta de parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros**

Ponente: **D. Ángel Bonet Navarro**, *Catedrático de Derecho Procesal*

Coponentes: **D. Antonio Luis Pastor Oliver**, *Magistrado* y **D. Emilio Latorre Martínez de Baroja**, *Notario*

### **La sustitución legal en Aragón (el artículo 141 de la Compilación)**

Ponente: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario*

Coponentes: **D. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz**, *Catedrático de Derecho Civil* y **D. José García Almanzor**, *Registrador de la Propiedad*

## VI ENCUENTROS

### **La reforma del Derecho Civil aragonés: El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-1881**

Ponentes: **D. Jesús Morales Arrizabalaga**, *Profesor Titular de Historia del Derecho* y **D. Daniel Bellido** y **Diego Madrazo**, *Abogado*

### **La reforma del Derecho Civil aragonés: el marco constitucional**

Ponente: **D.ª María Elena Zabalo Escudero**, *Catedrático de Derecho Internacional Privado*

### **La reforma del derecho civil aragonés: las experiencias catalana y gallega**

Ponentes: **D. Luis Puig Ferriol**, *Catedrático de Derecho Civil* y Magistrado del T.S.J.C. y **D. Pablo Sande García**, *Magistrado del T.S.J.G.*

### **La reforma del Derecho Civil aragonés: criterios de política legislativa**

Ponente: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil*

## VII ENCUENTROS

### **Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés**

Ponente: **D. Vicente Santos Martínez**, *Catedrático de Derecho Mercantil*

Coponentes: **D. Pablo Casado Burbano**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Eloy Jiménez Pérez**, *Notario*

### **La Casación Foral**

Ponente: **D. Ángel Bonet Navarro**, *Catedrático de Derecho Procesal*

Coponentes: **D. Mauricio Murillo y García Atance**, *Magistrado* y **D. José Luis Pueyo Moy**, *Abogado*

### **El Consorcio Foral**

Ponente: **D.ª Mª del Carmen Sánchez-Friera González**, *Profesora Titular de Derecho Civil*  
Coyentes: **D. Pedro Martínez Viamonte**, *Notario* y **D. José Manuel Jarabo Rodés**,  
*Abogado*

## **VIII ENCUENTROS**

### **Disposición de bienes inmuebles de menores e incapacitados en Aragón**

Ponente: **D.ª Carmen Samanes Ara**, *Profesora Titular de Derecho Procesal*  
Coyentes: **D. Carlos Laliena Sipán**, *Abogado* y **D. Jesús Santos Ruiz de Eguilaz**,  
*Registrador de la Propiedad*

### **Aplicación del Código civil como derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés**

Ponente: **D.ª Mª del Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil*  
Coyentes: **D. Fernando Solsona Abad**, *Juez* y **D. Javier Palazón Valentín**, *Notario*

### **El derecho de abolorio**

Ponente: **D. Santiago Serena Puig**, *Magistrado*  
Coyentes: **D. Pedro Gómez López**, *Abogado* y **D.ª Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil*

## **IX ENCUENTROS**

### **La comunidad hereditaria**

Ponente: **D. Honorio Romero Herrero**, *Notario y Decano del I. Colegio Notarial de Zaragoza*  
Coyentes: **D. Carlos Carnicer Díez**, *Abogado y Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza* y **D. Francisco Serrano Gil de Albornoz**, *Abogado del Estado*

### **La sustitución legal**

Ponente: **D. José Antonio Serrano García**, *Profesora Titular de Derecho Civil*  
Coyentes: **D. Emilio Molins García-Atance**, *Magistrado* y **D. Antonio Molpeceres Oliete**, *Registrador de la Propiedad*

### **La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria**

Ponente: **D. Luis Pastor Eixarch**, *Magistrado*  
Coyentes: **D. Tomás García Cano**, *Notario* y **D. Manuel Pardo Tomás**, *Abogado*

## **X ENCUENTROS**

### **La preterición**

Ponente: **D. Francisco Rodríguez Boix**, *Notario*  
Coyentes: **D.ª Elena Bellod Fernández de Palencia**, *Profesora Titular de Derecho Civil* y **D.ª Ana Soria Moneva**, *Abogada*

### **La responsabilidad del heredero y legatario**

Ponente: **D. Ángel Dolado Pérez**, *Magistrado* y **D. Rafael Bernabé Panos**, *Notario*

### **Conflictos interregionales en materia de derecho sucesorio aragonés**

Ponente: **D.<sup>a</sup> Elena Zabalo Escudero**, *Catedrática de Derecho Internacional Privado*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Carmen Betegón Sanz**, *Registradora de la Propiedad* y **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario*

## **XI ENCUENTROS**

### **Aceptación y repudiación de la herencia**

Ponente: **D. José Luis Merino Hernández**, *Notario*

Coponentes: **D. José Luis Argudo Pérez**, *Profesor Titular de Derecho Civil* y **D. Fermín Hernández Gironella**, *Magistrado*

### **La sucesión de empresa familiar en el Derecho Civil aragonés. Aspectos sustantivos**

Ponente: **D. Fernando Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrático de Derecho Civil* y **D. Juan Antonio Yuste González de Rueda**, *Notario*

### **La sucesión de la empresa familiar en el Derecho Civil aragonés. Aspectos fiscales**

Ponente: **D. Antonio Cayón Galiardo**, *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario*

Coponentes: **D. José María Casas Vilá**, *Abogado* y **D. Javier Garanto Villega**, *Abogado*

## **XII ENCUENTROS**

### **La sucesión troncal**

Ponente: **D.<sup>a</sup> María Martínez Martínez**, *Profesora de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Fernando Giménez Villar**, *Notario* y **D. Abel Martín Martín**, *Registrador de la Propiedad*

### **La protección del patrimonio arqueológico**

Ponente: **D. José Luis Moreu Ballonga**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Rafael Alcázar Crevillén**, *Abogado del Estado* y **D. Fernando Zamora Martínez**, *Abogado*

### **Derechos de adquisición preferente de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre viviendas protegidas**

Ponente: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*

Coponentes: **D. Rosa Aznar Costa**, *Administradora Superior de la D.G.A.* y **D. José Luis Batalla Carilla**, *Registrador de la Propiedad*

### **Aspectos jurídicos de las rupturas de las parejas de hecho**

Ponente: **D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil*

Coponentes: **D. María José Balda Medarde**, *Decana del I. Colegio de Abogados de Huesca* y **D. Fidel Cadena Serrano**, *Fiscal*

### XIII ENCUENTROS

#### **Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón**

Ponente: **D. Juan Ignacio Medrano Sánchez**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Francisco Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Luis Ignacio Ortega Alcubierre**, *Decano del I. Colegio de Procuradores de Zaragoza*

#### **El régimen económico matrimonial de separación de bienes**

Ponente: **D. Jesús Martínez Cortés**, *Notario*

Coponentes: **D. Miguel Lacruz Mantecón**, *Profesor Titular de Derecho Civil* y **D. José Luis Soro Domingo**, *Abogado*

#### **La responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas en Aragón**

Ponente: **D. Luis Biendicho Gracia**, *Letrado de la Diputación General de Aragón*

Coponentes: **D.ª Teresa Alonso Pérez**, *Profesora Titular de Derecho Civil* y **D. Ángel García Bernués**, *Abogado*

#### **El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas**

Ponente: **D. Gabriel García Cantero**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Luis Murillo Jaso**, *Letrado de la Diputación General de Aragón* y **D. Benito Soriano Ibáñez**, *Fiscal*

### XIV ENCUENTROS

#### **La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial**

Ponente: **D. Javier Forcada Miranda**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Joaquín Guerrero Peyrona**, *Abogado* y **D.ª Belén Madrazo Meléndez**, *Registradora de la Propiedad*

#### **Régimen de autorización y visado en la transmisión de las viviendas protegidas**

Ponente: **D. Julio César Tejedor Bielsa**, *Profesor Titular de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Joaquín Oria Almudí**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Juan Pardo Defez**, *Notario*

#### **Extinción del derecho expectante de viudedad**

Ponente: **D. Emilio Latorre Martínez de Baroja**, *Notario*

Coponentes: **D.ª Elena Bellod Fernández de Palencia**, *Profesora Titular de Derecho Civil* y **D.ª María del Carmen Lerma Rodrigo**, *Registradora de la Propiedad*

#### **El ruido: La reciente respuesta normativa y jurisprudencial**

Ponente: **D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, *Catedrático de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Juan José Arbués Salazar**, *Abogado* y **D. Jesús Olite Cabanillas**, *Asesor del Justicia de Aragón*

## XV ENCUENTROS

### **La institución recíproca de herederos**

Ponente: **D.<sup>a</sup> María Martínez Martínez**, *Profesora Titular de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Enrique Carbonell García**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo**, *Abogado*

### **Las voluntades anticipadas**

Ponente: **D.<sup>a</sup> María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrática de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Tomás García Cano**, *Notario* y **D. José Javier Oliván del Cacho**, *Magistrado*

### **El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones**

Ponente: **D. José Luis Moreu Ballonga**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Juan José Brun Aragüés**, *Abogado* y **D.<sup>a</sup> Isabel Rufas de Benito** *Notario*

### **El sistema legitimario en la Ley aragonesa de Sucesiones**

Ponente: **D. José Luis Moreu Ballonga**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Juan José Brun Aragüés**, *Abogado* y **D.<sup>a</sup> Isabel Rufas de Benito**, *Notario*

### **El empadronamiento**

Ponente: **D. Enrique Cáncer Lalanne**, *Magistrado Emérito del T.S.*

Coponentes: **D. Pascual Aguelo Navarro**, *Abogado* y **D. Ricardo Mongay Alcina**, *Secretario de Administración Local*

## XVI ENCUENTROS

### **La disposición intervivos de los bienes del consorcio conyugal aragonés**

Ponente: **D.<sup>a</sup> Carmen Bayod López**, *Profesora titular de Derecho Civil*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Teresa Cruz Gisbert**, *Notario* y **D.<sup>a</sup> Isabel de Salas Murillo**, *Registradora de la Propiedad*

### **La liquidación del consorcio conyugal aragonés**

Ponente: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Decano del Colegio de Notarios*

Coponentes: **D. Francisco Javier Forcada Miranda**, *Magistrado* y **D. Javier Sancho-Arroyo López-Rioboo**, *Abogado*

### **Urbanismo y medioambiente**

Ponente: **D. Pedro Fandós Pons**, *Registrador de la Propiedad*

Coponentes: **D. Jesús López Martín**, *Asesor del Justicia de Aragón* y **D. José Manuel Marraco Espinos**, *Abogado*

### **Problemas jurídicos de la transformación de secano a regadío y mejora de los regadíos**

Ponente: **D. Alberto Ballarín Marcial**, *Notario*

Coponentes: **D. José Luis Castellano Prats**, *Administrador Superior de la escala de Ingeniero Agrónomo de la D.G.A. y Licenciado en Derecho* y **D. Álvaro Enrech Val**, *Abogado*

## XVII ENCUENTROS

### **La Junta de Parientes en la nueva regulación de la Ley del Derecho de la Persona: composición y funcionamiento**

Ponente: **D. Fernando Agustín Bonaga**, *Notario*

Coponentes: **D. José Luis Argudo Pérez**, *Profesor Titular de E. U. Derecho Civil* y **D. David Arbués Aísa**, *Abogado y miembro de la Comisión de Derecho Civil*

### **Los menores e incapacitados en situación de desamparo**

Ponente: **D. Luis Carlos Martín Osante**, *Magistrado del Juzgado de Menores*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil* y **D. Carlos Sancho Casajús**, *Fiscal de Menores*

### **Régimen jurídico de las urbanizaciones privadas**

Ponente: **D. Dimitry Berberoff Ayuda**, *Magistrado de lo Contencioso Administrativo del T.S.J.C. y Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

Coponentes: **D. Francisco Javier Lardiés Ruiz**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Ignacio Pemán Gavín**, *Abogado*

### **La disposición de bienes de menores e incapacitados**

Ponente: **D. Luis Alberto Gil Nogueras**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Luis Arturo Pérez Collados**, *Notario* y **D. Alberto Manuel Adán García**, *Registrador de la Propiedad*

## XVIII ENCUESTRO

### **Fiscalidad de las Instituciones Aragonesas de Derecho Privado**

Ponente: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*

Coponentes: **D. Manuel Guedea Martín**, *Letrado de la D.G.A.* y **D. Javier Hernanz Alcaide**, *Registrador de la Propiedad*

### **Derecho de la Personalidad de los menores en Aragón**

Ponente: **D. Carlos Sancho Casajús**, *Fiscal de Menores*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Carmen Gracia de Val**, *Notaria* y **D.<sup>a</sup> Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil*

### **Usufructo vidual de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad**

Ponente: **D. José Luis Merino Hernández**, *Notario*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> María Biesa Hernández**, *Licenciada en Derecho, Departamento de Riesgos de la CAI* y **D. Pablo Escudero Ranera**, *Abogado*

### **Aplicación del Derecho Civil (aragonés) a los extranjeros**

Ponente: **D. José Ignacio Martínez Lasierra**, *Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del T.S.J.A.*

Coponentes: **D. Javier Pérez Milla**, *Profesor Titular de Derecho Internacional Privado* y **D.<sup>a</sup> Montserrat Vicens Burgues**, *Abogada*

## **XIX ENCUENTROS**

### **Diez años de la Ley de Sucesiones por causa de muerte**

Ponente: **D. José María Navarro Viñuales**, *Notario*

Coponentes: **D. Fernando Zubiri de Salinas**, *Presidente del T.S.J.A.* y **D. Manuel Guedea Martín**, *Letrado de la D.G.A.*

### **Concurso de acreedores y consorcio conyugal**

Ponente: **D.<sup>a</sup> María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrática de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Fernando Curiel Lorente**, *Registrador del Registro Mercantil* y **D. Juan Francisco Herrero Perezagua**, *Profesor Titular de Derecho Procesal*

### **Transmisión de la vivienda protegida**

Ponente: **D. José Luis Castellano Prats**, *Director de la Agencia de Planeamiento de la D.P.Z.*

Coponentes: **D. Juan Pardo Defez**, *Notario* y **D. Francisco Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad*

### **Cuestiones prácticas para urbanistas sobre la Ley de Urbanismo de Aragón**

Ponente: **D. Bermejo Vera**, *Catedrático de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Juan Carlos Zapata Híjar**, *Magistrado de lo Contencioso Administrativo* y **D. José Rubio Pérez**, *Abogado*

## **XX ENCUENTROS**

### **Enajenación de bienes de entidades locales**

Ponente: **D. José María Gimeno Feliú**, *Catedrático de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Miguel Temprado Aguado**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Jesús Colás Tena**, *Oficial Mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza*

### **El derecho de abolorio en la nueva Ley de Derecho Civil Patrimonial**

Ponente: **D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Manuel Domínguez Pérez**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Javier Mazana Puyol**, *Notario*

### **La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar**

Ponente: **D. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Javier Forcada Miranda**, *Magistrado* y **D.<sup>a</sup> María José Balda Medarde**, *Abogada*

### **Cooperativas de viviendas**

Ponente: **D. Ángel Luis Monge Gil**, *Profesor Titular de Derecho Mercantil*

Coponentes: **D. Luis de Codes Díaz-Quetcuti**, *Notario* y **D.<sup>a</sup> Mercedes Zubiri de Salinas**, *Profesora Titular de Derecho Mercantil.*

## XXI ENCUENTROS

### **La mediación familiar en Aragón**

Ponente: **D.ª Mª Rosa Gutiérrez Sanz**, *Profesora Titular de Derecho Procesal*.

Coponentes: **D.ª Begoña Castilla Cartiel**, *Abogada* y **D.ª Carmen Lahoz Pomar**, *Letrada*.  
*Gobierno de Aragón*.

### **El Código del Derecho Foral de Aragón y sus disposiciones transitorias**

Ponentes: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario* y **D. José Antonio Serrano García**,  
*Profesor Titular de Derecho Civil*.

### **Régimen de luces y vistas en Aragón**

Ponente: **D. Juan Ignacio Medrano Sánchez**, *Magistrado*. *Audiencia Provincial de Zaragoza*.

Coponentes: **D. David Arbués Aísa**, *Abogado* y **D.ª José Luis Argudo Périz**, *Profesor*  
*Titular de Derecho Civil*.

### **Régimen jurídico de las sociedades públicas autonómicas**

Ponente: **D.ª Reyes Palá Laguna**, *Profesora Titular de Derecho Mercantil*.

Coponentes: **D.ª Elena Marcén Maza**, *Magistrada de lo Contencioso-Administrativo* y **D.**  
**Alfonso Peña Ochoa**, *Vicepresidente de la Cámara de Cuentas de Aragón*.

## XXII ENCUENTROS

### **Valoración de bienes inmuebles por y ante la Administración aragonesa**

Ponente: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*.

Coponentes: **D. Fernando Villaró Gumpert**, *Abogado* y **D.ª Mª Ángeles Ruiz Escrivá de**  
**Romaní**, *Jefa del Servicio de Valoración Inmobiliaria*. *Gobierno de Aragón*.

### **La reforma de la función pública en Aragón**

Ponente: **D. Juan Carlos Zapata Híjar**, *Magistrado*. *Presidente de la Sala de lo Contencioso-*  
*Administrativo del TSJA*.

Coponentes: **D. José Manuel Aspas Aspas**, *Abogado* y **D. Ignacio Murillo García-**  
**Atance**, *Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios*. *Gobierno de*  
*Aragón*.

### **Custodia compartida en Aragón**

Ponente: **D. José Antonio Serrano García**, *Profesor Titular de Derecho Civil*.

Coponentes: **D. Emilio Molins García-Atance**, *Magistrado*. *Sala de lo Civil y Penal del*  
*TSJA* y **D. Manuel Ferrer Andrés**, *Abogado*.

### **Efectos jurídicos de las parejas estables no casadas en Aragón**

Ponente: **D. Javier Seoane Prado**, *Magistrado*. *Audiencia Provincial de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Pedro Martínez Viamonte**, *Notario* y **D.ª Sol Otto Oliván**, *Abogada*.

## XXIII ENCUENTROS

### **Protección de los bienes de interés cultural dentro y fuera de Aragón**

Ponente: **D. Fernando García Vicente**, *Justicia de Aragón*.

Coponentes: **D. Hipólito Gómez de las Rocas Pinilla**, *Abogado* y **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*.

### **Arrendamientos urbanos y Derecho Aragonés**

Ponente: **D. Gabriel García Cantero**, *Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Javier José Palazón Valentín**, *Notario* y **D. Diego Vigil de Quiñones Otero**, *Registrador de la Propiedad*.

### **Papel del propietario del suelo en la gestión urbanística**

Ponente: **D. José Fernando Rubio Pérez**, *Abogado*.

Coponentes: **D.ª Pilar Lou Grávalos**, *Directora General de Urbanismo. Gobierno de Aragón* y **D. Ignacio Pemán Gavín**, *Abogado*.

### **Padres e hijos mayores de edad: gastos y convivencia**

Ponente: **D.ª Mª del Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil (Acr. Catedrática), Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Fernando Baringo Giner**, *Abogado*.

## XXIV ENCUENTROS

### **Contratos del sector público: Ley 3/2011**

Ponente: **D. José María Gimeno Feliu**, *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D.ª Ana Isabel Beltrán Gómez**, *Jefa del Servicio de Contratación Administrativa y Subvenciones. Gobierno de Aragón* y **D. Luis Murillo Jaso**, *Abogado*.

### **Incidencia del derecho de transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: efectos prácticos.**

Ponente: **D.ª María del Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil (Acr. Catedrática). Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. José Manuel Enciso Sánchez**, *Notario* y **D. Daniel Bellido Diego-Madrado**, *Abogado*.

### **Revocación e ineficacia del testamento.**

Ponente: **D.ª María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza*

Coponentes: **D. Mariano Jesús Pemán Melero**, *Notario* y **D. Ángel García Bernués**, *Decano del Colegio de Abogados de Huesca*.

### **Limitaciones al derecho de propiedad en suelo rústico: construcciones, parcelaciones y transmisiones.**

Ponente: **D. Manuel Matas Bendito**, *Registrador de la Propiedad*.

Coponentes: **D. Álvaro Enrech Val**, *Abogado* y **D. Miguel Viela Castranado**, *Notario*.

## XXV ENCUENTROS

### **Homenaje a los hispanistas suecos estudiosos de los Fueros: Gunnar Tilander y Max Gorosch.**

Ponentes: **D. José Antonio Escudero**, *Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* y **D. Antonio Pérez Martín**, *Catedrático de Historia del Derecho. Universidad de Murcia.*

### **25 Años del Foro de Derecho Aragonés: presente y futuro del Derecho Aragonés.**

Ponentes: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza* y **D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid.*

**D. Jesús Morales Arrizabalaga**, *Profesor Titular de Historia del Derecho. Universidad de Zaragoza.*

### **Espacios naturales protegidos: ¿oportunidad o limitación de derechos?**

Ponente: **D.<sup>a</sup> María Martínez Martínez**, *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.*

Coponentes: **D. Joaquín De Guerrero Peyrona**, *Abogado* y **D. Pablo Munilla López**, *Ingeniero de Montes.*

### **Reglamento sucesorio europeo y Derecho interregional.**

Ponente: **D. Francisco de Paula Puig Blanes**, *Magistrado Juez.*

Coponentes: **D. Juan María Díaz Fraile**, *Registrador de la Propiedad. Director del Servicio de Estudios Registrales* y **D. Javier Pérez Milla**, *Profesor Titular de Derecho Internacional. Universidad de Zaragoza.*

### **Seguros de vida, fondos de pensiones e instrumentos de previsión en el régimen económico matrimonial y la sucesión por causa de muerte.**

Ponente: **D. Luis Alberto Marco Arcalá**, *Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza.*

Coponentes: **D. Fernando Félix Alonso Andrió**, *Notario* y **D. José Antonio Montón del Hoyo**, *Abogado.*

## XXVI ENCUENTROS

### **Elogio del periodista cabal.**

Ponente: **D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, *Catedrático de Derecho Administrativo.*

### **Régimen Jurídico de las Comunidades y Sociedades Privadas de Montes.**

Ponente: **D. José Luis Argudo Périz**, *Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.*

Coponentes: **D. David Arbués Aísa**, *Abogado* y **D. Miguel Temprado Aguado**, *Registrador de la Propiedad.*

**El Derecho Foral aragonés ante el Alzheimer.**

Ponente: **D. Armando Barreda Hernández**, *Magistrado-Juez*.

Coponentes: **D. Daniel Bellido Diego-Madrado**, *Abogado* y **D. Francisco Javier Hernáiz Corrales**, *Notario*.

**La sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

Ponente: **D. Miguel Lacruz Mantecón**, *Profesor Titular de Derecho Civil*.

Coponente: **D. Vitelio Manuel Tena Piazuelo**, *Director General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón*.

**XXVII ENCUENTROS**

**Cincuenta años de la Compilación: presente y futuro.**

Ponente: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil*.

Coponentes: **D. Fernando Agustín Bonaga**, *Notario* y **D. Fernando Baringo Giner**, *Abogado*.

**Experiencia práctica y balance de la custodia compartida.**

Ponente: **D.ª María José Moseñe Gracia**, *Magistrada-Juez*.

Coponentes: **D.ª Cristina Chárlez Arán**, *Abogada* y **D. José Antonio Laguardia Hernando**, *Letrado de la Administración de Justicia*.

**La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés.**

Ponente: **D. Ángel Bonet Navarro**, *Catedrático de Derecho Procesal*.

Coponentes: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario* y **D. Joaquín José Oria Almudí**, *Registrador de la Propiedad*.

**Concentración parcelaria: propuestas para una regulación aragonesa.**

Ponente: **D. José Luis Castellano Prats**, *Secretario General Técnico. Departamento de Desarrollo Rural y Sostenibilidad. Gobierno de Aragón*.

Coponente: **D. José Luis Calvo Miranda**, *Abogado*.

**XXVIII ENCUENTROS**

**El nuevo sistema de protección de menores, a la luz de la modificación de la ley 12/2001 de protección de la infancia, retos jurídico-prácticos**

Ponente: **D.ª Aurora López Azcona**, *Profesora titular Derecho Civil Universidad de Zaragoza*.

Coponente: **D. Andrés Esteban Portero**, *Asesor Área de Menores El Justicia de Aragón*.

Propuestas en materia de protección de menores D.ª Aurora López Azcona, D. Andrés Esteban Portero.

**Régimen tributario de la fiducia sucesoria aragonesa**

Coponentes: **D. Francisco Pozuelo Antoni**, *Director General de Tributos del Gobierno de Aragón* y **D. Fernando Villaro Gumpert**, *Abogado*.

**El nuevo marco de la contratación pública: distintas perspectivas.**

Ponente: **D. Dmitry Berberoff Ayuda**, *Magistrado Sala Tercera del Tribunal Supremo.*

**La trasposición de la regulación europea en materia de contratos en la legislación estatal de contratos del sector público, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Coponente: **D. Miguel Ángel Bernal Blay**, *Profesor de Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza. Director General de Contratación, Patrimonio y Organización del Gobierno de Aragón.*

**El desarrollo por la Comunidad Autónoma de Aragón de la legislación estatal de contratos públicos: contratos menores y otras cuestiones**

Coponente: **D.ª Isabel Linares Muñagorri**, *Directora de Auditoría de la Cámara de Cuentas de Aragón.*

**El control por la Cámara de Cuentas de la actividad contractual de las Administraciones públicas aragonesas: contratos menores y otras cuestiones**

**XXIX ENCUENTROS**

**Los Pactos Sucesorios: Su vigencia hoy y su tratamiento tributario**

Ponente: **D. Javier José Palazón Valentín**, *Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón.*

Coponentes: **D. Javier Oñate Cuadros**, *Notario del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco* y **D. Francisco Pozuelo Antoni**, *Director General de Tributos del Gobierno de Aragón.*

**Libertad religiosa en la escuela aragonesa y en la apertura de centros de culto**

Ponente: **D. Juan Carlos Zapata Híjar**, *Magistrado. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.*

Coponentes: **D.ª María Jesús Cruz Gimeno**, *Asesora de Educación del Justicia de Aragón* y **D. Fernando Zamora Martínez**, *Letrado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.*

**La nueva normativa aragonesa en materia de discapacidad a la luz de la convención de Nueva York: visión de conjunto y novedades procesales**

Ponente: **D.ª Victoria Mayor del Hoyo**, *Profesora Titular de Derecho Civil. Directora del Departamento de Derecho Privado. Universidad de Zaragoza*

Coponentes: **D. Rafael López-Melús Marzo**, *Letrado de la Administración de Justicia. Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Zaragoza* y **D.ª Nuria Souto Abad**, *Letrada del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*

**XXX ENCUENTROS**

**Reforma de la discapacidad y su incidencia en el Derecho Aragonés**

Ponentes: **D.ª Aurora López Azcona**, *Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza*, **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario* y **D. Armando Barreda Hernández**, *Magistrado*

### **Legislación y respuesta judicial ante la pandemia en Aragón**

Ponentes: **D. Javier Albar García**, *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón*, **D<sup>a</sup> Eva Sáenz Royo**, *Profesora Titular de Derecho Constitucional Universidad de Zaragoza* y **D. Julio Tejedor Bielsa**, *Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza*.

### **Sesión conmemorativa de la XXX Edición de los Encuentros**

Ponentes: **D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Bayod López**, *Catedrática de Derecho Civil Universidad de Zaragoza* y **D. José Antonio Serrano García**, *Catedrático de Derecho Civil Universidad de Zaragoza*

## **XXXI ENCUENTROS**

### **Vecindad civil: presente y perspectivas de futuro**

Ponente: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil Universidad de Zaragoza*.  
Coyentes: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario* y **D. Luis Montes Bel**, *Abogado*.

### **Aplicación del Derecho Civil Aragonés a extranjeros**

Ponente: **D<sup>a</sup> Pilar Diago Diago**, *Catedrática de Derecho Internacional Privado Universidad de Zaragoza*.  
Coyentes: **D<sup>a</sup> Isabel Guillén Broto**, *Abogada* y **D. Miguel Ángel Loriente Rojo**, *Registrador de la Propiedad*.

### **La representación política en Aragón: reforma estatutaria sobre distribución de escaños entre las provincias aragonesas y otros problemas electorales**

Coyentes: **D. Enrique Cebrián Zazurca**, *Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Zaragoza*, **D<sup>a</sup> Carmen Rubio de Val**, *Letrada de las Cortes de Aragón* y **D. Luis Carlos Martín Osante**, *Magistrado*

