





# MANUAL DE DERECHO FORAL ARAGONÉS

Carmen BAYOD LÓPEZ  
José Antonio SERRANO GARCÍA  
*Coordinadores*

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA  
José Antonio SERRANO GARCÍA  
Carmen BAYOD LÓPEZ  
Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA  
Miguel L. LACRUZ MANTECÓN  
Antonio José GARCÍA GÓMEZ  
Aurora LÓPEZ AZCONA  
José Luis ARGUDO PÉRIZ



EL JUSTICIA DE ARAGÓN

Edita: EL JUSTICIA DE ARAGÓN

Colabora: Fundación Ibercaja

© De la edición El Justicia de Aragón

© De cada una de las partes de los respectivos autores

I.S.B.N.: 978-84-92606-45-0

Depósito Legal: Z 1536-2020

Imprime: Cometa, S.A.

Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

## PRÓLOGO

Ángel DOLADO PÉREZ  
*Justicia de Aragón*

La difusión del Derecho aragonés es una de las funciones de El Justicia de Aragón, junto con la protección y defensa de los derechos individuales y colectivos de los aragoneses, la tutela del ordenamiento jurídico aragonés, velando por su defensa y aplicación, así como la defensa del Estatuto de Autonomía.

Durante gran parte del siglo XX el Derecho aragonés no se aplicó debidamente, ya fuera por lo que algunos foralistas consideraban o pensaban que en el Tribunal Supremo no se apreciaban las legislaciones forales o más bien sobre todo se debía, a la dificultad que había para conocer los viejos Fueros y Observancias, así como su vigencia.

Nuestra más reciente historia con una capacidad legislativa plena, con unas Cortes capaces de hacer leyes propias, unas leyes civiles recientes, una jurisprudencia consolidada del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que las aplica e interpreta, dos facultades de Derecho que lo enseñan, un grupo de juristas dedicados a su estudio y un interés muy grande de la sociedad aragonesa reivindicando su Derecho como una de las más importantes señas de identidad, propició que en mayo de 2006, con el esfuerzo intelectual de un destacado grupo de investigadores y juristas aragoneses de reconocido prestigio, dirigidos por el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, Doctor D. Jesús Delgado Echeverría y la coordinación de la actual Magistrada del Tribunal Supremo María Ángeles Parra Lucán, se publicara el Manual de Derecho Civil Aragonés, con el patrocinio de El Justicia de Aragón y la obra social de Ibercaja.

Dicha publicación ha tenido tres ediciones más en 2007, 2009 y 2012, esta última como consecuencia imprescindible de adaptación al Código de Derecho Foral de Aragón, en virtud del Decreto Legislativo 1/2011 de 22 de marzo, con vigencia desde el 23 de abril de 2011.

Dicho Texto Refundido no solo atiende con buen criterio a los nuevos problemas sociales sino que lo hace con gran rigor técnico, lo que se debe a los estudios de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, presidida por el Profesor Delgado. Es una obra legislativa que ha sido el resultado de una actitud positiva y colaborativa de todas las personas que intervinieron en la misma, lo que ha permitido encontrar espacios de encuentro en la comunidad jurídica y en la misma sociedad aragonesa.

Habiendo transcurrido más de ocho años, desde este Justicia de Aragón, con el grupo de discípulos del Profesor Delgado Echeverría coordinados

por los catedráticos especialistas en Derecho civil aragonés Carmen Bayod López y José Antonio Serrano García, se consideró oportuna una refacción íntegra de dicho Manual, con la más precisa denominación de Manual de Derecho Foral Aragonés.

En esta revisión han participado además los profesores mencionados Aurora López Azcona, Miguel Lacruz Mantecón, Antonio José García Gómez, Elena Bellod Fernández de Palencia y José Luis Argudo Pérez. Por ello, este Justicia les agradece y felicita por la calidad científica y divulgativa de su trabajo ya que contribuirá a consolidar una mejor ciudadanía aragonesa, amante de su Derecho como seña de identidad de Aragón.

Con la misma estructura básica,

1. Historia y Fuentes.
2. Derecho de la Persona.
3. Derecho de la Familia.
4. Derecho de Sucesiones por causa de muerte.
5. Derecho Patrimonial.

se ha procedido a completar el Manual primigenio de 2006, revisado en 2012, con un estudio completo de la pluralidad de regímenes civiles españoles, del derecho histórico de cada institución, de sus fuentes, una bibliografía actualizada, así como la consolidación de una jurisprudencia menor de audiencias provinciales y las casacionales del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y del Tribunal Supremo, en algún caso.

Mención especial, por novedosa, merece la participación del Profesor García Gómez en el tratamiento fiscal de los regímenes económico matrimoniales, la fiscalidad de las sucesiones en Aragón y la problemática tributación de los pactos sucesorios y de la fiducia.

Mi deseo es que este Manual preste un servicio a los ciudadanos aragoneses, que son las personas por cuya causa existe el Derecho y que sirva para consolidar y desarrollar nuestras instituciones jurídicas en el siglo XXI.

Zaragoza, octubre de 2020

PRÓLOGO .....	5
ABREVIATURAS .....	25

I. HISTORIA Y FUENTES

§1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y FORMACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS, por Jesús Delgado Echeverría, <i>Catedrático de Derecho Civil</i> .....	29
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

1. Raíces históricas y fundamento constitucional. A. Constitución, Estatuto e historia. B. Derecho civil, Derecho autonómico, Derecho foral. C. El Derecho foral y los Fueros. D. Derecho civil autonómico no foral. 2. Los orígenes. La inicial diversidad jurídica. 3. Del Fuero de Jaca a los “Fueros de Aragón” (1247). 4. Los primeros “Fueros de Aragón” (Huesca, 1247). A. La obra de Jaime I y la Corte General de Huesca. B. Vidal de Canellas y el “Vidal Mayor”. C. La ordenación sistemática de los Fueros. D. Derecho civil en los “Fueros de Aragón”. 5. El Derecho supletorio. 6. ¿Recepción del Derecho romano? 7. Otras tradiciones forales aragonesas. A. Los “Fueros de Sobrarbe”. B. La foralidad de extremadura. 8. Formación del “Volumen viejo” de los Fueros. A. Adiciones posteriores a la Compilación de 1247. B. Libro IX: Jaime II. C. Libro X: Pedro IV. D. Libro XI: Juan I. E. Libro XII: Martín I. F. El resto del Libro XII. La Casa de Trastámara. 9. Las Observancias. 10. La Recopilación sistemática de los Fueros impresa en 1552. 11. Los Actos de Cortes. 12. Los foristas y sus obras. A. Edad Media. B. Siglo XVI. C. Siglo XVII. D. Siglo XVIII. 13. Decadencia foral. 14. La Nueva Planta. A. Los Decretos. B. El Derecho civil que subsiste. C. El problema de las fuentes y el Derecho supletorio. D. Los autores. 15. La Codificación. A. La actitud aragonesa ante el Código civil. B. El Congreso de Jurisconsultos Aragoneses. C. Las conclusiones del Congreso, directrices de política legislativa. D. El Código civil y su Ley de Bases. 16. Los Proyectos de Apéndice. A. El camino hacia el Apéndice. La obra de Franco y López. B. La Comisión de 1889. El Proyecto Ripollés (1899). C. La Comisión de 1899. El Proyecto Gil Berges (1904). D. Formación y vigencia del Apéndice de 1925. 17. El Apéndice de 1925. 18. Del Apéndice a la Compilación de 1967. 19. La Compilación de 1967. 20. Evolución del Derecho civil aragonés en el marco autonómico. 21. El Código del Derecho Foral de Aragón de 2011. 22. Primeras reformas del Código del Derecho Foral de Aragón. BIBLIOGRAFÍA.

§2. FUENTES DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS, por Jesús Delgado Echeverría, <i>Catedrático de Derecho Civil</i> .....	69
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

1. El problema de las fuentes en la historia. 2. La Compilación de 1967. 3. La Constitución y la reformulación del Título Preliminar en 1999. 4. El sistema de fuentes. 5. La ley (aragonesa). 6. La costumbre. A. La costumbre en el Derecho histórico. B. El Derecho consuetudinario en la etapa codificadora. C. Concepto de costumbre en el Derecho vigente. D. Límites de la costumbre. Costumbre contra ley. E. La prueba de la costumbre. 7. Los principios generales. 8. El principio “Standum est chartae”. Sentido e historia. A. Planteamiento. B. “Por fuero estamos a la carta”. “Pactos rom-

pen fueros". 9. El principio "Standum est chartae" y las fuentes del Derecho civil de Aragón. A. La autonomía privada no es fuente del Derecho. B. Sí es fuente del Derecho el principio "Standum est chartae". C. Lo que dice el principio respecto de la ley. 10. Ámbito y límites de la libertad civil. A. Ámbito: la totalidad del Derecho civil aragonés posible. B. Ámbito de no aplicación: El Derecho civil del Estado. C. Límites: en general. D. El límite de lo imposible. E. El límite de la Constitución. F. Las normas imperativas del Derecho aragonés. G. ¿Hay normas imperativas en el Derecho supletorio? 11. Aplicaciones del principio. 12. El principio en la jurisprudencia. 13. ¿Otras fuentes del Derecho civil aragonés? En particular, el papel de la jurisprudencia. A. La equidad. B. La analogía. C. La jurisprudencia. La casación foral. 14. El Derecho supletorio. 15. La aplicación del Derecho supletorio. 16. Remisiones y "cláusulas de engarce". BIBLIOGRAFÍA.

## II. DERECHO DE LA PERSONA

### §3. CAPACIDAD Y ESTADO DE LAS PERSONAS, por Carmen Bayod López, *Catedrática de Derecho Civil* ..... 107

1. Derecho de la persona. A. Regulación y antecedentes. B. De la capacidad y estado de las personas. 2. Capacidad de las personas por razón de la edad. A. Regulación actual. B. Antecedentes. 3. Computo de la edad. 4. Mayoría de edad. A. Regulación. B. Mayoría de edad a los 18 años. C. Mayoría de edad por matrimonio. D) Efectos. 5. Minoría de edad: La situación jurídica del menor en Aragón. A. Consideraciones generales. B. Situación jurídica. C. Derechos y deberes de los menores de edad. D. Capacidad de obrar del menor. E. Patrimonio del menor. Propiedad y Gestión. 6. La persona menor de catorce años. A. Consideraciones generales. B. Situación jurídica del menor de 14 años: Representación legal. C. Oposición de intereses entre el representante y el menor. D. Disposición de los bienes del menor por sus representantes legales. La necesidad de autorización o aprobación previa por la Junta de parientes o por el Juez en algunas actuaciones. E. División de patrimonio o cosa común. F. Concesión de la autorización o aprobación a los representantes del menor. G. Consecuencias de la falta de autorización o aprobación en los actos que ha llevado acabo el representante legal. H. Actuaciones personales del menor: Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad del menor que no ha cumplido 14 años. I. Actuaciones personales del menor: Prestación personal. J. Invalidez de los actos del menor. 7. El menor mayor de catorce años. A) La edad de 14 años. B. Capacidad del menor mayor de 14 años. C) La asistencia. D. Oposición de intereses. E. Administración de los bienes de menor mayor de catorce años: F. La falta de la asistencia debida. G. Los derechos de la personalidad y el menor mayor de 14 años. 8. El menor emancipado. A. Consideraciones generales. B. Supuestos de emancipación. C. Oponibilidad a terceros. D. Efectos de la emancipación. 9. La persona incapaz y la incapacitada. A. Consideraciones generales. B. La vigente regulación aragonesa. C. ¿A quiénes y desde cuando se aplican esta normas? D. La persona no incapacitada. E. La incapacitación. F. Incapacitación de los menores de edad. G) Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda. 10. La ausencia. A. Antecedentes y regulación actual: Una regulación incompleta. B. Defensor del desaparecido. C. La ausencia declarada. BIBLIOGRAFÍA.

### §4. RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES, por José Antonio Serrano García, *Catedrático de Derecho Civil*..... 173



1. Efectos de la filiación. A. Pluralidad de legislaciones españolas en materia de filiación. Derecho supletorio. B. Contenido y trascendencia del nuevo Capítulo. C. Principio de igualdad de las filiaciones. D. Apellidos de los hijos. E. Deberes de padres e hijos durante toda su vida. F. Derechos-deberes de los padres con hijos menores. G. Relación personal del hijo menor. H. Relación personal del menor con sus abuelos. I. Gastos de maternidad. J. Eficacia limitada de la filiación en dos supuestos. 2. Deber de crianza y autoridad familiar. Introducción. A. Pluralidad de legislaciones. Ley aplicable. B. Consecuencias de la falta de patria potestad romana en Aragón. C. Secciones del Capítulo II. 3. Principios generales del deber de crianza y la autoridad familiar. A. Titularidad. B. Caracteres de la autoridad familiar. C. Contenido de la crianza y educación de los hijos para los titulares de la autoridad familiar. D. Deberes de los hijos bajo autoridad familiar. El deber de contribución. E. El deber de los hijos de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares. 4. Hijos mayores o emancipados. Gastos y convivencia. A. Gastos de los hijos mayores o emancipados. B. Convivencia con hijos mayores de edad. 5. Ejercicio de la autoridad familiar por los padres. A. Ejercicio por ambos padres. B. Divergencias entre los padres. C. Ejercicio exclusivo por uno de los padres. D. Ejercicio por el padre menor no emancipado o incapacitado. 6. Autoridad familiar de otras personas. A. Origen, evolución y regulación actual de esta figura aragonesa. B. Autoridad familiar del padrastro o la madrastra. C. Autoridad familiar de los abuelos. D. Autoridad familiar de un hermano mayor de edad. E. Régimen de la autoridad familiar de estas personas. F. Divergencias. 7. Privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar. A. Privación. B. Suspensión. C. Consecuencias comunes de la privación o suspensión. D. Extinción. 8. Gestión de los bienes de los hijos. A. Administración y disposición del patrimonio del menor. B. Ejercicio de la gestión paterna. C. Bienes exceptuados de la gestión paterna. D. Obligaciones, responsabilidad y derechos de los padres gestores. E. Obligaciones de los padres al finalizar la administración. 9. La intervención judicial en relación con la autoridad familiar y la gestión de los bienes de los hijos. BIBLIOGRAFÍA.

**§5. RELACIONES TUTELARES**, por Aurora López Azcona, *Profesora Titular de Derecho Civil*.....

215

1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable. A. Pluralidad de regímenes civiles españoles. B. Ley aplicable. 2. Regulación de las relaciones tutelares en Aragón. 3. Disposiciones generales. A. Enumeración y finalidad de los instrumentos de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente. B. Caracteres. C. Modos de delación. D. Nombramiento y vigilancia. a) Nombramiento. b) Vigilancia. E. Inscripción en el Registro civil. F. Derecho de reembolso por los gastos derivados del ejercicio de la función tutelar. G. Derecho de indemnización por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de la función tutelar. H. Responsabilidad por los daños ocasionados a la persona protegida. 4. Delación de las funciones tutelares. A. Modos de delación. B. Delación voluntaria. a) Delación hecha por uno mismo. b) Delación hecha por los titulares de la autoridad familiar. c) Pluralidad de designados y delaciones incompatibles. d) Vinculación de la delación voluntaria. e) Mandatos preventivo y con cláusula de subsistencia. f) Publicidad de la delación voluntaria y de los mandatos preventivo y con cláusula de subsistencia. C. Delación dativa. D. Delación legal. 5. Promoción y constitución de las instituciones tutelares. A. Planteamiento. B. Promoción. C. Tutela provisional. D. Constitución. 6. Capacidad, excusa y remoción. A. Capacidad

e idoneidad. a) Capacidad. b) Causas de inhabilidad. B. Excusa. C. Remoción. 7. La tutela. A. Introducción. B. Personas sujetas a tutela. a) Personas sujetas a tutela ordinaria. b) Personas sujetas a tutela automática. a') Presupuesto previo: La situación de desamparo declarada por la Administración. b') La necesaria distinción entre la situación de desamparo y la situación de inasistencia determinante de la guarda administrativa. c') La necesaria distinción entre la situación de desamparo y la situación de riesgo. C. Estructura de la tutela. a) El tutor único. b) La cotutela o tutela plural. c) La tutela asumida por persona jurídica. D. Funciones del tutor. a) Funciones sobre la persona del tutelado menor de edad. b) Funciones sobre la persona del tutelado con capacidad modificada judicialmente. c) Funciones sobre los bienes del tutelado. E. Obligaciones del tutor antes de entrar en el ejercicio del cargo. a) Prestación de fianza. b) Formalización de inventario de los bienes del tutelado. F. Extinción de la tutela. G. Obligaciones del tutor al cese de las funciones tutelares. a) Rendición de la cuenta general. b) Restitución de los bienes del tutelado. 8. La curatela. A. Introducción. B. Personas sujetas a curatela. C. Promoción y constitución. D. Contenido. a) Contenido de la curatela del menor emancipado. b) Contenido de la curatela de la persona con capacidad modificada judicialmente. E. Extinción. 9. El defensor judicial. A. Concepto y supuestos en que procede. B. Nombramiento. C. Régimen jurídico. 10. La administración voluntaria. 11. La guarda de hecho. A. Concepto y caracteres. B. Supuestos. C. Información, control y vigilancia. D. Régimen jurídico. 12. Los instrumentos públicos de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente. A. Introducción. B. La tutela administrativa. a) Introducción. b) La declaración administrativa de desamparo. a') Detección. b') Investigación previa. c') Incoación del expediente. d') Valoración. e') Trámite de audiencia. f') Resolución motivada de declaración de desamparo. g') Deberes de notificación y comunicación. h') Medidas cautelares. c) Contenido y efectos de la tutela automática de la Administración. C. La guarda administrativa. a) Modalidades. a') La guarda administrativa voluntaria. b') la guarda administrativa atribuida por decisión judicial. b) Contenido. D. El acogimiento. a) Concepto y modalidades. a') EL acogimiento familiar. b') El acogimiento residencial. c') El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta. d') El acogimiento en hogar funcional. b) Constitución. a') Constitución del acogimiento familiar. b') Constitución del acogimiento residencial. c) Cese. a') Cese del acogimiento familiar. b') Cese del acogimiento judicial. 13. Vigilancia del Ministerio Fiscal. BIBLIOGRAFÍA.

**§6. JUNTA DE PARIENTES**, por Miguel Lacruz Mantecón, *Profesor Titular de Derecho Civil* .....

305

1. Antecedentes. A. Orígenes históricos. B. El Congreso de 1880 y el Apéndice de 1925. C. La Compilación de 1967. 2. Regulación actual. A. El Código de Derecho foral. B. Llamamiento a la Junta. C. Aplicabilidad de la regulación. 3. Composición y formación de la Junta. A. Composición de la Junta. B. Clases de Junta y su formación. 4. El procedimiento de toma de acuerdos. A. En la Junta constituida bajo fe notarial. B. En la Junta constituida judicialmente. C. La reunión y la toma de acuerdos. 5. Validez y eficacia de los acuerdos de Junta. A. Eficacia del acuerdo. B. Invalidez del acuerdo de la Junta. C. Falta de acuerdo de Junta. D. Cauce procesal. 6. Supuestos legales de intervención de la Junta. A. Amplitud de su intervención. B. Gestión de los intereses de menores de edad por sus representantes. a) En caso de oposición de intereses. b) Para rechazar o recibir atribuciones gratuitas, c) Para

autorizar actos de disposición sobre bienes del menor. C. Asistencia para la administración de bienes del menor mayor de 14. D. Patrimonio del discapacitado. E. Auxilio en el ejercicio de la autoridad familiar. a) Ejercida por los padres. b) Ejercida por otras personas. F. Aprobación de las cuentas de administración de bienes. G. Control de las situaciones de guarda de hecho. H. Intervenciones en la tutela. I. Intervenciones en la gestión de régimen económico matrimonial. J. Actuaciones en el ámbito sucesorio. BIBLIOGRAFÍA.

**III. DERECHO DE LA FAMILIA**

**§7. DERECHO DE LA FAMILIA MATRIMONIAL. EFECTOS GENERALES DEL MATRIMONIO**, por José Antonio Serrano García, *Catedrático de Derecho Civil*..... 323

1. El Derecho de la familia matrimonial. A. Competencias legislativas: uniformidad y pluralidad en la legislación española. B. El Derecho de la familia en el Libro II CDFa y en esta obra. C. El Derecho de la familia matrimonial en el Libro II CDFa. D. Otras legislaciones que inciden en la economía del matrimonio en Aragón. E. Derecho interregional e internacional privado de la economía del matrimonio. 2. El Título Primero del Libro II: *Los efectos generales del matrimonio*. 3. Los efectos personales del matrimonio. A. Concepto de matrimonio. B. Enlace con la regulación estatal sobre el vínculo matrimonial. C. El principio de igualdad. D. Los derechos y obligaciones de los cónyuges. 4. El domicilio familiar. 5. El principio de libertad de regulación. A. El doble ámbito del principio general. B. Límites de la libertad de regulación. 6. La dirección de la vida familiar. 7. El deber de información recíproca. 8. La satisfacción de las necesidades familiares y la responsabilidad frente a terceros. A. Aspectos interno y externo. Necesidades familiares o “cargas del matrimonio”. B. El deber conyugal y paterno de contribución. C. La determinación de la contribución conyugal. D. La contribución de uno no tiene que ser compensada por el otro, ni genera un derecho de reintegro contra el patrimonio común. E. El deber de contribución de los hijos. F. La responsabilidad de los cónyuges frente a terceros. 9. La vivienda familiar. A. Concepto y protección. B. Sanción del incumplimiento. C. Actos de disposición anulables. D. Adquirentes protegidos. 10. Los mandatos entre cónyuges. 11. El derecho de viudedad. 12. El régimen económico matrimonial y los derechos de terceros. A. El régimen paccionado. B. El régimen legal. C. Publicidad del régimen económico matrimonial. D. Derechos de terceros. BIBLIOGRAFÍA.

**§8. CAPÍTULOS MATRIMONIALES E INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS**, por Carmen Bayod López, *Catedrática de Derecho civil*..... 351

1. Los capítulos matrimoniales. A. Concepto. B. Contenido. C. Los límites a la libertad de estipulación. D. El idioma de los capítulos. 2. Antecedentes y regulación actual. 3. Características y especialidades de los capítulos. A. Capítulos y matrimonio. B. Pluralidad de sujetos y pluralidad de contenido. C. Caracteres del negocio capitular. 4. Forma. 5. Tiempo y eficacia de los capítulos. 6. Sujetos. Capacidad. A. Los capítulos matrimoniales son un negocio jurídico plurisubjetivo. B. Capacidad y matrimonio. C. La capacidad para capitular. D. Capacidad para otorgar capítulos matrimoniales: la estipulación capitular y otros negocios. E. Los mayores de 14 años

menores de edad. F. Incapacitados. G. Efectos de la falta de asistencia. 7. Modificación de las estipulaciones capitulares. A. Modificación de capítulos: otorgantes y partes: ¿quiénes deben intervenir? B. Modificación del régimen económico matrimonial y los otorgantes de capítulos. 8. Oponibilidad, inoponibilidad y publicidad de las estipulaciones capitulares. A. Planteamiento. B. Los terceros protegidos. La buena fe del tercero. C. Requisitos. D. Efectos. E. Publicidad de los capítulos y sus modificaciones. F. Modificación de los capítulos e insolvencia punible: alzamiento de bienes. 9. Invalidez e ineficacia de los capítulos matrimoniales. 10. Instituciones familiares consuetudinarias. A. Hermandad llana B. Agermanamiento o casamiento al más viviente. C. Casamiento en casa. D. Acogimiento o casamiento a sobre bienes. E. Consorcio universal o juntar dos casas. F. Dación personal. G. La dote y firma de dote. BIBLIOGRAFÍA.

**§9. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES**, por Carmen Bayod López, *Catedrática de Derecho civil*..... 369

1. Caracteres y régimen jurídico. 2. Ámbito de aplicación del régimen: ¿cuándo tiene lugar? 3. Contenido del régimen de separación de bienes. Titularidad y administración de los bienes propios. A. En general. B. Titularidad de los bienes. Presunciones. C. La gestión de los bienes propios. 4. Separación de bienes y vida en común. Responsabilidad por deudas. Los acreedores de los cónyuges. A. El uso común de los bienes. B. El trabajo para la casa, una forma de contribución a la satisfacción de las necesidades familiares, pero no un supuesto de indemnización. C. Separación de bienes y derecho de viudedad. D. Responsabilidad por deudas. E. El régimen de separación de bienes y los acreedores. 5. Disolución y liquidación del régimen de separación. BIBLIOGRAFÍA.

**§10. CONSORCIO CONYUGAL: ANTECEDENTES, CONFIGURACIÓN ACTUAL Y NATURALEZA JURÍDICA**, por Jesús Delgado Echeverría y José Antonio Serrano García, *Catedráticos de Derecho Civil* ..... 377

1. Régimen legal de comunidad parcial de bienes. 2. La primitiva comunidad aragonesa de muebles y ganancias. A. En los Fueros y Observancias del Reino de Aragón. B. En el Apéndice. 3. La comunidad de muebles y ganancias en la Compilación. A. Comparación con la sociedad de gananciales del Código civil. B. Fuerte influencia doctrinal en los textos legales aragoneses. C. La presunción legal de muebles por sitios. D. La reforma de 1985. 4. El *consorcio conyugal* en (y tras) la reforma de 2003. A. La reforma de 2003 completa y perfecciona el texto compilado. B. Llama *consorcio conyugal* al régimen legal aragonés. C. Suprime la regla de comunicación de los bienes muebles. 5. Libertad para modificar la configuración legal del consorcio conyugal. A. Régimen supletorio. B. Libertad de pactar la ampliación o restricción de la comunidad. 6. Naturaleza jurídica del consorcio conyugal.

**§11. BIENES DE LOS CÓNYUGES**, por José Antonio Serrano García, *Catedrático de Derecho Civil* ..... 389

1. El Capítulo sobre bienes comunes y privativos. 2. La presunción de comunidad. A. Presunción doble. B. Ámbito de aplicación. Destrucción. C. La presunción de comunidad y la subrogación real. 3. Lista de bienes comunes. Patrimonio común inicial. A. Sistema de doble lista. B. Patrimonio común inicial. 4. Bienes comunes por disposición del donante o causante. Bienes comunes por pacto. 5. Bienes

comunes por adquisición onerosa a costa del caudal común. A. Regla general, aplicable también a las adquisiciones con precio aplazado. B. Especificaciones de la regla general. 6. Bienes comunes obtenidos del trabajo o actividad de los cónyuges. 7. Frutos, rendimientos o beneficios obtenidos de los bienes comunes o privativos. A. Frutos de los bienes comunes o privativos. Regla general. B. Especificaciones de la regla general. 8. Bienes comunes de origen familiar. 9. La lista de bienes privativos. 10. Bienes privativos adquiridos antes del consorcio o por título anterior. A. Bienes de los cónyuges al iniciarse el consorcio. B. Bienes adquiridos durante el consorcio en virtud de títulos anteriores. 11. Bienes privativos por voluntad común. 12. Bienes privativos adquiridos a título lucrativo. 13. Bienes privativos por accesión. 14. Bienes patrimoniales privativos por su carácter personal. A. Los bienes patrimoniales inherentes a la persona y los intransmisibles entre vivos. B. Resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios personales. C. Cantidades percibidas como beneficiario de seguros de vida. D. Bienes no considerados de carácter personal. 15. Bienes privativos por subrogación real. A. El principio de subrogación real. B. Subrogaciones automáticas. C. Subrogaciones por empleo o reemplazo. 16. La presunción de privatividad. 17. El reconocimiento de privatividad. BIBLIOGRAFÍA.

**§12. DEUDAS DE LOS CÓNYUGES**, por Jesús Delgado Echeverría (núms. 1 y 2) y José Antonio Serrano García (núms. restantes), *Catedráticos de Derecho Civil*..... 411

1. Responsabilidad universal de los cónyuges y consorcio conyugal. A. Deuda y responsabilidad. B. Ampliación de la responsabilidad. C. Libertad e igualdad de los cónyuges. 2. Sistema de los arts. 218 a 226 CDFa. A. Responsabilidad interna (pasivo definitivo) y responsabilidad externa (pasivo provisional). B. Criterios básicos de la regulación del pasivo. 3. Deudas de cargo del patrimonio común (pasivo definitivo común). A. Cargas del matrimonio. B. Cargas usufructuarias. C. Alimentos legales. D. Ejercicio de actividades útiles o beneficiosas. E. Daños a terceros. Dolo o culpa grave. F. Buena fe y diligencia debida. 4. Contribución a las deudas comunes en defecto de bienes comunes. 5. Responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros (responsabilidad externa). A. La responsabilidad externa de los bienes comunes puede ser meramente provisional. B. Responsabilidad externa de los bienes comunes coincidente con la responsabilidad interna. C. Responsabilidad por deudas conjuntas. 6. Ejecución sobre bienes comunes por deudas de responsabilidad externa consorcial. A. Aplicación del art. 541 Lec. B. Derecho expectante de viudedad. 7. Responsabilidad de los bienes privativos. A. Del cónyuge que ha contraído la deuda. B. Del cónyuge que no ha contraído la deuda: Responsabilidad subsidiaria por deudas de la letra a) del apartado 1 del art. 218. 8. Responsabilidad por deudas de adquisición de bienes comunes. 9. Deudas de cargo del patrimonio privativo del cónyuge deudor. A. Concepto. B. Imputación subsidiaria en la participación consorcial del deudor. 10. Responsabilidad frente a terceros por deudas privativas. A. El sistema aragonés. B. Responsabilidad subsidiaria y limitada de los bienes comunes. 11. Ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas. A. La norma procesal aragonesa. B. En la ejecución singular. Coordinación con el procedimiento de ejecución en bienes gananciales. C. En el concurso de acreedores de persona casada. Coordinación con el procedimiento concursal. D. El derecho expectante de viudedad. 12. Relaciones entre patrimonios. A. La regla general. B. Los casos principales

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

**§13. GESTIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL**, por Carmen Bayod López, *Catedrática de Derecho civil* ..... 437

1. La gestión del consorcio conyugal. A. Regulación actual y Derecho transitorio. B. Reglas Generales en materia de gestión. C. Principios en materia de disposición de bienes consorciales. 2. Disposición de bienes consorciales: Actuación indistinta. A. Regulación. B. Actos que puede realizar por sí sólo uno de los cónyuges. 3. Actuación individual sobre bienes comunes en el ejercicio de profesión o negocio: art. 231 CDFa. A. Regulación. B. Bienes incluidos en el tráfico habitual. C. La aseveración notarial. 4. Actuación frente a terceros: el art. 232 CDFa. A. Regulación: B. Legitimación *ad extra*. C. Efectos en la relación interna. D. Terceros de buena fe. 5. Actuación conjunta de ambos cónyuges. A. Regulación. B. Actos que requieren la actuación conjunta. C. Efectos de la intervención conjunta. 6. Autorización judicial. A. Casos en los que el cónyuge disponente puede requerir la autorización judicial. B. Consecuencias de la autorización judicial respecto del patrimonio responsable en relación al acto dispositivo y a la viudedad. 7. Consecuencias de la falta de consentimiento de uno de los cónyuges: inoponibilidad y nulidad. Arts. 235 y 237 CDFa. A. Premisas de las que partir: negocio obligacional y negocio transmisivo. B. Actos a título oneroso. 8. Actos *intervivos* a título lucrativo. 9. Disposiciones de bienes en situaciones especiales. A. Los casos. B. Concreción automática de facultades. C. Atribución de la gestión al otro cónyuge. D. Privación de la gestión. 10. Disposición por causa de muerte. A. Antecedentes y regulación actual. B. Relativas a la participación en el patrimonio común. C. Relativas a bienes determinados del patrimonio común. D. Relativas a derechos sobre un bien común determinado. 11. Gestión de los bienes privativos. A. Consideraciones Generales. B. Gestión con mandato, expreso o tácito. B. Gestión contra la voluntad del otro. BIBLIOGRAFÍA.

**§14. DISOLUCIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL Y COMUNIDAD QUE CONTINÚA TRAS ELLA**, por José Antonio Serrano García, *Catedrático de Derecho Civil*..... 459

1. Principales cambios y novedades introducidos en el Cap. IV por la reforma de 2003. 2. La disolución del consorcio. 3. Causas de disolución de pleno derecho. 4. Causas de disolución por decisión judicial. 5. Medidas provisionales. 6. Momento de eficacia de la disolución. A. En las causas de disolución de pleno derecho. B. En las causas de disolución por decisión judicial. C. Posibilidad de dar efectos retroactivos a la disolución. 7. Régimen subsiguiente. 8. La comunidad que continúa tras la disolución. Introducción. A. Novedad de la reforma de 2003. B. Titulares. C. Naturaleza jurídica. D. Comunidad sujeta a nuevo régimen. E. Régimen supletorio. 9. Bienes comunes en la comunidad que continúa. 10. Deudas comunes en la comunidad que continúa. A. Deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal. B. Deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común. C. Responsabilidad frente a terceros. Contribución interna. D. Incidencia del derecho de viudedad. 11. Responsabilidad de los bienes comunes. A. Ejecución en bienes comunes para cobro de deudas comunes. B. Embargo de la participación consorcial o de los derechos sobre un bien común, por los acreedores privativos. 12. Disposición

por causa de muerte. 13. Reglas específicas de la disolución por muerte. A. Patrimonio conyugal, viudedad, fiducia y comunidad hereditaria. B. Administración por el cónyuge viudo. C. Facultades del cónyuge viudo. D. Disposición entre vivos de los bienes comunes. E. Responsabilidades del cónyuge viudo. 14. Reglas específicas de la disolución por otras causas. BIBLIOGRAFÍA.

**§15. LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL**, por José Antonio Serrano García, *Catedrático de Derecho Civil*..... 485

1. Reglas aplicables a la liquidación y división. A. Extensa regulación introducida en 2003. B. Régimen supletorio. 2. Derecho a la división. A. Ejercitable en cualquier tiempo. B. Salvo si hay prohibición de dividir o convenio de indivisión. C. Legitimación activa. D. La petición de inventario. 3. Capacidad para solicitar e intervenir en la liquidación y partición. 4. Modalidades de liquidación y división. A. Liquidación y división por acuerdo de los partícipes. B. Liquidación y división con intervención de fiduciario o contador partidor. C. Liquidación y partición judicial. 5. Inventario del activo y pasivo del patrimonio consorcial. A. Solicitud y contenido del inventario. B. Activo del inventario. C. Pasivo del inventario. D. Avalúo de los bienes inventariados. 6. La liquidación propiamente dicha. Determinación de si el activo consorcial es superior o inferior al pasivo. 7. Liquidación concursal. 8. Liquidación ordinaria. A. Orden legalmente previsto. B. Actualización del importe de los reembolsos y reintegros. C. Reserva de los bienes objeto de ventajas o derecho de adjudicación preferente. 9. Ventajas. 10. División y adjudicación. 11. Derecho de adjudicación preferente. 12. Las deudas comunes tras la división. A. La división no perjudica los derechos ya adquiridos por terceros. B. Responsabilidad de los cónyuges o sus herederos. C. La ejecución sobre bienes consorciales adjudicados al cónyuge no deudor. 13. Liquidación de varias comunidades. BIBLIOGRAFÍA.

**§§9 a 15. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DESDE LA PERSPECTIVA FISCAL. CUESTIONES RELEVANTES**, por Antonio José García Gómez, *Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario* ..... 507

1. Vigencia del régimen económico matrimonial: las aportaciones de los cónyuges.  
2. Disolución y liquidación del régimen económico matrimonial.

**§16. LA VIUEDAD**, por Carmen Bayod López, *Catedrática de Derecho civil*..... 511

1. El derecho de viudedad y los otros derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge supérstite en los diversos ordenamientos civiles españoles. A. El derecho de viudedad y los derechos del viudo en relación con la ley que rige los efectos del matrimonio. B. Derechos que algunos ordenamientos civiles españoles atribuyen al cónyuge viudo en la herencia del premuerto por su condición de legitimario o cónyuge supérstite. C. Derechos del cónyuge viudo en los diversos Derechos civiles españoles. 2. La viudedad foral aragonesa en Derecho internacional: dimensión interna e internacional. A. La viudedad aragonesa en el Derecho interregional. Art. 16.2 y 3 Cc. B. La viudedad y los reglamentos europeos en materia de sucesiones y de régimen económico matrimonial. 3. Concepto y estructura. A. Consideraciones generales. B. Concepto. C. Estructura. 4. Naturaleza y caracteres. A. Naturaleza. B. Caracteres C. *Favor viduitatis*. 5. Origen de la viudedad. A. ¿Qué matrimonios tienen viudedad? B. Compatibilidad de la viudedad con cualesquiera regímenes matrimo-

niales C. ¿A qué matrimonios se aplica la regulación vigente? Derecho transitorio. 6. Ámbito objetivo de la viudedad. A. Ámbito legal: Viudedad universal. B. Reducción o exclusión convencional de la viudedad. C. Exclusión voluntaria del derecho expectante. D. Privación de la viudedad por de uno de los cónyuges al incurrir el otro en causa de desheredación. E. Limitación objetiva de la viudedad por voluntad de uno de los cónyuges con descendientes no comunes. F. Exclusión sobre determinados bienes por disposición voluntaria de un tercero. G. Derecho de transmisión y consorcio foral. 7. La renuncia del titular del derecho de viudedad. A. Regulación. B. Requisitos y forma de la renuncia. 8. La publicidad de los pactos de renuncia o limitativos de la viudedad. 9. Extinción de la viudedad. A. Por disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte. Separación legal. B. Por incurrir el supérstite en causa de indignidad. C. Renacimiento de la viudedad. 10. El derecho de viudedad durante el matrimonio: el derecho expectante. A. El derecho expectante de viudedad: regulación y estructura. B. El derecho expectante como derecho subjetivo. 11. Régimen jurídico del expectante cuando recae sobre bienes inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas. A. Planteamiento. B. Bienes afectos al derecho expectante con gravamen real. C. ¿En qué momento se produce la afección real sobre estos bienes? D. Consecuencias de la naturaleza real y legal del derecho expectante. 12. Causas de extinción del expectante en los casos de disposición voluntaria de bienes inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas: art. 280 CDFA. A. Renuncia. B. Enajenación válida de bien consorcial. C. Enajenación de bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio. D. Partición y división de bienes incluso con exceso de adjudicación, respecto de aquellos que no se adjudiquen al cónyuge. E. Enajenación de bienes por el cónyuge del declarado ausente. F. Expropiación o reemplazo por otros en virtud de procedimiento administrativo. G. Concurrencia de ambos cónyuges. H. Acuerdo judicial. I. Extinción registral. 13. Extinción del derecho expectante en los casos de enajenación judicial de bienes inmuebles. 14. El Derecho expectante sobre los demás bienes muebles. 15. El usufructo viudal. A. Comienzo: el fallecimiento de uno de los cónyuges. B. Extensión del usufructo viudal. C. Explotaciones económicas. 16. Inventario y fianza. A. Supuestos en que son obligatorios. B. Bienes que han de incluirse en el inventario. C. Formalización del inventario. D. Plazo para formalizar el inventario. E. Consecuencia de la falta de inventario. F. Prestación de fianza y otras medidas cautelares. 17. Disponibilidad del derecho y de los bienes. A. Inalienabilidad e inembargabilidad del usufructo viudal y disponibilidad de bienes concretos y de frutos y rentas. B. Embargo de bienes concretos y de frutos y rentas. 18. Derechos y obligaciones del viudo usufructuario. A. Ejercicio del usufructo viudal: ideas generales. B. Liquidación de frutos. C. Gastos y mejoras. D. Reparaciones extraordinarias. E. Obligación de alimentos. F. Pago de tributos y seguros sobre los bienes objeto de usufructo. 19. Facultades de los nudo propietarios. A. Posibilidad de intervención. B. Transformación del usufructo. C. Bienes que pertenecían en copropiedad al cónyuge premuerto: Derechos de las partes y valoración del usufructo. 20. Usufructos especiales de dinero y de fondos de inversión. 21. Extinción del usufructo viudal. A. Causas de extinción B. Extinción del usufructo sobre bienes determinados. C. ¿Otras causas de extinción? 22. Posesión de los propietarios. BIBLIOGRAFÍA.

**§17. PAREJAS ESTABLES NO CASADAS**, por Aurora López Azcona,  
*Profesora Titular de Derecho Civil* .....



1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable. A. Pluralidad de regímenes civiles españoles. B. Ley aplicable. 2. Regulación de las parejas de hecho en Aragón. 3. Concepto y requisitos. 4. Vías de constitución. 5. Régimen de convivencia. A. El convenio de convivencia. B. Régimen legal supletorio. 6. Otros efectos legales de la convivencia. 7. Causas de extinción. 8. Efectos de la extinción. A. Efectos respecto de los convivientes. a) Efecto común a todas las causas de extinción. b) Efectos de la extinción en vida. c) Efectos en caso de extinción por fallecimiento de uno de los convivientes: Los derechos del supérstite. B. Efectos respecto de los hijos. Remisión. BIBLIOGRAFÍA.

**§18. EFECTOS DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES CON HIJOS A CARGO**, por Aurora López Azcona, *Profesora Titular de Derecho Civil* ..... 565

1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable. A. Pluralidad de regímenes civiles españoles. B. Ley aplicable. 2. Regulación de los efectos de la ruptura de la convivencia en Aragón. 3. Derechos y principios a observar en la ruptura de la convivencia. 4. El pacto de relaciones familiares. 5. La mediación familiar. 6. Medidas judiciales a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares. A. Régimen de custodia de los hijos. B. Atribución del uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico. a. Atribución del uso de la vivienda familiar. b. Atribución del uso del ajuar doméstico. c. Gastos de asistencia a los hijos. D. Asignación compensatoria. 7. Medidas provisionales. BIBLIOGRAFÍA.

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

**§19. NORMAS GENERALES DE LAS SUCESIONES**, por José Antonio Serrano García, *Catedrático de Derecho Civil* ..... 595

1. El Derecho de sucesiones por causa de muerte en España. Ley aplicable. A. Pluralidad de legislaciones españolas. B. Ley aplicable en el espacio. 2. El Derecho de sucesiones en el Libro III CDFR. A. Origen. B. Contenido. C. Disposiciones transitorias. D. Derecho supletorio. 3. El Título Primero del Libro III: De las sucesiones en general. 4. Capítulo Primero. La sucesión por causa de muerte y la herencia. A. El Capítulo Primero. Disposiciones generales. B. La sucesión por causa de muerte. C. Objeto de la sucesión por causa de muerte: la herencia. D. Incidencia de los pactos sucesorios. 5. Modos de delación. Compatibilidad. 6. Llamamientos sucesorios y sucesores por causa de muerte. A. Llamamientos sucesorios. B. Clases de sucesores por causa de muerte. C. Las figuras del heredero y el legatario. 7. Sucesores especiales. A. El heredero "ex re certa". B. El legatario de parte alícuota. C. La distribución de toda la herencia en legados. 8. La ordenación voluntaria de la sucesión. Ineficacia. A. Formas y límites de la ordenación voluntaria. B. La ineficacia del llamamiento voluntario. 9. Etapas en la adquisición de la herencia. A. Orden de las etapas. B. Apertura. C. Vocación. D. Delación. E. Adquisición. 10. La herencia yacente. 11. Capítulo II. La capacidad para suceder. A. El Capítulo II. B. Regla general: la tienen las personas ya existentes y que sobrevivan al causante. C. Regla especial para el *nasciturus* y la fecundación asistida *post mortem*. D. Reglas especiales para las personas físicas o jurídicas futuras. E. La incapacidad de las personas capaces de suceder. 12. La indignidad sucesoria. A. Causas de indignidad. B. Momento para calificar la capacidad. C. Efectos de la indignidad. D. Deber

de restitución. E. Caducidad de la acción. F. Rehabilitación del indigno. 13. Las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (“incapacidad relativa”). A. Causas de incapacidad relativa. B. Efectos de la incapacidad relativa. 14. Capítulo III. La sustitución legal. A. Antecedentes de la regulación actual. B. Concepto y efectos. C. Casos y presupuestos. D. Los distintos ámbitos de aplicación. 15. El derecho de acrecer. A. Casos en que procede y efectos. B. Acrecimiento por grupos. C. Orden de prelación. 16. Capítulo IV. Aceptación y repudiación de la herencia. A. Concepto y caracteres. B. Capacidad para aceptar o repudiar. C. Plazo para aceptar o repudiar. La interpelación. D. Formas de aceptación. E. Forma y efectos de la repudiación. F. Repudiación en perjuicio de acreedores. 17. Concurrencia en una misma persona de varios llamamientos a una herencia. A. Llamamientos independientes. B. Llamamientos sucesivos, uno voluntario y otro legal, a una misma herencia. 18. La transmisión del derecho a aceptar o repudiar. 19. Capítulo V. La responsabilidad del heredero. A. El heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas de la herencia. B. Responsabilidad limitada por ley. C. Separación de patrimonios. D. Preferencias. Embargo de bienes del heredero. E. Pago de deudas y legados. F. Formas de pago. 20. Capítulo VI. Colación y partición. A. Colación. B. Partición. C. Pago de las deudas hereditarias por los coherederos. 21. Capítulo VII. El consorcio foral. A. Supuestos de hecho, sujetos y objeto. B. Efectos. C. Disolución del consorcio y separación de un consorte. BIBLIOGRAFÍA.

**§19.1. LA FISCALIDAD DE LAS SUCESIONES EN ARAGÓN**, por Antonio José García Gómez, *Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario* ..... 653

1. El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones 2. Otras obligaciones tributarias de los sucesores.

**§20. LA SUCESIÓN PACCIONADA**, por Carmen Bayod López, *Catedrática de Derecho civil* ..... 661

1. Pluralidad de regímenes españoles y ley aplicable. A. La sucesión paccionada en los diversos derechos civiles españoles. B. Ley aplicable al otorgamiento de los pactos sucesorios: capacidad y forma. 2. La sucesión paccionada en Aragón. Antecedentes y regulación actual. A. Antecedentes. B. Regulación actual. 3. Concepto, caracteres y naturaleza. Validez y forma. A. Concepto de pacto sucesorio en Aragón. B. Caracteres. C. Naturaleza. D. Pactos sucesorios válidos. E. Forma de los pactos sucesorios. 4. Capacidad para otorgar pacto sucesorio. A. Sujetos otorgantes: instituyente y cocontratante. B. Capacidad para ser otorgante. C. Carácter personalísimo del pacto sucesorio. D. Idioma de los otorgantes. 5. Contenido e interpretación de los pactos sucesorios. A. Contenido contractual del pacto y contenido de última voluntad. B. Contenido posible del pacto sucesorio. C. Límites del pacto. D. Reglas de interpretación del pacto. 6. La institución a favor de contratante. A. Concepto. B. Clases. C. Institución para “después de los días”. D. Institución “de presente”. 7. Pactos de institución recíproca. A. Concepto. B. Efectos. 8. Pactos de institución en favor de tercero. A. Concepto. B. Efectos. 9. Pactos de renuncia. 10. Revocación, modificación e ineficacia de los pactos sucesorios. A. Modificación y revocación de los pactos sucesorios. B. Ineficacia sobrevenida del pacto sucesorio. C. Invalidez de los pactos sucesorios. BIBLIOGRAFÍA.

<b>§20.1. LA TRIBUTACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS EN ARAGÓN</b> , por Antonio José García Gómez, <i>Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario</i> .....	685
1. Pactos para después de los días 2. Pactos de presente 3. Pactos en favor de tercero 4. Pactos de renuncia. BIBLIOGRAFÍA.	
<b>§21. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA</b> , por Elena Bellod Fernández de Palencia, <i>Profesora Titular de Derecho Civil</i> .....	693
1. Testamento. A. Concepto. Clases. B. Caracteres. C. Revocación del testamento. D. Capacidad. E. Contenido del testamento. 2. Testamento mancomunado. A. Historia. B. Concepto y caracteres. C. Sujetos. D. Forma. E. Contenido. F. Institución recíproca entre otorgantes. G. Revocación y efectos. H. Efectos de la nulidad del matrimonio, divorcio y separación. I. Interpretación. J. Actos de Disposición. 3. Invalidez e ineficacia de los testamentos. A. Introducción. B. Nulidad insubsanable o absoluta. C. Nulidad subsanable. D. Anulabilidad por falta de capacidad natural. E. Anulabilidad por error en la persona y captación de voluntad. F. Límites en el ejercicio de la acción de nulidad o anulabilidad. G. Ineficacia de las disposiciones testamentarias. H. Supuestos de ineficacia. BIBLIOGRAFÍA.	
<b>§22. LA FIDUCIA SUCESORIA</b> , por Elena Bellod Fernández de Palencia, <i>Profesora Titular de Derecho Civil</i> .....	721
1. Introducción. 2. Concepto. 3. Función y utilidad. 4. Requisitos que ha de reunir el comitente. A. Vecindad aragonesa en el momento del nombramiento (a efectos de Derecho interno, entre españoles, y sin perjuicio de la aplicación del RUE 650/2012). B. El comitente debe tener capacidad para testar. C. Naturaleza personal de las normas del CDFa. D. No se requiere que comitente y fiduciario sean parientes o cónyuges entre sí. 5. El fiduciario. A. Capacidad B. Situación de crisis matrimonial C. Voluntariedad y gratuidad del cargo (art. 440.3 CDFa) D. Carácter personalísimo del cargo E. Pluralidad de fiduciarios. 6. Forma. 7. Principio de subsidiaridad (art. 441 CDFa). A. Instrucciones del comitente B. Disposiciones sucesorias otorgadas por el comitente. C. Disposiciones sucesorias anteriores al nombramiento del fiduciario. D. Disposiciones sucesorias otorgadas simultáneamente al nombramiento de fiduciario E. Disposiciones sucesorias posteriores al nombramiento del fiduciario. 8. Revocación. A. Principio General. B. Prevalencia de las normas de revocación de la fiducia sobre las del testamento mancomunado. 9. Plazo para ejecutar la fiducia (art. 444 CDFa). A. Principio general. B. En el supuesto de que el causante no haya dado instrucciones en este sentido. C. Naturaleza del plazo. D. Cómputo de plazo. E. Prórroga del plazo. F. Reducción del plazo. 10. Herencia pendiente de asignación (arts. 449 a 455 CDFa). A. Introducción. B. Administración y representación de la herencia (art. 449 CDFa). ¿A quién le corresponde? C. Administración ordinaria de la herencia. D. Cargas y obligaciones (art. 451 CDFa). E. Contenido de la administración y representación (art. 452 CDFa). F. Disposición de la herencia (arts. 453 y 454 CDFa). 11. Liquidación de la sociedad conyugal y fiducia. A. Principio general: el fiduciario tiene facultades de liquidación del régimen económico matrimonial. B. Si el fiduciario no es el cónyuge. C. Si el fiduciario es el cónyuge viudo. D. Liquidación como acto de disposición. Medidas cautelares por posible contraposición de intereses. E. Atribución de bienes consorciales por el cónyuge fiduciario. 12. Delación. A. Principio General B. Efectos. 13. Ejecución de la fiducia	

individual. A. Introducción. B. Forma de ejecución y modo de actuación (arts. 456 y 457 CDFA). C. Fiduciario no cónyuge. D. Fiduciario cónyuge. E. Contenido. 14. Ejecución en la Fiducia colectiva. A. Integrantes de la fiducia colectiva. B. Ejecución de la fiducia colectiva. 15. Imposibilidad sobrevenida. 16. Falta de ejecución. 17. Pérdida de la condición de fiduciario. 18. Extinción de la fiducia. 19. Derecho transitorio. A. Importancia práctica. B. Normativa aplicable: Disposición Transitoria Vigésimoprimera. C. Normas de interpretación. 20. Distinción de otras figuras 21. Clausulado básico A. Cláusulas de un testamento mancomunado típico otorgado por cónyuges aragoneses de régimen económico matrimonial legal aragonés e hijos comunes, con recíproca concesión del usufructo de viudedad y nombramiento de fiduciarios, en las que se plasma, en lo fundamental, lo recogido en esta Lección. B. Cláusulas de un testamento en el que el cónyuge viudo fiduciario aragonés, por sí y ejercitando la facultad fiduciaria, ordena su sucesión y la de su premuerto cónyuge. C. Clausulado esquemático de escritura en la que el cónyuge viudo fiduciario aragonés, por sí y como fiduciario, acepta la facultad fiduciaria, y por sí solo liquida la sociedad económico conyugal y adjudica proindiviso todos los bienes integrantes de la misma, conforme al art. 259.3 CDF, y cuya ejecución de la fiducia se reserva. BIBLIOGRAFÍA.

**§22.1. ASPECTOS FISCALES DE LA FIDUCIA ARAGONESA**, por Antonio José García Gómez, *Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario* ..... 755

1. Introducción. 2. La tributación de la fiducia aragonesa en el impuesto sobre sucesiones A. El marco establecido por la normativa estatal y sus problemas de legalidad. B. El nuevo régimen tributario implantado por la Ley aragonesa 15/2018. C. Los problemas de constitucionalidad de la norma fiscal aragonesa y el incierto panorama resultante. 3. El impacto de la fiducia aragonesa en otros impuestos del sistema fiscal. A. Impuesto sobre la Renta de las Persona Físicas B. Impuesto sobre el Patrimonio C. Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. BIBLIOGRAFÍA.

**§23. NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS**, por José Antonio Serrano García, *Catedrático de Derecho Civil*..... 771

1. El Título V y el Derecho supletorio. A. El Título completa la regulación de las diversas clases de sucesión voluntaria. B. Deja un amplio margen para la aplicación del Derecho supletorio. C. En particular, en las sustituciones voluntarias. D. Planteamiento de la exposición. 2. La designación de sucesor. A. Certeza de la designación. B. Concurrencia de designados. C. Supuestos de relativa indeterminación. D. Motivación de la disposición. E. Modalidades en la designación de sucesor. 3. Los legados. A. Aplicación del Derecho supletorio. B. La adquisición del legado. C. El derecho de transmisión. D La posesión del legado. E. Prelación entre legatarios. 4. El albacea. BIBLIOGRAFÍA.

**§24. LA LEGÍTIMA**, por José Antonio Serrano García, *Catedrático de Derecho Civil* ..... 781

1. Diversidad de sistemas legitimarios en España. A. La Constitución no garantiza la existencia de una legítima material. B. Libertad absoluta de testar frente a legítima material más o menos amplia. C. Otros derechos del cónyuge viudo (o pareja de

hecho, en su caso), distintos de la legítima. 2. La legítima es un límite a la eficacia de las liberalidades del causante a favor de extraños. 3. Críticas a la existencia de la legítima. 4. Antecedentes históricos, evolución y regulación actual de la legítima aragonesa. A. La legítima en el Derecho anterior al Apéndice de 1925. B. La legítima en el Apéndice de 1925 y en la Compilación de 1967. C. La legítima en la regulación vigente, procedente de la Ley de sucesiones de 1999. 5. Concepto y cuantía de la legítima colectiva aragonesa. A. Es una legítima material a favor de descendientes. B. La cuantía se ha reducido a una mitad del caudal computable. C. Es una legítima colectiva. 6. Títulos de atribución y libertad de distribución entre descendientes. A. Cualquier título lucrativo sirve para atribuir bienes a los descendientes. B. Aunque haya legitimarios, es posible instituir heredero a un extraño. C. La legítima es, como regla, “pars bonorum”. D. Libertad de distribución de la legítima entre descendientes. 7. Cálculo y valoración del caudal computable para determinar la legítima. A. Reunión ficticia de “relictum” y “donatum”. B. El caudal relicto y su valoración. C. Las donaciones computables y su valoración. 8. Imputación a la legítima de las liberalidades recibidas por los descendientes. A. Liberalidades recibidas del causante por sus descendientes. B. Liberalidades no imputables a la legítima. C. Valoración de las liberalidades imputables. 9. Legitimarios. Clases. A. Descendientes del causante que le sobrevivan y tengan capacidad para sucederle. B. Clases de legitimarios. C. Legitimarios de grado preferente. Clases. 10. El derecho a alimentos de los legitimarios de grado preferente. 11. La renuncia a la legítima. 12. La preterición. Clases y efectos. A. Novedades de la reforma de 1999. B. Concepto de preterición. Reflejo en los sustitutos. C. Mención suficiente para evitar la preterición. D. La preterición intencional. Ausencia de efectos específicos. E. La preterición no intencional. Efectos. 13. La desheredación. Causas y efectos. A. Desheredación con causa legal. B. Efectos de la desheredación con causa legal. C. Reconciliación y perdón. 14. La exclusión. Clases y efectos. A. La exclusión voluntaria de descendientes. La exclusión simple carece de efectos. B. La exclusión absoluta no total (y la desheredación sin causa legal) tiene efectos reforzados. 15. Error esencial en el motivo de la exclusión o la causa de la desheredación. 16. La intangibilidad cuantitativa. A. Liberalidades que lesionan la legítima cuantitativamente. B. La acción de reducción de liberalidades inoficiosas. 17. La intangibilidad cualitativa. A. El deber de cumplimiento en bienes relictos. B. La acción de permuta de bienes relictos por no relictos. C. La prohibición de imponer gravámenes sobre los bienes relictos imputables a la legítima. D. Acción para que los gravámenes prohibidos sobre bienes relictos imputables a la legítima se tengan por no puestos. E. Cautelas de opción compensatoria. 18. Prescripción de acciones en materia de legítima. BILIOGRAFÍA.

**§25. LA SUCESIÓN LEGAL**, por Carmen Bayod López, *Catedrática de Derecho civil* .....

819

1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable. A. La sucesión legal en los diversos Derechos civiles españoles. B. Ley aplicable. 2. Regulación y antecedentes de la sucesión legal en Aragón. 3. Disposiciones generales. A. Procedencia de la apertura de la sucesión legal. B. Momento y lugar de apertura de la sucesión: C. Apertura de la sucesión del causante y procedencia de la sucesión legal en un momento posterior. D. Orden de llamamiento a la sucesión legal. E. Diversidad de llamamientos universales. F. Concurrencia de llamamientos. G. Declaración de herederos legales. H. Principio de proximidad de grado e ineficacia del llamamiento. 4. La sucesión de los descendientes. A. Sucesión a favor de los hijos: art. 522

CDFA. B. Sucesión a favor de otros descendientes. 5. El recobro de liberalidades. A. Orden del llamamiento. B. Fundamento y naturaleza. C. Viudedad. D. Requisitos. E. Recobro habiendo descendientes. 6. La sucesión troncal. A. Bienes objeto de la sucesión troncal. B. Orden de llamamientos en la sucesión troncal. 1º. Hermanos e hijos y nietos de hermanos por la línea de donde procedan los bienes, por derecho propio o por sustitución legal. 2º. Padre o madre, según la línea de donde los bienes procedan. 3º. Resto de colaterales. 7. La sucesión no troncal. A. Consideraciones generales. B. Orden de los llamamientos. 8. La sucesión de los ascendientes. A. Regulación y principios. B. Sucesión a favor de los padres. C. Sucesión a favor de otros ascendientes. 9. La sucesión del cónyuge viudo. A. Regulación. B. Requisitos. C. Llamamiento a los parientes del cónyuge premuerto: sustitución legal preventiva de residuo. 9. La sucesión a favor de los colaterales privilegiados. A. Hermanos, sobrinos y sobrinos nietos del causante. B. La distribución de los bienes: arts. 532.2 a 4 y 533 CDFA. C. Repudiación del único o de todos los llamados. D. Concurrencia de hermanos de doble vínculo con hermanos de vínculo sencillo: la regla del duplo. E. Repudiación de todos los hermanos de doble vínculo y regla del duplo. 11. La sucesión a favor de los colaterales no privilegiados. 12. La sucesión a favor de la comunidad autónoma. A. Regulación. B. Requisitos. C. La necesidad de previa declaración de herederos. D. Repudiación. 13. El privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia. A. Antecedentes. B. Regulación. C. Requisitos. D. ¿Vecindad civil del causante? E. El destino de los bienes. BIBLIOGRAFÍA.

## V. DERECHO PATRIMONIAL

**§26. RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES**, por *José Luis Argudo Pérez, Profesor Titular de Derecho Civil* ..... 853

1. Antecedentes de la regulación de relaciones de vecindad y servidumbres en Aragón. Legislación aplicable. A. Antecedentes forales hasta el Apéndice de 1925. B. El Apéndice Foral de 1925 y la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967. C. Ley aplicable a los derechos reales. D. Regulación de las relaciones de vecindad y servidumbres en los derechos civiles españoles. E. Derecho transitorio. 2. La distinción entre relaciones de vecindad y servidumbres. 3. Los derechos reales en el Código del Derecho Foral de Aragón: relaciones de vecindad y servidumbres. A. Ampliación de regulación y contenido normativo respecto a la Compilación. B. Un régimen más completo de las relaciones de vecindad. C. Desarrollo legislativo en materia de servidumbres. D. El «ius usus inocui». Los principios generales y la costumbre.

**§27. LAS RELACIONES DE VECINDAD**, por *José Luis Argudo Pérez, Profesor Titular de Derecho Civil* ..... 859

1. Regulación de las relaciones de vecindad y disposiciones generales. A. El Derecho de vecindad. B. Reglas específicas y generales de las relaciones de vecindad. a) Regulación privada de las relaciones de vecindad. b) Los actos de «mera tolerancia» en las relaciones de vecindad. c) Imprescriptibilidad de las facultades. d) El «uso adecuado de los inmuebles o sitios». 2. Árboles y plantaciones. A. Antecedentes y límites en la aplicación del art. 143 Compilación. B. Inmisión de raíces y ramas. C. Distancias en plantaciones. D. Árboles en seto medianero. E. Árboles que amenazan caerse. 3. Construcciones y aguas pluviales. A. Paso por razón de obras. B. Paredes medianeras. C. Aguas pluviales. 4. Luces y vistas. A. Antecedentes. B. El régimen

normal de luces y vistas. C. Reja y red o protección semejante o equivalente. a) Protección semejante o equivalente. b) Materiales traslúcidos. c) La no regulación de protecciones en terrazas, azoteas y galerías. d) Colocación y no prescripción de protecciones. e) Distancias. D. Huecos para luces y vistas en paredes medianeras. E. Voladizos. F. El derecho a edificar o construir y la limitación de vistas por protección de vida privada.

**§28. LAS SERVIDUMBRES**, por José Luis Argudo Périz, *Profesor Titular de Derecho Civil*..... 879

1. Concepto, caracteres y clases. A. Concepto. B. Caracteres: utilidad, inseparabilidad, permanencia e indivisibilidad. C. Clases de servidumbres. a) Servidumbres aparentes y no aparentes. b) Servidumbres positivas y negativas. c) Servidumbres continuas y discontinuas. 2. Las servidumbres personales en el código aragonés: los derechos reales de aprovechamiento parcial. 3. Contenido y ejercicio de las servidumbres. A. Contenido de las servidumbres. B. El modo de ejercicio de las servidumbres: el uso «civiliter». C. Contenido accesorio: obras y trabajos en las fincas. a) Liberación de cargas. b) Modificación de la servidumbre (*ius variandi*). 4. Constitución de las servidumbres. A. Constitución voluntaria y forzosa de las servidumbres. a) Constitución voluntaria. a') Negocios jurídicos mortis causa. b) Constitución de las servidumbres forzosas. B. Constitución por signo aparente o por destino del padre de familia. C. Constitución por usucapión. a) Cómputo del plazo de prescripción. b) Usucapión ordinaria y extraordinaria. c) Usucapión ordinaria. Usucapión de las servidumbres no aparentes. d) Usucapión extraordinaria. Usucapión de las servidumbres aparentes. e) La posesión inmemorial. f) Prohibición de constitución por usucapión de las servidumbres negativas. g) El reconocimiento de las servidumbres negativas por el dueño del predio sirviente. D. Legitimación para constituir servidumbres. E. Constitución de servidumbres sobre finca indivisa. F. Constitución de servidumbres sobre finca propia. a) Diferencias entre la servidumbre por signo aparente y sobre finca propia. 5. Extinción y modificación de las servidumbres. A. Modos de extinción de las servidumbres. a) No uso. b) Prescripción extintiva sobre finca en comunidad. c) Extinción en situación de confusión. d) Cumplimiento de término o condición y extinción del derecho real limitado. e) Renuncia y redención convencional. f) Pérdida total de la finca sirviente o de la dominante. Imposibilidad de ejercer la servidumbre. B. Extinción parcial por modificación de las fincas. 6. Servidumbres de luces y vistas. A. Importancia de los voladizos como signo aparente de servidumbres de luces y vistas. B. No usucapión de las servidumbres no aparentes. C. Efectos de la adquisición de la servidumbre. 7. Servidumbres forzosas de paso y acceso a red general. A. Servidumbre forzosa de paso. B. Servidumbre forzosa de acceso a red general. 8. Derechos de pastos y ademprios. A. La alera foral y otras servidumbres de pastos. B. Los ademprios como derechos reales de aprovechamiento parcial. C. Las comunidades. a) Mancomunidades. a') Comunidades y sociedades de montes. b) Las comunidades «pro diviso». c) Régimen de las comunidades. BIBLIOGRAFÍA

**§29. EL DERECHO DE ABOLORIO**, por Aurora López Azcona, *Profesora Titular de Derecho Civil*..... 915

1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable. A. Pluralidad de regímenes civiles españoles. B. Ley aplicable. 2. Regulación y antecedentes del derecho de abolorio en Aragón. 3. Concepto y naturaleza jurídica. A. Concepto. B. Natu-

raleza jurídica 4. Elementos personales. A. Titulares del derecho. a) Los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes. b) Los ascendientes, respecto de los bienes de abolorio que hayan donado al enajenante. c) Los descendientes mayores de catorce años titulares de bienes de abolorio. d) Naturaleza del parentesco. e) Concurrencia de titulares. B. Legitimado pasivo. 5. Elementos objetivos. A. Bienes objeto del derecho. a) Bienes de abolorio. b) Enajenación de cuota indivisa y de pluralidad de inmuebles. B. Enajenaciones originadoras. 6. Elementos formales. A. Plazos de ejercicio. a) Plazo de ejercicio en fase de tanteo. b) Plazos de ejercicio en fase de retracto. c) Plazo máximo de caducidad. d) Naturaleza de los plazos. B. El pago o consignación del precio. C. Documentos a aportar con la demanda. 7. Efectos. A. Efectos comunes a todos los derechos de adquisición preferente. B. Efecto específico del derecho de abolorio: La prohibición de disponer del bien adquirido por derecho de abolorio. 8. La renuncia. 9. Colisión con otros derechos de adquisición preferente. 9. La (extinta) facultad moderadora. BIBLIOGRAFÍA.

**§30. LOS CONTRATOS DE GANADERÍA**, por Aurora López Azcona, *Profesora Titular de Derecho Civil* ..... 933

1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable. A. Pluralidad de regímenes civiles españoles. B. Ley aplicable. 2. Regulación y antecedentes de los contratos de ganadería en Aragón. A. La importancia del Derecho consuetudinario. B. Los Fueros y Observancias. C. El Apéndice del Derecho foral de Aragón de 1925. D. La Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967. D. La Ley 8/2010 de Derecho civil patrimonial y la ausencia de desarrollo normativo posterior. 3. El art. 599 CDFA. A. Ámbito de aplicación. B. Fuentes reguladoras. 4. En particular, los contratos de integración ganadera. A. Aproximación conceptual. B. Práctica contractual. BIBLIOGRAFÍA.



## ABREVIATURAS

- A: Auto
- APH: Audiencia Provincial de Huesca
- APT: Audiencia Provincial de Teruel
- APZ: Audiencia Provincial de Zaragoza
- art./arts.: artículo, artículos.
- AT: Audiencia Territorial
- BOA: Boletín Oficial de Aragón.
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CC.AA.: Comunidades Autónomas.
- Cc: Código civil.
- Cc.C: Código Civil de Cataluña.
- CDFA: Código del Derecho Foral de Aragón.
- CE: Constitución española.
- Cfr.: confróntese.
- Comp. Arg.: Compilación del Derecho civil de Aragón.
- Comp. Baleares: Compilación de Baleares.
- Comp. Galicia: Compilación de Galicia.
- Comp. de Cataluña: Compilación de Cataluña.
- CP: Código penal.
- D.: Decreto
- DA: Disposición adicional.
- DF: Disposición Final.
- DT: Disposición Transitoria
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado
- DGSJFP: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.
- EAA: Estatuto de Autonomía de Aragón.
- FNN: Fuero Nuevo de Navarra.
- FJ: Fundamento Jurídico.
- Ídem: La misma obra.
- Ibídem.: La misma obra y la misma página.
- JPI: Juzgado de Primera Instancia.
- JPII: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.
- LDcp.: Ley aragonesa 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial.
- LDCV: Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco.
- LDCG: Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.
- LFCDNCN: Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.
- LDp.: Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona.
- Lec: Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Lecr.: Ley de Enjuiciamiento Criminal.  
LIB: Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica.  
LJV: Ley de Jurisdicción voluntaria.  
Lnot.: Ley del notariado.  
LO: Ley orgánica.  
LOPDHI: LO 1/1985, de 5 de mayo, de Protección del Derecho al honor, a la intimidad personas y familiar y a la propia imagen.  
LOPJM: LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de 19 julio.  
Lrem.: Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.  
Lsuc.: Ley aragonesa 1/1999, de 1 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.  
P/pp.: Página/páginas.  
Pe.: Por ejemplo.  
Obs.: Observancia.  
R./RR.: Resolución/Resoluciones.  
RAJA: Revista Actualidad del Derecho en Aragón.  
RUE 650/2012: Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.  
RUE 2016/1103: Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.  
RUE 2016/1104: Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.  
S/SS: Sentencia, Sentencias.  
SAP: Sentencia Audiencia Provincial.  
SAPH: Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca.  
SAPT: Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel.  
SAPZ: Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza.  
SJPI: Sentencia de Juzgado de Primera Instancia.  
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.  
STSJA: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.  
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.  
UE: Unión Europea.  
Vs.: Versus.

## **I. HISTORIA Y FUENTES**



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

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA  
*Catedrático de Derecho civil*

## 1. Raíces históricas y fundamento constitucional

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

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

Que hoy Aragón —lo mismo que Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco— tenga esta competencia legislativa no depende de la vía de acceso a la autonomía, ni del grado de ésta. Andalucía, por ejemplo, no tendrá nunca competencia legislativa sobre Derecho civil, pues el art. 149.1.8<sup>a</sup> Const. la confiere “allí donde existan” Derechos civiles forales o especiales, y en Andalucía no existía un Derecho civil propio al promulgarse la Constitución (ni lo había habido en el pasado). Es, por tanto, la historia la que, a través de la Constitución, hace posible la existencia actual del Derecho civil aragonés.

*B. Derecho civil, Derecho autonómico, Derecho foral.* Tras la Constitución y el Estatuto de Autonomía de 1982, las Cortes de Aragón legislan sobre Derecho civil —en los límites del art. 149.1.8<sup>a</sup> Const.—, pero también, en virtud de otros títulos competenciales, sobre otras muchas materias (caza,

cooperativas, por ejemplo). Por tanto, hoy Derecho aragonés no es sólo el Derecho civil, sino el contenido en todas las leyes emanadas de las actuales Cortes de Aragón, así como las disposiciones generales de inferior rango de la Diputación General. En su inmensa mayoría, son leyes y disposiciones de Derecho Público.

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

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

*C. El Derecho foral y los Fueros.* Las relaciones del Derecho civil aragonés (autonómico) actual con el de los Fueros son complejas. La existencia de Derecho foral en 1978 permitió al Estatuto de Autonomía asumir la competencia legislativa sobre Derecho civil: esta es la clave fundamental de estas relaciones. El contenido del Derecho civil aragonés en 1978 es el punto de partida para la conservación, modificación y, sobre todo, desarrollo del Derecho civil aragonés. El contenido histórico, mucho más amplio, no justifica constitucionalmente la competencia legislativa aragonesa sobre las materias en que ya no estaba vigente norma aragonesa en 1978; al menos en la interpretación del Tribunal Constitucional, aunque podrían derivarse consecuencias distintas de la Disp. Adicional 3ª del Estatuto de Autonomía (sobre “derechos históricos”, ya presente en el de 1982)

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

como el Derecho civil, en que la continuidad suele ser una virtud con más frecuencia que la ruptura.

*D. Derecho civil autonómico no foral.* Existen también normas de Derecho civil autonómico no foral, que no entroncan en absoluto con el Derecho foral histórico, ni la correspondiente competencia legislativa tiene como fundamento el art. 149.1.8<sup>ª</sup> Const. Estas normas civiles aragonesas, frecuentemente incluidas en leyes más amplias de carácter, en general, administrativo, son consecuencia de otros títulos competenciales, como pueden ser los relativos a caza, asociaciones, fundaciones o cooperativas. La competencia para entender del recurso de casación por infracción de este tipo de normas civiles autonómicas corresponde al TS desde que su jurisprudencial empezó a limitar la casación civil autonómica a la infracción de normas del Derecho civil foral o especial (AA TSJA 23 enero y 7 julio 2019).

Normas de Derecho civil autonómico de este tipo existen —aunque limitadamente y con contornos y límites polémicos— en todas las Comunidades Autónomas. En principio, no nos ocupamos en este Manual de este Derecho civil aragonés autonómico no foral.

## 2. Los orígenes. La inicial diversidad jurídica

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

El origen o procedencia de este primitivo Derecho es tema discutido. Parece lo más probable que las instituciones jurídicas, necesariamente muy elementales, respondieran a la creación autóctona de aquellas comunidades humanas, de acuerdo con sus necesidades y su estado cultural. Lo que no excluye supervivencias e influjos varios. Algunos autores (HINOJOSA y WOHLHAUPTER, por ejemplo) mantuvieron tesis germanistas, hoy difícilmente sostenibles en sus propios términos. También se especuló sobre la supervivencia de costumbres indígenas prerromanas (Joaquín COSTA), y algo hay también de verdad en estas ideas. El Derecho visigodo —ya muy romanizado— tuvo alguna influencia, acaso a través de los mozárabes de las ciudades conquistadas (Huesca, Zaragoza), que introdujeron también cierta aportación musulmana en el Derecho cristiano.

Especial influencia exterior, con anterioridad a la penetración doctrinal romano-canónica de que luego hablaremos, es la del Derecho franco, intro-

ducido con la inmigración de quienes vinieron de ultrapuertos a poblar los nuevos centros urbanos, señaladamente Jaca.

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

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

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

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

Sancho Ramírez otorgó a Jaca un fuero municipal —uno de los primeros que se conocieron en Aragón— en fecha discutida entre 1063 y 1078 (la más admitida hoy, 1077), con la mira de atraer nuevos pobladores que contribuyeran al florecimiento de una ciudad que sería capital del reino. Ofrecía este fuero —breve— un estatuto de libertad personal a una masa de pequeños comerciantes, artesanos, cambiadores de moneda u hospederos de mercaderes y peregrinos a quienes se daban excepcionales facilidades para la adquisición de bienes inmuebles, consagrándose la legitimación de su posesión por tenencia de año y día y estableciéndose numerosas garantías de seguridad jurídica y procesal.

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



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

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

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

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

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

No es la “Compilación” o el “Código” de Huesca, como se denominó luego a estos Fueros de 1247, una mera recopilación o puesta en orden de las normas vigentes hasta el momento, aunque también persigue este objetivo de clarificación y seguridad jurídica. VIDAL DE CANELLAS afirma que no había ninguna escritura cierta y auténtica de los fueros de Aragón, e incluso

acusa a los foristas de ocultar codiciosamente algunos cuadernos de fueros para aparecer como sabios a los ojos de la gente. La promulgación de los fueros por el monarca acabaría con esta situación de incertidumbre.

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

**B. Vidal de Canellas y el “Vidal Mayor”.** Es segura la participación de VIDAL DE CANELLAS en la elaboración de estos Fueros de 1247. Era obispo de Huesca, es decir, de la sede en que se reunió la Curia general; pariente del Rey; amigo del poderoso canonista Raimundo de Peñafort; es probable que hubiera intervenido ya en la redacción de los *Furs* de Valencia; consta su formación jurídica en Derecho romano y canónico en la Universidad de Bolonia, la más importante al efecto en la Europa de su tiempo. Su fama como jurista perduró durante siglos, pues era citado con particular veneración, y la obra sin duda suya (el “Vidal Mayor”, traducción más o menos fiel, al aragonés, de la que comenzaba con las palabras *In excelsis Dei Thesauris*, de la que sólo se conservan fragmentos en latín) justifica esta fama. Todo ello lleva a pensar que su intervención en la redacción de los Fueros debió de ser muy intensa. De hecho, la mayoría de los historiadores han dado por supuesto que él fue el redactor o compilador, por encargo del rey, según parece decir uno de los prólogos.

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

de ley y de doctrina de los autores que el Estado de Derecho ha separado radicalmente.

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

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

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

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

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

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

## 5. El Derecho supletorio

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

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

El “sentido natural” está matizado de formas diversas en los prólogos transmitidos en romance. “Natural seso” (que parece un arquetipo abstracto) dice alguno, pero también “naturales sesos de buenos omnes et leales”, que remite más bien a la necesidad de consultar a personas concretas, como aclara sin lugar a duda el prólogo del manuscrito de Miravete: “et si por aventura y vienen algunos casos dupdantes que non y aya fuero expreso,

mandamos que iudguen con consello et con seso natural de buenos omes". Esta consulta a hombres buenos podría dar origen a un derecho de corte popular, pero también, por el contrario, a un derecho erudito, si se atiende a lo que indica el segundo prólogo del Vidal Mayor: "que fuesse iudgado lealmente por naturales sesos de buenos omnes et leyaes, catando el acoriendo a los dreitos et a las leyes". Ambos aspectos, popular (jurisprudencial y consuetudinario) y erudito, pueden encontrarse luego en las Observancias.

## 6. ¿Recepción del Derecho romano?

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

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

## 7. Otras tradiciones forales aragonesas

A. *Los "Fueros de Sobrarbe"*. Poco cabe decir de los llamados "Fueros de Sobrarbe". No conocemos texto alguno, corto ni largo, que pueda iden-

tificarse como fuero otorgado por algún Rey a esta comarca, o elaborado en ella o en ella aplicado. Mucho menos como normas previas a la existencia del primero de los reyes, que actuarían como condición y límite a la autoridad de éstos. Cabe suponer que se desarrollaría en Sobrarbe un *usus terrae*, para todas sus gentes o sólo para infanzones, que podría ser diferente del de Aragón, pero no sabemos en qué consistirían las diferencias. Prescindiendo aquí del importante mito político que caracterizó la doctrina foral del reino en los siglos XV y XVI, si unos “fueros de Sobrarbe” (o su espíritu, como inconcreto fuero de infanzones) han dejado huellas en el texto de los Fueros de Aragón, incluso en el Derecho privado, puede haber sido a través de su impregnación de la foralidad jacetana tal como la conocemos en los manuscritos de “Fuero de Jaca”, que, en efecto, acogen y desarrollan la estructura estamental del Reino y los privilegios de ricoshombres, caballeros e infanzones.

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

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

Es notable que el citado fuero *de testamentis civium* haga una salvedad expresa respecto de “los hombres de las universidades de Teruel y Albarracín, que tienen otros fueros suyos”. En efecto, el Fuero concedido en 1177 por Alfonso II a Teruel (amplio territorio que tenía a la villa, luego ciudad, como centro), dio lugar a un cuerpo legal amplio, que en siglo XIII era tan extenso como el de Jaca, pero seguidor de una tradición jurídica distinta, la de la Extremadura aragonesa y castellana. Se ocupa de toda clase de asuntos: la organización judicial y la administración de justicia (a cargo del Juez y de los

“alcaldes de fuero”), la gestión de los asuntos municipales, pesos y medidas, cabalgadas, indemnización por caballos muertos en la batalla (la posesión de caballos es criterio clave de estratificación social), delitos y sus penas y muchas cosas más. Perduró su aplicación en Teruel (con sus aldeas), Abarracín y la villa de Mosqueruela hasta 1598, en que sus destinatarios se incorporaron a los Fueros de Aragón. Que sepamos, ninguna influencia recíproca hubo entre ambas foralidades, muy distintas entre sí. Por ejemplo, en el Fuero de Teruel la patria potestad conlleva fuertes poderes sobre los hijos, en contraste con la foralidad aragonesa, en que llegó a decirse que *de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*; aunque tiene interés recordar que en el Fuero de Teruel (y en el de Cuenca, con el que está emparentado) se ha visto una manifestación de la patria potestad compartida entre el padre y la madre.

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

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

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

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

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

*A. Adiciones posteriores a la Compilación de 1247.* Cuando los Fueros de Aragón se imprimen por vez primera (1476/77) la Compilación de 1247

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

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

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

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

**C. Libro X: Pedro IV.** Los fueros de las Cortes convocadas por Pedro IV ocupan el libro X de los Fueros. En Cortes de 1348 (en que abolió el Privilegio de la Unión) y en las muchas otras que tuvo este Rey se regularon algunas de las piezas claves del entramado político-administrativo del gobierno del Reino. En cuanto al Derecho civil (que es lo único que aquí nos ocupa), es importante y duradera la limitación de la capacidad de obrar de los mayores de 14 años (edad de la mayoría) y menores de veinte. En 1348 se atiende al riesgo de que los menores que salen de la tutela sean presionados o engañados al aprobar y dar finiquito de las cuentas de la misma. Por ello se retrasa a los veinte años la facultad de hacerlo, o bien, desde los catorce, con la aprobación de dos parientes de la línea de donde procedan los bienes y autorización judicial. Al año siguiente se limitan más sus facultades, pues



para la enajenación de bienes sitios (inmuebles) se requiere hasta los veinte años aprobación judicial por causa de necesidad. Dos siglos más tarde, en 1564 (Felipe I, Monzón), se da una regla distinta, en que lo decisivo es la intervención de los padres, antecedente directo del Derecho hoy vigente.

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

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

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

**E. Libro XII: Martín I.** Martín I quiso, como sus predecesores, que los Fueros por él promulgados en Cortes formaran un nuevo libro, el XII. En él se recogen los de Cortes de Zaragoza, 1398-1400, y Maella, 1404, siendo éstos los primeros que se publicaron en romance y no en latín. De Cortes de Martín I, además del fuero citado sobre alimentos, son también, en materia de Derecho civil, varios fueros sobre donaciones (Zaragoza, 1398). Uno de ellos exige la insinuación (constatación judicial) de las de cuantía mayor de quinientos sueldos para que puedan oponerse a los acreedores del donante. Otro, para el caso de donación de todos los bienes o de los bienes habidos y por haber (“institución contractual de heredero” diríamos hoy), señala casos en que los hijos pueden impugnarla si nada les deja el donante, o no han sido mencionados los que luego nazcan. Se trata, por tanto, de proteger la legítima de los descendientes, pero en términos que no es fácil integrar con el resto del sistema legitimario, que parece ha sido discutido en todas las épocas.

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

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

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

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

También se introduce la prescripción de veinte años en los depósitos o comandas, y se proporciona a los herederos facilidades procesales para obtener los bienes que estuvieron sujetos a viudedad (vid. art. 302 CDFa). Sobre el ejercicio del derecho de viudedad que recae en villas o castillos se había pronunciado otro fuero de 1442 (Zaragoza, María Reyna Lugarteniente); y es que la viudedad es una institución que incide con fuerza en la vida social y económica, por lo que recaba periódicamente la atención del legislador.

## 9. Las Observancias

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

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

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

Aunque las Observancias así coleccionadas por encargo de las Cortes no habían de adquirir más valor que el que tuvieran con anterioridad, lo cierto es que se imprimieron, a continuación de los Fueros, desde 1476/77, prácticamente como si fueran leyes.

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

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

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

Con el paso del tiempo y la adición según fechas de los fueros de las sucesivas Cortes el volumen foral había de resultar de difícil consulta. Al tra-

bajo de encontrar el fuero (para lo que había índices alfabéticos de rúbricas) se añadían las dudas sobre si no estaría derogado o modificado por otros posteriores.

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

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

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

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

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

Probablemente, el modelo justiniano (con la errónea suposición de que el *Codex* estaba dividido en nueve libros) sirvió a la Comisión de 1547 para situar en cada uno de los nueve libros los fueros cuyas rúbricas, ya en la colección cronológica, coincidían, total o parcialmente, con los títulos de cada uno de los nueve primeros libros del Código. Lo que ocurre es que las rúbricas romanizantes no siempre tienen mucho que ver con los fueros que enca-

bezan, por lo que la agrupación resulta temáticamente muy heterogénea. El resto de los fueros, sin rúbricas equiparables a las romanas, se colocarían por su afinidad (o las de sus rúbricas) con los previamente situados. Lo que parece seguro es que en ningún momento se intentó un orden original, inducido de la materia regulada.

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

## 11. Los Actos de Cortes

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

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

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

En realidad, no era ésta la primera vez que las Cortes cuidaron de la publicación de Actos de Cortes distintos de los Fueros. En mi opinión, en el encargo conferido en 1427 a la comisión que presidió DÍEZ DE AUX se incluían los Actos de Cortes (*Actus Curiarum*), por más que sólo en muy pequeña

medida los incluyó aquélla comisión en su relativamente breve trabajo, pues sólo 17 Actos de Cortes, desde 1364 a 1428, se encuentran al final del libro IX de las Observancias.

Muchas opiniones se han producido sobre la distinción entre Fueros y Actos de Cortes. Creo que es plenamente correcta la de Gerónimo MARTEL (*Forma de celebrar Cortes en Aragón*) quien, tras indicar que unos y otros se tramitan y aprueban del mismo modo, se pronuncia así: “Aunque los Fueros y Actos de Corte son una misma cosa, comunmente se les da esta diferencia en el nombre de los unos a los otros que fueros, propiamente llamamos a las leyes que se otorgan para la expedición de la justicia, así en las cosas civiles como criminales, y estos ordinariamente son los que se imprimen, aunque sean temporales, lo demás que se otorga y concede se llama Actos de Corte como son las habilitaciones, salarios, limosnas y lo que para los oficios de la Diputación y tocante al buen gobierno dello se provee, y de estos muchos se imprimen y muchos se dexan de imprimir por ser como son muy particulares, y de la misma manera se observan, guardan y executan como los mismos Fueros, pues los unos y los otros son actos hechos por el Rey y la Corte que estamos obligados a la custodia y guardia de ellos”.

## 12. Los foristas y sus obras

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

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

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

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

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

El autor más importante de Observancias es JACOBO (o Jaime) DE HOSPITAL, en obra compuesta sobre la de PÉREZ DE SALANOVA, pero ampliada y enriquecida con *Summas* y *Quaestiones iuris*, que sirvió a su vez de base para que la Comisión presidida por DÍEZ DE AUX en 1427 entresacara las que pasaron a la breve recopilación oficial.

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

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

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

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

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

Con sólo dos años de distancia entre sí (1587 y 1589) aparecen otras dos Sumas de los Fueros y Observancias, de BARDAXÍ la primera y de Bernardino de MONSORIU la otra. A diferencia de la de Soler, siguen el orden de la recopilación de Monzón, 1552. Son libros elementales para facilitar la práctica,

sobre todos a quienes no han estudiado Derecho en la Universidad ni leen cómodamente el latín.

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

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

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

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

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

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



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

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

### 13. Decadencia foral

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

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

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

## 14. La Nueva Planta

A. *Los Decretos*. En 1706 Zaragoza y parte del Reino se suman a la causa del Archiduque Carlos, de modo que cuando las tropas de Felipe de Borbón (al que los aragoneses habían jurado fidelidad, y él los Fueros, en 1701, y tenido Cortes en 1704) triunfan en Almansa el Reino puede considerarse vencido. Es el momento del Decreto de abolición de los Fueros (26 de junio de 1707).

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

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

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

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

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

parte la difícil articulación política de los distintos elementos de la nación española todavía hoy, a principios del siglo XXI.

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

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

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

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

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

**B. El Derecho civil que subsiste.** A partir de 1711, de los Fueros quedan vigentes únicamente las reglas que rigen las relaciones entre particulares.

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

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

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

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

La *Ilustración a los quatro processos forales de Aragón*, de Juan Francisco LA RIPA, vio la luz por vez primera en 1764. Su objeto directo es la exposición de las especialidades procedimentales de los procesos de aprehensión, firma, inventario y manifestación, sólo en sus aspectos civiles y tal como se practicaban en la época, como excepciones al procedimiento ordinario castellano

que se había introducido. Su utilidad práctica era evidente. El conocimiento del estilo de la Audiencia de Aragón era difícil incluso para los magistrados que se incorporaban a ella, como muestra el éxito de las notas que, siendo oidor de la misma, escribió Francisco CARRASCO y que corrían manuscritas.

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

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

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

## 15. La Codificación

**A. La actitud aragonesa ante el Código civil.** Los juristas aragoneses del siglo XIX comparten con otros muchos juristas españoles el proyecto político de lograr una legislación civil unificada para toda España, mediante un Código civil único. No sería ello sino culminación de una forma de concebir la sociedad y el Derecho que ha propiciado las transformaciones jurídicas que, desde las Cortes de Cádiz —abolición de privilegios estamentales, incorporación de señoríos jurisdiccionales a la Corona, conversión de los solariegos y territoriales en propiedad capitalista de la tierra, leyes desamortizadoras, ley hipotecaria, unificación del Derecho mercantil en el Código de comercio de 1829, etc.— han configurado un Derecho capitalista y un mercado nacional único, en cuyo seno el Derecho civil aragonés ha sufrido los mismos cambios de fondo que el Derecho castellano. Un Código civil único no es visto,

en principio, como una imposición contra la que hay que luchar, sino como un ideal que llama a una tarea común, nacional española.

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

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

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

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

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

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

participa. La “Memoria” de FRANCO Y LÓPEZ no corresponde a la idea codificadora con que el Congreso fue convocado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 16. Los Proyectos de Apéndice

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



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

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

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

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

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

Este es el origen del Proyecto que se publicará en 1899 (conocido como “Proyecto Ripollés”). En realidad, el texto estaba completamente redactado en 1895, pero entendieron entonces que “no eran tiempos adecuados para preparar y obtener reformas legislativas de tal alcance”. Recordemos que

está por medio la fecha crucial de 1898; el año anterior fue asesinado Cánovas, en el 95 había comenzado la guerra de Cuba.

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

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

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

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

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

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

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

El Proyecto se sometió a información pública el 27 de febrero de 1924 (Gaceta de Madrid de 2 de marzo), acaso para hacer olvidar el formal incumplimiento del art. 7º de la Ley de Bases: ni se recabó previo informe de las Corporaciones aragonesas (salvo que se entienda por tal el Proyecto enviado veinte años antes), ni la Comisión de Códigos se limitó a ser oída, sino que de ella procedía en su integridad el Proyecto. La información pública apenas tuvo otro fruto que el contenido doctrinal de algunos de los escritos presentados y muy escasos cambios en el Proyecto: el más importante, pero puramente simbólico, la introducción de la frase *Standum est chartae* en lugar inocuo (art. 59), en que nada cambiaba sobre lo ya decidido.

## 17. El Apéndice de 1925

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

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

Las materias tratadas eran las relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes, la ausencia, la tutela y la mayor edad (arts. 2º-13, en lo que correspondería al libro I del Código); las servidumbres (arts. 14-16, que correspondería al libro II), los testamentos y sus formas, la herencia, la institución de herederos, la legítima, la sustitución y la desheredación, la sucesión

intestada y disposiciones comunes a las herencias con testamento o sin él (arts. 15-47, que correspondería al libro III) y los contratos sobre bienes concernientes al matrimonio, la sociedad conyugal tácita, la sociedad conyugal paccionada, la viudedad, el contrato de compra y venta y los contratos especiales sobre ganadería (arts. 48-77, que correspondería al libro IV).

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

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

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

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

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

## 18. Del Apéndice a la Compilación de 1967

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

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

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

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

De la posterior evolución (Comisión de Codificación, primero en Sección especial y luego en el Pleno; Cortes, en Comisión y en Pleno), interesa

señalar aquí que la necesidad de someter el texto elaborado en Aragón a otras instancias y poderes externos suponía —sin perjuicio de algunas aportaciones y mejoras— una merma y recorte del contenido posible de la ley. También, que, en definitiva, el contenido de la Compilación aprobada como Ley 15/1967, de 8 de abril, corresponde en su inmensa mayor parte al texto propuesto por la Comisión aragonesa, basado en el de su Seminario.

## 19. La Compilación de 1967

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

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

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

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

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

Desde 1978, promulgada la Constitución, el Derecho civil aragonés sólo puede ser competencia legislativa autonómica, mientras que, correlativamente, el Estado —entendiendo por tal sus órganos centrales— en nada puede alterarlo. Nada puede hacer, por tanto, que tienda a la promulgación de

un Código civil único para toda España. Por decirlo con una de las conclusiones del Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución, celebrado en Zaragoza en 1981, “la Constitución garantiza la pluralidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional, entendiéndola no ya como un problema, sino como un bien enriquecedor. La Constitución de 1978, a diferencia de las anteriores, no establece como un *desideratum* la unificación del Derecho civil”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Con la citada ley de Derecho Patrimonial se culminaba el programa propuesto por la Comisión Aragonesa de Derecho civil en su memoria de 1996. Quedaba ahora la tarea de formar con todas ellas (más las dos de iniciativa parlamentaria) un “Cuerpo legal” que contuviera todas las normas legales del Derecho civil de Aragón de manera sistemática, en sustitución de la Compilación de 1967.

Las Cortes optaron por encomendar al Gobierno la formación de un texto refundido de las leyes citadas con el título de “Código del Derecho *Foral*



de Aragón". La Comisión asesora había propuesto el de "Código del Derecho *Civil* de Aragón": el calificativo "civil" tiende a connotar que no es un Derecho especial por su contenido ni mucho menos excepcional respecto de algún otro; el de "foral", bien fundado en la historia, concuerda con la dicción del Estatuto de Autonomía de 2007.

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

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

Nada más procede decir aquí sobre su contenido, puesto que de ello se ocupa el resto de este Manual. Con el Código del Derecho Foral de Aragón la fecha de 2011 se añade a la breve serie de fechas que sitúan en el tiempo los Cuerpos legales del Derecho aragonés: 1247, "Fueros de Aragón" (Código o Compilación de Huesca); 1547 (o 1552, fecha de la publicación), Recopilación sistemática de los Fueros; 1925, Apéndice; 1967, Compilación. Cinco fechas en nueve siglos. Siete si se añaden las de la formación oficial de las Observancias (1428) y de la publicación de la colección de Actos de Corte (1554). El futuro, naturalmente, no está escrito.

## 22. Primeras reformas del Código del Derecho Foral de Aragón<sup>1</sup>

La Ley de Jurisdicción Voluntaria (2015) estableció un procedimiento administrativo para la declaración de herederos a favor del Estado y las Comunidades Autónomas, lo que aconsejó hacer una mini-reforma de los arts. 535 y 536 CDFa para suprimir el adjetivo "judicial" en el inciso "previa declaración judicial de herederos" (Ley 3/2016, de 4 de febrero, BOA 17/02/2016).

---

<sup>1</sup> Este apartado es obra del Prof. Serrano.

Para la preparación de la reforma el Gobierno contó con la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

La Comisión Aragonesa de Derecho civil tiene preparada una reforma, que no es imprescindible ni urgente, para ajustar de modo general el Código del Derecho Foral de Aragón a los cambios procesales introducidos en algunas otras materias por la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

La DA única de la Ley 15/2018, de 22 de noviembre, sobre la tributación de la fiducia aragonesa en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (BOA 13/12/2018), modifica el artículo 451 del Código del Derecho Foral de Aragón, regulador de las obligaciones y cargas a pagar con cargo al caudal relicto de la herencia pendiente de asignación por el fiduciario, y le adiciona una nueva letra d): “En caso de aplazamiento, la garantía del pago del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”.

Por su parte, la DF 3ª de la Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA 11/01/2019), ha añadido un nuevo apartado 3 en el artículo 311 del «Código del Derecho Foral de Aragón», que extiende a todas las parejas estables no casadas lo ya dicho en el art. 24.8 de la Ley 18/2018:

«3. En caso de fallecimiento de un miembro de una pareja estable no casada, el otro miembro de la pareja debe poder tomar parte, en las mismas condiciones que en caso de matrimonio, en los trámites y las gestiones relativos a la identificación y disposición del cadáver, el entierro, la recepción de objetos personales o cualquier otro trámite o gestión necesaria.»

Finalmente, el novedoso, moderno y avanzado sistema de guarda y custodia de los hijos introducido en 2010, ha durado hasta el 24 de abril de 2019, día de la entrada en vigor de la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del CDFA en materia de custodia (BOA 4/4/2019), que ha suprimido la preferencia legal por la custodia compartida y ha incluido entre los factores a tener en cuenta para adoptar un tipo u otro de custodia “la dedicación de cada progenitor/a al cuidado de los hijos e hijas durante el periodo de convivencia”. Reforma innecesaria que nos retrotrae a tiempos pasados, protege al progenitor (normalmente la mujer) que ha tenido una mayor dedicación a los hijos, e impide la interposición de recursos de casación por infracción de la preferencia legal de la custodia compartida.

**BIBLIOGRAFÍA:** DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Los Fueros de Aragón*, colección “Mariano de Pano y Ruata”, Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, Zaragoza, 1997 y “La recuperación del Derecho civil de Aragón”, en *Aragón, Veinte años de Estatuto de Autonomía*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2002, pp. 161 a 222 (accesible en Internet, <[http://www.unizar.es/derecho/derecho\\_aragones/progcivil/Documentos/Veinte.pdf](http://www.unizar.es/derecho/derecho_aragones/progcivil/Documentos/Veinte.pdf)>); LALINDE ABADÍA, Jesús, *Los Fueros de Aragón*, Librería General, Zaragoza,

1976 (hay ediciones posteriores) y “Derecho y Fuero”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo, tomo I, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, pp. 9-88.

Ediciones contemporáneas de fuentes generales:

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

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

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

La formación de la Compilación de 1967, en *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, Volumen I, 1996, con estudio preliminar de J.D.E. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «La Comisión de 1935 y su Ponencia preparatoria», en *Cincuenta años de Derecho civil aragonés* (Ponencias del Seminario que con el mismo título se celebró en la Institución «Fernando el Católico» de Zaragoza los días 11 y 12 de mayo de 2017), IFC, Zaragoza, 2018, pp. 15 a 40.

La intervención de Comisiones de juristas, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Las comisiones de Derecho civil. La experiencia aragonesa”, en VV.AA.: *El Derecho Civil Vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Bilbao, 2016, pp. 609 a 639 (= en RDCA, 2015-2016, pp. 11-36).

El proceso legislativo desde la Constitución de 1978 al CDFa de 2011 puede seguirse en SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Derecho civil de Aragón: presente y futuro», RDCA, IFC, 15, 2009, pp. 23-72; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, “Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés: de la Compilación al Código del Derecho foral de Aragón de 2011”, *Derecho Privado y Constitución*, 25, 2011, pp. 175-227. Una versión discrepante y adversa en MOREU BALLONGA, José Luis, “Una reflexión crítica sobre la expansiva reforma legal del Derecho civil aragonés”, ADC, LXIII, I, 2010, pp. 5-45; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Presente y futuro del Derecho aragonés. El Derecho civil”, *Actas del los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, pp. 21 a 41; LÓPEZ AZCONA, Aurora: “La política legislativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de Derecho civil propio: de la Compilación de 1967 al Código del Derecho foral de Aragón de 2011 e iniciativas legislativas ulteriores”, en *Iura Vasconiae*, Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, 13/2016, pp. 341-402; SERRANO GARCÍA, José Antonio: “El Derecho civil aragonés cuarenta años después: de la Compilación al Código del Derecho foral de Aragón”, en *La Constitución española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional* (Dir. C. Bayod López), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 227 a 253.

Todas las obras impresas de Derecho aragonés hasta 2003 se encuentran en imagen en la Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés (BIVIDA <<http://www.bivida.es>>).



## §2. LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA<sup>1</sup>  
*Catedrático de Derecho civil*

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

Hasta la promulgación del Código civil, el texto fundamental sobre fuentes del Derecho aragonés (desde 1711, sólo el civil) eran las líneas finales del Prólogo *Nos Iacobus* (1247), que remitía, para cuando los fueros no regularan alguna materia, “al sentido natural y la equidad” (*ad naturalem sensum vel equitatem recurratur*).

Como se ha visto (*supra*, núms. 5 y 6), estas expresiones podían entenderse y se entendieron de modos diversos y aun contradictorios. Interesa ahora añadir que a finales del Antiguo Régimen, junto a una inteligencia del sentido natural y la equidad como fuentes autónomas de manifestación del Derecho, se extendía su utilización como cauce para la remisión a otros sistemas normativos en función de Derecho común (el Derecho romano y el canónico, acaso con preferencia de éste como supuestamente más equitativo: así, por ejemplo, PORTOLÉS y LISSA). Pero la resistencia política a reconocer la recepción del Derecho común (sin perjuicio de su penetración doctrinal y del romanismo instrumental de los foristas) contribuyó a admitir como Derecho supletorio, tras la Nueva Planta, el castellano, según enseñó, no sin incurrir en contradicciones, Franco de VILLALBA a principios del siglo XVIII.

En la segunda mitad del siglo XIX ésta parece la opinión común entre los foralistas, lo que facilitará la aceptación del Código civil español como supletorio único e inmediato de los Fueros y Observancias y, luego, del Apéndice de 1925.

A partir del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-81 el tema de las fuentes viene a primer plano en su sentido más propio, como fuentes de producción del Derecho. Junto a la ley (el futuro Apéndice y, como supletorio, el Código civil y el resto de la legislación general del Estado), e incluso por encima de ella, se afirma la primacía de la costumbre y del principio *Standum est chartae*, entendido como consagración de la fuerza de la voluntad de los particulares para crear normas jurídicas preferentes a las emanadas del legislador.

---

<sup>1</sup> El presente tema, escrito por el Dr. DELGADO ECHEVERRÍA, está revisado por Carmen BAYOD LÓPEZ. En particular se completa con estudios posteriores de la autora a este texto escrito por el maestro, los epígrafes referidos al *Standum est Chartae* y las relaciones entre el Cc. y el Derecho foral de Aragón. Para mantener la autoría del maestro, el texto añadido por la Dra. Bayod se insertará en letra de menor tamaño.

Tanto el Proyecto de Apéndice de 1899 como el de 1904 dedican sus primeros artículos a las fuentes del Derecho civil aragonés, en el sentido ahora indicado. La costumbre, aun contra ley, y el pacto se consideran las fuentes principales y más características, hasta el punto que el brocardo *Standum est chartae* llega a ser emblema y símbolo del Derecho aragonés y de algunas de las instituciones más representativas en el mundo del Derecho (Colegio de Abogados, Facultad de Derecho, que lo conservan en su sello).

Este planteamiento presupone, promulgado el Código civil, que no se aplican en Aragón los primeros artículos del mismo, sobre fuentes, por resultar así del art. 13 Cc. (fruto de iniciativa aragonesa, como sabemos): en Aragón habría de aplicarse el Código como Derecho supletorio único e inmediato —a diferencia de lo reclamado y conseguido por otros territorios forales, señaladamente Cataluña—, pero no una parte del mismo —su Título Preliminar— con carácter preferente, sino sólo, como el resto de su articulado, en cuanto no hubiera norma propia aragonesa.

Esta forma de entender el primitivo art. 13 Cc. fue contradicha por el Tribunal Supremo y por la generalidad de la doctrina no aragonesa, de manera que se impuso una interpretación según la cual el Derecho civil aragonés, en virtud del art. 12 Cc., no podría tener otras fuentes que las establecidas de modo absolutamente general y uniforme en el Código civil. Así lo explicó la Exposición de Motivos del Apéndice de 1925, que, en efecto, no hizo la menor concesión en este campo.

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

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

## 2. La Compilación de 1967

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

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

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

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

La costumbre y los principios generales —señaladamente, entre ellos, el principio *Standum est chartae*— eran verdaderas fuentes de producción del Derecho civil aragonés, que no quedaba circunscrito a las disposiciones contenidas en la Compilación.

En defecto de estas normas legales, y aun por encima de ellas, operaban desde 1967 la costumbre y los principios. Sin embargo, la deficiente dicción del art. 1.º-1 (fruto de redacción transaccional en la Comisión de Codificación, para salir al paso de una enmienda que, en efecto, pretendía excluir aquellas

fuentes) pudo dar pie a una interpretación restrictiva que la historia del precepto desmentía.

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

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

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

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



sivamente las contenidas en la Compilación. En 2011 los tres artículos del Título Preliminar de la Compilación, en su redacción de 1999, han pasado sin modificación al CDFa.

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

#### 4. El sistema de fuentes

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

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

## 5. La ley (aragonesa)

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

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

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

También son posibles Decretos legislativos, fruto de delegación en el Gobierno de Aragón mediante leyes de bases o de autorización para refundir textos legales (art. 43 EAA). El CDFEA es precisamente un caso muy importante de texto refundido. La iniciativa legislativa corresponde (art. 42 EAA) a los miembros de las Cortes de Aragón (proposiciones de ley), al Gobierno de Aragón (proyectos de ley) o a cierto número de ciudadanos (iniciativa popular). Lo normal es que las leyes civiles sean fruto de un proyecto del Gobierno, debatido luego en las Cortes. Pero caben las otras posibilidades, y así la iniciativa de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas estables no casadas, correspondió a una proposición de ley, lo mismo que la ley de “custodia compartida (Ley 2/2010, de 26 de mayo). No hay hasta ahora leyes civiles de iniciativa popular.

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

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

Las leyes autonómicas carecen de sanción real. Las promulga en nombre del Rey el Presidente, que ordena su publicación en el Boletín Oficial de

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

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

## 6. La costumbre

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

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

**B. El Derecho consuetudinario en la etapa codificadora.** Bien dice ISÁBAL que “en Aragón, país donde se ha dado en la práctica gran importancia a la costumbre, se ha teorizado poco acerca de ella”. Los foralistas del XIX no reclaman para la costumbre un papel relevante hasta después del Congreso

de 1880-81 (el Congreso no se mostraba partidario). Parece decisiva en este cambio de actitud la influencia del pensamiento de Joaquín COSTA, especialmente en virtud de su obra "Derecho consuetudinario del Alto Aragón" (1ª ed. 1880), que sigue siendo la más interesante descripción y valoración de las costumbres jurídicas del Pirineo y Prepirineo oscenses. Desde entonces este Derecho del Alto Aragón —con la Casa aragonesa como institución central— tiende a considerarse el Derecho aragonés por antonomasia, especialmente por lo que se refiere a las costumbres familiares y sucesorias, lo que no deja de ser sinécdoque que toma la parte por el todo, con el riesgo de ocultar una realidad más compleja y diversificada. En cualquier caso, hay que distinguir, por lo menos, entre lo que es descripción y explicación de las formas de vida tradicionales con mayor o menor reflejo jurídico (objeto de la antropología social, ciencia de la que Joaquín COSTA puede considerarse pionero en España) y el sentido estricto de la costumbre como fuente del Derecho, productora de normas generales que obligan en lo futuro (al menos supletoriamente o en defecto de acto de autonomía privada) a todas las personas de un lugar o comarca, o a todos los aragoneses. Tanto el proyecto de Apéndice de RIPOLLÉS (1889) como el de GIL BERGES (1904) ponen gran énfasis en el Derecho consuetudinario. No hay que olvidar que, en la coyuntura codificadora, presentar determinadas instituciones como de Derecho consuetudinario significaba salvarlas para el futuro, pues el primitivo art. 13 del Código (así como, de manera similar, el 12 en su edición reformada) respetaba la integridad de las disposiciones "forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes". Era el momento, por tanto, de levantar acta de las costumbres para mantenerlas y darles luego entrada en el futuro Apéndice, como se propone hacer, sobre todo, el Anteproyecto de GIL BERGES al recoger y desarrollar numerosas costumbres pirenaicas. Estas costumbres jurídicas recogidas en los textos legales —así, limitadamente, en el Apéndice de 1925— se fundan en la libertad civil y se manifiestan las más de las veces en pactos y disposiciones, señaladamente en capítulos matrimoniales, que no vinculan sino a quienes intervienen en ellos, sin crear de ordinario norma jurídica consuetudinaria (aplicable en lo futuro a los demás miembros de la localidad o comarca) ni estar regidos imperativamente ellos mismos, en la generalidad de los casos, por costumbre preexistente. En este sentido, tienen fundamento consuetudinario y pudieron por ello llegar a nosotros a través del Apéndice de 1925 instituciones tan importantes como el testamento mancomunado, la fiducia sucesoria o los mismos pactos sucesorios, de los que en los Fueros no había más que alguna referencia insuficiente.

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

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

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

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

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

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

Normas imperativas del Derecho aragonés son todas las de este carácter en la totalidad del Ordenamiento aragonés, comprendidos, por tanto, el Estatuto de Autonomía y todas las leyes emanadas de las Cortes de Aragón, no sólo las de Derecho civil. En este último, en virtud del principio de libertad civil, las leyes se presumen meramente dispositivas, susceptibles, por tanto,

de ser derogadas o modificadas por la costumbre en contrario, o pospuestas por la norma consuetudinaria. Normas imperativas del Derecho civil aragonés, antepuestas en todo caso a la costumbre, pueden encontrarse también en sus principios generales.

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

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

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

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

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

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

La STJA 13/06/1995 aplica una costumbre del valle de Gistain (según la cual los fiduciarios para la designación de heredero han de ser personas pertenecientes a casas distintas de la misma familia) sin que, al parecer, tal costumbre fuera objeto de prueba en el pleito: a virtud, por tanto, de su propio conocimiento. Notable la coincidencia —más de un siglo mediante— con la S. Audiencia de Zaragoza 21 abril 1882, confirmada por la del TS 30 diciembre 1882 (Ripollés, I, 22 y 22 bis, II, 422 y 422 bis), que resuelven un supuesto de fiducia sucesoria conferida a los más próximos parientes con fundamento en la costumbre, aplicada por el juez de primera instancia “quien, de referencia a propias averiguaciones dice que es aquella regla general en el país”, de modo que tal costumbre aplicada a virtud del propio conocimiento del juez evitó la aplicación de las normas limitativas —ciertamente imperativas en su ámbito territorial de aplicación— de las leyes de Toro sobre testamento por comisario.

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

En las Audiencias, la Sala civil de la Territorial, en S. 20 febrero 1987, no aplicó la costumbre invocada sobre convivencia entre instituyentes e instituido en pacto sucesorio “a una mesa y mantel”, por no haber sido probada. La APZ, 10/12/1993, confirma S. del juzgado, que apreció costumbre de conceder un tercio del ribazo o talud entre dos fincas al propietario de la finca inferior. La SAPT 01/02/2005 tiene por acreditada la costumbre consistente en pastar unas mismas parcelas todos los años los mismos ganaderos, salvo oposición de los dueños de las parcelas.

## 7. Los principios generales

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

a) En cuanto principios tradicionales, ponen en relación el Derecho vigente en cada momento con sus raíces históricas. Desempeñan así una fun-

ción semejante a la de la “tradicón jurídica” en otros Derechos autonómicos, como el navarro o el catalán. Representan la dimensión historicista del Derecho civil aragonés. Historicismo limitado, pues no se pretende la vigencia, ni siquiera indirectamente, del Derecho de los Fueros y Observancias, que fue definitivamente derogado en un nítido planteamiento codificador por el Apéndice de 1925 (como éste por la Compilación).

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

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

d) Los principios sistemáticos y los tradicionales sirven para interpretar las leyes y las costumbres aragonesas. En unas materias serán más significativos los principios tradicionales (por ejemplo, en ciertos aspectos de los pactos sucesorios); en otras, los sistemáticos (por ejemplo, respecto del pasivo del consorcio conyugal). En todas, suponen que el Derecho civil aragonés tiene criterios interpretativos propios, eventualmente distintos de los que propone el Código civil.

e) Los principios generales del Derecho aragonés sirven para colmar lagunas de ley y de costumbre, antes de dar entrada al Derecho supletorio y para evitar la aplicación de éste. En particular, mediante el recurso a la *analogia iuris*, que es un método para conocer los principios sistemáticos, se da respuesta a casos no expresamente previstos en la ley aragonesa. Por tanto, es impropcedente acudir al Código civil simplemente porque determinada institución o situación no esté expresamente regulada en la ley o en la cos-



tumbre, pues la respuesta correcta puede alcanzarse muchas veces mediante razonamientos que toman como punto de partida normas dadas para otros casos, para extender su solución al no contemplado cuando en ambos se aprecie identidad de razón, o para argumentar *a contrario*.

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

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

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

En cuanto al criterio de literalidad para la interpretación de los Fueros, de gran importancia histórica (una manifestación significativa puede verse en F. *De testamentis*, Alcañiz, 1436) y que dio lugar todavía en el siglo XIX a posiciones doctrinales contrastantes, es hoy cuestión totalmente ajena al sistema del Derecho civil aragonés.

Las leyes aragonesas se interpretan, básicamente, como cualesquiera otras y cabe, no sólo la interpretación extensiva de sus preceptos, sino la analogía *legis* y la analogía *iuris*. Tampoco para la interpretación de los documentos o de los actos jurídicos cabe alegar hoy una supuesta regla de interpretación literal, que ninguna norma establece y que desmentirían preceptos como los arts. 201, 272, 384 y 416 CDFA. Así se pronunció la STSJA 29/03/2003, con cita de la de 5/10/1998, para la que “la necesidad de estar a la carta no excluye la interpretación del contenido del documento, precisamente para alcanzar la voluntad real de los que lo otorgaron”. Doctrina corroborada por otras muchas sentencias posteriores. En la de 26/01/2011 puede leerse: “dicho principio tiene actualmente, siguiendo la pauta marcada por Joaquín Costa, un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa (véanse las sentencias de esta Sala de 28

de marzo de 2.003, 25 de junio de 2.007 y 26 de febrero de 2.009, entre otras), por lo que no procede su invocación con fines hermenéuticos”.

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

**B. “Por fuero estamos a la carta”. “Pactos rompen fueros”.** La Observancia “*De fide instrumentorum*” aparece por vez primera, que sepamos, en la colección de PÉREZ DE SALANOVA, a principios del siglo XIV; la “*De equo vulnerato*”, en la de Jaime de HOSPITAL, a finales del mismo siglo.

Son textos, por tanto, relativamente tardíos. Pero las Observancias no inventaron ni introdujeron el principio ni su expresión esencial. La Obs. *De equo vulnerato* dice que es el fuero el que ordena estar a la carta (*et de foro estamus chartae*), y tal fuero, a menudo olvidado, existió realmente: es el fuero *De confesis* (Jaime I, Huesca, 1247), en que se lee que cuando en un pleito una parte alega la carta (el pacto) contra la otra, el juez no debe juzgar sino según aquel documento (*ipse Iustitia non debet iudicare nisi ad illam cartam*). Es interesante reseñar que los antecedentes de este fuero se encuentran en recopilaciones de fueros de la tradición jacetana, incluido un texto de mediados del siglo XII, en que ya aparece la expresión “*iudicare ad cartam*”.

Por otra parte, en los Fueros de Teruel, desde 1177, hay textos muy expresivos del deber de los jueces de atenerse estrictamente a lo contenido o escrito en los documentos. Recordemos que estos fueros no tienen, en principio, nada que ver con los Fueros de Aragón (aunque no conocemos suficientemente las relaciones entre una y otra foralidad). Pero ocurre que en su última refacción, en 1564 (Felipe II), se añade una aclaración del siguiente tenor: “Queremos y mandamos que todos y qualesquiere pactos e convenciones que se harán entre partes, aunque sean contra natura del tal contrato, se hayan de observar y guardar en juycio y fuera del, pues dichos pactos o el otro de ellos no sean contra ius naturale, ni imposibles: pues por fuero de Teruel *sit standum chartae*”. Es evidente que se utiliza la formulación de la Obs. 16 *de fide instrumentorum*, proporcionando una interpretación auténtica de ésta en el sentido de la libertad de pacto.

Nada de lo anterior significa que la expresión encarecedora del valor del pacto sea algo específico del Derecho aragonés, ni que en Aragón se

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

Esta idea dio en Aragón (aunque no podemos documentarlo para épocas alejadas) el aforismo “pactos rompen fueros” y sin duda los aragoneses ejercieron esta libertad casi sin límites. Por ejemplo, pactaron con frecuencia en capítulos matrimoniales la inaplicación de los Fueros y Observancias en su conjunto, así como dispusieron de sus bienes para después de la muerte prescindiendo de la legítima del Fuero. En el Derecho público, llegaron a acordar “desaforamientos” temporales, mediante declaración por concejos de ciudades y villas de que no habían de aplicarse durante algún tiempo los fueros que establecían garantías para la persecución y castigo de presuntos delincuentes, sino que había de procederse contra ellos desaforadamente.

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

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

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

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

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

**B. *Sí es fuente del Derecho el principio “Standum est chartae”.*** La razón principal de la situación del contenido del art. 3.º en el Título Preliminar es que enuncia expresamente el principio general tradicional y sistemático más importante del Derecho civil de Aragón. Este principio, como todos los demás, sí que es fuente del Derecho aragonés, lo informa, sirve para guiar su interpretación y aplicación y puede tener más consecuencias que las que el legislador enumera.

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

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

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

Rasgo tan importante que LACRUZ llega a considerarlo “la clave de la cuestión”: “Sobre todo, importaba que quedase clara la primacía de la voluntad, a través de una presunción de supletoriedad de las leyes”. Por ello, el precepto correspondiente del Anteproyecto de Compilación elaborado por la Comisión aragonesa comenzaba diciendo que “en aquellas materias capaces de regularse por pacto o disposición unilateral, la ley, mientras no

se deduzca claramente lo contrario, tiene sólo valor supletorio del arbitrio del individuo". Lo demás, que el juez haya de atenerse a la carta, aparecía como una consecuencia de este valor subsidiario de la ley. Y así sigue siendo, porque no hay indicio de que la supresión de estas palabras en la Comisión de Codificación quisiera alterar sustancialmente el contenido del principio. Sobre todo, ello es así porque este es el alcance y virtud del principio según la tradición jurídica de que trae causa el enunciado contenido en el texto legal.

En 1967, a la Comisión aragonesa preocupaban, sobre todo, los preceptos imperativos del Código civil: era difícil reconducirlos a su papel de Derecho supletorio de la voluntad de los particulares cuando el legislador residía en Madrid y consideraba al Código como Derecho común, normas imperativas incluidas. Hoy el problema está superado y la dicción del final del art. 3.º, redactado por la ley de 1999, no deja lugar a dudas, según se explica en el número siguiente.

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

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

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

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

Dicho de otro modo: hasta donde podría legislar el legislador aragonés, y con la misma libertad, pueden disponer los aragoneses mediante pactos o disposiciones, pues hasta donde llega la competencia legislativa aragonesa en materia de Derecho civil, hasta ahí mismo alcanza la virtualidad del *Standum est chartae*.

Como dijo PORTOLÉS (ciertamente en contexto muy distinto, pero con finalidad análoga) “todo lo que puede hacer la ley puede hacerse por medio del pacto”. En este ámbito no hay más normas imperativas que las aragonesas.

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

Por lo tanto, si hay una norma aragonesa, en este caso el pacto (*Standum*), el Derecho del Estado no es de aplicación; sólo se aplicará como Derecho supletorio si nada han pactado al respecto los particulares (y no hay ley o costumbre aragonesa, claro ésta) y entonces en el estado de su actual vigencia y con respeto a los principios que informan el ordenamiento civil aragonés.

Veámoslo con un ejemplo.

En Aragón no se regula la comunidad de bienes, pero sí algunos aspectos de la comunidad hereditaria (arts. 365 y ss.; 369 y ss. CDFa), de las comunidades en mano común (arts. 585 a 587 CDFa) y del consorcio foral (art. 373 y ss.) por lo que, tal vez, el legislador aragonés pudiera tener competencia en esta materia.

Tomemos entonces como axioma que el legislador aragonés sí tiene competencia en esta materia (la comunidad de bienes) y pensemos que tres aragoneses compran en proindiviso una finca en Longares y acuerdan que permanecerán en la indivisión durante quince años.

El pacto es perfectamente válido puesto que, en aplicación del art. 1.2 CDFa, no resulta aplicable el art. 400 Cc., puesto que los particulares siguiendo el sistema de fuentes han cerrado la entrada a la aplicación del Derecho supletorio. No cabe duda que el legislador aragonés, si tiene competencia para regular la comunidad de bienes, puede regularla como quiera y establecer un plazo diverso al de diez años (ya lo ha hecho en el art. 365 CDFa) y no parece que ese plazo (10 años) pertenezca al orden público español.

Ahora bien, dicho esto, otra cosa será que pensemos que sí deba existir un plazo en que finalice la situación de indivisión de la propiedad.

En efecto, ¿diríamos lo mismo si estos tres aragoneses acuerdan que la comunidad romana será indivisible *sine die* y renuncian al ejercicio de la acción de división?

Si creemos que este pacto es inválido, ¿cuál es la causa? No parece que lo sea porque así lo afirma “imperativamente” el art. 400 Cc., puesto que habiendo pacto esta norma no se aplica en Aragón: ni como imperativa ni como dispositiva: el pacto le ha cerrado la entrada.

Si creemos que este pacto es inválido, será porque infringe un límite dentro del sistema de fuentes que determina en cada momento las reglas de validez y eficacia de los actos llevados a cabo por los particulares. Esto creo que es el *quid* de la cuestión y no lo que diga el art. 400 Cc., que en este caso no se aplica.

**B. *Ámbito de no aplicación:*** El Derecho civil del Estado. El *Standum est chartae*, sujeto a los límites que la misma norma señala, tiene aplicación en el marco de la competencia civil autonómica, pero no en aquellas materias civiles que son competencia exclusiva del Estado.

Estas normas de competencia exclusiva del Estado, *en todo caso*, producirán en Aragón (lo mismo que en Madrid, en Sevilla o en Barcelona) los efectos que le son propios y de acuerdo al sistema de fuentes del art. 1 del Cc.; en el que no opera el *Standum* o *paramiento fuero vienze* del Derecho navarro.

Las normas procesales (Lec), los tratados internacionales o las normas comunitarias europeas no forman parte de la competencia civil aragonesa, por ello su aplicación será uniforme y general en todo el territorio nacional. Estas normas no son supletorias, por lo tanto, son ajenas al sistema de fuentes del Derecho civil propio.

Ni siquiera como ha pretendido algún autor (MOREU) entran en conflicto con el Derecho aragonés (o con cualquier otro Derecho civil autonómico) imponiendo un límite más al *Standum* a través de una norma imperativa no aragonesa. Si se me permite el símil, estas normas imperativas no aragonesas juegan en distinta "liga" y por ello no entran en "competición" con las aragonesas: simplemente se aplican en Aragón (o en Cataluña, o en Galicia) como en el resto del territorio nacional.

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

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

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

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

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

Puede hablarse de una imposibilidad jurídica. Se incurriría en ella al utilizar una figura jurídica privándole en forma contradictoria de algún elemento esencial. En este sentido, resulta imposible una compraventa sin precio, una donación sin ánimo de liberalidad, unos capítulos sin referencia alguna al matrimonio o una institución de heredero universal que no responda en absoluto de las deudas (las consecuencias de esta imposibilidad, por lo demás, dependerán de cada caso). Por el contrario, no es imposible el pacto *contra natura contractus*, como sería una compraventa sin responsabilidad por saneamiento, o una enfiteusis sin comiso, laudemio y fadiga, por recordar ejemplos ya señalados por los clásicos. Son también de imposible cumplimiento las cláusulas irreductiblemente contradictorias o que obligan o permiten y al mismo tiempo prohíben. En general, servirá para convencer de que no incurre en imposibilidad jurídica el negocio, cláusula o combinación pretendidos el mero hecho de que se encuentren admitidos en algún ordenamiento jurídico vigente o pretérito. El límite de lo imposible pocas veces se transgredirá en la práctica, pero no por ello es menos importante su señalamiento. Antes al contrario, muestra, en positivo, que está al alcance de la autonomía de la voluntad todo lo que es posible sin excepción, ni precisión de ningún otro fundamento: también lo inusitado, lo desconocido hasta entonces, aun lo arbitrario y caprichoso, sin necesidad en ningún caso de que el legislador o la costumbre lo autoricen, reconozcan, prevean o imaginen. No se necesita más apoyo para la validez del acto de autonomía que el propio principio *Standum est chartae*, con límites tan lejanos como el de lo imposible, que más parece hipérbole para ponderar la amplitud inusitada de la libertad reconocida que confín cierto de las posibilidades de autorregulación.

**E. El límite de la Constitución.** Es obvio que la autonomía privada de los aragoneses está sujeta a la Constitución, pero convenía expresarlo en el art. 3.º —y así se hace desde 1999— ya que sus normas no pertenecen al Derecho aragonés, sino que están por encima de éste, y de ellas derivan prin-



cipios generales de todo el ordenamiento español que delimitan el campo de lo lícito y admisible. La referencia a la Constitución, por tanto, viene a desempeñar la función que históricamente correspondió al Derecho natural, a la vez que proporciona también los principios de orden público español que han de respetarse en cualquier caso.

En efecto, la Constitución suministra el marco, las limitaciones y las razones, por las que el legislador puede introducir límites a su ejercicio; así como también es la Constitución la que proporciona los principios del ordenamiento que pueden servir para orientar una interpretación de los límites previstos por el legislador (PARRA).

Los límites a la autonomía privada en Aragón, al *Standum est chartae*, derivados de la Constitución son los mismos que en cualquier otro Derecho civil español puesto que los principios constitucionales son de aplicación general y directa en todo el territorio nacional y representan los valores Éticos del ordenamiento jurídico nacional y supranacional: el Derecho internacional aplicable en todo nuestro ordenamiento.

Los límites a la autonomía de la voluntad nacen de los principios que se derivan del sistema constitucional. Estos principios, que han de presidir las relaciones de los ciudadanos en todas sus manifestaciones, representan el contenido ético que valida los pactos y las decisiones unilaterales dentro del sistema y por lo tanto son variables, dependen de los valores que la sociedad tenga en cada momento.

Por ser principios, como afirma ATIENZA, no pueden ser aplicados de manera directa sino a través de una ponderación. Por lo tanto, le corresponderá al Juez determinar en cada caso cuando estos principios operan como un límite al pacto, a la autonomía de la voluntad.

Será este juicio, esta ponderación, la que permitirá valorar si el pacto produce una vulneración de los principios constitucionales, sólo entonces el pacto dejará de ser eficaz, bien por ser inválido, si es esa la consecuencia que se deriva del sistema (art. 6 Cc.) bien por producir otros efectos de los previstos por las partes, manteniendo su validez, pero extirpando la cláusula inválida (se tiene por no puesta) o integrando el pacto conforme a la normativa aplicable.

Siguiendo los estudios de la profesora PARRA y del equipo que dirigió sobre autonomía de la voluntad, creo que podemos señalar como principios de orden público que informan nuestro Derecho los siguientes:

a) Con carácter general informan todo el ordenamiento civil español:

1. El respeto a los Derechos fundamentales. Representan un límite a la autonomía de la voluntad cuando ésta no es respetuosa con los mismos (principios de igualdad, libertad ideológica y religiosa, derechos al honor, etc. .

2. La protección del débil. El estado social y de Derecho impide que la autonomía de la voluntad pueda ejercerse en cualquier dirección. En sus parámetros debe estar la protección de los más desfavorecidos. La profesora PARRA pone como ejemplos de exigencia constitucional la protección de los consumidores o la subordinación de toda la riqueza al interés general.

3. La seguridad del tráfico jurídico y la protección de los terceros en la contratación.

b) En particular en la autonomía privada se deben tener en cuenta los principios de orden público generales que informan cada parcela en la que fraccionamos el Derecho civil. Así, por ejemplo, en materia de familia el interés del menor (STC 4/2001, de 15 de

enero) o la dignidad de la persona, pero también el principio de igualdad y el reconocimiento de los derechos fundamentales a los miembros de la familia. El orden público actual admite diversos modelos familiares pero, por ejemplo, excluye la poligamia, sin perjuicio de reconocimiento de hijos y madres. En lo que atañe al Derecho de la persona, como señala la profesora PARRA, la moral y el orden público, informados por los derechos fundamentales que, como ha señalado el TC, forman parte del orden público constitucional (STC 19/1985 de 13 de febrero) y deben ser tenidos en cuenta en los pactos entre particulares. Por un lado, reconociendo un mayor ámbito de autonomía contractual a las personas con discapacidad, en base a la dignidad de la persona y por otro limitando actos de autonomía de la voluntad, si vulnera la dignidad de la persona. Señala la profesora PARRA que en el Derecho de sucesiones el orden público se vincula cada vez más al principio de no discriminación y a la tutela de los derechos fundamentales. (STC 9/2010, de 27 de abril, que sigue los principios de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 13 de julio de 2004, caso Plat et Puncernau contra Andorra). Todo ello, a mi juicio, deben coordinarse con la voluntad de disposición del causante en la elección de heredero ya que, en principio, no existe un derecho subjetivo a recibir liberalidades. Por último, en materia de Derecho patrimonial la protección del consumidor, principios de no discriminación, la seguridad jurídica, la libertad de mercado, la protección de los terceros, la buena fe, la propiedad privada y su transmisión inter vivos o mortis causa evitando las vinculaciones perpetuas, son principios, entre otros, que deben informar este sector del Derecho privado .

*F. Las normas imperativas del Derecho aragonés.* Estas son, ante todo, las emanadas del legislador, pero también pueden derivar de la costumbre y de los principios generales tradicionales. Las legales se encontrarán casi exclusivamente en las leyes autonómicas de carácter civil. No porque en las demás leyes no pueda haber normas prohibitivas, sino porque, de estar fundadas en títulos competenciales distintos de la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, según reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional no pueden determinar las consecuencias *inter privatos* del incumplimiento de las prohibiciones legales (así, STC 264/1993, de 22 de julio, al declarar inconstitucional el ap. 2 del art. 24 de la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial en Aragón).

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

Probablemente, son más en las leyes civiles aragonesas las normas que, por el contrario, tienden a dejar claro que en el Derecho aragonés no rigen determinadas prohibiciones que el Código civil mantiene (o mantenía en 1967), siguiendo una técnica que procede del Apéndice de 1925 y que entonces era imprescindible, por no reconocerse el principio general de libertad civil. Este es el sentido de preceptos como los arts. 195, 197 y 200 (sobre capítulos matrimoniales), 215 (ampliación o restricción de la comunidad) y 272 (primacía del pacto en la regulación de la viudedad) y 307.1 (sobre

parejas estables no casadas), en el Libro II. Asimismo, en el Libro III (Sucesiones), arts. 318. (general); 377 (sucesión paccionada); 399 (renuncia a la herencia futura); 477 (testamento mancomunado); 423 (que reduce o flexibiliza requisitos que el Código establece para la validez del testamento); 439 (fiducia sucesoria); 464 y 465 (sobre algunos aspectos de las sucesiones voluntarias) y tantos otros. Hoy, en rigor, tales normas no serían imprescindibles, pero resultan útiles para evitar toda duda, además de contribuir a perfilar, en algunos casos, institutos tradicionales y, en muchos otros, señalar algún requisito o concretar las consecuencias de determinados negocios o cláusulas.

*G. ¿Hay normas imperativas en el Derecho supletorio?* El profesor LACRUZ, en su formidable comentario al art. 3 Comp., explica con excelentes argumentos, que las normas del Código civil, cuando son aplicables como Derecho supletorio, pueden ser desplazadas por la autonomía de la voluntad, porque carecen de imperatividad; en concreto, afirma que las reglas imperativas de la legislación general, en principio, pueden ser desconocidas en Aragón, por voluntad de los declarantes manifestada en la carta. Las normas imperativas del Código civil no tienen por qué ser normas imperativas en Aragón.

Con todo, afirmaba el maestro LACRUZ, que sí era posible la existencia de límites y no sólo ya para los particulares sino también para el propio legislador; estos límites vendrían de la mano de lo que él denominó el «orden público nacional» y ahora establecen los principios constitucionales a los que me he referido.

El Derecho supletorio del Estado sólo se aplica dentro del ámbito competencial del Derecho civil de Aragón y cuando, agotado el sistema de fuentes civiles (arts. 1 a 3 CDFEA) integrados con la analogía y los principios que informan el sistema no es posible dar una respuesta. Por ello, si hay un pacto, éste impide la aplicación del Derecho supletorio, será el pacto el que, en caso de incumplimiento por alguna de las partes, y frente a la exigencia de cumplimiento de la otra, que obligue a los Tribunales a emitir un juicio de ponderación en el que deberá analizar si lo pactado no infringe ninguno de los límites del art. 3 CDFEA, y en particular los principios constitucionales.

Veamos lo que digo con un ejemplo. Las sustituciones fideicomisarias y el límite del segundo grado: el art. 781 Cc.

El vigente Código del Derecho foral de Aragón no regula las sustituciones voluntarias. En esta materia parece que no hay duda de la competencia legislativa aragonesa para abordar su regulación.

Si ello es así, el causante sujeto a la ley civil aragonesa (art. 9.8 Cc. y art. 22 RU 250/2012, sobre ley aplicable a las sucesiones) puede llegar tan lejos en sus pactos como lo haría el legislador aragonés.

Pues bien, pensemos que un causante de vecindad civil aragonesa establece una sustitución fideicomisaria en favor de personas no nacidas ni concebidas que llegue hasta cuatro generaciones: *Quid iuris?*

En este caso, las normas del Código civil quedan desplazadas por la autonomía de la voluntad de los particulares y por lo tanto dichas reglas no son aplicables, no lo es el art. 781 Cc., que establece una limitación expresa en dos generaciones.

La pregunta no es si el art. 781 Cc., norma imperativa en el sistema del Código, lo es también en Aragón (no puede serlo por definición). La pregunta es si dicha norma recoge un principio de orden público que por serlo sea uno de los límites del *Standum* y por ello también un límite para el legislador ordinario que no puede vulnerar los principios constitucionales, sólo si es un límite para el legislador aragonés, lo será para los particulares.

Por ello, debemos preguntarnos: ¿Podría el legislador aragonés establecer una norma que pusiera el límite de las sustituciones fideicomisarias en cuatro generaciones? Creo que ello sí sería posible, de hecho ese es límite que establece el legislador navarro en la ley 224.

El principio de orden público no está tanto en el número, dos o cuatro generaciones, (acaso mientras no sea excesivo), sino en que haya alguno, ya que no se admite en nuestro ordenamiento la vinculación perpetua de la propiedad desde las leyes desamortizadoras.

Por lo tanto, el establecimiento de una sustitución fideicomisaria en Aragón que supere el límite previsto en el art. 781 Cc., no es inválida como regla. Será el Juez el que, tomando como premisa que sí afecta al orden público la vinculación perpetua de la propiedad, valorará la justificación de la temporalidad en el llamamiento previsto a los particulares, pero la justificación nunca debe ser el art. 781 Cc. porque el pacto impide su aplicación.

## 11. Aplicaciones del principio

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

El Prof. LACRUZ indicó buen número de aplicaciones del principio en los diversos ámbitos del Derecho civil. Muchas de ellas han sido recogidas luego por el legislador. Merece la pena hacer mención de algunas que, en temas de Derecho patrimonial, marcarían diferencias entre el Derecho del Código civil y el aragonés.

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

No hay un *numerus clausus* de Derechos reales. Planteamiento valioso para la práctica, por ejemplo, en materia de variedades atípicas de la propiedad horizontal y en las urbanizaciones. También proponía LACRUZ la posibilidad de configurar como derecho real la reserva de tesoros que pacta con el comprador el dueño de la casa que se sospecha contenerlos (lo negó la STS 27/06/1988, a pesar de que la cláusula estaba inscrita en el Registro de

la Propiedad). Es viable asimismo, e inscribible, el instrumento mediante el cual se transmite el dominio de un inmueble sin expresar la causa. Tampoco hay razón para considerar operante entre nosotros la prohibición del art. 400.2 Cc. de pactar la indivisión por tiempo superior a diez años (cfr. art. 365 CDFR).

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

## 12. El principio en la jurisprudencia

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

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

La STSJA 18 diciembre 1990 (RDCA, 1995, 1º, 2) se ocupa del requisito de forma (que el principio exige en su propio enunciado), para declarar nula donación de hacienda sin escritura pública. El requisito de forma aflora también en la STSJA 29 septiembre 1992 (RDCA, 1995, 1º, 8), respecto de un supuesto pacto entre hermanos para determinar cuál de ellos había de ser el heredero.

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

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

los legítimos herederos de la testadora», cláusula que la Audiencia, contra su claro texto, entendió como viudedad foral.

Sobre estas materias, hay también diversos fallos de Juzgados y de Audiencias que no han llegado a casación, pero que presentan también interés en materias como la sucesión paccionada [S. JPI núm. 2 de Ejea de los Caballeros de 28 de junio de 1994 (RDCA-II-1996-2, marginal 16) y S. JP II núm. 2 Barbastro 85/2017, de 14 de noviembre de 2017 (RDCA-XXIV-2018, marginal 54)]; composición de la Junta de Parientes (Sentencia JPI Núm. 1 de Huesca de 3 de marzo de 2000 (RDCA-VII-VIII-2001-2002, marginal 60) e incluso en Derecho de familia sobre Impugnación del inventario en la liquidación del régimen de separación de bienes [S. APZ (secc. 2ª) de 19 de mayo de 2003 (RDCA-XI-XII-2005-2006, marginal 32)] en las que se aplica el *Standum* para desplazar a normas no imperativas aragonesas.

Incluso, y fuera del Derecho de familia y de sucesiones, el *Standum* ha sido tenido en cuenta por las Audiencias admitir pactos de indivisión, si bien es verdad en relación a montes en mano común [S. APH de 28 de enero de 1999 (RDCA-2000-VI, 2 marginal 7)] o la creación de comunidades germánicas [S. APT de 14 de julio de 2001 (RDCA-IX-X-2003-2004, marginal 25)].

En ocasiones, en resoluciones de primera instancia el principio es a veces citado junto con preceptos del Código civil, como sus arts. 1.091 y 1.255, en asuntos ajenos al Derecho de familia y de sucesiones. Así, en S. JP II Teruel núm. 2, 31 diciembre 1994 (RDCA, 1996, 2º, 27: renta pactada en vivienda de protección oficial, superior a la permitida) y SS. JP II Teruel núm. 1, 9 febrero 1995 (RDCA, 1997, 1º, 43: cláusula de estabilización en arrendamiento urbano), 18 mayo 1995 (RDCA, 1997, 1º, 54: cláusula penal en contrato de compraventa de vehículo) y 15 noviembre 1995 (RDCA, 1997, 1º).

También se cita el *Standum est chartae* para mantener la validez del consentimiento en relación con la propiedad temporal en la S. JPI núm. 1 de Teruel de 15 de noviembre de 1995 (RDCA-III-1997, marginal 62), afirmando en su FD 3º que: “en el caso debatido la prueba practicada no permite concluir que el contrato suscrito por los demandados, con Bleber España, para la adquisición de una participación en multipropiedad, se hubiera obtenido mediante dolo, ya que de la documentación aportada por los demandados, si bien se desprende que la captación de los mismos como potenciales clientes tuvo lugar mediante el uso de una publicidad engañosa, que dio lugar a la intervención administrativa y la consiguiente sanción a dicha empresa, ello no implica que en el momento de otorgarse el mismo, éstos actuasen con plena conciencia y voluntad, debiendo prevalecer en tal supuesto el principio «*Standum est chartae*», que consagra el art. 3 de la Compilación del Derecho Foral de Aragón”.

No es algo nuevo: la Audiencia de Zaragoza ya había invocado un siglo antes el principio aragonés junto a las normas del Cc. o las anteriores de la Novísima Recopilación en SS. como las de 28 abril 1894, 24 junio y 7 diciembre 1895 (Ripollés, III, núms. 622, 623 y 624).

Supuestos de este tipo —en principio, alejados del tradicional Derecho foral en su más restrictiva interpretación “familiar” en torno a la casa— pueden ser muy importantes si, entonces, el recurso de casación es competencia del TSJA. Lo negó un A. TSJA 3 julio 1992, entendiendo que de otro modo se perjudicaría la competencia del TS. Pero en 1998, en época en que el TS había decidido remitir al TSJA todos los recursos que éste rechazaba en razón de

la supresión del art. 29 EAA, remitió en efecto uno fundado en infracción de los arts. 1.281, 1.282, 1.091 y 1.445 Cc. y, además, del art. 3.º Comp. (alegado por primera vez en casación). El TSJA aceptó la competencia y resolvió por S. 5 octubre 1998 (RDCA 1999, 1º, 1).

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

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

En relación con este asunto, el Auto del TSJA de 24 de febrero de 2016 [RDCA-XXI-II-2017, marginal 4)] expresa el sentir de la Sala, manifestado la doctrina sentada en fallos anteriores, indicando que la cita del del *Standum* no es suficiente para atribuir a la Sala la competencia casacional, indicando en el su FD 1º: “En el trámite de admisión del recurso de casación, la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo. (...) En el recurso se invoca como infringido (además de otros preceptos de derecho común) el artículo 3 del CDFa. Pero para determinar la competencia de la Sala no basta la mera invocación formal de un precepto aragonés como vulnerado, sino que se requiere que la norma foral de referencia sea aplicable a la resolución de la controversia y de las cuestiones implicadas en ella, es decir, tenga una efectiva relación con la cuestión debatida pues, en otro caso, podría el litigante escoger a su arbitrio el Tribunal competente para el examen de un recurso de casación”.

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

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

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

**B. La analogía.** Nadie duda hoy de la posibilidad de aplicar una norma legal aragonesa a casos semejantes no comprendidos en ella (*analogia legis*), así como de inducir principios generales partiendo de una pluralidad de casos regulados, de modo que el principio rija otros muchos en que el legislador no pensó (*analogia iuris*). Esto último está incluido en la invocación como fuente de los principios generales, según se ha visto. Sólo después de los principios —por tanto, ya agotadas todas las posibilidades de la analogía— procede acudir al Derecho supletorio (STSJA 8/03/2005). La STSJA 7/11/2001 razona muy acertadamente sobre el papel de la analogía en nuestro Derecho, en un interesante caso en que se pretendía —y no se admitió— la aplicación analógica de la norma del art. 143 Comp. (hoy 539.2 CDFa) sobre inmisión de raíces y ramas a unos aerogeneradores cuyas aspas en su giro sobrevolaban suelo ajeno (vid. también la STSJA 6/07/2005, que cita la anterior, y la de 20/06/2005, que aplica analógicamente el art. 123 LSuc. —hoy art. 438 CDFa— a una relación de pareja estable).

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

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

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



El TS entiende, desde 2015, que las normas de “Derecho civil foral o especial” son exclusivamente las aprobadas por la asamblea legislativa correspondiente en el ejercicio de la competencia atribuida por el art. 149.1.8ª CE, con exclusión, por tanto, de las normas autonómicas de derecho privado no foral contenidas en legislación fundamentalmente administrativa como la de caza, cooperativas, viviendas protegidas, etc. (AATS 3 marzo y 20 mayo 2015).

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

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

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

Por lo demás, como recuerda el TSJA en la S. 27/2017 de 22 de diciembre de 2017 (RDCA-XXIV-2018, marginal 24, Fernando), la doctrina forma parte de la doctrina referida en el art. 1. 6 Cc., así se afirma en el FD 5º: “Las sentencias de primer y segundo grado se refieren reiteradamente a estudios doctrinales, y especialmente la de primera instancia sigue el pormenorizado estudio del Notario D. Mariano Jesús Pemán Melero, indicando que va a servir de base para la resolución de la presente controversia, a falta de jurisprudencia consolidada sobre la misma. Igualmente los escritos de ambas partes aluden a distintos estudios jurídicos y comentarios a la legislación aragonesa, estando conformes en que el debate procesal se centra en una cuestión estrictamente jurídica. Es preciso recordar que, conforme a lo prevenido en el artículo 1 del Código civil, son fuentes del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. A tenor del apartado 6 del mismo artículo, la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar las fuentes del derecho. Y, en materia en la que la competencia casacional corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia, corresponde a estos últimos fijar la doctrina jurisprudencial. En este sentido se pronuncia la Ley aragonesa 4/2005, de 14 de junio, de Casación Foral. En el caso de autos el litigio y, en este trámite, el re-

curso de casación, ha de ser resuelto a través de la determinación de la ley aplicable y su interpretación, sin que exista jurisprudencia recaída al efecto. Los estudios de la doctrina científico-jurídica son ciertamente útiles para realizar una acertada exégesis de la norma, mas las opiniones doctrinales no pueden constituir la forma de fijar el significado y alcance de las normas jurídicas”.

#### 14. El Derecho supletorio

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

Consecuentemente, la Compilación estableció en 1967 que “en defecto de tales normas [es decir, la Compilación, integrada con la costumbre y los principios generales tradicionales], regirán el Código civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español”. En su momento, esta fue la norma fundamental respecto de las relaciones entre Derecho civil aragonés y el Derecho general español, Código civil incluido.

Desde 1974, estas relaciones, respecto del Código civil (no respecto de las demás disposiciones del Derecho general español), venían determinadas también por el art. 13 Cc., que no alteraba en nada la situación fijada por el art. 1.º Comp. (ni lo pretendió: vid. art. 2.º D. 1.836/1974, de 31 de mayo, por el que se reconoce fuerza de ley al texto articulado del Título Preliminar del Código civil).

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

Por Ley 1/1999, el art. 1.º-2 Comp. quedó redactado del siguiente modo: “El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio sólo en de-

fecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan". Así dice hoy el mismo artículo y apartado del CDFa.

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

### 15. La aplicación del Derecho supletorio

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

En definitiva, la mayor o menor aplicación del Código civil, como supletorio de un Derecho civil autonómico, depende del legislador autonómico. Puede éste legislar con el propósito de evitar toda ocasión en que el Código civil español sea llamado en concepto de supletorio (tal parece la política legislativa seguida en Cataluña); pero puede también entender más adecuado obrar de manera distinta.

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

Mayor espacio al Código, como Derecho supletorio, dejaban las normas de la Compilación, pues, aprobadas originariamente en Madrid, excluía entonces el poder político que una norma compilada reprodujera con variantes o complementos un precepto del Código, entendido entonces por la doctrina dominante como "Derecho común español". Hoy el legislador autonómico puede, si quiere (en el ámbito de su competencia), promulgar tanto normas

que coincidan exactamente con las del Código como que las contradigan frontalmente. Como ha aclarado repetidas veces el Tribunal Constitucional, ninguna objeción hay a que una Comunidad copie normas estatales o se inspire en ellas (mientras lo haga en el ámbito de sus competencias).

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

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

En efecto, la supletoriedad establecida en el texto constitucional no es una competencia más que corresponde al legislador del Estado, pudiendo éste, en consecuencia, establecer su ámbito de aplicación, sino que es una técnica de integración de lagunas, capaz de ser controlada por el legislador autonómico, a quien corresponde la competencia de cómo y con qué efectos se aplica el Derecho supletorio.

Así lo interpretado en diversos fallos el TSJA siendo de destacar la Sentencia de 8 de marzo de 2005 en la que afirma: "La aplicación supletoria del Código civil procede sólo cuando realmente sea imposible dar respuesta al caso mediante las fuentes aragonesas, incluida la utilización de la analogía, si procede, y siempre de acuerdo con los principios que informan el Derecho civil aragonés; aunque no existiera norma propia una disposición estatal no podrá aplicarse en Aragón si contravienen los principios que informan las normas aragonesas, y ello con la finalidad lógica de evitar una aplicación de los preceptos del Código que puedan tergiversar el sentido de las instituciones aragonesas".

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

Así, por ejemplo, la mayor parte, si no todas, de las citadas al final del núm. 30. También, igualmente como ejemplos, las indicaciones en el CDEFA. de que la colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley (art. 362), de que no hay reservas hereditarias legales (art. 464.3) y de que son válidas las condiciones de contraer o no matrimonio en todas sus variantes, así como las llamadas (peyorativamente) captatorias, tienen la finalidad de

evitar la indebida injerencia o intromisión de ciertos preceptos del Código. Si no hubiera en el Código civil artículos como los 1.035 ss., 811 y 968 ss., y 793 y 794, carecerían de objeto los citados preceptos aragoneses pues, como es obvio, no hay en un ordenamiento más consecuencias legales (como las reservas o la colación) que las en él previstas (y, si no las quiere, le basta con no preverlas), ni las condiciones de contraer o no matrimonio ni las captatorias son de imposible cumplimiento o contrarias a la Constitución, por lo que habría de bastar para su indubitada validez con que ninguna norma aragonesa las prohibiera. Pero el razonable temor a que la fuerza de la inercia llevara a los intérpretes a aplicar, indebidamente, el Código (que, en realidad, nada habría de suplir, pues no hay laguna donde nada se impone ni prohíbe) hace prudente la previsión del legislador.

## 16. Remisiones y “cláusulas de engarce”

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

**A. La aplicación directa.** Las materias en las que el Estado tiene competencia exclusiva para legislar en materia civil, *en todo caso*, son de aplicación general y directa en todo el territorio nacional y con sujeción al sistema de fuentes del Código civil.

Lo anterior significa que en estas materias quedan fuera de la competencia “foral” y la aplicación e interpretación de estas normas está sujeta al sistema de fuentes del Estado.

Las normas de competencia exclusiva del Estado se aplican de forma unitaria y uniforme en todo el territorio nacional. Por ejemplo, las formas del matrimonio son, sin duda alguna, competencia exclusiva del Estado Español, de manera que las reglas sobre capacidad, impedimentos y efectos personales del matrimonio los fija el Código civil. Cómo deban interpretarse estas normas, por ejemplo, el dictamen médico del art. 56 Cc. o el error en la persona del otro contrayente (art. 73. 4º Cc.) se determina a través del sistema de fuentes del art. 1 Cc. y la competencia judicial en esta materia terminará en el TS.

También son de aplicación directa y sujetas al sistema de fuentes del Estado, todas aquellas materias civiles que no entran en la competencia civil foral, esto es, *que no son objeto de conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil propio en alguna de las Comunidades Autónomas referidas*.

Para ilustrar la anterior afirmación nos puede servir de ejemplo la adopción. Esta materia no entra en la competencia civil de Galicia al haber sido declarados “inconstitucionales y nulos el título II (arts. 27 a 41), relativo a la adopción, (...) de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia” [STC 133/2017, de 16 de noviembre] por entender que esta materia excede la competencia sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil de Galicia. Así las cosas, la regulación estatal sobre la adopción se aplica de forma general y directa en Galicia como en el resto de los territorios sujetos

al Derecho del Estado. Sin embargo, la legislación sobre la adopción regulada en el Código civil no se aplica en Cataluña, al tener competencia en la materia y haberla regulado expresamente. Por el contrario, las normas del Código civil, u otras leyes estatales sobre la materia, sí se aplican en Aragón, pero como Derecho supletorio, pues la competencia para regular esta materia se declaró por el TC en la sentencia 88/1993, si bien, Aragón, teniendo competencia para ello, no ha regulado la adopción.

**B. Aplicación supletoria.** Las normas civiles del Estado se aplican de forma supletoria en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, en aquellas materias de su exclusiva competencia (conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral o especial) pero sobre las que no ha legislado.

En estos casos, el Derecho del Estado se aplica, por este concepto, con la finalidad de evitar el *horror vacui* que la falta de legislación civil foral puede provocar en la resolución de conflictos entre los particulares. Cuando el Derecho del Estado es de aplicación supletoria está sujeto al sistema de fuentes e interpretación que determine el ordenamiento civil foral en el que debe ser aplicado por ser la materia de su exclusiva competencia (art. 149. 1. 8ª y 149.3 CE).

Todo ello significa, que el Derecho civil del Estado sólo se aplicará por este concepto en cuando exista una auténtica laguna en el ordenamiento civil suplido que no pueda ser integrada a través del sistema de fuentes y tras haber recurrido a la analogía en todas sus manifestaciones; además, la norma supletoria deberá ser aplicada sin infringir los principios que informan el ordenamiento civil foral.

Hasta aquí, lo ya explicado.

**C. Remisión estática.** Desde 1985 y hasta 2011 hubo, además, algunos enunciados normativos en el Código civil que valían, a todos los efectos, como enunciados normativos del Ordenamiento jurídico aragonés. Eran los casos en que, de acuerdo con la Disposición final de la Compilación introducida por Ley 3/1985, de 21 de mayo, “las remisiones que la Compilación del Derecho civil de Aragón hace al articulado del Código civil se entenderán siempre en su redacción actual” (donde “actual” quiere decir en el día de la entrada en vigor de la citada Ley de 1985).

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

Esta técnica de las “remisiones estáticas” podía entenderse como un instrumento de urgencia, para mientras el legislador autonómico no legislara sistemáticamente en su ámbito de competencia. Tenía alguna ventaja (“defensiva”, podríamos decir), pero también suscitaba reparos y producía problemas. El hecho es que el legislador las ha ido suprimiendo y la Ley de Derecho civil patrimonial (2010) acabó con las últimas que quedaban, algunas de ellas de especial trascendencia y difícil manejo, como el art. 144 Comp.,

sobre régimen normal de luces y vistas, con su referencia a “las distancias marcadas por el artículo 582 del Código civil” y el 145, sobre servidumbre de luces y vistas, que concluía: “queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil”.

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

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

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

En estos y otros casos similares, es claro que “la ley” mencionada puede ser el Código civil u otra estatal y en tal caso las normas así aludidas no son aragonesas, ni el legislador aragonés pretende incorporarlas a su ordenamiento con la técnica de las remisiones estáticas. Si alude a tales normas —que pueden ser Derecho supletorio, o acaso Derecho en la competencia exclusiva del Estado— es por necesidades de la propia regulación, para indicar el engarce entre unas y otras buscando la mayor claridad y seguridad en la aplicación. Las normas estatales —las vigentes en cada momento— se aplicarían igualmente aunque nada dijera la ley aragonesa, pero acaso se suscitarían mayores dudas sobre cómo armonizar las de una y otra procedencia.

**BIBLIOGRAFÍA:** AAVV (2016): *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*. Dirigido por María Ángeles Parra Lucán, Ed. Comarés, Granada; AAVV (2016): *La autonomía privada en el Derecho civil*, Dirigido por María Ángeles Parra Lucán, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid; AAVV (2017): *Derecho y autonomía privada. Actas del Congreso Internacional “Límites a la autonomía de la voluntad”* celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 29 y 30 de septiembre de 2016, Dirigido por María Ángeles Parra Lucán y coordinado por Silvia Gaspar Lera, ed. Comares, Granada; ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2019): “Un supuesto enigma jurídico: el orden público”, *Trabajo reelaborado de la ponencia presentada al III Coloquio entre civilistas y filósofos del Derecho, celebrado en Santiago de Compostela*, el 27 y 28 de noviembre de 2018. Cedido por cortesía del autor (34 páginas); BARRIO GALLARDO, Aurelio (2016): “Los límites a la

autonomía de la voluntad en el Derecho de familia” en *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio*. Dirigido por María Ángeles Parra Lucán, Ed. Comarés, Granada, pp. 51 a 88; BAYOD LÓPEZ, Carmen: (2020): “Las normas en el Derecho civil de Aragón” en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, dirigida por Carmen Bayod y José Antonio Serrano, ed. Tirant lo Blanch, pp. 21 a 60; (2019-1): “La competencia en materia de fuentes del Derecho civil foral o especial. *Standum est chartae* y Derecho supletorio. Una primera aproximación” en *RDCA-XXV*, pp. 92 a 128; (2019-2): “*Standum est chartae* y Derecho supletorio. Una primera aproximación” en *La Constitución y los Derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dirigido por Carmen Bayod López, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 257-271. (1999-1) “La aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés” en *Actas de los VIII Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 37 a 121; (1999-2): “El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como Derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos. (Especial referencia a Aragón), *RDCA-V*, nº2, pp.75-125; DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1982): “Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en *ADC*, T. IV, pp. 987 a 1085; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: (2019): “Los Derechos civiles españoles hace cuarenta años. ¿Qué ha cambiado?” *Actas de las Jornadas La Constitución y los Derechos civiles españoles cuarenta años después*, Zaragoza, pp. 21 a 46; (2018): “La coexistencia de los Derechos civiles españoles en cuarenta años de Constitución. Trayectorias y perspectivas”, *La Notaría. Revista del Colegio Notarial de Cataluña*, monográfico, nº 2, pp. 67-79; (2015): “Comentario al art. 3 CDFA” en *Comentarios al Código del Derecho foral de Aragón*, ed. Dikynson, Madrid, pp. 101 a 104 [= *Código del Derecho foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, ed. DGA, Zaragoza, 2015, reimpresso en 2018, pp. 105 a 108.]; (1988) “Comentario al art. 1º de la Compilación”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. Lacruz Berdejo, José Luis), ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, vol. I, 1988, pp. 99-196; LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Comentario al art. 3º de la Compilación”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. Lacruz Berdejo, José Luis), ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, vol. I, 1988, pp. 229-298 (también en “El principio aragonés “*Standum est Chartae*”, en *Anuario de Derecho civil XXXIX*, 1986-II, pags. 683-762; SANCHO REBULLIDA, Francico de Asís, “Comentario al art. 2º de la Compilación” en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (dir. Lacruz Berdejo, José Luis), ed. DGA, Zaragoza, vol. I, 1988, pp. 197-228; MOREU BALLONGA, José Luis (2017): “Autonomía de la voluntad y sus límites en el llamado Código del Derecho Foral Aragonés”, en *Derecho y autonomía privada. Actas del Congreso Internacional “Límites a la autonomía de la voluntad”* celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 29 y 30 de septiembre de 2016, Dirigido por María Ángeles Parra Lucán y coordinado por Silvia Gaspar Lera, ed. Comares, Granada, pp. 451 a 471; (2009): *Mito y realidad en el “standum est chartae”*, Civitas, Madrid, obra ambiciosa en la que el autor descalifica el principio enunciado en el título y al Derecho aragonés en su conjunto, con argumentos no siempre comprensibles y, en mi opinión, inconcluyentes; CAZCARRA PÉREZ, Víctor (2009): “*Standum est chartae*: ¿existe hoy un requisito de forma (documento) para su aplicación?”, *RDCA*, XV, p. 165 a 220; PARRA LUCÁN, María Ángeles, (2018): *La autonomía privada en el Derecho civil*, ed. Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza; (2016): “La autonomía privada en el Derecho civil: tendencias y transformaciones” en *La autonomía privada en el Derecho civil*, Dirigido por María Ángeles Parra Lucán, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, pp. 29 a 60; (2010): “La jurisprudencia foral”, en *La casación foral aragonesa*, (A. Bonet. dir.), El Justicia de Aragón, Zaragoza.



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



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

Carmen BAYOD LÓPEZ  
*Catedrática de Derecho civil*

#### 1. Derecho de la persona

*A. Regulación y antecedentes.* El CDFA dedica el Libro Primero a esta materia: *Derecho de la Persona*. Este Libro Primero está compuesto por cuatro Títulos en los que se abordan las siguientes cuestiones: *De la capacidad y el estado de las personas* (Título Primero); *De las relaciones entre ascendientes y descendientes* (Título II); *De las relaciones tutelares* (Título III) y *De la Junta de Parientes* (Título IV). Estas normas, casi doscientos preceptos (arts. 4 a 182 CDFA), proceden de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, a excepción de los artículos 75 a 84, que integran la Sección 3ª, *Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*, del Capítulo II, *Deber de crianza y autoridad familiar*, del ya referido Título II de este Libro Primero, cuyo origen está en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, y que será explicado en el § 18 de este Manual.

La regulación que ofrece el CDFA en relación al Derecho de la persona no es completa. Como indica su Preámbulo el objeto de esta regulación es *el desarrollo de las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y de las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces anteriormente contenidas en la Compilación, y, como criterio, los principios más exigentes en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de la personalidad, sin olvidar el Derecho histórico en lo mucho que tiene de actual y enriquecedor.*

En relación con la persona física, el CDFA sí regula de forma completa las cuestiones de capacidad por razón de la edad, a las que ahora me referiré, pero no aborda otras cuestiones como son el nacimiento y fin de la personalidad, el domicilio o la total regulación de la ausencia y la declaración de fallecimiento. En materia de relaciones tutelares, la regulación sí es completa y también lo es en las relaciones entre padres e hijos, pero se deja sin regular la filiación, la adopción o la reproducción asistida.

La situación de la persona con discapacidad se aborda con criterios previos a la regulación llevada a cabo por el Convenio de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, ratificado por el Estado español en 2007 y en vigor en todo el territorio nacional desde el 21 de mayo de 2008. Esta regulación internacional cambia el paradigma de la situación de las personas con discapacidad puesto que dejan de ser tratadas como incapaces e incapacitadas para reconocerles capacidad jurídica en igualdad de condiciones como las demás personas en todos los aspectos de la vida. El término capacidad jurídica in-

cluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho, tal y como explica el Comité de Naciones Unidas al interpretar el art. 12 del Convenio (MAYOR DEL HOYO). Por ello, la regulación del CDFA deberá adaptarse a la nueva situación jurídica de las personas con discapacidad prevista en el Convenio, no sirviendo para ello lo establecido en el Cc. (esté adaptado o no al Convenio de Nueva York) al existir regulación aragonesa. Por último, nada regula el CDFA sobre la persona jurídica.

En consecuencia, en aquello que no esté completamente regulado, y previa la autointegración a través del sistema de fuentes del Derecho civil de Aragón, será aplicable el Derecho civil del Estado como Derecho supletorio.

En esta lección se analizará el Título I, y en los temas § 4, 5 y 6 se expondrán, respectivamente, las materias referidas a *Relaciones entre ascendientes y descendientes* (salvo, la sección 3<sup>a</sup>); *Relaciones tutelares* y la *Junta de Parientes*. En cada uno de estas lecciones, se hará referencia, en su caso, a las normas de conflicto y al Derecho supletorio aplicable en Aragón.

**B. De la capacidad y estado de las personas.** Los artículos 1 a 55 del CDFA integran el Título Primero, *De la capacidad y estado de las personas*, del Libro Primero, *Derecho de la persona*, del CDFA.

Este Título Primero está compuesto por tres capítulos que abordan *La capacidad de las personas por razón de la edad* (arts. 1 a 30); *La incapacidad y la incapacitación* (art. 31 a 42) y *La ausencia* (art. 43 a 55).

La redacción de estas normas, así como su orden sistemático proceden, como ya he señalado, de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre y están en vigor desde el 23 de abril de 2007, (DT Primera CDFA).

Estos preceptos, en cuanto que regulan capacidad de las personas, serán aplicables a los españoles que tengan vecindad civil aragonesa según establece el Derecho civil estatal (arts. 16.1, 9.1 y 14 Cc.), aplicable en esta materia directamente en Aragón en razón de la competencia que, para la resolución de conflictos de leyes, la CE atribuye en exclusiva al Estado español (art. 149.1.8 CE).

## 2. Capacidad de las personas por razón de la edad

**A. Regulación actual.** La capacidad de las personas por razón de la edad se desarrolla en los arts. 4 a 33 del CDFA, agrupados en cuatro secciones: los arts. 1 a 11 CDFA, forman parte de la Sección Primera, *Mayoría y Minoría de edad*, determinan quiénes son mayores y menores de edad, estableciendo, respecto de estos últimos un estatuto jurídico general de las personas menores de edad, que en las siguientes secciones se verá desarrollado en función de que el menor haya alcanzado los 14 años y esté o no emancipado. Así, la sección 2<sup>a</sup> regula la situación de *La persona menor de catorce años*; la sección

3ª la situación del *Menor mayor de catorce años* y la sección 4ª la situación del *Menor emancipado*.

La regulación de la capacidad por razón de la edad es completa y responde a los principios tradicionales del Derecho civil aragonés en esta materia ya que, como se indica en el Preámbulo, *En el Derecho aragonés histórico tuvo especial importancia la regulación de la capacidad de las personas en razón de la edad, como consecuencia de que en Aragón no tuvo entrada la patria potestad romana. De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem es aforismo recogido en las Observancias que no solo expresa unas relaciones entre padres e hijos menores dirigidas al bienestar de los hijos, sino que, caso raro en Europa hasta la edad contemporánea, no conoce otras limitaciones a la capacidad de los sujetos que las necesarias para su protección por su minoría de edad o las graves dificultades para gobernarse por sí mismos.*

*Al no haber patria potestad, todos los aragoneses y aragonesas alcanzaban la plena capacidad de obrar al cumplir determinada edad, fijada en los Fueros más antiguos en los catorce años, y que se mantuvo así con el complemento de una protección a su inexperiencia hasta cumplir los veinte: edad que seguía contrastando con la de los veinticinco, que, procedente del Derecho romano, era la más habitual en la Península Ibérica y en Europa.*

Como también se afirma en el Preámbulo *El sistema histórico, en definitiva, se adelantó en siglos a lo que hoy puede leerse en los Códigos de nuestro entorno. El legislador actual se encuentra con aquella realidad histórica y su plasmación en la Compilación de 1967, a la vez que declaraciones internacionales y españolas establecen parámetros muy exigentes en el tratamiento de los derechos de las personas menores de edad o incapaces de obrar. No hay contradicción entre nuestro Derecho histórico y las concepciones del siglo XXI, sino que el desarrollo del Derecho aragonés enlaza con toda naturalidad con las más altas exigencias e ideales de la regulación del Derecho de la persona.*

**B. Antecedentes.** El legislador aragonés tradicionalmente ha diferenciado entre la mayor edad y las habilidades que ésta conlleva, de manera que ser mayor edad no significa, necesariamente, tener plena capacidad de obrar.

En Aragón, desde 1247 hasta la promulgación del Apéndice al Código del Derecho foral de Aragón en 1925, los aragoneses eran mayores de edad a partir de los 14 años tal y como se estableció en el Fuero *De contractibus minoris* de 1247: *minorem intelli infra quatuordecim annos*.

Ahora bien, Fueros posteriores (*Ut minor XX annorum* y *De liberastionibus*, Zaragoza, 1348, *Que los menores de veynte años*, Mozón 1564; *De las obligaciones de los menores de veynte años*, Monzón-Binefar, 1585) establecieron ciertas limitaciones a la capacidad de obrar de los mayores de edad pues hasta alcanzar los 20 años o contraer matrimonio no podían realizar ciertos actos si

no es con autoridad del Juez, del consejo de parientes o con voluntad de sus padres.

Los aragoneses comprendidos entre los 14 y los 20 años fueron calificados por la doctrina aragonesa como *mayores de edad en aprendizaje*, puesto que en esa franja de edad (salvo para testar u otorgar capítulos matrimoniales) se requería de otras voluntades, antecedente de la actual asistencia. Tradicionalmente, el matrimonio hacía a los aragoneses mayores de edad, pues tal y como afirmó JAIME DE HOSPITAL (S<sup>o</sup> XIII), si se les reconoce capacidad para casarse, acto grave y trascendente, deben de gozar de capacidad en todo lo demás.

Este sistema de capacidad estaría vigente hasta la promulgación del Apéndice de 1925, que modifica el sistema de mayoría edad, y establece la mayor edad a los 20 años, si bien a partir de los 14 años, los menores de edad verán ampliada su capacidad ya que: “El soltero mayor de catorce años y menor de veinte puede por sí celebrar toda clase de contratos, pero con asistencia del padre o de la madre, que conserve sobre él la autoridad, y, en defecto de ellos, con la de su tutor. No necesita tal asentimiento para disponer de sus bienes en testamento” (art.13 Apend.). Como dijera SANCHO REBULLIDA, ahora a partir de los 14 años y hasta los 20 años, hablaremos de *menores de edad en aprendizaje*. Igualmente mantiene el Apéndice la mayor edad por matrimonio (art. 10.2 Apend.), al igual que luego lo hiciera la Compilación y la LDp., norma de la que pasa al CDFa.

La Ley de 13 de diciembre de 1943 fijó la edad de mayoría en los veintiún años para todos los españoles (en Cataluña y Navarra estaba en los 25 años, en los territorios de Código civil desde su entrada en vigor en 1889 había quedado establecida en 23 años), aumentándola en un año para los aragoneses, pero dejó subsistente la mayoría de edad por matrimonio.

En la Compilación “la capacidad de las personas por razón de la edad” se regula en los arts. 4 a 6 de la misma. Estableciendo la mayor edad por matrimonio (art. 4 Comp.) y acogiendo la edad de mayoría que fije el Estado, los 21 años primero y desde el 17 de noviembre de 1978 (Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre) a los 18 años. Igualmente, desde los 14 años, “el menor, aun cuando no este emancipado, podrá celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de parientes”, manteniendo con ello el mismo sistema de capacidad. No se reguló la emancipación, pero la doctrina consideró que era posible la emancipación de los menores de edad en Aragón, a partir de los 14 años, adaptando a ello la regulación del Cc.

La ley 13/2006, de Derecho de la persona, reguló la capacidad por razón de la edad en los arts. 1 a 30 ahora incorporados al CDFa (art. 4 a 33), siguiendo los principios del Derecho civil de Aragón desde su origen, regulando cada uno de los tramos de edad: mayoría y minoría de edad, distinguiendo

entre mayores y menores de 14 años así como menores emancipados, todo ello precedido de un estatuto de derechos y obligaciones de los menores de edad.

### 3. Computo de la edad

El Diccionario del español jurídico define la edad como “el tiempo vivido por una persona expresado en años”. La edad, por consiguiente, no es otra cosa que el tiempo desde el día del nacimiento hasta el momento en que se computa (DELGADO), con ello podremos saber la edad de las personas en cada momento y determinar con ello su aptitud para actuar en el tráfico jurídico.

El legislador aragonés, al igual que el legislador del Código civil (art. 315.2 Cc.), impone como criterio de cómputo el día completo, esto es, como si el nacimiento siempre aconteciera a las cero horas. Los nacidos el día 29 de febrero, en los años que no sean bisiestos, cumplirán los años el día 28 del mismo mes, tal y como establece el art. 5.1 *in fine* del Cc.

En materia penal no se aplica el cómputo civil sino el cómputo natural, de momento a momento, tal y como afirma la STS, sala 2ª, 26/5/1999: “el cómputo en materia penal ha de realizarse de momento a momento, teniendo en cuenta la hora en que ha de reputarse cometido el delito y aquella otra en que se produjo el nacimiento”.

### 4. Mayoría de edad

**A. Regulación.** Los aragoneses, como el resto de los españoles, son mayores de edad a los 18 años. Así se establece en el art. 12 de la CE. Si bien, en Aragón, como ya he señalado, también son mayores de edad aquellos aragoneses que sin haber alcanzado la edad cronológica de 18 años estén casados. Por ello, el art. 4 del CDFA, *Mayoría de edad*, dispone: 1. *Es mayor de edad: a) El que ha cumplido dieciocho años. b) El que ha contraído matrimonio.*

**B. Mayoría de edad a los 18 años.** El art. 4.1CDFA regula la mayoría de edad de los aragoneses, afirmado en su letra a) que *Es mayor de edad el que ha cumplido los dieciocho años.*

Los 18 años se han visto consagrados internacionalmente como la edad a la que se alcanza la mayoría: así se afirma por el art. 1 de la Convención de la ONU sobre los derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, al disponer que *se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.*

En la sociedad actual es una realidad que los hijos, alcanzada la mayoría de edad o la emancipación, no han concluido ni su formación académica ni profesional.

La educación secundaria obligatoria (ESO) concluye a los 16 años de edad (art. 22 LO. 2/2006, de 3 de mayo, de Educación); y si bien esta edad capacita al menor para acceder al mercado de trabajo (art. 6 TRET) es evidente que hasta ese momento no ha desarrollado ninguna habilidad para incorporarse al mismo, careciendo por completo de formación. Los estudios universitarios comienzan a partir de los 18 años.

Por lo tanto, lo habitual será que cuando los hijos alcancen la mayor edad, los padres, sea cual sea su situación personal y patrimonial, continuarán con deber de crianza y educación respecto de sus hijos mayores de edad, pues lo extraordinario será que el hijo, desde los 16 años y antes de los 18, se haya incorporado al mercado laboral. [vid. § 4. Relaciones entre ascendientes y descendientes].

Ello provoca que *estos mayores de edad en aprendizaje* estén en una situación especial: la falta de independencia económica les atribuye un estatuto diferente ya que nos encontramos ante unos sujetos que aun siendo mayores de edad por un lado, deben ser asistidos y mantenidos hasta que concluyan su formación (art. 69 CDFA); y por otro, aun cuando legalmente no deban obediencia a su padres, si quieren conservar su derecho de crianza y educación, deberán cumplir las reglas de la casa cuyo establecimiento corresponde a los padres (art. 70 CDFA) [BAYOD, LACRUZ MANTECÓN].

El ordenamiento jurídico aragonés, en atención a esta realidad social, mantiene el deber de crianza y educación de los hijos hasta que cumplan los 26 años, siempre que los mimos no hubieran completado su formación y carezcan de recursos propios para sufragar sus gastos de educación y crianza, y ello de manera razonable y por el tiempo requerido hasta que la formación se complete (art. 69 CDFA).

En atención a todo ello, el TSJA (S.17/6/2017) afirma que el hijo “que aun siendo mayor de edad, por no haber terminado su formación, se considera que debe seguir gozando del estatus de menor”. Con todo, y aun cuando como afirma el punto 2 del art. 4 CDFA: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por la ley”, no cabe duda que esta edad de 26 años ha irrumpido con fuerza en el ámbito paccionado y está siendo empleada por los padres para limitar, hasta que el hijo alcance dicha edad (o una próxima, pero siempre superior a los 18 años), sus facultades de disposición cuando les transmiten bienes a título lucrativo (herencia, legado o donación) al requerir el consentimiento de un administrador nombrado al efecto para disponer de dichos bienes hasta que el hijo cumpla más de 25 años (STSJA 03/10/2014 y SAPZ 14/03/2014).

**C. Mayoría de edad por matrimonio.** a) *Consideraciones generales.* Son también mayores de edad los aragoneses que han contraído matrimonio,



aun cuando no hayan alcanzado la edad de dieciocho años. Así lo afirma el art. 4.1. b CDFA.

Responde esta mayoría de edad por matrimonio, como ya he señalado, a una regla histórica que ha llegado hasta el presente y que sanciona la CE en su DA Segunda: *La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado.*

Esta declaración, como afirma, GÁLVEZ MUÑOZ, era necesaria al fijar la CE de 1978 la edad de mayoría a los dieciocho años en todo el territorio nacional, regulación que carecía de precedentes tanto en el constitucionalismo español como en el europeo ya que hasta entonces ninguna constitución había regulado la capacidad de las personas por razón de la edad. Esta Disposición procede de una enmienda “in voce” formulada por MARTÍN RETORTILLO y su finalidad fue tratar de permitir, en el ámbito del Derecho privado foral, excepciones a la fijación de la mayoría de edad de los 18 años por parte del artículo 12 de la Constitución.

*b) El menor emancipado y la capacidad para contraer matrimonio.* El sistema matrimonial español es de competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8º CE) por ello el matrimonio a que se refiere el art. 4 CDFA es el que determine en cada momento por el ordenamiento estatal, regulado en la actualidad en los arts. 44 y ss. Cc.

En lo que atañe a la capacidad para contraer matrimonio, el art. 46.1 Cc. establece que: *No podrán contraer matrimonio: 1º. Los menores de edad no emancipados, por lo que, a sensu contrario, sí tienen capacidad para contraer matrimonio los menores emancipados.*

Obsérvese, por lo que ahora diré, que el sistema matrimonial español no fija una edad mínima para contraer matrimonio, sino un estado civil: la emancipación.

La ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, modificó diversos preceptos del Cc. en relación al matrimonio. En lo que aquí nos interesa suprimió la dispensa de edad, que podía conceder el Juez a partir de los 14 años, y por ello también dejó sin contenido el art. 316 Cc., (emancipación por matrimonio), norma que nunca fue de aplicación supletoria en Aragón, ya que los casados aragoneses siempre y en todo caso son mayores de edad.

La supresión de la dispensa de edad se justificó en el Preámbulo de la LJV de la siguiente forma: *se ha eliminado la dispensa matrimonial de edad, al elevarla de 14 a 16 años, de acuerdo con la propuesta realizada por los Ministerios de Justicia y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.* Afirmación que desvela el propósito del legislador español: elevar la edad mínima para contraer matrimonio a los 16 años. Así lo entendió también el Comité de los Derechos del niño (CR-C/C/ESP/CO/5-6) de 5 de marzo de 2018 cuando declara que: *celebra que*

*se haya elevado la edad mínima para contraer matrimonio de los 14 a los 16 años en casos excepcionales, si bien el Comité alienta al Estado parte a proseguir sus esfuerzos a este respecto y recomienda que elimine las excepciones a la edad mínima para contraer matrimonio, que es de 18 años.*

Pues bien, ciertamente esa fue la intención del legislador, pero para conseguirlo debería haber establecido una edad concreta 16 años (mejor, a mi juicio, 18). El no haberlo hecho así, y seguir manteniendo la referencia a la emancipación, supone no haber elevado la edad para contraer matrimonio, al olvidar el legislador español (que también es el nuestro), la edad de emancipación en Aragón, que es a partir de los 14 años (art. 30 CDFA). Por ello, es posible, si bien nada recomendable, que un aragonés emancipado a los 14 años pueda contraer válido matrimonio.

Este descuido del legislador provoca también otras distorsiones, si tenemos en cuenta el art. 183 Cpen., que tipifica como delito mantener relaciones sexuales con un menor de 16 años: *El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.* Tipo penal que se comente en función de la edad del sujeto, ya que *El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez* (art. 183 quater Cpen.).

Por lo tanto, si un persona de 25 años en adelante contrae válido matrimonio con un aragonés emancipado a los 14 años es más que posible que incurra en el tipo penal referido [Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal], salvo que rememoremos la película de Elia Kazan (con guion de Tennessee Williams) *Baby Doll*. Sólo si el matrimonio se contrae por otro menor de 14 o 16 años emancipado o de edad próxima (hasta los 24 años según la referida Circular) no se incurrirá en el tipo penal.

Todo ello pone en evidencia al legislador, no demasiado celoso en su conocimiento del Derecho civil español, del que también forma parte el aragonés así como el resto de los otros Derechos civiles españoles, a los que se debe prestar especial atención, sobre todo cuando el legislador del Estado ejerce sus competencias exclusivas en materia de Derecho civil.

Pero en este caso, además, se observa también la pérdida de una oportunidad en la sociedad actual: el haber elevado la edad para contraer matrimonio a los 18 años como reclama la Convención de Derechos del niño para evitar matrimonios concertados por los padres con menores de edad, sobre todo mujeres, con varones que les doblan la edad, siendo casos en los que, a pesar del matrimonio, la relación se acerca no ya a un delito de abuso sexual sino casi a la pederastia.

Todo ello, por lo demás, revela, en la sociedad actual, el anacronismo de permitir el matrimonio por debajo de los 18 años, cuando a esta corta edad se alcanza la mayor edad. Esta elevación de la edad para contraer matrimonio, cuya decisión sólo le corresponde al legislador estatal, dejaría sin contenido la mayor edad por matrimonio aragonesa, pero creo que sería una muy buena decisión, y no nos impediría seguir afirmando que en Aragón todos los casados son mayores de edad.

*c) La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará la mayoría de edad adquirida por el contrayente o contrayentes de buena fe, tal y como señala el punto 3 del art. 4, aplicando la doctrina del matrimonio putativo (art. 79-3 Cc).*

**D. Efectos.** Como afirma el art. 4.2 CDFA: *El mayor de edad no incapacitado es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en leyes especiales.* Así es con carácter general para las personas que han alcanzado la edad de dieciocho años.

Respecto de los mayores de edad por matrimonio la regla es la misma y, en principio, habrá que considerarlos capaces para aquéllos actos en los que las leyes exigen genéricamente mayoría de edad: así pueden ejercer el comercio (art. 4 Ccom.), otorgar testamento ológrafo o pacto sucesorio (arts. 378 y 408 CDFA) y también ser fiduciarios (art. 440 CDFA).

En general, cuando un precepto concreto, tanto estatal como autonómico, exija "tener dieciocho años" deberá atenderse a su finalidad, y si dicha expresión es equivalente a mayoría de edad, ahí estará incluido el aragonés casado aun cuando no la haya alcanzado los dieciocho años (art. 5 Ccom.).

Ahora bien, esta mayoría de edad por matrimonio encuentra ciertas limitaciones en razón de normas que exigen determinada edad cronológica y también en función de normas públicas de carácter universal. Así por ejemplo, el mayor de edad por matrimonio que no ha alcanzado los 16 años, no podrá contratar su propio trabajo o ser funcionario público, aun cuando sea mayor de edad (arts. 6 Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y art. 56.1.c de Estatuto Básico del Empleado Público) y tampoco podrá ejercer el derecho al sufragio, si no tiene 18 años, (art. 2º LORGE) puesto que de lo contrario no se respetaría la igualdad y universalidad que impone el art. 68 CE o ser donante de órganos (art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos) o ser donante de gametos y preembriones (art. 5.6 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

En cuanto a su responsabilidad penal, seguirá sujeto, desde los 16 años, a la Ley penal del menor (art. 19 Cpen.); de los ilícitos civiles será plenamente responsable (art. 1902 Cc.). Por último, conviene advertir que la atribución de la mayoría de edad por matrimonio conlleva que el sujeto quede al margen de normas de protección de menores tal y como establece el art. 2 Ley

12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón y el art. 1 de la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor (PARRA).

El matrimonio del menor pone fin a las instituciones de guarda a que estuviera sometido (arts. 93.1.b y art. 144.1.b CDFa) pero hasta cumpla 18 años, para aprobar las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de las responsabilidades de las mismas, necesita la asistencia de la junta de parientes o autorización judicial (art. 99.4 CDFa).

## 5. Minoría de edad: La situación jurídica del menor en Aragón

*A. Consideraciones generales. a) Marco normativo.* Los artículos 5 a 10 CDFa regulan con carácter general la situación jurídica del menor sujeto a la ley aragonesa. Preceptos presididos por la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificada por sendas leyes de 2015 (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) y así como por la Convención de Derechos de niño (1989) y la Carta europea de Derechos del niño de 1996. Todas estas normas, aplicables directamente en Aragón, fueron tenidas en cuenta en la moderna redacción de estos preceptos. Si bien, la LO 8/2015, que modifica los arts. 2 y 9 de la LO 1/1996, así como las modificaciones llevadas a cabo en el Título I, Derechos y Deberes de los menor, de la LO 1/1996, llevados a cabo por la Ley 26/2015, no afectan a la regulación aragonesa, ya que ésta no contradice dicha regulación orgánica, pero sí deben ser tenidas en cuenta en la aplicación de los preceptos aragoneses al ser normas de aplicación general en todo el territorio nacional.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma también debemos tener en cuenta Ley 12/2001, de 2 julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón y el Decreto 190/2008, de 7 de octubre del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo, si bien este último más ajustado al sistema de relaciones tutelares, que se verá en el § 5.

*b) Ley aplicable.* Las reglas sobre capacidad previstas en el CDFa serán de aplicación a todos los menores que tengan vecindad civil aragonesa (art. 9.1 en relación con el art. 16.1. Cc. y art. 9.2 EAA); si bien, en lo que atañe a las medidas de protección de menores se tendrá en cuenta la ley de la residencia habitual (art. 16.1 y 9.4. Cc. en relación con el art. 15 del Convenio de la Haya de 1996).

*c) Principios de la regulación.* El art. 5 CDFa regula con carácter general la situación de los aragoneses menores de edad: todos los que no han cumplido 18 años o no estén casados.

En cuanto a su contenido, es un precepto nuevo que no tiene antecedentes en la Compilación, si bien esta norma obedece a los principios que

inspiraron el Derecho histórico aragonés, ya que en éste, se puede afirmar que hubo una regulación (un estatuto de Derecho privado) centrado en el menor en atención a su edad y no en la patria potestad, que es inexistente en Aragón: la capacidad de los menores en Aragón se ha regulado tradicionalmente con independencia de si están bajo la autoridad familiar o la tutela. La minoría de edad no supuso, ni supone en la actualidad, una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en los primeros años de su vida en las que se va desarrollando su personalidad, lo que llevo y lleva al Derecho aragonés a introducir diversas edades en las que la persona adquiere, en función de su madurez, diversas habilidades (Cfr. núm. 4 Preámbulo CDFa).

En razón de ello el art. 5.1 CDFa dispone que *El menor de edad tiene derecho a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad* y reconociéndole el art. 7 CDFa *la capacidad de obrar por sí sólo si tiene suficiente juicio para ejercer los derechos de la personalidad, otorgar actos y contratos propios de la vida corriente del menor y que sean conformes a los usos sociales así como para llevar acabo aquellos actos, que de acuerdo con las leyes pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia, disponiendo, además, que Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva* (art. 7.2. CDFa).

Solo para conseguir esta finalidad, *el menor de edad está sujeto a la autoridad familiar y, subsidiariamente a la tutela o curatela* (art.5.2 CDFa), funciones que los guardadores legales ejercerán siempre en interés del menor, *de acuerdo con su personalidad y madurez, a fin de dotarle de autonomía en la organización de su propia vida* (art. 5.4 CDFa).

Todo ello amparado bajo el interés superior del menor (art. 2 LOPJM) que preside toda las relaciones de los menores de edad tanto en ámbito privado como público.

Tras estas consideraciones generales, el art. 5 puntos 3, 5 y 6, junto con los arts. 6 a 10 establecen los derechos y obligaciones del menor y algunas medidas de protección. Derechos y obligaciones que se completan con lo previsto en el art. 3 a 9 quinques LOPJM.

**B. Situación jurídica:** *a) Instituciones de guarda. Representación y asistencia.* Las personas menores de edad están en formación, no son incapaces ni están incapacitadas, por ello hasta que alcancen la mayor edad requieren de ciertos apoyos, instituciones de guarda, que en Aragón actúan con diversa intensidad en función de la edad del hijo: si ha alcanzado o no los catorce años, y si está o no emancipado.

Estas instituciones de guarda se nominan en el art. 5.2: *El menor de edad está sujeto a la autoridad familiar, y subsidiariamente, a la tutela o curatela.*

Los guardadores de los menores actuaran para completar la capacidad del menor en determinados asuntos patrimoniales o personales, bien representándolos o bien asistiéndolos.

Por ello el art. 5.3 dispone que *La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces su capacidad se complementa con asistencia* (art. 5.3 CDFA).

Como afirma la STSJA 15/06/2011 “A la edad de 14 años los menores de edad en Aragón carecen de representante legal, correspondiéndoles a ellos, y no a sus padres, efectuar los actos de disposición sobre sus propios bienes con la debida asistencia”.

En efecto, hasta que el menor alcance 14 años sus guardadores son sus representantes legales, pero desde que el menor cumpla 14 años, los padres o el tutor, dejan de representarlos, para complementar, mediante su asistencia, su capacidad en aquellos asuntos que la requieran. Si bien, el menor no emancipado, aun cuando haya cumplido 14 años, sigue sujeto a la autoridad familiar o, subsidiariamente a la tutela o curatela (art. 5.2 CDFA).

En todo caso, como recuerda el art. 5.4 CDFA, *Los guardadores legales ejercerán sus funciones siempre en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y madurez, a fin de dotarle de autonomía en la organización de su propia vida*. En este sentido afirma el TSJA que: “Cualesquiera medidas que se adopten en relación al menor, deben tener en cuenta el interés de estos” (S. 21/12/2012).

*b) Intervención administrativa y judicial.* Por último, y como un mecanismo más de protección y salvaguarda del interés del menor, el art. 5.6 regula **la intervención de la Administración** para que adopte las medidas que considere pertinentes: *En situaciones de riesgo o desamparo, la entidad pública competente en materia de protección de menores adoptará en interés del menor las medidas oportunas.*

Como señala SERRANO GARCÍA “En el art. 5.6 CDFA se fija la frontera tras la cual está legitimada la intervención pública para proteger al menor que se halla en situación peligrosa para su bienestar, peligro que puede ser de momento una situación de riesgo o haber originado ya una situación de desamparo. La situación de riesgo se caracteriza por la presencia de un peligro para el menor que no alcanza a tener la suficiente gravedad como para justificar la separación de su familia, antes bien se pretende solucionar el problema dentro de ella y de su entorno social. La situación de riesgo la regula de forma exhaustiva la Ley aragonesa de infancia y adolescencia (arts. 45 a 58)”.

También en el art. 10 CDFA se regula la **Intervención judicial**: *En cualquier procedimiento, el Juez, de oficio o a instancia del propio menor, de cualquier pariente o persona interesada, o del Ministerio Fiscal, dictará:*

*a) Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del menor, en caso de incumplimiento de este deber por sus guardadores.*

*b) Las disposiciones apropiadas a fin de evitar al menor perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.*

c) *Las medidas necesarias para evitar la sustracción del menor por alguno de los progenitores o por terceras personas.*

d) *En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.*

Este precepto desplaza en Aragón la aplicación de los arts. 158 y 216 Cc., al regular expresamente para los menores aragoneses sujetos a la autoridad familiar o la tutela una amplia legitimación, que incluye al menor, para solicitar, en cualquier clase de proceso, contencioso o de jurisdicción voluntaria, cualesquiera medidas que garanticen el ejercicio de sus derechos y les eviten cualquier clase de peligro o perjuicio.

Están legitimados para solicitar las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos al menor; evitarle perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titularidad de guarda; tomar medidas necesarias para evitar la sustracción del menor o evitarle cualquier perjuicio grave, el Juez, tanto de oficio como a instancia del propio menor, o de cualquier pariente o persona interesada y, desde luego, del Ministerio fiscal.

Ciertamente, en 2006, este precepto (entonces el art 7 LDp), traspasó para Aragón el contenido del art. 158 del Cc. incrementado su contenido (no hablaba el 158 Cc. de sustracción de menores, por ejemplo) por ello, el que ahora este precepto estatal se haya visto modificado por diversas leyes (Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, que modifica el Cpen. y el Cc. en lo que atañe a la sustracción de menores; Ley 15/2015, de 2 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio) no creo que lo haga aplicable supletoriamente en Aragón, siendo suficiente con invocar dicha medida de protección ante el Juez con fundamento en el art. 10 CDFA, que permite adoptar en interés del menor *cualquier disposición que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios*, lo que incluye, sin lugar a dudas, la prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido; sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor; la medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente; la medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático. Situaciones estas últimas de prohibición de relación y comunicación con allegados o terceros amparadas por el art. 60 CDFA.

También, como ha señalado la jurisprudencia aragonesa, en aplicación de este precepto, es posible atribuir a uno sólo de los padres la toma de decisiones en interés del menor, en concreto la SAPZ 5/10/2010 afirmó que: "En aplicación del art. 7 LDp. [art. 10 CDFA], el juez puede resolver en caso de

discrepancia entre los padres a cuál de ellos atribuir la decisión en relación a si la hijas, que han sido oídas, deben o no recibir el sacramento de la comunión.”; por ello también, a lo que creo, en casos de violencia doméstica por parte de uno de los padres sobre los menores o sobre el otro progenitor, puede el juez atribuir al no culpable la decisión sobre los hijos menores de recibir asistencia profesional (psicológica o de cualquiera otra necesidad) en interés del menor, sin necesidad de aplicar de forma supletoria el art. 156.2 Cc.

*C. Derechos y deberes de los menores de edad.* Los arts. 5 y 6 del CDFA hacen referencia a algunos de los derechos y deberes de los menores de edad aragoneses, siguiendo las previsiones de la LOPJM, aplicable directamente en Aragón.

*a) Derechos de los menores en general.* Los menores aragoneses, al igual que el resto de los españoles, gozan de Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (at. 4 LOPJM), a la información (art. 5 LOPJM), a la libertad ideológica (art. 6 LOPJM), a la participación, asociación y reunión (art. 7 LOPJM), a la libertad de expresión (art. 8 LOPJM) y a ser oído y escuchado (art. 9 LOPJM).

Estos Derechos corresponden al menor, quien los podrá ejercer por sí solo, en la medida que tenga capacidad de entender y de querer (art. 7.1. a CDFA) pero sin que ello suprima el deber de los padres (u otros titulares de la autoridad familiar) de crianza y educación de sus hijos [STC 141/2000, de 29 de mayo].

En concreto y en lo que atañe a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE garantiza los mencionados derechos a todas las personas, si bien respecto de los menores “Los padres tienen derecho a velar porque la enseñanza y la educación de sus hijos sea conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas; y tienen el derecho y el deber de orientar a los hijos en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión conforme a la evolución de las capacidades del niño” [art. 2 del Protocolo nº 1 CEDH y TEDH Folgero y otros contra Noruega (GS,) nº 15472/02, 29 de junio de 2007; TEDH, Hasan y Eylem Zengin contra Turquía, nº 1448/04, 9 de octubre de 2007; TEDH, Lautsi y otros contra Italia (GS), nº 30814/06, 18 de marzo de 2011]. A este mismo planteamiento, y respecto de la enseñanza religiosa, que incluye la libertad de pensamiento y conciencia, responde art. 65.1 c) del CDFA, al disponer que está decisión *corresponde a los padres hasta que el menor cumpla los 14 años.*

Así lo afirma el AAPZ 4/11/2008: “Es un derecho de los padres derivado del propio deber de educar y formar a sus hijos, el establecer las directrices en las que se ha de desenvolver el hijo para la adquisición de un conjunto de valores de conformidad con sus convicciones ideológicas o sus creencias



religiosas o morales, especialmente en las primeras etapas educativas del menor”.

b) *Las obligaciones del menor.* Igualmente los menores de edad están sujetos a unas específicas obligaciones que desde 2015 regula cuidadosamente LOPJM en los arts. 9 bis a 9 quinquies.

Así *Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social* (art. 9 bis LOPJM), concretando los artículos posteriores el resto de deberes en el ámbito familiar (art. 9 ter LOPJM); en el ámbito escolar (art. 9 quáter LOPJM) y deberes en el ámbito social (art. 9 quinquies).

Por lo que respecta a los deberes en el ámbito familiar, los arts. 66 y 67 CDFA establecen el deber del hijo de colaborar en las tareas del hogar y en los negocios familiares, en la medida de su propia edad y de su condición vital, sin que por ello tengan derecho a reclamar pago o recompensa e igualmente se reconoce el derecho de los padres, y por consiguiente la obligación de los hijos, a destinar el producto del trabajo e industria del hijo y los frutos líquidos que produzcan sus bienes para atender sus gastos de crianza y educación, e incluso atendidos esos gastos, destinar el sobrante a otras necesidades familiares; y ello porque también los hijos que convivan en la casa, cualquiera que sea su edad, deben contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 187.3 CDFA).

c) *Derechos concretos: El derecho a ser oído.* El art. 6 reconoce en el ámbito del Derecho privado el derecho del menor a ser oído tal y como con carácter general establece el art. 12.3 de la Convención de la ONU sobre los derechos del niño, sancionado en el ámbito público interno en el art. 9 LOPJM y en el art. 13 Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

A estos efectos el art. 6 CDFA establece: *Antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que afecte a su persona o bienes, se debe oír al menor siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años.*

Este derecho, como ha señalado el TSJA (S.16/07/2013) supone “El derecho de los menores a expresar su opinión (...) impone el deber de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten”. Si bien, no es este un derecho fundamental: “Los menores deben ser oídos y su opinión tenida en cuenta siempre que tengan suficiente juicio, pero no cabe elevar a la categoría de derecho fundamental del niño” (STSJA 19/10/2012 y STC 22/2008).

El momento en que el menor debe ser oído, lo es con carácter previo a la adopción de cualquier medida o decisión que le afecte, tanto en relación a

su persona o bienes, siempre que tenga suficiente juicio (pueda entender y comprender la medida a adoptar en relación a su persona o bienes) y, en todo caso, si es mayor de 12 años, presuponéndole a esa edad, el juicio necesario para formarse y emitir una opinión sobre aquellas decisiones que le afecten (vgr. vender una finca de su propiedad, establecer el tipo de custodia en caso de ruptura de la convivencia de los padres, etc.).

Cuando la situación y medidas que se adopten no afecten directamente a la persona y bienes del menor, no tiene aplicación este precepto, como por ejemplo en las decisiones sobre el uso de la vivienda familiar en casos de ruptura de la convivencia, ya que como afirma el TSJA (S.06/02/2013): “La atribución del uso de la vivienda familiar y su limitación temporal afecta a los menores de modo indirecto, pero no resulta indispensable oírles sobre tales extremos (...) no se trata, propiamente, de una decisión respecto a su persona o bienes como exige el art. 6 CDFA”.

Por último, hemos de tener en cuenta que el derecho del menor a ser oído no significa que la opinión del menor decida sobre la cuestión y deba ser seguida so pena de vulnerar su derecho a ser escuchado; su opinión sí debe ser tenida en cuenta para establecer, tanto en el ámbito personal como patrimonial, aquellas medidas que le afecten; y su opinión es uno de los factores a tener en cuenta en relación a la atribución de la custodia, individual o compartida, en caso de ruptura de la convivencia de los padres [art. 80.2 c) CDFA] como así ha declarado el TSJA en diversas sentencias (vgr. 30/04/2013).

*d) Deberes concretos: El deber de obediencia.* El art. 5.5 CDFA formula este deber respecto de todos los menores no emancipados, al disponer que: *El menor no emancipado debe obedecer, en todo cuanto no sea ilícito o inmoral, a sus guardadores legales y cumplir sus indicaciones.* Si bien el deber de obediencia de los hijos termina con la emancipación, el deber de respeto, ayuda y asistencia, que es recíproco, dura toda la vida de los padres y los hijos (art. 58.1 CDFA).

Para garantizar el deber de obediencia de los hijos, los padres en el ejercicio y cumplimiento de su autoridad familiar pueden y deben *Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos* (art. 65.1.d CDFA).

El deber de corrección de los hijos, que no es otra cosa que “enmendar lo errado” (DRAE) con buen criterio se mantiene y regula en nuestro Derecho civil; no así en el Derecho estatal, donde fue suprimido tras la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, que en su DA 2ª dio nueva redacción al art. 154 Cc. Esta supresión no ha sido vista con buenos ojos por la doctrina del Código civil que pone en valor la regula-

ción aragonesa así como la catalana y la navarra, que también mantienen el deber de corrección.

Como afirma HERNÁNDEZ ÍBAÑEZ es “excesivo que el legislador español suprimiera la facultad de corrección, porque pudiera vulnerar el artículo 19 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño que conforme a su apartado 1 dice: «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 padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.» (...) la facultad de corregir razonable y moderadamente se desprende y debe entenderse advertir, amonestar, y reprender cuando su comportamiento no sea el adecuado y apropiado. No implica en ningún caso, ni bajo ningún concepto: perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, explotación o incluso abuso sexual, como señala el artículo 19 de la Convención” (en el mismo sentido YZQUIERDO TOLSADA, ALGARRA PRATS y BARCELÓ DOMÉNECH).

El deber de corrección, como indica el art. 65. 1. d CDFJ, debe ejercerse de *forma razonable y moderada con pleno respeto a su dignidad y sin imponerle nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos*, no entra en colisión con lo previsto en el art. 153 Cpen.

En este sentido creo que se pronuncia la STS (2ª) 14/2020, de 8 de enero, citada por HERNÁNDEZ ÍBAÑEZ, a los efectos de determinar el contenido del deber de corrección de los padres, que no debe incurrir en violencia para eludir la condena:

“La finalidad del ejercicio del derecho de corrección deberá estar siempre orientada al propio interés del menor desde el punto de vista de su educación o formación personal. De manera que el término de «corrección» ha de ser asumido como sinónimo de educación, con referencia a las connotaciones que conforman de forma intrínseca cada proceso educativo, no pudiéndose considerar como tal el uso de la violencia para fines educativos, por un lado, por la primacía que el ordenamiento jurídico atribuye a la dignidad de la persona, incluido el menor, que es sujeto y titular de derechos. Por otro, porque no se puede perseguir como meta educativa un resultado de desarrollo armónico de la personalidad, sensible a los valores de paz, tolerancia, convivencia utilizando un medio violento que contradice dichos principios (...). En este sentido los comportamientos violentos que ocasionen lesiones —entendidas en el sentido jurídico-penal como aquellas que requieren una primera asistencia facultativa y que constituyen delito— no pueden encontrar amparo en el derecho de corrección. En cuanto al resto de las conductas, deberán ser analizadas según las circunstancias de cada caso y si resulta que no exceden los límites del derecho de corrección, la actuación no tendrá consecuencias penales ni civiles” [FD 4ª y 5ª].

En el fondo, como señala HERNÁNDEZ ÍBAÑEZ, el problema reside en la interpretación de los términos “proporcionada, razonable y moderada», no comprendiendo en los mismos ninguna actuación de las contempladas en el art. 19 de la CNU sobre los Derechos del niño.

**D. Capacidad de obrar del menor.** *a) Consideraciones generales.* La minoría de edad no es una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en aprendizaje; de ahí que el legislador aragonés regule la capacidad del menor alejándose del uso de un criterio objetivo: el cumplimiento de determinada edad; atendiendo, por el contrario, a uno subjetivo: el “juicio suficiente”, que tiene que ver con el desarrollo evolutivo y la capacidad natural de entender y querer. Como indica el Preámbulo *En algunos ámbitos y para determinados asuntos no es el cumplimiento de determinada edad el dato decisivo, sino que el menor tenga suficiente juicio.*

Este es el punto de partida del párrafo 1 del art. 7 CDFA: *El menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: a) Ejercer los derechos de la personalidad; b) otorgar actos y contratos de la vida (...) corriente (...) conformes a los usos sociales; c) llevar a cabo actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia.*

La capacidad de obrar de los menores de edad en función de su grado de madurez es la regla general ya que *Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva* (art.7.2 CDFA); y, además, desde que el menor cumpla 14 años, y siempre que no esté incapacitado, se presume su capacidad, así como su aptitud para entender y querer un acto concreto, mientras no se demuestre lo contrario (art. 34 DCFA).

*b) Lo que todos los menores de edad pueden hacer por sí solos.* El ejercicio de derechos, actos y negocios que el menor con suficiente juicio puede llevar a cabo por sí solo se regula con carácter general en los diversos apartados del párrafo 1 del art. 7 y son, a saber:

*a'. Ejercer los derechos de la personalidad (art. 7.1.a).* Los menores son titulares de los derechos de la personalidad y su ejercicio les compete a ellos, sin que sea posible la representación legal en los actos relativos a los mismos (art. 12.2 CDFA). Algunos de estos derechos como la vida, la integridad física y moral, el derecho al nombre, etc. no requieren capacidad de obrar para ejercerlos: titularidad y ejercicio son inseparables desde el momento del nacimiento de la persona. Otros, por el contrario, como los derechos de asociación, participación, libertad ideológica, etc., ven escindida titularidad y ejercicio: ambos corresponden al menor, pero el ejercicio de cada uno de ellos dependerá de la capacidad de entender y querer del sujeto para llevarlo a cabo.

Cabe afirmar que será el menor en función de su capacidad natural quien decida qué ropa lleva, su corte de pelo, si pertenece o no a una asociación

infantil; si se hace un tatuaje; si toma o no anticonceptivos, etc., correspondiéndole a él la toma de decisiones, al no ser esta materia susceptible de representación.

Ahora bien, el hecho de que no sea posible la representación no significa que baste con su sola voluntad para ejercer estos derechos o permitir la intromisión de los terceros en ellos: a veces, la ley que los regula (protección de la intimidad, la salud, etc.) exige la intervención (autorización o asentimiento) de los padres u otros guardadores del menor o, acaso, la intervención judicial para llevarlos a cabo (arts. 20 y 24 CDFa).

*b'. Otorgar actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales (art. 7.1.b).* Abarca este supuesto las relaciones patrimoniales del menor, reconociéndole para ello plena capacidad, si tiene suficiente juicio, para otorgar actos o contratos propios de la vida corriente, que sean acordes con los usos sociales: compra de tebeos, golosinas, material escolar, ropa, videojuegos, billetes de transporte, etc.

Los actos y negocios que lleve a cabo el menor en estas condiciones serán válidos y eficaces sin que los mismos puedan ser impugnados ni por su guardador ni por el menor a partir de los 14 años con la debida asistencia (art. 22 CDFa), pudiendo el tercero que contrate con ellos exigir su cumplimiento, ya que ni el menor ni los titulares de las instituciones de guarda podrán invalidarlos por esta causa (arts. 22 y 24 CDFa).

*c'. Llevar a cabo actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia (art. 7.1. c).* Recuerda este último apartado la existencia de normas en las que se reconoce al menor capacidad para efectuar determinadas actos o negocios jurídicos en función de determinada edad: así desde los 14 años podrá otorgar testamento (arts. 408Cc.), cambiar el orden de sus apellidos (art. 57.2 CDFa), casarse previa emancipación (arts. 46 Cc. y 30 CDFa). Otras normas, por el contrario, no fijan una edad concreta, sino que presuponen la existencia de capacidad natural: adquirir la posesión (art. 443 Cc.); aceptar donaciones simples (art. 626 Cc. *a contrario*). En sus relaciones con la Administración, el art. 3 Ley 39/2015, de 1 de octubre, reconoce capacidad a *Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.*

**E. Patrimonio del menor. Propiedad y Gestión.** *a) Propiedad.* En cuanto que el menor de edad es sujeto de derechos y obligaciones (art. 29 Cc., de aplicación supletoria) a él le corresponde la plena propiedad de los bienes y derechos que adquiera por cualquier título así como el disfrute de los mis-

mos. Así lo establece el art. 8 CDFA: *Pertenecen al menor de edad los bienes y derechos que adquiriera y, consiguientemente, su disfrute, así como los frutos y productos de cualesquiera otros que se le hubieren confiado.*

No ha existido nunca en Aragón un derecho de usufructo paterno sobre los bienes de los hijos. Todo ello, históricamente, ha sido consecuencia de la ausencia de patria potestad en Aragón, que privaba de todo fundamento a tales consecuencias. También le corresponden al menor los frutos de los bienes que, sin ser suyos, le hubieran confiado otras personas para que los administre (art. 26.2 b CDFA).

En relación con estos bienes propiedad del menor, los arts. 67 y 68 CDFA conceden a los titulares de la autoridad familiar la posibilidad de destinar los productos del trabajo del menor, así como los frutos líquidos de sus bienes a sufragar sus gastos de crianza y educación, acaso respondiendo con ello a la doctrina tradicional que redimía a los padres de alimentar los hijos si éstos no eran pobres (Fueros 1º y 2º *De alimentis*).

*b) Administración y disposición. a'. Gestión de los bienes del menor.* La gestión de los bienes del menor no emancipado, que comprende las facultades de administración y disposición, se regula con carácter general en el art. 9 CDFA: *La administración de los bienes del menor no emancipado, así como la disposición hasta que cumpla los catorce años, compete a los padres, como función aneja a la autoridad familiar, y, en defecto de ambos, al tutor.*

Como se observa de la dicción del precepto, la regulación de ambas facultades está relacionada con la edad del menor: si éste ha cumplido o no 14 años; y con la autoridad familiar de los padres, pues a ellos corresponderá la gestión, en función de la edad del hijo, como una *función aneja a la autoridad familiar* (arts. 63 y 94 CDFA).

A falta de padres, la gestión de los bienes de los menores de edad no emancipados corresponderá al tutor, que igualmente los gestionará en función de la edad del menor sujeto a tutela (art. 130 y 139 CDFA).

La gestión de los bienes del menor no emancipado no compete nunca a otros titulares de la autoridad familiar que no sean los padres (art. 88.3 CDFA) al no ser la gestión de los bienes de los hijos contenido natural del deber de crianza y educación, por ello también, aun habiendo padres titulares de la autoridad familiar, la gestión de los bienes de los menores de edad no emancipados puede corresponder a otras personas: tutor real, administrador judicial o persona designada por aquél de quien el menor hubo bienes por donación o sucesión (art. 9.2 en relación con los arts. 94.3, 107 y 135 CDFA).

*b'. La administración de los bienes del menor no emancipado.* Como regla general, la administración de los bienes del menor no emancipado compete a los padres del menor, como función aneja a la autoridad familiar y, en defecto de

ambos, al tutor hasta que el menor alcanza la mayor edad o se emancipa (art 9.1 en relación con los arts. 33 y 94 CDFA).

El administrador (los padres, el tutor, el administrador judicial o el administrador voluntario) administra los bienes del menor no emancipado en representación suya; no obstante, a partir de los 14 años, los actos de administración podrán ser también realizados por el menor con la debida asistencia (art. 26.1 en relación al 23 CDFA).

Como excepción a dicha regla general, *a partir de los 14 años, compete en exclusiva al menor, sin necesidad de asistencia, la administración de:* a) los bienes que adquiera con su trabajo o industria; b) Los que le hubieran confiado a tal fin, así como los frutos y productos obtenidos con ellos y c) Los que haya adquirido a título lucrativo cuando el disponente así lo hubiera ordenado (art. 26.2 CDFA).

*c'. La disposición de los bienes del menor no emancipado: la relevancia de la edad de 14 años.* La disposición de los bienes del menor, actuando en representación suya, compete a sus padres, como función aneja a la autoridad familiar, y en defecto de ambos, al tutor, pero sólo hasta que el menor alcance los 14 años; puesto que, a partir de esa edad, termina su representación legal (art. 5.3 CDFA) pudiendo, desde entonces, celebrar por sí toda clase de actos y contratos con la debida asistencia, en su caso, (art. 23.1, 94 y 139.1 CDFA) y, por lo tanto, atañéndole a él las facultades de disposición sobre sus bienes.

*d'. Las excepciones a la gestión de los padres o tutor.* El párrafo 2 del art. 9 CDFA dispone: *Se exceptúan los bienes cuya administración y disposición correspondan al tutor real, administrador judicial o persona designada por aquel de quien el menor hubo los bienes por donación o sucesión. En los dos últimos casos se estará a lo ordenado por el Juez o el disponente y, en su defecto, serán aplicables las mismas limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor.*

En consecuencia, se exceptúa de la administración y disposición de los padres o tutor los bienes cuya *administración y disposición corresponda al tutor real, administrador judicial o persona designada por aquel de quien el menor hubo bienes por donación o sucesión.* En determinadas circunstancias, la administración de todos o algunos de los bienes del menor, así como su disposición hasta que el menor cumpla 14 años, puede corresponder a una persona distinta de los padres o del tutor.

Habiendo padres titulares de la autoridad familiar, la gestión de los bienes del menor no emancipado puede corresponder a un *tutor real*: i) en los casos en los que los padres pongan en peligro el patrimonio del hijo (art. 98 CDFA); y también sobre ii) los bienes que el hijo adquiera por sucesión en la que ambos padres hayan sido desheredados con causa legal o declarados indignos de suceder; y iii) en los bienes que dejen al hijo menor por sucesión o donación con exclusión de la administración de los padres, (art. 94.2 y 3 CDFA); también corresponderá la gestión de los bienes del menor a un tutor real iv) en aquellos casos en los que se haya separado la tutela de la persona

y de los bienes del menor (arts. 134 y 135 CDFA); así como v) en aquellos casos en los que nombrado un administrador voluntario por la persona que transmitió bienes al menor a título gratuito, aquél haya cesado o no pueda actuar, y no teniendo sustituto, hubieran sido los padres o el tutor excluidos de la administración de los bienes transmitidos (art. 107.4 CDFA). La gestión de los bienes del menor por un *administrador judicial* está prevista en el supuesto del art. 132 CDFA. Por último, la gestión de los bienes del menor puede corresponder a un *administrador voluntario*.

En estos casos, el disponente a título gratuito (herencia, legado o donación) puede establecer las reglas de gestión, pudiendo, incluso, excluir al administrador de la necesidad de autorización de la Junta de Parientes o del Juez para los actos relativos a estos bienes. Las facultades no conferidas al administrador por parte del disponente, incluida la debida asistencia, corresponderán a los padres o al tutor del menor (art. 107.1 y 23 CDFA), así lo afirma con toda claridad la SAPZ 31/11/2017 en su FD 8º: «En el régimen de administración de bienes de menores en Aragón es preferente la voluntad del disponente. En ese régimen jurídico quien ha tenido la voluntad de que le sucediera *mortis causa* un menor tiene la potestad de configurar el perfil jurídico del régimen de la administración de sus bienes, modificando la previsión ordinaria, que sería, en este caso, la administración por la madre del menor (art. 9 CDFA). Y de la misma manera prevalece la voluntad del disponente frente a «las limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor», las que operan, se repite, en «defecto» de «lo ordenado por... el disponente»».

## 6. La persona menor de catorce años

**A. Consideraciones generales.** Como se afirma el Preámbulo del CDFA, *La edad de los catorce años, que en los Fueros señalaba la mayoría de edad (F. De contractibus minorum, 1247), determina en el Derecho vigente un cambio sustancial dentro de la minoría de edad de los sujetos aragoneses. Por ello, se regula por separado la situación de la persona menor de edad según haya cumplido o no los catorce años.*

Los artículos 12 a 22 CDFA regulan la situación jurídica de menor de edad que aún no ha cumplido los 14 años, con independencia del régimen de guarda a que esté sometido (autoridad familiar o tutela). Hasta que cumpla los 14 años, el menor estará sujeto a representación legal (art. 5.3 CDFA), sin que ello suponga que se le considere un incapaz, ya que podrá llevar cabo por sí solo los actos previstos en el art. 7 CDFA y, en particular, se excluye la representación legal en los actos relativos a los derechos de la personalidad (art. 12-2 CDFA), cuyo ejercicio únicamente compete al menor, aun cuando pueda requerir la intervención de terceras personas para prestar válido consentimiento (art. 20 CDFA).



En esta regulación, el legislador aragonés ha puesto especial cuidado al regular *la invalidez de los actos de los menores de catorce años (artículo 22), o de los otorgados en su nombre por sus representantes sin la necesaria autorización o aprobación (artículo 19)*”, pero también al señalar *Cuáles sean los actos de los representantes legales que requieren autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez viene especificado en los artículos 14 (atribuciones gratuitas), 15 (actos de disposición) y 16 (adicionalmente, para actos del tutor)*, tal y como indica el Preámbulo del CDFA

**B. Situación jurídica del menor de 14 años: Representación legal.** Como afirma el art. 12.1 CDFA, *La representación legal del menor que no ha cumplido los 14 años incumbe a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y, en su defecto, al tutor.*

Titulares de la autoridad familiar son los padres (art. 63 CDFA) pero también pueden serlo otras personas: el padrastro o la madrastra, los abuelos o los hermanos mayores de edad (arts. 85-87 CDFA), a todos ellos les corresponde la representación del menor, pero el ámbito de actuación de unos y otros titulares de la autoridad familiar no es el mismo.

Los padres representan al menor tanto el ámbito personal como en el patrimonial, puesto que la administración y disposición de los bienes del menor es una función aneja a la autoridad familiar de los padres (art. 9.1 CDFA); pero no una función que corresponda a los otros titulares de la autoridad familiar, que sólo pueden representar al menor de 14 años en ámbito personal y no en el patrimonial (art. 88-3 CDFA). El tutor, en defecto de titulares de la autoridad familiar, tendrá también, por regla general, la representación del menor tanto en el ámbito personal como patrimonial. También puede representar al menor un administrador voluntario conforme al art. 9 CDFA en relación a este tipo de actos. Así, el tutor real (arts. 94, 98, 107.4, 130, 134, 135 CDFA); el administrador judicial (art. 132 CDFA); o el administrador voluntario (art. 107 CDFA) representaran al menor de 14 años en los actos de administración y gestión de sus bienes.

Veamos un ejemplo: un menor aragonés de 14 años huérfano sujeto a la autoridad familiar de otras personas (sus abuelos maternos, por ejemplo) lo representarán en cuestiones personales (una autorización para ir de excursión a los Monegros o de viaje de estudios a París) y un tutor real (una tía consanguínea paterna, por ejemplo) lo representará en los actos de administración y disposición sobre los bienes propiedad del menor [art. 130.1 a) y 9.2 CDFA]; e incluso en algunos bienes transmitidos a este menor a título gratuito podrá representarlo en estas actuaciones un administrador, si así lo hubiera dispuesto el donante o causante, ya que *Las personas a las que corresponda la administración y disposición de los bienes del menor conforme al artículo 9 le representarán en la realización de dicho tipo de actos* (art.13.3 CDFA). Y además, los administradores de los bienes del menor, si así lo estableció la persona de la que el menor los adquirió a título gratuito, podrán disponer de los mismos sin contar con la autorización de la Junta de Parientes o del Juez respecto a dichos bienes (art. 107-3 CDFA).

*C. Oposición de intereses entre el representante y el menor. a) Los supuestos.* La oposición de intereses que puede existir entre el menor de 14 años y sus representantes legales se regula en el art. 13 CDFA adoptando soluciones apropiadas a cada una de las situaciones que se puedan producir.

Los criterios que se siguen toman como punto de partida la regulación que hiciera el art. 5.2 Comp., (intervención de la Junta de parientes) aplicable a los menores que ya hubieran cumplido 14 años y lo previsto en el art. 163 y 221 Cc. (defensor judicial) si bien, estos preceptos desde el 23 de abril de 2007 dejan de aplicarse supletoriamente a los aragoneses al haber una regulación preferente (si bien, ya lo entendió así el A. Presidente TSJA 25/04/2002).

Lo habitual será que la oposición de intereses entre el menor y sus representantes legales se produzca en el ámbito patrimonial, (padre e hijo concurren a la partición de una herencia, enajenación o adquisición de bienes en nombre del menor, etc.) pero también pueden producirse en otros ámbitos (reclamaciones o impugnaciones de paternidad, etc.) a las que se aplicará los mismos criterios.

*b) Las soluciones.* El art. 13 CDFA, en sus cuatro apartados, indica a quién le corresponde la representación del menor cuando hay conflicto entre éste y sus representantes legales: si es tan solo con uno de los padres o tutores, en principio decide el otro, salvo que en la tutela se hubiera previsto otra cosa (art. 13.1a); Si es por parte de ambos padres o tutores, la representación corresponderá a la Junta o a un defensor judicial, y en este caso si el acto en el que la Junta representa al menor requiriera autorización o aprobación, ésta solo podrá ser judicial (art.13.1 c); ahora bien, si el conflicto de intereses solo se diera entre el único titular de la autoridad o tutor, al menor lo representará la Junta de Parientes (art. 13.1 b), que no necesitará de la aprobación o autorización judicial, a diferencia del caso anterior, y ello porque el interés del menor se salvaguarda al formar parte de la junta un pariente de la otra rama familiar diferente del que ostenta la autoridad familiar. En estos casos el menor también podría ser representado por un defensor judicial. Por último, si el conflicto se produce entre el tutor real y el menor, y no correspondiendo la administración a otros sujetos, lo representarán los titulares de la autoridad familiar o el tutor (art. 13.1 d).

*c) Conflicto ente varios menores sujetos a una misma representación.* Cuando en un mismo acto varios menores o incapacitados, deban ser representados por la misma persona y entre ellos haya intereses contrapuestos, se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial (art. 13.2 CDFA). Este apartado atiende a situación en la cual la oposición de intereses se produce cuando quien representa al menor interviene en el mismo acto en nombre de otro menor o incapacitado y existe oposición de intereses entre los representados. La solución es nombrar un defensor judicial a cada uno. La multirrepresentación

tación con oposición de intereses la prohíbe el art. 221.2º del Cc. en sede de tutela (SERRANO).

*D. Disposición de los bienes del menor por sus representantes legales. La necesidad de autorización o aprobación previa por la Junta de parientes o por el Juez en algunas actuaciones.* La actuación de los menores en el tráfico jurídico se lleva a cabo a través de sus representantes legales (padres, en su defecto, el tutor y, también, las personas señaladas en el art. 9.2 CDFA) que intervienen en nombre del menor vinculando su patrimonio.

No obstante, al igual que hay actos y negocios que el menor que tenga suficiente juicio podrá hacer por sí solo (art. 7 CDFA) hay otros que, aun correspondiendo la actuación a los sujetos que representan al menor en los actos de disposición y administración, el legislador, para salvaguardar los intereses de aquél, exige para la validez y eficacia de los mismos la autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez. A estos actos se refieren los arts. 14 (*atribuciones gratuitas*), 15 (*actos de disposición*) y 16 (*adicionalmente para actos del tutor*).

En todos estos casos, conviene tener en cuenta que si la representación del menor le compete a un tutor real o al administrador voluntario se estará a lo ordenado por el juez o por el disponente (art. 9.2 CDFA) y, tratándose de un administrador voluntario, el donante o causante puede excluir la necesidad de intervención de la Junta o del Juez en lo que atañe a la disposición, por cualquier título, de los bienes transmitidos al menor (art. 107.2 CDFA).

Estas normas son igualmente aplicables a los incapacitados sujetos a tutela o autoridad familiar (art. 39 y 139 CDFA).

La regulación procesal de la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente se contiene en los arts. 61 a 66 LJV, de aplicación general en toda España. No obstante, en Aragón según dice el art. 139.2 CDFA para las personas sujetas a tutela (incapacitados y menores de 14 años): *en ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos del tutelado*, por ello, no son de aplicación en Aragón las previsiones arts. 63.3 y 65.2 LJV (SERRANO GARCIA).

*a) Atribuciones gratuitas.* Se regula en el art. 14 CDFA. Por regla general, el representante legal del menor necesita autorización de la Junta de Parientes o del Juez para rechazar cualquier atribución gratuita a favor de éste. Denejada la autorización, se entenderá automáticamente aceptada.

Esta misma autorización es necesaria en los supuestos de donaciones modales u onerosas, que implican un riesgo, acaso, para el patrimonio del menor, de ahí también que, en este supuesto, y a diferencia del anterior (atri-

bución gratuita pura y simple), si se deniega la autorización, se haya de entender rechaza la atribución.

En materia de aceptación o repudiación de atribuciones sucesorias, el art. 346 CDFA mantiene principios similares para los menores de 14 años.

*b) Actos de disposición. a'. En general.* El párrafo 1 del art. 15 CDFA enumera los actos de disposición (enajenación, gravamen o renuncia) para los que el representante legal del menor (padres, tutor o administrador voluntario al que no se le haya relevado de la misma *ex art. 107-2 CDFA*) precisa de autorización, a su elección, de la Junta de Parientes o del Juez.

La autorización, como indica el precepto, ha de ser previa; la ausencia de la misma hace al acto en cuestión anulable (art. 19 CDFA).

*b'. La lista de actos.* El legislador enumera una serie de actuaciones que, bien por afectar a bienes especialmente valiosos del patrimonio del menor [inmuebles por naturaleza, empresas, explotaciones económicas, bienes muebles u objetos preciosos, art. 15.1, a)]; bien por suponer la salida patrimonial de bienes o derechos sin contraprestación [realizar actos de disposición a título lucrativo, renunciar a derechos, transigir o allanarse: art. 15.1, b, c, g)] o bien porque las mismas supongan un riesgo para el patrimonio del menor: [dar o tomar dinero (no otros bienes fungibles) a préstamo o crédito, avalar, afianzar o garantizar con un derecho real obligaciones ajenas (no propias); adquirir la condición de socio en sociedades que limiten su responsabilidad, o dar arrendamiento inmuebles, empresas o explotaciones económicas por más de seis años, art. 15.1, d, e, f)], van a requerir de un control previo por el riesgo de desaparición de bienes o incremento de responsabilidad patrimonial del menor.

La lista es cerrada, puesto que la gestión del patrimonio del menor requiere de cierta flexibilidad en aquellos actos que no lleven aparejados este riesgo.

*c'. Excepciones.* No se requiere autorización judicial en aquellos supuestos que aun respondiendo a los criterios anteriores (bienes valiosos, negocios gratuitos o incremento de responsabilidad) no entrañen riesgo para patrimonio del menor. Así, no es necesaria autorización previa para enajenar acciones o derechos de suscripción preferente por un precio que sea al menos el de cotización en bolsa la razón es que el precio lo fija un tercero (el mercado) y no el representante legal; las liberalidades usuales, y la toma de dinero a préstamo o crédito, incluso por vía de subrogación, para financiar la adquisición de bienes inmuebles por parte del menor, aun con garantía real sobre los bienes adquiridos (art. 15.2 CDFA) puesto que se trata de un acto de aplicación a la adquisición de inmuebles de los capitales sometidos a su administración, aun cuando simultáneamente se constituya una hipoteca en garantía del precio.

Como reiteradamente ha señalado la DGRN, ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (Real Decreto 139/2020, de 28 de febrero), “los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes, pueden, sin autorización judicial, realizar actos de aplicación de dinero o capitales de los sometidos a su autoridad en la adquisición de bienes inmuebles, incluso cuando éstos se hallen gravados” [Rs. DGRN 07/07/1998; 21/02/2004 y para el tutor R.DGRN 11/01/2011].

*c'. Autorización en caso de tutela.* Cuando el menor está sometido a tutela, a la lista del art. 15 CDFA, la ley exige adicionalmente para el tutor autorización previa de la Junta de parientes o del Juez también para otros actos, exigiéndose así un mayor control en las actuaciones del tutor que en las de los padres.

El tutor del menor que no ha cumplido los 14 años necesita también autorización previa, a) Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. Para todos aquellos gastos que no sean necesarios o urgentes, el tutor no requiere autorización aun cuando sean elevados, se exige un mayor control en su adopción, requiriendo también autorización previa para efectuar gastos útiles o de mero lujo en los bienes del menor. No se exige autorización previa cuando los gastos extraordinarios afecten a la persona del menor y no a sus bienes; b) Para presentar demanda judicial o arbitral (no, por lo tanto, para contestar). Se excluyen los asuntos urgentes o de escasa cuantía, la valoración de la cuantía depende del patrimonio del menor; c) ceder créditos del tutelado o adquirir créditos contra éste requiere también autorización previa, ya que estas actuaciones del tutor podrían ser susceptibles de actuaciones que perjudicaran el patrimonio del menor; d) adquirir bienes del tutelado o transmitirle bienes por igual título, es un supuesto de autocontrato que, para evitar actuaciones desleales, exige autorización previa.

*E. División de patrimonio o cosa común. a) La regla.* La división de un patrimonio (la herencia, por ejemplo) o cosa común en la que interviene un menor de 14 años no requiere autorización previa ni tampoco aprobación posterior de la Junta de parientes o del juez, salvo en los casos que indica el artículo 17 CDFA.

*b) Casos en los que se requiere la aprobación posterior de la Junta o del Juez*

La división del patrimonio o cosa común en la que deba ser representado un menor no requiere autorización previa pero así aprobación posterior por parte de la Junta de Parientes o del Juez en los casos en que haya sido realizada en representación del menor: *a'.* Por el tutor, salvo si ha actuado con autorización de la Junta o del Juez. La autorización previa sólo es necesaria de haber habido oposición de intereses entre el tutor y el menor (los dos, por ejemplo, son copropietarios de un inmueble) y con ello basta para dividir; pero si no hay oposición de intereses entre ellos, hecha la división por el tutor en re-

presentación del menor, se requiere su aprobación posterior; *b'*. *Por la Junta o un defensor judicial*. Cuando intervengan la Junta, la aprobación será judicial. Enlaza este supuesto con la actuación de la Junta como representante del menor de 14 años en los casos en que existe oposición de intereses entre este y ambos padres (art. 13.1.c) requiriéndose en este precepto como en el art. 17 CDFa, la aprobación el Juez. *c'*. El defensor judicial puede representar al menor cuando *existe conflicto de intereses entre éste y el único padre titular de la autoridad familiar* (art. 13.1.b) o con ambos padres (art. 13.1.c). En estos casos, el art. 17 CDFa, en cuanto norma especial, exige la aprobación posterior del acto llevado a cabo por el defensor judicial, excluyendo la aplicación de la regla general que incluye en el nombramiento de defensor judicial para el acto concreto la autorización previa para llevarlo a cabo (art. 155.2 CDFa).

**F. Concesión de la autorización o aprobación a los representantes del menor.** El art. 18 del CDFa regula los requisitos que debe cumplir la actuación que lleve a cabo el representante del menor para que la misma sea autorizada o aprobada por la Junta de parientes o por el Juez, según se exige en los cuatro artículos precedentes.

Como señala el art. 18 en su punto 1, solo se concederá en interés del menor por causas de utilidad o necesidad y, si la autorización o aprobación es judicial, además, se requiere previa audiencia del Ministerio Fiscal. El procedimiento se regula en los arts. 61 a 66 LJV.

La autorización o aprobación no podrá ser genérica, debe otorgarse para acto concreto, sin perjuicio de que la misma pueda concederse para una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referentes a la misma empresa o explotación económica, actividad o sociedad cuyas circunstancias fundamentales habrá de especificarse (art. 18.2 CDFa).

**G. Consecuencias de la falta de autorización o aprobación en los actos que ha llevado a cabo el representante legal.** *a) Anulabilidad.* El art. 19 CDFa regula las consecuencias de la falta de autorización previa o aprobación de los actos llevados a cabo por el representante legal del menor cuando esta es necesaria, declarando que serán anulables los actos realizados sin la debida autorización; por lo tanto, el acto así celebrado es inválido.

*b) Legitimación.* La anulabilidad es un tipo de invalidez dirigida a proteger a una de las partes, (el menor en este caso), de manera que es necesario establecer una estricta legitimación y un plazo para proceder a su ejercicio. En atención a ello, el art. 19 legitima *a'*. *Al representante legal que no haya intervenido en el acto, hasta que el menor cumpla 14 años y b'*. *Al menor, con la debida asistencia, desde que cumpla los 14 años.*

*c) Plazo.* El representante legal que no intervino en el acto objeto de impugnación, tiene el plazo que reste hasta los 14 años del menor, a par-

tir de ese momento carecerá de legitimación para actuar. El menor puede impugnar el acto desde los 14 años (con asistencia) y durante cuatro años más tras haber sido emancipado (art. 30 CDFA) o alcanzar la mayor edad (art. 4 CDFA).

*d) La confirmación.* Es una afirmación común en la doctrina el considerar que todo acto anulable es confirmable por los mismos sujetos que lo pueden impugnar. En el supuesto de actos anulables por no haber solicitado el representante legal del menor la autorización previa o la aprobación posterior, creo que se puede afirmar con seguridad que el menor, que lo puede impugnar desde los 14 años con asistencia, podrá también confirmarlo a partir de dicha edad y, desde luego, una vez alcance la mayoría de edad o emancipación. Más dudosa es la posibilidad de confirmación por parte del representante legal que no concurrió en el acto, puesto que, en este caso no basta con su confirmación ya que el acto sigue necesitando de autorización previa o aprobación; con todo considero que debería admitirse dicha posibilidad, sólo hasta que el menor cumpla 14 años, solicitando la confirmación de la Junta o del Juez.

**H. Actuaciones personales del menor: Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad del menor que no ha cumplido 14 años.** *a) Planteamiento.* El ejercicio de los derechos de la personalidad corresponde al menor, si tiene suficiente juicio (art. 7 CDFA, STC 141/2000) y en su ejercicio no es posible la representación (art. 12.2 CDFA). Ahora bien, ello no significa que se excluya la intervención de sus guardadores legales, cuya actuación se justifica en razón de los deberes de guarda y protección del menor que la ley les impone.

El legislador va a exigir el consentimiento del menor, si tiene suficiente juicio, para llevar a cabo estas actuaciones, pero no será suficiente sólo con su consentimiento, tal y como se regula en el art. 20 CDFA; norma que está llamada a presidir todas las actuaciones de los aragoneses menores de 14 años en los que atañe al ejercicio de los derechos de la personalidad, tal y como afirma su punto 1, siempre que con arreglo a las leyes (generalmente orgánicas) la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión, también, desde luego, en el ámbito sanitario (Ley 6/2002, de 15 abril, de Salud en Aragón).

*b) Intromisiones de los terceros.* Hay situaciones en el ejercicio de los derechos de la personalidad que suponen una injerencia de los terceros en ellos: una operación quirúrgica, la publicación de una fotografía en medios de difusión o en redes sociales, revelar datos de su intimidad, hacerse un piercing, etc.; en estos supuestos es necesario el consentimiento del sujeto afectado para que la actuación del tercero sea legítima. En principio, y por tratarse de derechos de la personalidad, la ley va a exigir el consentimiento del menor, si tiene suficiente juicio, para llevar a cabo estas actuaciones.

Ahora bien, aun cuando la decisión corresponda al menor, no implica que los padres (u otros titulares de la autoridad familiar, en su caso) no deban actuar, consentir o asistir al menor en la toma de estas decisiones. En estos casos, los titulares de la autoridad familiar (o el tutor) actuarán, no como representantes del menor, sino en cumplimiento del deber de crianza y educación que conlleva la autoridad familiar, puesto que no es posible la representación.

En relación a ello, el legislador aragonés exige que siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor de 14 años se regirá por las siguientes reglas, que establece en el art. 20 C DFA:

*a'. Si tiene suficiente juicio (art. 20.1.a).* Si se trata de una intromisión en los derechos de la personalidad del menor [publicación de su imagen, revelar datos de su intimidad, uso de redes sociales (art. 3 LOPDHI)]; donar embriones o fetos humanos (art. 29 LIB), hacerse un piercing, consentir una operación quirúrgica, etc.), la legitimación de la misma requiere, *además del consentimiento del menor que tenga suficiente juicio* [STS 730/2018 (sala 1ª), de 1 de febrero], *la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar, o del tutor; permitiéndose, en caso de negativa de alguno de ellos (de los guardadores), la intervención judicial.*

*b'. Contra su voluntad (art. 20.1. b).* La voluntad del menor con suficiente juicio es imprescindible: su negativa impide cualquier intromisión en sus derechos de la personalidad (vgr. menor testigo de Jehová, que se niega a una transfusión de sangre), de manera que los titulares de la autoridad familiar o el tutor no están legitimados para actuar, *sólo el Juez en interés del menor (salvarle la vida), puede autorizar la intromisión* (STC 154/2002, de 18 de julio).

*c'. Si el menor no tiene suficiente juicio (art. 20.1.c),* sólo es posible la intromisión *si lo exige su interés, que será apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y subsidiariamente por el juez.*

En este supuesto habrá que tener en cuenta la existencia de posibles conflictos entre los titulares de la autoridad familiar, el tutor y el hijo o pupilo para valorar si son aptos para apreciar el interés del menor.

Pensemos de nuevo en el caso de un menor testigo de Jehová que no tiene capacidad para consentir el acto médico (vgr. el menor tiene 4 años). Sus padres, igualmente, practican dicha religión y por ello no autorizaran la trasfusión.

En este caso, y a lo que creo, lo padres, titulares de la autoridad familiar, no pueden valorar el interés del menor de forma objetiva, hay un conflicto de intereses entre el derecho a la vida del hijo y el derecho a la libertad religiosa, de ellos y del hijo (art. 65.1.c C DFA), que entiendo les impide actuar libremente los deberes que implica la autoridad familiar: el cuidado de la persona.

En los casos del art. 20 C DFA, a lo que creo, no debe aplicarse la regulación del art. 13 (oposición de intereses), al estar prevista de forma específica



en este precepto la intervención del Juez y ser ésta una norma especial; pero, sobre todo, porque en materia de derechos de la personalidad no es posible la representación, y el conflicto al que atañe el art. 13 CDFA se produce entre el menor y quién lo representa.

En un caso como el que planteo en el ejemplo resolverá el Juez a instancias del facultativo que deba llevar a cabo la intromisión. Y ello, sin perjuicio de que habiendo riesgo inminente para la vida del menor y siendo éste incapaz de consentir, deba y pueda intervenir legítimamente el médico actuando los deberes derivados de su oficio: art. 13.1.b Ley 6/2002 de 15 de abril, de Salud de Aragón, ya que al menor de 14 años no se le reconoce capacidad para la declaración de voluntades anticipadas (art.15 Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón).

c) *Internamiento del menor.* Por último, para internar a un menor en contra de su voluntad en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial que comporte privación de libertad, se necesita autorización judicial. Se transcribe en este párrafo 2 del art. 20 CDFA lo previsto en el art. 763 Lec., que ahora tiene carácter orgánico y como señala SERRANO GARCÍA hay que entender que lo dicho en él sólo es formalmente correcto de conformidad con lo dispuesto en la correspondiente ley orgánica.

d) *Actuaciones en el ámbito de la salud.* La Ley aragonesa 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, modifica algunos preceptos de la Ley de Salud de Aragón, y reconoce el derecho de todo menor a recibir información sobre su enfermedad e intervenciones sanitarias propuestas, de forma adaptada a su capacidad de comprensión, y a prestar el consentimiento informado con los mismos requisitos que establece el art. 20 CDFA, para el caso de que el menor de catorce años tenga suficiente juicio (art. 11.2 de la Ley), pero no le reconoce capacidad para otorgar voluntades anticipadas (art. 11. 3 de esta ley y art. 15 Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, modificado por la anterior ley).

Con carácter general, la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, regula en su art. 14 lo que denomina el consentimiento por sustitución: *En el caso de menores, si éstos no se encuentran preparados, ni intelectual ni emocionalmente, para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En el caso de menores emancipados y adolescentes mayores de dieciséis años, el menor dará personalmente su consentimiento.*

La capacidad para consentir actos médicos, en cuanto que es un supuesto de intromisión en los derechos de la personalidad del menor debe regirse por lo previsto en el CDFA. En razón de ello, y cuando el menor sea aragonés, la capacidad para consentir el acto médico se debe ajustar a las previsiones de los arts. 20 y 24 CDFA.

No hemos de olvidar que la Ley de Salud aragonesa no es una norma civil; su ámbito de aplicación es territorial (art. 3) y su objeto *la ordenación del Sistema de Salud de Aragón* (art. 1).

Por ello, el art. 14 de esta ley (anterior a la LDp.) se aplicará cuando se desconozca el estatuto personal de los sujetos, o cuando corresponda su aplicación territorial porque así lo impone la ley a través del reenvío, del orden público o en los casos que prevé el art. 9.6 Cc. en materia de protección de menores y mayores de edad al remitirse al estatuto real.

Este creo que es el campo de aplicación de la ley de Salud, que queda desplaza, desde luego, por el estatuto personal de los sujetos, pero que en caso de urgencia o desconocimiento del mismo, o de otras previsiones de no aplicación, la norma establece un protocolo dirigido al facultativo que, llevándolo a cabo, le exime de responsabilidad y le legitima para llevar a cabo válidamente el acto médico. Si el médico actúa conforme a la Ley de Salud (reglas del servicio) actúa de forma legítima, pero no cabe duda, que la capacidad para consentir es materia civil y el paciente puede (no sé si debe) exigir su aplicación (vgr. una aragonesa casada de 14 años que decide operarse).

*d) La interrupción voluntaria del embarazo.* Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo reguló, como su propio nombre indica, la interrupción voluntaria del embarazo con muy pocas exigencias. En su redacción originaria, se permitía a las menores de 16 o 17 años llevar a cabo esta práctica sin ningún otro requisito (art. 13.4), si bien dicho párrafo 4º fue suprimido por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, que modificó a su vez el art. 9.5 de la Ley 41/2002, de autonomía de paciente, a los efectos de regular los consentimientos necesarios para la interrupción voluntaria del embarazo de las mujeres menores de edad, exigiendo el consentimiento expreso de sus representantes legales: *Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.*

Este precepto, por su carácter orgánico, creo que desplaza lo previsto en el art. 14. c párrafo 2 de la Ley 6/2002, de Salud en Aragón, que mantiene la redacción anterior a la reforma introducida por la referida Ley orgánica 2/2010.

Por ello, es muy posible que el art. 9.5 de la Ley estatal 41/2002, al tener carácter orgánico sea aplicable directamente en Aragón, en lo que atañe a la exigencia del consentimiento expreso de los representantes del menor. Ahora bien, ello no excluye, a lo que creo, la aplicación de los arts. 20 y 24 CDFA (y no el Cc.) en atención a la capacidad para entender y querer de la menor

en lo que atañe a la emisión del consentimiento (o de su negativa al aborto) en los términos que señala el CDFA, y desde luego en lo que atañe a la resolución de conflictos entre los representantes legales de la menor.

Cabe recordar que la CADC en el art. Artículo 4 bis del anteproyecto reguló la *Interrupción voluntaria del embarazo* en los siguientes términos: “1. En los casos permitidos por la ley, la interrupción voluntaria del embarazo de la menor que tenga suficiente juicio sólo requiere su consentimiento. 2. Si no tiene suficiente juicio, dicha interrupción sólo será posible cuando lo exija el interés de la menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez. 3. Si la embarazada es una persona mayor de edad no incapacitada que no está en condiciones de decidir por sí misma, dicha interrupción requiere siempre autorización judicial”. Esta norma fue suprimida en su tramitación parlamentaria, y no pasó a la Ley de Derecho de la Persona.

e) *Transexualidad*. El Tribunal Constitucional en Sentencia (Pleno) 99/2019, de 18/07, estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TS [Sentencia Tribunal Supremo, (Sala 1ª Pleno) 685/2019, de 17/12] en relación con el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que es declarado inconstitucional en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con «suficiente madurez» y que se encuentren en una «situación estable de transexualidad». Por lo tanto, dándose estas circunstancias cualesquiera menores, que cumplan con dichos requisitos podrán solicitar la rectificación registral de la mención relativa al sexo.

Así, lo afirmó previamente la Instrucción de la DGRN de 23 de octubre de 2018, que como indica CERDEIRA ha sido legitimada en la interpretación correctora que la misma hacía del art. 1 de Ley 3/2007, aplicando el canon sociológico que tiene en cuenta el cambio de criterio de la OMS en lo que atañe a la transexualidad que ha dejado de ser calificada como un trastorno, para ser estimada como una condición sexual, si bien su plena vigencia se alcanzará en 2022.

En el caso de menores de edad aragoneses, como lo era el menor causa de los pronunciamientos referidos al principio (SAPH 13/03/2015) creo que deberán ser aplicables los arts. 20 y 24 para ejercitar ante el Registro civil la rectificación del sexo biológico.

En efecto, el art. 1 Ley 3/2007, en la interpretación que hace el TC permite al menor con «suficiente madurez» y en una «situación estable de transexualidad» solicitar “la rectificación de la mención registral del sexo” pero contando con el consentimiento y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; pudiendo ser suplida por el Juez la autorización en caso de negativa de alguno de ellos (art. 20.1 a CDFA), desde luego, ninguna solicitud podrán llevar a cabo en contra de su voluntad o en el caso de que no tenga suficiente juicio; si ya ha cumplido los 14 años, el menor goza de presunción de capacidad (art. 34 CDFA) y, por lo tanto, de “sufi-

ciente madurez” y si se halla en situación estable de transexualidad, a lo que creo, podrá por sí solo solicitar la rectificación registral (art. 24.1.a CDFA).

La ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, regula los derechos de los menores transexuales al disponer en su art. 6, *Personas trans menores de edad*, lo siguiente:

1. *Las personas trans menores de edad tienen los siguientes derechos:*

a) *Derecho a recibir de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón la protección y la atención necesarias para promover su desarrollo integral mediante actuaciones eficaces para su integración familiar y social en el marco de programas coordinados de la Administración sanitaria, laboral, de servicios sociales y educativa.*

b) *Derecho a recibir el tratamiento médico que precisen para su bienestar conforme a su transexualidad, que se llevará a cabo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/20015, de 22 de julio, de protección a la infancia y la adolescencia; en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la Convención de Derechos del Niño, y atendiendo al derecho civil aragonés.*

c) *Derecho a ser oídos y expresar su opinión en atención a su madurez y desarrollo en relación con toda medida que se les aplique.*

2. *Toda intervención pública deberá estar presidida por el criterio rector de atención al interés superior de la persona menor y dirigida a garantizar el libre desarrollo de su personalidad conforme a la identidad autopercebida y a evitar situaciones de sufrimiento e indefensión.*

3. *El amparo de las personas trans menores de edad en la presente ley se producirá por mediación de sus tutores o guardadores legales o a través de los servicios de protección de personas menores, cuando se aprecie a existencia de situaciones de sufrimiento e indefensión por negación abusiva de su identidad de género.*

f) *Intervención de los poderes públicos.* En razón de su menor edad los poderes públicos, a través de la intervención del Ministerio Fiscal, garantizan la protección del menor, ya que ni el consentimiento de éste ni la asistencia de sus guardadores, excluyen su intervención en aras a proteger sus intereses (art. 10.c CDFA y art. 4 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

**I. Actuaciones personales del menor: Prestación personal.** A este respecto el art. 21 CDFA dispone: *Los contratos que impliquen alguna prestación personal del menor de catorce años que tenga suficiente juicio requieren su consentimiento previo y la autorización de quienes ostenten su representación legal.* Cabe afirmar que no estamos antes un contrato laboral, ya que éste tiene su propia regulación, sino ante situaciones en las que el menor ha de realizar una prestación personal (vgr. jugar la fútbol, cantar, intervenir en una obra escolar, etc.).

En estos casos, si el menor de 14 años tiene suficiente juicio, es necesario su consentimiento previo y la autorización de quién ostente su representa-

ción legal. Si el menor no tiene suficiente juicio, no será necesario su consentimiento (no lo puede prestar), lo prestará el representante que queda obligado a conseguir que el menor lleve a cabo la actividad de que se trate (vgr. que se coma la papilla para el anuncio o que sonría, por ejemplo).

*J. Invalidez de los actos del menor. a) La regla general.* Los actos y contratos celebrados por un menor de 14 años para los que no tiene capacidad son inválidos, si bien la regla general será la anulabilidad del acto (párrafos 1y 2 art. 22 CDFA) y la excepción la nulidad. Con ello se protege más y mejor al menor al ser él o su representante legal los únicos legitimados para ejercitar la invalidez.

*b) Actos anulables. Su posible confirmación.* Los actos celebrados por el menor para los que no tiene capacidad y, por ello, deberían ser realizados por sus representantes legales, podrán ser válidos *ad initio* si cuentan con el consentimiento previo de éstos y siempre, claro está, que sean actos para los que el representante legal del menor no necesita autorización previa de la Junta o del Juez, puesto que si la requiriesen estos actos están sujetos a las previsiones del art. 19 CDFA.

Por la misma razón, si el menor no contó con la autorización previa de su representante legal, mientras el acto o contrato no sea confirmado, podrá ser anulado, bien por el representante legal del menor hasta que éste cumpla 14 años, bien a petición del propio menor, con la debida asistencia, a partir de que cumpla 14 años. La acción prescribirá a los cuatro años desde que, por la emancipación o mayoría de edad, ya no se requiera la asistencia (art. 22.2 CDFA).

*c) Actos nulos.* La nulidad sólo procederá para aquellos actos que realice el menor si vulneran las leyes que exigen una capacidad específica (vgr. testamento, matrimonio, contrato de trabajo, pacto sucesorio, etc.) o señalan prohibiciones para el menor (p.e. las de los arts. 39 y 40 de la Ley aragonesa de infancia y adolescencia) y salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

## 7. El menor mayor de catorce años

*A. La edad de 14 años.* El aragonés mayor de 14 años sigue siendo menor de edad, pero un menor de edad en aprendizaje al que el ordenamiento le atribuye una mayor capacidad. Carece de representante legal (art. 5.3 CDFA), si bien sigue sujeto a la autoridad familiar (arts. 63 y 85 CDFA) o a la tutela (art. 130 CDFA), que no se extinguen sino con la emancipación (arts. 93 y 144 CDFA) y, por lo tanto, sigue el menor sujeto al deber de obediencia (art. 5.5 CDFA) e incumbe a los padres el deber de su crianza y educación (art. 65 CDFA) o, al tutor, las funciones correspondientes (art. 136 CDFA).

Aun cuando esté excluída la representación, el ejercicio de las funciones de la autoridad familiar o de la tutela serán precisas tanto en actos y contratos del menor (art. 23 CDFFA) como en situaciones que entrañen riesgo para su vida (art. 24 CDFFA), e igualmente seguirá vigente la responsabilidad de los padres en los términos del art. 1903 Cc.

Por demás y como señala el Preámbulo del CDFFA debemos recordar que *El menor mayor de catorce años puede actuar por sí solo, sin necesidad de asistencia, en todos los casos en los que también podría actuar de este modo el menor de catorce años con suficiente juicio y además, respecto de la administración de bienes, en los casos señalados en el artículo 26. Su voluntad es decisiva para consentir intromisiones en los derechos de la personalidad, con las matizaciones que establece el artículo 24, ya mencionado en el apartado anterior.*

**B. Capacidad del menor mayor de 14 años.** La capacidad de la persona menor de edad que ha cumplido 14 años se regula en art. 23 CDFFA. Como se afirma en el Preámbulo del Código: *La idea central es que el menor que ha cumplido catorce años realiza por sí toda clase de actos y contratos. No tiene representante legal (aunque cabe que los administradores de sus bienes realicen en este ámbito actos en representación suya: artículo 26). Ahora bien, en la generalidad de los casos, la plena validez de sus actos requiere la asistencia de uno cualquiera de sus padres o, en su defecto, del tutor.*

Tomando como punto de partida dicha premisa, el menor de edad, cumplidos los 14 años, aunque no esté emancipado:

a) *puede celebrar por sí sólo y sin asistencia* bastantes actos y contratos: *todos aquéllos que puede celebrar cualquier menor* (art. 7 CDFFA) *y además, todos aquéllos que le permite la ley realizar por si solo* (art. 23.3 CDFFA): por ejemplo, cambiar de nombre o alterar los apellidos (arts. 25 y 57.2 CDFFA); aceptar una herencia (art. 346 CDFFA); otorgar testamento, salvo en forma ológrafa (art. 408 CDFFA); ser testigo en los testamentos (art. 415), prestar su consentimiento para la intervención de terceros en sus derechos de la personalidad, si el acto no entraña grave riesgo (art. 24 CDFFA); prestar su consentimiento para el tratamiento de datos personales (art. 7 LOPD); a unos y otros hace referencia genéricamente la expresión con asistencia, “en su caso” del art. 23.1 CDFFA.

b) *Con asistencia de uno cualquiera de sus padres que esté en el ejercicio de la autoridad familiar o del tutor, el menor mayor de 14 años puede celebrar toda clase de actos y contratos;* con la expresión “actos” se quiso incluir, ya vigente la Compilación (art. 5), la comparecencia en juicio y todas las actuaciones procesales, en coherencia con la situación de este menor aragonés que carece de representante legal. Así lo entendió la STSJA 30/01/2008, en un supuesto de protección del derecho al honor y a la intimidad de una menor aragonesa de quince años de edad, que otorgó poder general para pleitos en favor de procurador y abogado asistida por su madre con la finalidad de demandar a

su padre, solicitando la pertinente declaración de lesividad de tales derechos fundamentales así como la correspondiente indemnización.

Están comprendidos toda clase de actos: pago o cumplimiento de obligaciones (art. 1160 Cc.), declaraciones unilaterales de voluntad (repudiación a la herencia, art. 346 CDFa, promesas, etc.).

Con asistencia, el menor que ha cumplido los 14 años puede administrar sus bienes (art. 26.1 CDFa) y disponer de ellos (art. 9.1 y 23.1 CDFa).

Necesita también asistencia en para realizar actos que entrañen riesgo para su vida (art. 24.1. a CDFa) y para prestar consentimientos en el ámbito sanitario y emitir voluntades anticipadas (art. 11 Ley 10/2011, de derechos y garantías de la dignidad de la persona el proceso de morir y de la muerte).

c) Por último, *hay actos y contratos que el menor mayor de 14 años no podrá realizar ni con asistencia* por exigir la ley una capacidad específica: así el contrato de trabajo, ya que la legislación laboral exige tener 16 años (art. 7 TRET); otorgar pacto sucesorio o testamento ológrafo, al exigirse mayoría de edad (arts. 378 y 408 CDFa), donar órganos o material genético (art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos y art. 5 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida) .

**C. La asistencia.** a) *¿En qué consiste?* La asistencia es una declaración unilateral de voluntad aprobatoria de quien ni otorga el acto ni es parte del contrato (PARRA). El contrato lo celebra el menor (con asistencia, en su caso), y por ello, a él debe referirse toda la disciplina negocial (posibles vicios del consentimiento, obligaciones derivadas del acto o contrato, etc.).

La asistencia exige conocer el acto y considerarlo adecuado a los intereses del menor (art. 27.1 CDFa). Por ello, como señala la doctrina mayoritaria, y recuerda también PARRA, la asistencia se entiende como un asentimiento al acto que va a otorgar el menor; y por ello no es suficiente con la mera presencia de las llamadas personas a prestarla ni tampoco con un mero consejo a asesoramiento no vinculante.

b) *Prestación de la asistencia.* La asistencia puede ser expresa o tácita y tanto previa como simultánea al acto, bastando en esta última con la mera presencia sin oposición (art. 27.2 CDFa). Otorgado el acto o contrato sin la debida asistencia, el llamado a prestarla, que puede anular el contrato, podrá también confirmarlo (art. 29 CDFa), pero evidentemente ya no hay prestación de asistencia, hay confirmación.

Como indica PARRA, el acto prestado sin la debida asistencia es anulable, por lo que, como señala la misma autora, no cabe su otorgamiento notarial ni su inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 145, 156.8 Rnot. y 18 Lh.)

La asistencia tiene una finalidad tuitiva de los actos y contratos que lleve a cabo el menor, por ello, no puede prestarse de forma genérica, sino que la

misma debe prestarse individualmente para cada acto concreto. Sí se admite concederla con carácter general para actos de la misma naturaleza o referentes a una misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad (art. 27.3 CDFA).

*c) Sujetos que deben prestar asistencia.* La debe prestar uno cualquiera de sus padres que estén en el ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, el tutor (art.23.1 CDFA). No pueden prestar asistencia el resto de los titulares de la autoridad familiar si el acto atañe a cuestiones patrimoniales, sí podrán hacerlo en el ámbito personal [(vgr. intromisión de terceros en los derechos de la personalidad), art. 88.3 CDFA]; también podrá prestar la asistencia el administrador voluntario, si el donante o causante le hubiera atribuido tales facultades (art. 107.1 *i.f.* CDFA y STJA 3/11/2014).

Si quien deba prestar asistencia estuviera imposibilitado para hacerlo (enfermo, incapaz, etc.), el menor podrá solicitarla de la Junta o del Juez. También podrá el menor recurrir al juez en caso de negativa a prestar la asistencia por parte de quien deba hacerlo, si de ella se deriva un perjuicio para el menor.

*D. Oposición de intereses.* *a) Entre el menor y quién haya de prestarle asistencia.* Se regulan en el art. 28.1 CDFA los supuestos de oposición de intereses entre el menor mayor de catorce años y la persona que le ha de prestar la asistencia siguiendo y aclarando los criterios que establecía la Comp. Así, cuando la oposición exista con uno sólo de los padres o tutor, la asistencia la prestara el otro (art. 28.1.a CDFA); si es por parte del único titular de la autoridad familiar o tutor único o el conflicto es con ambos padres o tutores, asistirá al menor la Junta de Parientes o un defensor judicial. En este sentido el APTSJA de 25/04/2002, afirmó que “La intervención en el acto de la Junta de parientes evita la oposición de intereses”. Por último, si el conflicto es con el administrador voluntario prestará la asistencia uno cualquiera de los padres o el tutor.

*b) Conflicto entre varios menores o incapacitados sujetos a una misma asistencia.* Cuando varios menores o incapacitados deban ser asistidos por la misma persona y entre ellos exista conflicto de intereses se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial (art. 28.2 CDFA).

*E. Administración de los bienes de menor mayor de catorce años.* *a) La regla general: Representación.* El administrador (los padres titulares de la autoridad familiar, el tutor, el tutor real, el administrador judicial o el administrador voluntario) administran los bienes del menor en representación suya; pero el propio menor podrá también realizar dichos actos de administración con la debida asistencia (art. 26.1 CDFA). Como indica SERRANO no se molesta al menor para que realice los actos cotidianos de administración



que más le supondrían traba y molestias que enseñanza. Por otra parte, la experiencia y la práctica demuestran que tiene inconvenientes hacer que sea el menor mayor de 14 años quien administre sus bienes cuando vive en compañía de sus padres.

*b) Administración exclusiva del menor.* El párrafo 2 del art. 26 indica los casos en los que compete en exclusiva al menor la administración de sus bienes: *a) los bienes que adquiere con su trabajo o industria*, son los bienes que reciba el menor de cualquier actividad productiva que realice, incluido su salario si ya cuenta con dieciséis años; *b) Los que le hubieren confiado a tal fin, así como los frutos y productos obtenidos con ellos*, así dinero u otros bienes o productos que los padres o terceros les confían con dicha finalidad y *c) Los que hubiera adquirido a título lucrativo cuando el disponente así los hubiera establecido*, para ello el disponente cuenta con amplias facultades a la hora de establecer cómo quiere que sea la gestión de los bienes que gratuitamente transmite al menor (art. 107 CDFIA); por ello puede encomendarle la administración en exclusiva e incluso podría también atribuirle la facultad de disposición por sí y sin asistencia en relación a los bienes por él transmitidos.

*c) Incompatibilidad de administraciones.* Cuando la administración le corresponde a los administradores pero también al menor con asistencia puede provocar que sobre un mismo bien haya dos actos de administración incompatibles (vgr. el hijo alquila el piso y también lo hace su madre a persona distinta). En estos casos, si el hijo actuó sin asistencia, el acto será anulable (art. 29 CDFIA) y primará lo hecho por la madre pero si el hijo actuó con asistencia del otro padre debería primar el anterior en el tiempo (PARRA).

**F. La falta de la asistencia debida.** Se regula en el art. 29 del CDFIA. Como se indica en el Preámbulo del CDFIA *Partiendo de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Compilación, y para sustituir a la confusa regulación estatal aplicable hasta la entrada en vigor de la Ley de Derecho de persona, se concreta la legitimación para anular o confirmar y se precisa el momento inicial del plazo de prescripción de cuatro años.*

*a) La regla: anulabilidad.* Los actos celebrados por el menor sin la debida asistencia serán anulables mientras no sean confirmados por quienes pueden anularlos

*b) Legitimación.* Le corresponde al llamado a prestar la asistencia omitida (titulares de la autoridad familiar, el tutor, el administrador voluntario) mientras el menor no pueda anularlo por sí sólo; también está legitimado el menor con asistencia.

*c) Plazo.* El llamado a prestar la asistencia omitida puede anular el acto mientras el menor no pueda por sí solo, esto es, hasta su emancipación o mayoría de edad; para el menor la acción prescribirá a los cuatro años desde

que, por la emancipación o mayoría de edad, hubiera podido realizar el acto sin asistencia.

**G. Los derechos de la personalidad y el menor mayor de 14 años.** a) *La regla general.* A ella hace referencia el Preámbulo del CDFA al afirmar: *Para los menores que han cumplido catorce años (artículo 24), la regla es que la intromisión de terceros en sus derechos de la personalidad depende exclusivamente de su voluntad, si bien, cuando su decisión suponga un grave riesgo para su vida o su integridad física o psíquica, necesitará adicionalmente la autorización de uno cualquiera de sus padres que estén en el ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. Contra la voluntad del mayor de catorce años solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. Si no está en condiciones de decidir sobre la intromisión (contra la presunción del artículo 34) esta solo será posible cuando lo exija el interés del menor, apreciado por uno de sus padres o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.*

b) *Su aplicación.* El menor aragonés que ha cumplido 14 años ejerce por sí sus derechos de la personalidad y es él quien debe prestar el consentimiento para cualquier acto o injerencia de terceros que tenga que ver con tales derechos. El suficiente juicio se le presume. En contra de su voluntad cualquier intromisión en sus derechos de la personalidad será ilegítima, salvo que medie autorización judicial, que sólo será posible en interés del menor.

Ello significa que es el menor mayor de 14 años quien decide si presta su consentimiento para tatuarse, ponerse un piercing; tomar la píldora post-coital, publicar su foto en una revista deportiva, someterse a un tratamiento dental, prestar el consentimiento informado para las actuaciones médicas que así lo precisen, solicitar la rectificación registral del sexo, otorgar voluntades anticipadas; también es el menor mayor de 14 años quien puede no consentir determinadas actuaciones: no someterse a quimioterapia, no permitir el uso de un corrector dental, no aceptar el ser transfundido usando hemoderivados, etc.

c) *Excepciones.* La regla general presenta dos excepciones, a saber:

1. *Que su decisión entrañe un grave riesgo para su vida o integridad psíquica;* en este caso se requiere la asistencia de uno cualquiera de sus padres, de alguno de los otros titulares que esté en ejercicio de la autoridad familiar o del tutor. La imposibilidad de prestar esta asistencia permitirá al menor solicitarla de la Junta de Parientes o del Juez. (art. 23 al que se remite el art. 24CDFA).

Podemos pensar en actos médicos de cirugía voluntaria (mamoplastia, rinoplastia, crecimiento óseo, etc.), y para el caso de que tal cirugía sea operativa en función de la edad del sujeto (si no lo es, el facultativo debe desautorizarla en base a la *Lex artis*), deberá solicitarse el asentimiento que prevé el art.

23, siempre que tal actuación entrañe grave riesgo para la vida o el desarrollo de la personalidad del menor.

2. *Contra de su voluntad no se puede llevar a cabo ninguna intromisión, si no es con autorización judicial y teniendo en cuenta el interés del menor.* Serían casos, por ejemplo, en los que el menor no quiere operarse o someterse a un tratamiento contra el cáncer; o no acepta transfusiones de sangre en el supuesto de testigos de Jehová. En principio, es el menor quien adopta la decisión, salvo que con ello ponga en riesgo su vida, integridad física o psíquica (interés del menor), si tomamos como premisa que sometién dose a dichos actos médicos hubiera grandes posibilidades de curación.

En casos de este tipo, sólo el Juez puede autorizar la intromisión. Su intervención podrá ser solicitada por el facultativo que conozca del caso y por lo titulares de la autoridad familiar, o cualquier pariente que conozca de la situación (art. 10.d CDFA).

De cualquier manera, entiendo, que si el menor presenta, por ejemplo, un cáncer terminal y no quiere seguir o comenzar el duro tratamiento químico al que deberá ser sometido, se ha de respetar su decisión, porque no es ésta la que entraña un riesgo para su vida, sino la propia enfermedad. La dignidad humana ha de imperar en estos supuestos, así como la capacidad del menor, que en este caso la tiene: es la premisa de la que hemos partido y esto creo que es lo que ahora permite el art. 11 de la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte.

*d) Actuación en caso de que el menor mayor de 14 años no esté en condiciones de decidir.* A ello se refiere el art. 24.2 CDFA: Si el menor no tiene suficiente juicio o no está en condiciones de decidir sobre la intromisión, serán los titulares de la autoridad familiar (uno de ellos) o el tutor quienes decidan sobre ello y, subsidiariamente el Juez, pero siempre que lo exija el interés del menor. Serían, entre otros, supuestos de actuaciones médicas en las que el estado en que se halla el menor le impide consentir: está inconsciente, bajo los efectos del alcohol o drogas o, debido a la enfermedad, está alterada su capacidad; en estos casos otros sujetos (uno de los titulares de la autoridad familiar o el tutor) actuando en interés del menor podrán consentir la injerencia. Subsidiariamente, se podrá solicitar auxilio judicial.

Pensemos, una vez más, en la necesidad de un intervención médica (una operación quirúrgica, una transfusión, etc.), el menor no puede consentir por las razones dichas, en su interés pueden intervenir uno cualquiera de los padres o el tutor.

Ahora bien, si ellos (por convicciones religiosas, por ejemplo), consideran que no hay que llevar a cabo el acto médico; el facultativo podrá solicitar autorización judicial para legitimar su intervención.

Por lo demás, si el menor no puede consentir y está en peligro su vida, el facultativo está legitimado para actuar válidamente sin contar con el consentimiento de ningún otro sujeto (art. 13.1.b, y teniendo en cuenta, en su caso, las voluntades anticipadas del menor si las hubiera otorgado (Ley 6/2002, de 15 de abril).

En relación con el cambio de inscripción registral del sexo o la interrupción voluntaria del embarazo me remito a lo ya expuesto en sede de menores de 14 años.

e) *Lo que no puede hacer.* El consentimiento del menor no será suficiente, ni por sí, ni con asistencia cuando con arreglo a las leyes se exija tener dieciocho años: por ejemplo para ser donante vivo de órganos (art. 4 Ley 30/1979, de 27 de octubre) o participar en las técnicas de reproducción asistida, bien como donante o receptora (arts. 5 y 6 LTRHA);

f) *Intervención de los poderes público.* En razón de su menor edad los poderes públicos, a través de la intervención del Ministerio Fiscal, garantizan la protección del menor, ya que ni el consentimiento de éste ni la asistencia de sus guardadores, excluyen su intervención en aras a proteger sus intereses (art. 10.c CDFA y art. 4 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor).

## 8. El menor emancipado

**A. Consideraciones generales.** Como indica el Preámbulo del CDFA *La emancipación es instituto procedente del Derecho romano y vinculado a la patria potestad, en cuanto salida de la misma, por lo que algunas críticas pusieron de manifiesto su inadecuación teórica en el Derecho aragonés. Sin embargo, nunca ha dejado de utilizarse en la práctica, en la que puede seguir prestando buenos servicios. En consecuencia, se han recogido sus rasgos esenciales adaptándolos al sistema aragonés.*

**B. Supuestos de emancipación.** Se regulan en los arts. 30 CDFA (*Emancipación por concesión*) y 32 (*Emancipación por vida independiente*).

a) *Emancipación por concesión.* La emancipación la pueden conceder, por un lado i) *Los titulares de la autoridad familiar* (padres, padrastro o madrastra, abuelos o hermanos mayores) siempre que el menor haya cumplido los 14 años, tenga capacidad natural y la consienta. Si son dos los titulares de la autoridad familiar (padres o abuelos) la concesión deberá otorgarse conjuntamente y siempre en interés del hijo (art. 5.4 Cc.). Formalmente debe otorgarse en escritura pública o por comparecencia ante el encargado del Registro civil.

Por otro, ii) *Por concesión judicial.* El juez puede conceder la emancipación al menor que ha cumplido los catorce años si éste la pide y previa audiencia

de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela, en diversos supuestos que señala el Código y que son indicativos de conflictos familiares en el ejercicio de la autoridad familiar o de la tutela.

En concreto, el art 30.2 CDFA enuncia los siguientes supuestos:

a) *Cuando quien ejerce la autoridad familiar contraiga nupcias o conviva maritalmente con persona que no sea también titular de la autoridad familiar sobre el menor.* La SJPII nº 1 de Ejea 14/05/2014 concede la emancipación al menor al estar los progenitores separados, conviviendo con otras personas, ya que para el solicitante es incómodo el cumplimiento del régimen de visitas, afirmando que con ello se cumplen los requisitos para conceder la emancipación.

b) *Cuando quienes ejercen la autoridad familiar vivan separados.*

c) *Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar.* Como indica SERRANO en esta causa se engloba las dos anteriores, y se configura como un cláusula general que revela que el sentido y finalidad del precepto es propiciar la emancipación cuando concurren circunstancias que imposibiliten la convivencia con los padres o que dificulten gravemente el ejercicio de la autoridad familiar.

d) *Cuando el menor esté sujeto a tutela.* El juez podrá o no conceder la emancipación atendiendo al interés del menor (art. 10 CDFA) e incluso modificar el sistema de guarda a que éste sujeto el menor (arts. 93.2, 127 y 129 CDFA).

Por último y Como señala el párrafo 3 del art. 30, *Concedida la emancipación no podrá ser revocada.*

b) *Emancipación por vida independiente.* Se regula en el art. 32 CDFA, que dispone *El menor mayor de catorce años que, con beneplácito de quienes ejerzan la autoridad familiar o la tutela, o mediando justa causa, viva con independencia económica de ellos, será reputado para todos los efectos como emancipado. Quienes dieron este beneplácito podrán revocarlo.*

Con esta regulación se incorpora al Derecho aragonés la emancipación por vida independiente que, vigente la Compilación, tenía un limitado alcance: solo la administración de los bienes sin asistencia; ahora el menor mayor de catorce años que lleva vida independiente se le reputa para todos los efectos como emancipado.

Con SERRANO podemos afirmar que habrá de entenderse que hay beneplácito tácito por el conocimiento de la vida independiente del menor no seguido de oposición de los titulares de la potestad de guarda. Por tanto, parece que se trata de asistencia o asentimiento posterior a la existencia de vida independiente. La concesión del beneplácito a la vida independiente, lo mismo que la concesión de la propia emancipación, corresponde a ambos padres conforme a las reglas generales del ejercicio de la autoridad familiar paterna. Pueden concederlo también las otras personas con autoridad familiar y, en su caso, el tutor. La justa causa parece que queda relegada a los supuestos

en que, pese a la negación del beneplácito por quienes podrían darlo, exista una causa razonable y justificada para la vida independiente del mayor de catorce años, apreciación que quedará siempre al prudente arbitrio judicial.

Quienes concedieron el beneplácito al menor para que lleve vida independiente pueden revocarlo, si bien como señala SERRANO la revocación no podrá ser arbitraria y deberá fundarse en alguna razón objetiva que demuestre que es lo exigido por el interés del menor.

Para evitar esta incertidumbre, y teniendo en cuenta la oponibilidad a los terceros, el art. 70.4 LRc. posibilita su inscripción.

**C. Oponibilidad a terceros.** A ello se refiere el art. 31 del CDFa: *La concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tanto efectos contra terceros.* En efecto, para que la concesión de la emancipación produzca efectos frente a terceros requiere ser inscrita en el Registro Civil. (art. 70 LRc.).

**D. Efectos de la emancipación.** Se regulan en el art. 33 DCFA.

a) *Capacidad del menor emancipado.* El menor emancipado no es un mayor de edad, pero se incrementa considerablemente su capacidad de obrar al no estar ya sujeto a la autoridad familiar o tutela (arts. 93.1.b y 144 a CDFa).

En el ámbito personal, la ley no establece ningún tipo de limitación: puede contraer matrimonio (art. 46-1 Cc.); ejercer la autoridad familiar (art. 73 CDFa); prestar el consentimiento a intervenciones quirúrgicas (arts. 14 y 15 Ley 6/2002, de 15 de abril de Salud de Aragón). Con todo, habrá actuaciones que no podrá llevar a cabo puesto que la ley exige "ser mayor de edad" y él no lo es: así, por ejemplo, otorgar pacto sucesorio (art. 378); testamento ológrafo (art. 408) o votar en elecciones generales (art 68 LEG), donar órganos (art. 4 Ley 4/1979), someterse a técnicas de reproducción asistida (art. 5 y 6 LTRHA).

En el ámbito patrimonial podrá realizar por sí sólo todos los actos y contratos para los que la ley no requiera la asistencia, así se deduce del art. 4.2 CDFa.

b) *Actos para los que requiere asistencia.* Esta norma debe ser de interpretación estricta: todos los actos que no estén enumerados en el art. 33 CDFa y no requiera una capacidad superior (tener 18 años o ser mayor de edad) podrá hacerlos el menor por sí solo.

Requieren asistencia: a) Los actos enumerados en el art. 15. El Código exige asistencia para los mismos actos en los que al representante del menor de 14 años se le exige autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez; b) Repudiar atribuciones gratuitas. Está en sintonía con el anterior: al representante legal del menor se le exige también autorización de la Junta o del Juez

para rechazarlas; regla también coherente con la capacidad para repudiar la herencia; c) Aceptar el cargo de administrador en sociedades de cualquier clase. Está en conexión con la previsión del art. 213 RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, que excluye a los menores no emancipados del cargo de administrador.

c) *¿Quién debe prestar la asistencia?* El precepto exige la asistencia que previene el art. 23 y, en su defecto, el curador. Por lo tanto, la asistencia deberá prestarla uno cualquiera de los padres (no otros titulares de la autoridad familiar) y en su defecto el curador, que no requiere que se constituya un sistema estable de curatela del emancipado, bastando que se constituya a instancia del emancipado y para acto concreto (art. 149 CDFA). En caso de imposibilidad, el menor podrá recurrir a la Junta de Parientes o al Juez.

d) *Consecuencias de la falta de asistencia.* La prestación de la asistencia por los padres o el curador (art. 151.1 CDFA) está sometida a las mismas reglas que establece el Código en los arts. 27 a 29 CDFA. Por lo tanto, el acto celebrado sin la debida asistencia será anulable, prescribiendo la acción a los cuatro años desde que el menor emancipado pudiera haber llevado a cabo el acto sin asistencia (por alcanzar la mayor edad a los dieciocho años o por haber contraído matrimonio).

## 9. La persona incapaz y la incapacitada

**A. Consideraciones generales.** El Preámbulo del CDFA indicia cuál es la finalidad de esta regulación al afirmar lo siguiente: *En las leyes civiles aragonesas anteriores a la nueva regulación había numerosas referencias a las personas incapaces y a las incapacitadas, así como, en el Derecho histórico, una regulación de la tutela y la curatela que las incluía. La nueva regulación, en el Capítulo II del Título Primero, dedicado a la incapacidad e incapacitación, se propone superar las dificultades conocidas de armonización de las leyes estatales sobre la materia con las normas y principios del Derecho aragonés sobre capacidad de las personas, autoridad familiar y tutela. En lo demás seguirá aplicándose como supletorio el Derecho general del Estado.*

Como ya he señalado, esta regulación es anterior al Convenio de Nueva York (diciembre de 2006), que en su art. 12.2 declara que *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.* Como señala MAYOR DEL HOYO, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en 2011, en sus *Observaciones finales sobre el Informe presentado por España en virtud del art. 35 de la Convención*, mostró su preocupación por el retraso en aplicar una nueva legislación que “regule el alcance y la interpretación del artículo 12» y recomendó a España que “revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adop-

ción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”.

Esto ha llevado a afirmar a un sector importante de la doctrina que este Convenio es incompatible con la regulación de nuestro Derecho positivo, de manera que no tiene sentido, ni procede, proclamar la incapacidad de la persona con discapacidad, sino que de lo que se trata es de apoyar su capacidad; no tiene que cambiar la persona discapacitada sino la sociedad y que por lo tanto no procede la incapacitación de las personas con discapacidad: estas son capaces, solo requiere apoyos para que se realice su voluntad (ANTONI PAU).

Con estas premisas, la Comisión General de Codificación redactó un Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil (estatal) y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, eliminado la representación de las personas discapacitadas, y por lo tanto la tutela, y primando instituciones como la curatela, con posibilidades de representación, así como la guarda de hecho. Junto a ello, se modificará también la Lec., en lo que atañe a los procesos de incapacitación. El 17 de julio de 2020 se publica en el Boletín del Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Este proyecto de ley estatal, ni la regulación que lleve a cabo el Estado español en esta materia, ni aun cuando modifique leyes como al Lec. o la Lh o la Lnot., para las que el Estado es el único competente, no afectan a la competencia aragonesa en lo que atañe a la regulación de la situación de las personas con discapacidad, es más serán esas leyes generales las que se tendrán que adaptar a la legislación sustantiva aragonesa (vgr. no se aplica en Aragón el art. 94.3 Rh; o lo previsto en los 63.3 y 65.2 LJV; o el 541 Lec., que debe apartarse a las previsiones del art. 225 del CDFa, o bien el 351 CDFa, que sigue declarando competente al Juez para que reciba la renuncia a la herencia). Por ello, será el legislador aragonés el que decida cómo y cuándo, en su caso, quiere acometer esta reforma, sin que lo hecho en el referido proyecto sea el mejor ejemplo, pero quizás sí un buen punto de partida para saber qué no debemos hacer.

Entre tanto, y a lo que creo, sí que debe la jurisprudencia, como ya la ha ido haciendo, adaptar la interpretación de las normas vigentes al Convenio de Nueva York, norma que sí es aplicable en todo el territorio español. En este sentido la SAPZ 06/03/2013 afirma que “el proceso de incapacitación no está legalmente previsto para recortar o mutilar los derechos de la persona, sino con la finalidad de procurar un marco de protección de las áreas personal y patrimonial de quienes por razón de la alteración mental que padezcan no se encuentren en condiciones de actuar o tomar



decisiones en ellas, evitando así actuaciones que pueden perjudicarles” y en el mismo sentido la SAPZ 28/03/2017 declara que “la finalidad primordial de la incapacitación [es] la protección de la persona que no se halla en condiciones, físicas o psíquicas, de protegerse a sí misma”, para añadir más adelante: “La incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y, por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno” o la STSJA 14/01/2019, que igualmente habla de medidas de apoyo y apuesta por la curatela para el caso concreto, con cita de la STS 555/2017.

Ciertamente, el TS desde la ya lejana Sentencia de 29/04/2009, en la que se afirma que la declaración de incapacitación no afecta a los derechos fundamentales del incapacitado, pues él sigue siendo el titular de los mismos, y que la incapacitación es una medida de protección de esta personas (y sin dejar de ser ello cierto como afirma ATIENZA), ha ido dando pasos que se alejan de tales afirmaciones, con el objeto adaptar las normas contenidas en el Cc. a la Convención.

En este sentido indica GUILARTE MARTÍN-CALERO que, en este camino, el TS ha “señalando la curatela como la forma preferente para el acompañamiento de las personas con discapacidad, se privilegia su autonomía, se presta apoyo preciso que se diseña a la medida de las circunstancias en que se encuentra la persona con discapacidad, su voluntad, sus deseos y preferencias son el paradigma de su interés que se identifica con el reconocimiento de sus derechos”.

Para conseguir estos objetivos en favor de los derechos de las personas con discapacidad, el TS ha aplicado dos principios vigentes en el Derecho español: el principio de proporcionalidad y el principio de autonomía personal, incorporados al Cc. en sendas reformas de 1983 y 2003, a la luz, además, del Convenio de Nueva York y la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad, que introducen como pilar fundamental un nuevo modelo social de discapacidad tal y como afirma GUILARTE MARTÍN-CALERO, siendo de destacar, en estos avances, como señala la autora citada, las SSTs 13/05/2013; 16/05/2017; 08/11/2017 y 19/02/2020.

El Derecho civil aragonés vigente en esta materia puede ser interpretado a la luz del Convenio de Nueva York en base a los siguientes principios del Derecho civil de Aragón, que parten de una premisa cierta: no hay que ayudar a nadie más de lo que necesita, principio latente, por ejemplo, en la regulación de la capacidad de los menores de edad e incluso en la tradicional la ausencia de prodigalidad en Aragón, lo que nos permite aplicar el llamado principio de proporcionalidad. Por otro lado, sin lugar a dudas, la autonomía de la voluntad se haya consagrada en el *Standum est Chartae*.

Todo ello, tiene su reflejo legal en el art. 34 CDFa, que presume la capacidad de cualquier aragonés a partir de los 14 años y su actitud de entender y de querer para un acto concreto mientras no se demuestre su incapacidad.

Junto a ello, la moderna regulación de la curatela, que admite la representación para actos concretos (art. 150.2 CDFa), la guarda de hecho (arts. 156 a 159 CDFa) y los poderes preventivos (art. 109 CDFa) permiten hacer un traje a la medida y proporcionar los apoyos necesarios a las personas con discapacidad para que ejerzan sus derechos eliminando con ello la representación y procurando una asistencia que no sustituya la voluntad del discapacitado.

Con estos mimbres estamos por el momento en mejor situación que tiene en la actualidad el Cc. para prestar los apoyos necesarios a las personas con discapacidad adaptando con estos principios las normas vigentes al Convenio de Nueva York.

Dicho esto, en lo que sigue comentaré la actual regulación del CDFa que, como he señalado, es anterior al Convenio de Nueva York.

**B. La vigente regulación aragonesa.** El Capítulo II, *Incapacidad e incapacitación*, del Título Primero, *De la capacidad y estado de las personas*, que estamos analizando, atiende a estas cuestiones en dos secciones, primera regula la situación de *La persona incapaz y la incapacitada* y la Sección 2ª analiza la *Prórroga y la rehabilitación de la potestad de guarda*.

Como ya he señalado en otro lugar, no ofrece el Código en esta materia una regulación completa, siendo necesario el recurso al Derecho supletorio en algunos aspectos. Por lo demás, necesariamente el proceso de incapacitación es el señalado por el Derecho del Estado en los artículos 756 y ss. Lec.

De cualquier manera, y como ya he advertido, la regulación aragonesa permite la intervención en el tráfico jurídico de las personas con discapacidad, puesto que estas normas (arts. 34 a 37 CDFa) tiene como premisa la presunción de capacidad de toda persona mayor de catorce años no incapacitada judicialmente, lo que, como indica el Preámbulo del CDFa *es coherente con la ausencia de representación legal a partir de esta edad y la posibilidad de realizar por sí (con la necesaria asistencia según los casos) toda clase de actos y contratos* añadiendo, además, la presunción de validez de los actos llevados a cabo por las personas con discapacidad, salvo que carezcan de aptitud de entender y de querer. Si junto a esta regulación favorable a la intervención en el tráfico de las personas con discapacidad añadimos la regulación de los poderes preventivos y la regulación de la guarda de hecho podremos, a lo que creo, diseñar un sistema de apoyos para la correcta intervención en el tráfico jurídico de estas personas sin necesidad de recurrir a la incapacitación.

**C. ¿A quiénes y desde cuándo se aplican estas normas?** a) *Derecho transitorio*. Como se indica en la DT1ª CDFa, *Las normas contenidas en el Título*

*Primero (...) se aplican íntegramente, a partir del 23 de abril de 2007, fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la persona, cualquiera que sea la edad la persona o la fecha de su incapacitación o declaración de ausencia y el momento de inicio del régimen de protección de su persona o bienes.*

Por lo tanto, estas normas, son de aplicación inmediata desde la fecha señalada. Además, también desde esa fecha, *nadie podrá ser declarado pródigo y las personas declaras pródigas con anterioridad siguen rigiéndose por las normas de la legislación anterior, pero pueden solicitar judicialmente la reintegración de su capacidad* (DT. Tercera). [sobre Prodigalidad vid. *infra*].

b) *¿A quiénes se aplican?* Las normas sobre capacidad según establece el art. 9.1 Cc. se rigen por la ley personal: *La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad* [vecindad: 16.1 Cc.]. *Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, (...)*. Por su parte, el art. 9.6 del Cc. en su párrafo segundo dispone: *La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual (...)*.

Estos preceptos, arts. 9.1 y 9.6 Cc., (normas de conflicto de competencia exclusiva del Estado) establecen como punto de conexión dos estatutos diversos: el personal, en materia de capacidad y estado civil; y el real, en lo que atañe a las medidas de protección de las personas mayores de edad. En razón de esta divergencia, algunos autores, a la luz del Convenio de Nueva York, consideran que es posible ofrecer una interpretación unívoca, que incluya en el art. 9.6, residencia habitual, la situación de la persona con discapacidad.

En concreto ADROHER BIOSCA afirma: “La nueva redacción [9.6] integra ambos aspectos ya que, tanto la modificación de la capacidad como la adopción de una medida de protección, se engloban dentro del concepto «protección de personas mayores de edad», (...). Carece de sentido considerar que la ley que regula la modificación de la capacidad sigue siendo la nacional en virtud del art. 9.1 del CC y sin embargo, la de la residencia habitual regula las medidas concretas de protección en aplicación del nuevo art. 9.6 CC; esta dualidad generaría numerosos problemas de armonización y adaptación y no está alineada con las tendencias modernas en materia de protección de menores y mayores que buscan una identificación *fórum* y *ius*, basados, además en el principio de proximidad que representa el foro (y la ley) de la residencia habitual. La intención del legislador de 2015 fue claramente la de unificar ambas cuestiones en torno a la residencia habitual”.

**D. La persona no incapacitada.** a) *Presunción de capacidad. Consecuencias en el tráfico jurídico.* El art. 34 CDFA en su párrafo primero presume la capacidad de la persona que ha cumplido catorce años y no ha sido incapacitada. A esta presunción general, añade en su párrafo segundo, que *se presume también su aptitud de entender y de querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario*. Ello significa que los actos llevados a cabo por las

personas con discapacidad, son válidos, si la persona ha cumplido 14 años (y se ha celebrado de acuerdo a los arts. 7 y 23 CDFA) y desde luego si es mayor de edad (art. 4 CDFA), salvo que se demuestre que no tenía aptitud de entender y de querer.

Así, lo afirma, entre otras la SAPZ 20/03/2014 al decir que: “como principio general debe reputarse capaz a toda persona, mientras no se demuestre lo contrario por una prueba concluyente y tal prueba ha de ir destinada a constatar si existen o no en la persona afectada por el procedimiento esas enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico, que le impidan regirse por sí misma, [...] Existe, es cierto, una presunción de capacidad en tanto no se dicte la sentencia de incapacitación, pero no es una presunción *iuris et de iure*, sino que admite la prueba en contrario, para acreditar que la persona, en la fecha de que se trate, carecía de la capacidad de obrar necesaria” [= SAPT de 12/05/2011; SAPZ de 14 de octubre de 2015 y SAPH núm. 47 de 9 de marzo de 2016].

b) *La falta de capacidad natural: Invalidez de los actos de la persona no incapacitada. a'. Finalidad.* Como indica el Preámbulo “El artículo 37 viene a llenar un vacío legal al precisar el tipo de invalidez de los actos realizados por personas no incapacitadas en situación (duradera o transitoria), en la que carecían de aptitud para entenderlo y quererlo. Puesto que se trata de proteger intereses particulares, se opta por la anulabilidad, precisando los aspectos de legitimación y prescripción, salvo que el acto, además, vulnere otras leyes”.

b'. *La invalidez del acto: anulabilidad.* El acto de la persona mayor de catorce años no incapacitada que en el momento de su celebración carezca de la suficiente aptitud para entenderlo y quererlo será inválido, así lo afirma el art. 37.1 CDFA, añadiendo en su párrafo 2 el tipo de invalidez: El acto será anulable, mientras no sea confirmado por quien pueda anularlo [A. 22/04/2009 JPI nº 2 de Huesca].

Por lo demás, como afirman SERRANO y PARRA, al igual que sucede con los menores o con los incapacitados (arts. 22.3 y 39 CDFA), el acto será nulo si vulnera leyes que exigen una capacidad específica, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto. Suele afirmarse que el régimen es el de la nulidad absoluta cuando se acredite la falta total de consentimiento.

c'. *Legitimación.* Pueden anular el acto, las personas que se especifican en el art. 37.2 CDFA: El representante legal, si llegara haberlo, del interesado y el propio interesado, en su caso con la debida asistencia.

d'. *Plazo.* El representante legal, por el tiempo que reste hasta que el interesado pueda hacerlo por sí mismo; para el interesado, la acción prescribirá a los cuatro años desde que hubiera recobrado sus facultades o podido celebrar el acto sin asistencia o, en su defecto, desde su fallecimiento. En este último caso, la legitimación corresponde a sus herederos.

c) *Intromisión en los derechos de la personalidad de las personas no incapacitadas. a'. Consideraciones generales.* La capacidad natural es el presupuesto

imprescindible para que el consentimiento sea válido y legitime la intromisión de los terceros en los derechos de la personalidad.

Ahora bien, cuando las personas mayores de edad no incapacitadas no están en condiciones de decidir por sí mismas, las leyes no dan una solución precisa; algunas normas prevén lo que se denomina la prestación del consentimiento por sustitución (por ejemplo en el ámbito sanitario el art. 14.1 b Ley 6/2002 de Salud de Aragón) de manera que el consentimiento lo emite el representante legal, pero si la persona no está incapacitada no tiene representante legal, estos son problemas que, como indica PARRA, resuelve el legislador en el art. 35 CDFA: *Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del mayor de edad no incapacitado que no esté en condiciones de decidirla por sí mismo requiere el consentimiento del cónyuge no separado judicialmente o de hecho o, en su defecto, del pariente más próximo o allegado que se ocupe de él. A falta de tales personas resolverá el Juez lo que estime más conveniente para este.*

El legislador aragonés ha buscado con este precepto un cauce flexible para permitir estas actuaciones exigiendo el consentimiento de su cónyuge no separado judicialmente o de hecho o en su defecto del pariente más próximo o allegado que se ocupe de él, resolviendo, en última instancia el Juez, si faltan estas personas.

*b'. Internamiento.* Esta situación se regula en el art. 36 CDFA. La regla general, si el internamiento (o la permanencia en el centro asistencia) es contra de la voluntad de la persona se requiere autorización judicial.

Como señala SERRANO el internamiento supone una privación de libertad, por lo que debe realizarse con el previo consentimiento de la persona.

Con todo, el internamiento en centros de salud o de formación especial está previsto facultativamente cuando la persona presenta un trastorno psíquico, o bien no están en condiciones de consentirlo o bien se oponen a él. Para estos supuestos, en el ámbito estatal el art. 763 Lec. exige que el internamiento se lleve a cabo con autorización. La STC 141/2012 establece los límites judiciales que se deben seguir en todos los procedimientos judiciales relacionados con el internamiento urgente en centro asistencial de personas especialmente vulnerables como son las personas con discapacidad en posesión de sus derechos a que se respeten los límites establecidos en la Ley, sobre todo en lo relativo a su libertad personal y en los plazos establecidos al efecto, para que todo ello redunde en beneficio de la persona ingresada.

*E. La incapacitación. a) Concepto y regulación.* El Diccionario del español jurídico define incapacitación como "La declaración judicial que limita o anula la capacidad de obrar de una persona estableciendo para ello un régimen de protección que normalmente consiste en la tutela" o en su acepción

exclusivamente civil, afirma que es el “Estado legal de la persona afectada por una sentencia de incapacitación”.

Definición que se ajusta lo previstos en el art. 38 CDFA, que en su texto refunde las previsiones de los arts. 199 Cc. y 761.1 Lec., al disponer en sus párrafo 1 y 2 que: *1. Nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado.*

*2. Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.*

Como se afirma en el Preámbulo, las causas de incapacitación reguladas en este precepto no se apartan de las hasta ahora establecidas, con excepción de la prodigalidad.

En efecto, los párrafos 1º, 3º, y 4º reproducen expresamente lo previsto en los arts. 199 a 201 Cc. que, hasta el 23 de abril de 2007, se aplicaban de forma supletoria en Aragón, y ahora son inaplicables por este concepto al regularse expresamente en el Código foral. Ningún cambio material ha operado: nadie puede ser incapacitado si no es mediante sentencia judicial y por causas previstas en la Ley.

Las causas, evidentemente, son las enfermedades o deficiencias persistentes que impiden a la persona gobernarse por sí misma. Si bien, la enfermedad sólo trasciende aquí, y es causa eficiente de la incapacitación, si impide a la persona autogobernarse, pues es por esa ineptitud, más que por aquella causa, por lo que este enfermo va a ser privado de su capacidad y sometido a guarda (SILLERO CROVETTO, SERRANO).

En el mismo sentido se pronuncia la en la STSJA 14/01/2019 al afirmar que “La definición de lo que ha de ser tenido por causa de incapacitación conforme a los preceptos antes trascritos [art. 38.1 y 2 CDFA] es idéntica, pues de ella ha sido tomada, a la que contiene el art. 200 CC, (...). Por ello, es pertinente la cita de la STS nº 552/2017, que destaca con la doctrina que lo relevante no es el diagnóstico de una concreta dolencia, cuál sería el trastorno delirante de contenido pleitista, sino los efectos que la persistencia en la enfermedad o la dolencia provoca en el autogobierno de la persona que la padece”.

Por lo demás como recuerda la SAPZ 20/03/2014 la “declaración tiene carácter constitutivo y no produce efectos retroactivos”.

Los menores de edad, en cuanto que no son incapaces, sino personas en formación, podrán ser incapacitados si concurre en ellos causa de incapacitación (enfermedades o deficiencia persistentes de carácter físico o psíquico que impidan el autogobierno) que se prevea, razonablemente, que persistirá después de la mayoría de edad (art 38.4 CDFA) [*Infra F*].

Como señalan los tribunales (STS 29/04/2009) y la doctrina (ATIENZA) la incapacidad y la tutela (en ciertos casos) no solo son compatibles, sino que son exigencias de la dignidad humana y son medidas de protección de los sujetos, por lo que, acaso, no deban ser erradicadas del sistema con amparo en el Convenio de Nueva York, aun cuando pueden ser medidas residuales (vgr. personas con absoluta falta de capacidad por estar en coma, ser grandes dependientes intelectuales, alzhéimer en su fase más severa, etc.).

b) *Prodigalidad*. La prodigalidad no es en Aragón una causa de incapacidad: el exceso de generosidad no es reprochable si el mismo no va asociado a una enfermedad psíquica que requiera la incapacidad del sujeto con ánimo de proteger su persona y bienes, y no los intereses ajenos (de los legitimarios o ahora de los alimentistas) como tradicionalmente se ha hecho en el Derecho castellano y después en el Cc.

Como se afirmaba en nuestro Derecho histórico “no se da curador al que dilapida o disipa sus bienes, a no ser que además, sea mentecato y privado de razón” y así lo recuerda y aplica la la SAPH de 3/12/2010.

En razón de ello, el art. 38. 3 CDFA establece que: *La prodigalidad no tendrá otro efecto que el de ser causa de incapacidad cuando reúna los requisitos del apartado anterior.*

Como se afirma en el Preámbulo “cabe incapacitar (para protegerlo, como en los demás supuestos de incapacidad) al que dilapida sus bienes cuando por enfermedad o deficiencia psíquica no pueda gobernarse por sí mismo, pero no, sin este presupuesto, limitar su capacidad de obrar en el ámbito patrimonial como medida protectora de intereses ajenos, tal como, en su ámbito de aplicación, establece el Código civil”.

Por ello también, La DT Tercera afirma que, desde el 23 de abril de 2007, nadie puede ser declarado pródigo; si bien las personas declaradas pródigas con anterioridad siguen rigiéndose por las normas de la legislación anterior pero pueden solicitar judicialmente la reintegración de su capacidad.

c) *Patrimonio especial de las personas con discapacidad*. No deben confundirse, como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE, las causas de incapacidad con las enfermedades o minusvalías que permiten considerar a la persona como persona con discapacidad, a efectos de la constitución de un patrimonio protegido.

En efecto, La ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, regula el patrimonio protegido de estas personas, dirigido a satisfacer las necesidades vitales de sus titulares. La ley estatal considera beneficiarios de estas medidas a las personas afectadas por una minusvalía física, psíquica o sensorial con independencia de que estén incapacitadas o no.

En razón de ello, el art. 40 afirma que la regulación estatal es preferente sobre lo dispuesto para los casos de incapacidad (párrafo 1), recordando

el Preámbulo que esta normativa se aplica en lo necesario, pues buena parte de su contenido de Derecho civil ya era posible en Aragón en virtud del principio *standum est charte*, si bien se introducen algunas adaptaciones. Así, se establece que pueden constituir el patrimonio protegido otras personas con autoridad familiar (párrafo 2) y la posibilidad de que la necesaria autorización judicial requerida al administrador sea otorgada también por la Junta de parientes (párrafo 3).

Por demás, como recuerda SERRANO una persona con discapacidad podrá ser incapacitada sólo cuando la minusvalía que padezca cumpla los presupuestos del art. 38.2 CDFA

*d) La capacidad del incapacitado.* La sentencia de incapacitación determina la situación jurídica del incapacitado al establecer la extensión y límites de la incapacitación así como el régimen de protección (tutela, curatela, prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar) a que debe quedar sometido.

Además, en algunos ámbitos es la ley la que señala reglas especiales de actuación (art. 56.2 Cc., para la celebración del matrimonio, art. 121 Cc. para el reconocimiento de hijos, etc.).

Ahora bien, hay casos en los que ni la ley ni la sentencia señalan para determinadas cuestiones el régimen jurídico al que deba quedar sujeto el incapacitado.

Para estos casos, y con especial acierto, pues es la clave del sistema, el art. 39 establece una regla general: se aplicarán con las debidas adaptaciones, al incapacitado menor de edad, así como al mayor de edad sujeto a tutela o autoridad familiar, las reglas sobre la capacidad del menor que no ha cumplido 14 años y al sujeto a curatela, las del menor que los ha cumplido ya.

El sistema no puede ser más coherente: si el sujeto tiene menos grado de discernimiento debe estar más protegido y por ello sujeto a representación; la capacidad de estos sujetos es equivalente, con las debidas adaptaciones, lo previsto para las personas menores de 14 años; por el contrario, si su grado de discernimiento es superior, no deben estar sujetos a representación, siendo suficiente con un complemento de capacidad, por ello su capacidad se asemeja, con las debidas adaptaciones, a la persona menor de edad pero mayor de 14 años.

**E. Incapacitación de los menores de edad.** *a) ¿Cuándo procede?* Como señala el art. 38.4 CDFA, el menor de edad podrá ser incapacitado cuando concurra en él causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.

*b) Legitimación.* Se regula en el art. 757.4 Lec.: *la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela; pero como ya he indicado antes,*



será esta norma estatal la que deberá adaptarse al Derecho sustantivo aragonés y admitir la legitimación no sólo de los padres o el tutor, sino también de otros titulares de la autoridad familiar (art. 88.3 CDFA), como así afirma la doctrina aragonesa (PARRA, SERRANO, BAYOD).

c) *Situación del menor incapacitado*. El menor incapacitado, como señala PARRA, seguirá sujeto a la autoridad familiar, que no se extingue hasta su emancipación o mayoría de edad, y que podrá ser prorrogada, llegada la mayor edad del sujeto, si persiste su situación.

Ahora bien, el contenido de la autoridad familiar será el que se establezca en la sentencia de incapacitación, tal y como establece el art. 44 CDFA: *La potestad de guarda prorrogada o rehabilitada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, conforme a las reglas de la autoridad familiar o la tutela*.

En coherencia con la gradación de la incapacidad prevista en el art. 38 CDFA, el ejercicio de la guardad prórrogada o rehabilitada se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente conforme a las reglas de la autoridad familiar o tutela en función de a qué sujetos corresponda la prórroga o rehabilitación.

Así se afirma en la SJPII nº 2 de Alcañiz 06/03/2008: “En aplicación del art. 41 LDp. [44 CDFA] la autoridad familiar la ejercerán los padres de conformidad con lo previsto en los arts. 53 a 86 LDp. [56 a 89 CDFA]”.

**G. Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda.** a) *En general*. El CDFA regula en la sección 2ª de este capítulo, “la prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda”; situaciones que, como indica el Preámbulo, ya eran admitidas en Aragón aplicando supletoriamente el art. 171 Cc. con las debidas adaptaciones, que ahora se recogen legalmente en los arts. 41 a 45 CDFA, desplazando la aplicación del Cc. en esta materia.

b) *Prórroga*. Las instituciones de guarda del menor, autoridad familiar o tutela, quedan prorrogadas por ministerio de la ley, cuando el menor hubiera sido incapacitado en la menor edad.

Con todo, este automatismo o actuación automática de la prórroga de la tutela o autoridad familiar puede verse matizado por lo previsto en el art. 43 CDFA, que permite acordar la tutela o curatela si así lo exigen las circunstancias concurrentes en el caso.

En efecto, aun cuando los artículos precedentes parecen establecer una aplicación automática de estos mecanismos de guarda del menor, ciertamente no es así: *El Juez, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, puede en su lugar acordar la constitución de la tutela o curatela* (art. 43 CDFA y S JPII Ejea nº 1 de 06/03/2012).

c) *Rehabilitación. a'. Personas sobre las que se ejerce.* Se regula en el art. 42 CDFA, la rehabilitación de la autoridad familiar se produce sobre el hijo soltero mayor de edad, que vive en compañía de sus padres o de alguno de ellos, es incapacitado y no hubiera previsiones al respecto sobre autotutela (arts. 108 y 114 CDFA).

b'. *Personas que la pueden ejercer.* La referencia a los padres en el art. 42 CDFA hace pensar que la rehabilitación sólo procede cuando la autoridad familiar es ejercida por los padres excluyendo de esta figura a otros posibles titulares de la autoridad familiar y también al tutor, como dice PARRA, nada impide, sin embargo, que los titulares de la autoridad familiar o el tutor sean nombrados tutores tras la incapacitación.

c'. *Por Ministerio de la ley.* Este renacimiento casi automático por concurrir los requisitos señalados debe ser matizado, como ya se ha advertido, por lo dispuesto en el art. 43 CDFA.

**H. Extinción de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada. a) Causas generales.** El art. 45 regula las causas específicas que directamente tienen que ver con la situación de incapacitación del menor y la prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda y son las tres que se nominan en las letras a, b y c), a las que luego me referiré; si bien la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada se extingue también por las causas generales reguladas en el art. 93 CDFA: 1. *La autoridad familiar se acaba: a) Por la muerte de los titulares o del hijo. b) Por la emancipación o mayoría de edad del hijo.* 2. *En caso de adopción del hijo se extingue la autoridad de los padres anteriores, salvo si subsisten los vínculos jurídicos con alguno de ellos.*

b) *Las causas específicas.* Se nominan en los tres apartados del art. 45: a) *Por cesar la causa de incapacitación,* como no puede ser otra manera cuando el sujeto recupera su capacidad; b) *por matrimonio del incapaz.* Aquí parece más conveniente dar autonomía al matrimonio y que prevalezca la tutela del cónyuge (art. 116 CDFA); c) *por dificultades para el ejercicio de la autoridad familiar en razón de la avanzada edad o enfermedad de los titulares de la autoridad familiar,* que permitirán dar paso a otra institución de guarda.

c) *Efectos.* Extinguida la potestad de guarda prorrogada o rehabilitada, en caso de que subsista la incapacidad, se procederá a la constitución de la tutela o curatela.

## 10. La ausencia

**A. Antecedentes y regulación actual: Una regulación incompleta. a) Antecedentes.** En el Derecho histórico, dos fueros (F. único *De privilegio absentium causa reipublicae* de 1247 y F. *Ut fratres* de 1349) y una observancia (Obs. 27 *De iure dotium*) atendieron, como indica el Preámbulo del CDFA, a

algunas consecuencias esenciales de la situación de ausencia, en particular para determinar la administración de los bienes del ausente, en la que se da entrada a su mujer.

Tanto el Apéndice de 1925 (arts. 4 y 5) como la Compilación de 1967 (arts. 7 y 8) se ocuparon de estos temas, como excepciones al régimen del Código civil, para tener en cuenta el derecho de viudedad y la administración de los bienes comunes del matrimonio.

*b) Regulación vigente.* Se contiene en Capítulo III del Título Primero, arts. 46 a 55, cuyas normas proceden de la LDp, que dio un impulso notable a la regulación de la ausencia, agrupando bajo esta rúbrica las cuestiones a ella referidas, e introduciendo en nuestro Derecho la parte de regulación que en el Derecho supletorio no armonizaba con los principios aragoneses (SERRANO).

Con todo, la ausencia fue objeto de atención tanto por la Lsuc., que se ocupó de la herencia deferida a persona declarada ausente, al mencionar a la ausencia entre las causas de sustitución legal, así como por la Lrem., que se refirió a la ausencia del cónyuge al regular la gestión del patrimonio común, el derecho expectante y el usufructo de viudedad y, por ello, derogó el art. 7 de la Compilación (SERRANO).

*c) Una regulación incompleta.* El CDFA no regula de una manera completa la ausencia, como indica el Preámbulo, *la regulación de la ausencia, tiene en cuenta las situaciones de desaparición y de ausencia declarada, para señalar, en el primer caso, sobre quién habrá de recaer el nombramiento de defensor del desaparecido y coordinar las consecuencias de la desaparición de una persona casada con las disposiciones sobre gestión de bienes consorciales.*

Ello evidencia que estamos ante una regulación incompleta que requiere de la aplicación supletoria del Derecho estatal.

En concreto, y como ha señalado la doctrina, son de aplicación supletoria en Aragón los arts. 181.1.i.f., 183, 187-2, 188, 190 Cc., más los arts. 193 a 197 Cc. sobre la declaración de fallecimiento, que no se regula en la legislación aragonesa; los arts. 181 (salvo lo indicado), 182, 184, 185, 186, 187, 188, 190, 191 y 192 Cc., han sido desplazados por el CDFA para los desaparecidos o ausentes de vecindad civil aragonesa, aunque no la tengan sus familiares ni quienes hayan de ser sus representantes. La regulación procesal contenida en la LJV es de aplicación general en toda España (PARRA, SERRANO).

*d) Inscripción en el Registro civil.* Las declaraciones de defensa del desaparecido, ausencia y declaración de fallecimiento deben hacerse constar en el Registro civil (art. 198 Cc., redactado LJV) y son inscribibles de oficio (art. 25 LRc), en la Sección 4ª (Tutelas y representaciones legales) aun cuando ni la desaparición ni la ausencia son causas de incapacitación del sujeto. La LRc-2011, todavía no en vigor, regula esta situación de la persona en el art. 78.

**B. Defensor del desaparecido.** a) *Regulación.* El art. 46 CDFA dispone: *Desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias, el nombramiento por el Juez de defensor, para que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave, deberá recaer, por este orden, y salvo motivo grave apreciado por el propio Juez, en:*

a) *El cónyuge presente no separado legalmente o de hecho o el otro miembro de la pareja estable no casada.*

b) *El heredero contractual del desaparecido.*

c) *El presunto heredero legal mayor de edad, pariente hasta el cuarto grado, que discrecionalmente designe el Juez, atendidas la cuantía de su porción hereditaria y la proximidad con el desaparecido.*

d) *La persona mayor de edad, solvente y de buenos antecedentes que, oído el Ministerio Fiscal, discrecionalmente designe el Juez, atendiendo a las relaciones de la misma con el desaparecido.*

Este precepto, como señala PARRA está inspirado en los arts. 181 Cc. y 8 Comp., e incluye al heredero contractual.

El procedimiento es el previsto en el art. 69 LJV, y por ello debemos entender que la competencia recae ahora en el Letrado de la Administración.

b) *Situación que da lugar al nombramiento de defensor.* Como señala la generalidad de la doctrina estamos, acaso, ante una fase previa a la declaración de ausencia legal, que se caracteriza por i) la falta de comunicación con la persona y ii) por la urgencia de la situación (representación en juicio y negocios que no admiten demora, sin perjuicio grave), lo que presupone la falta de un representante del desaparecido. No se requiere, sin embargo, un plazo concreto para poder llevar a cabo la medida de protección.

c) *Nombramiento de defensor.* La finalidad del precepto es establecer el orden de las personas sobre las que debe recaer el nombramiento, salvo motivo grave apreciado por el Juez [Letrado].

En primer lugar el cónyuge del desaparecido, no separado legalmente o de hecho, o la pareja del desaparecido (art. 303 CDFA) y a falta de *partner*, el legislador toma como criterio el llamamiento a la herencia del ausente: el heredero contractual si lo hay, o el presunto heredero mayor de edad del desaparecido hasta el cuarto grado, teniendo el Letrado discrecionalidad para elegir entre los posibles llamados en función de la cuantía de la porción hereditaria y la proximidad de grado con el desaparecido. Por último, si no existen los llamados con anterioridad o no son idóneos o no asumen el cargo, el Letrado de la administración podrá discrecionalmente, y oído el Ministerio fiscal, nombrar a cualquier persona mayor de edad y de buenos antecedentes.

El defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Decreto del Secretario Judicial [Letrado de la Administración] al que deberá dar cuenta de su gestión una vez concluida (art. 155 CDFA). El Secretario judicial [Letrado] puede ordenar las providencias necesarias para la conservación del patrimonio del desaparecido (art. 181. *in fine* Cc., aplicado supletoriamente).

*d) La desaparición del cónyuge.* El art. art. 47 CDFA atiende a la situación de la persona casada tomando como punto de partida el régimen legal de consorciales.

En razón de ello, la ausencia de uno de los cónyuges es relevante el orden a la gestión de los bienes consorciales aportando el legislador como solución las previsiones de los arts. 234 CDFA, de manera que resolverá el juez lo que proceda ante el “impedimento” de prestar el consentimiento necesario por parte de uno de los cónyuges y el art. 240 CDFA, que permite al juez atribuir la gestión de los bienes consorciales al cónyuge presente cuando el otro “se encuentra imposibilitado para la gestión”.

La autoridad familiar sobre los hijos será ejercida por el cónyuge presente (arts. 71, 72 y 91 CDFA).

*e) Fin de esta situación.* La situación de desaparición finaliza cuando aparece la persona desaparecida, así como por la declaración de ausencia legal o de fallecimiento.

**C. La ausencia declarada.** *a) Concepto y procedencia.* La ausencia es la institución jurídica que atiende a la situación de la persona no presente, de quien no se tiene noticia y no se puede comunicar, creándose con ello una situación de incertidumbre sobre su vida (PARRA). En esta situación, ya de incertidumbre, es necesario el nombramiento de un representante que gestione el patrimonio del desaparecido y lleve a cabo las pesquisas de su persona.

Hay una situación de incertidumbre, pero se parte de la existencia del ausente, que conserva su capacidad, por ello en palabras de DE CASTRO “El efecto fundamental de la ausencia respecto a la condición de la persona no es una modificación de su capacidad ni de su estado civil, sino una desconexión entre la persona y el patrimonio administrado por el representante, que afecta reflejamente a su capacidad de obrar”.

Para que tenga lugar la declaración de ausencia deben darse los requisitos que señala el art. 183 Cc, aplicable supletoriamente en Aragón:

*Se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia:*

*Primero. Pasado un año desde las últimas noticias, o a falta de éstas desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes.*

*Segundo. Pasados tres años, si hubiere dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes.*

*La muerte o renuncia justificada del mandatario, o la caducidad del mandato, determina la ausencia legal, si al producirse aquéllas se ignorase el paradero del desaparecido y hubiere transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias, y, en su defecto, desde su desaparición. Inscrita en el Registro Civil la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente.*

b) *Procedimiento.* La declaración de ausencia tiene un doble objetivo: constatar la concurrencia de los requisitos necesarios para su declaración, y nombrar un representante del ausente. Los trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria se expresan en los arts. 70, 71 y 72 LJV.

c) *Legitimación.* Se regulan en el art. 48 del CDFA, desplazando la aplicación del art. 182 Cc.

Están legitimadas las mismas personas que señala el legislador estatal, añadiendo al heredero contractual.

Tal y como dispone el art. 48 CDFA: *1. Tienen la obligación de promover e instar la declaración de ausencia legal, sin orden de preferencia:*

a) *El cónyuge del desaparecido no separado legalmente o de hecho.*

b) *El heredero contractual del desaparecido.*

c) *Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.*

d) *El Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia.*

*2. Podrá, también, pedir dicha declaración cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte.*

d) *Representación del declarado ausente.* Tal y como señala el art. 49 CDFA, la nómina de personas llamadas a representar al ausente son las que indica el art. 46 CDFA como representantes del desaparecido, que en ese mismo orden deberán ser nombradas por el Letrado de la Administración, salvo motivo grave.

El contenido genérico de la representación en esta fase, tal y como indica este precepto *es la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones;* esta última obligación se desarrolla en el art. 50 CDFA. Nos encontramos ante una representación especial que se asimila, en lo no regulado específicamente, a la del tutor (arts. 50.2 CDFA y 71.2 LJV).

Como indica SERRANO el representante ha de ser mayor de edad. El legislador aragonés no distingue, como hace el Cc., entre representantes legítimos (que serían el cónyuge, el heredero contractual y el presunto heredero legal mayor de edad) y representantes dativos (el resto) ya que en Aragón el régimen de derechos y obligaciones es el mismo para cualquiera de estos sujetos una vez que acceden a la representación del ausente (arts. 50 y 51 CDFA).

e) *Obligaciones del representante. a'. Contenido del cargo.* Este precepto junto con el siguiente, regulan el contenido de la función que debe llevar a cabo el representante del ausente. Esta regulación, desconocida en la Compilación, desplaza ahora y hace inaplicables en Aragón, los arts. 185 y 186 Cc.; en consecuencia no se distingue en orden a las obligaciones y derechos entre representantes privilegiados o no.

b'. *Obligaciones.* Las obligaciones que asume el representante del ausente se describen en el art. 50 y son iguales para todos ellos:

a) *Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado.*

b) *Prestar la garantía que el Juez, atendidas las circunstancias, pueda fijar. Queda exceptuado en todo caso el cónyuge.*

c) *Conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles.*

d) *Ajustarse a las normas establecidas en las leyes en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente.*

Cabe destacar que en orden a prestar garantía, se exceptúa, en todo caso, al cónyuge del ausente. Es reseñable que en orden a completar la situación del representante son aplicables las normas de la tutela sobre ejercicio, inhabilidad, remoción y excusa, como ya he señalado (art. 50.2 CDFa).

f) *Facultades y derechos del representante. a'. Posesión y adquisición de frutos.* Como se indica en el art. 50. 1 CDFa, el representante del ausente tiene derecho a la posesión temporal del patrimonio del ausente y hacer suyos los productos líquidos cuando el juez [Letrado] lo decida y en la cuantía que éste señale en función de las circunstancias que señala el precepto (importe de los frutos, rentas, número de hijos de ausente, afecciones que graven el patrimonio, etc.).

La posesión del representante no es apta para usucapir, (no hay posesión en concepto de dueño) sino como mero tenedor de la cosa para conservarla y disfrutarla, perteneciendo el dominio al ausente.

b'. *Administración y disposición.* Al representante del ausente le corresponde la gestión del patrimonio del ausente, esto es la administración y disposición de los bienes, si bien para disponer de los mismos requerirá autorización de la Junta de Parientes o del Juez en los mismos casos que el tutor (arts. 139 y 14 a 17 CDFa).

Como señala PARRA el Derecho aragonés vigente se separa de la previsión del art. 186 Cc. *in fine*, que fue la norma aplicable hasta la entrada en vigor de esta regulación (23 de abril de 2007).

g) *Los derechos de los terceros.* El art. 52 CDFa, a estos efectos dispone: *Si durante el disfrute de la posesión temporal o del ejercicio de la representación alguno probase su derecho preferente a dicha posesión, será excluido el poseedor actual, pero*

*aquel no tendrá derecho a los productos sino a partir del día de la presentación de la demanda.*

El objeto del mismo es resolver la concurrencia de posesiones en relación a los bienes del ausente entre su representante y un tercero al que le puede corresponder también la posesión por haber contratado con el ausente, bien antes de la declaración de ausencia o con posterioridad a la misma. La posesión le corresponderá al reclamante si probase su derecho preferente a la misma.

La última parte del precepto atiende a la liquidación del estado posesorio, señalando que el tercero vencedor en la posesión sólo tendrá derecho a los frutos de la cosa en cuestión a partir del día de la presentación de la demanda.

*h) La declaración de ausencia en el ámbito familiar. a'. Ausencia y economía de matrimonio: art. 53 CDFa.* La declaración de ausencia de uno de los cónyuges atribuye al otro de forma automática la gestión individual de los bienes consorciales; si bien el cónyuge presente, necesitará autorización del Juez o de la Junta del ausente para los actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles de carácter consorcial. Esto es lo que establece el art. 242 CDFa, al que se remite el art. 53.1.

También se ha de tener en cuenta lo previsto en el art. 280.1 CDFa, al disponer que se extingue el derecho expectante del ausente sobre los bienes que enajene válidamente el cónyuge presente sean estos comunes (tiene atribuida la gestión) o privativos del enajenante (art. 280.1 b y e CDFa).

En consecuencia, subsiste el derecho expectante del ausente sobre todos los bienes no enajenados por el cónyuge presente, y también el expectante del cónyuge presente sobre todos los bienes del ausente, a ello es a lo que se refiere el párrafo 2 del art. 55 CDFa.

*b'. Ausencia y usufructo de viudedad.* Esta situación se regula en el art. 54 CDFa. Fallecido el cónyuge presente, sus sucesores pueden tomar posesión de los bienes heredados pero vienen *obligados a hacer inventario* sobre aquellos bienes sobre los que se deba extender el derecho de usufructo viudal del ausente.

*Si aparece el ausente,* deberá serle restituido su patrimonio y tendrá derecho de viudedad sobre todos los bienes del premuerto con la medida y alcance que le correspondiera.

El usufructo viudal no se extenderá sobre los bienes válidamente enajenados por su cónyuge (art. 280 CDFa) ni tampoco sobre los que válidamente hubieran enajenado sus herederos antes de la aparición del ausente (art. 283-2 CDFa).

*Si se prueba la muerte del ausente* (art. 188-1 Cc.) o se declara su fallecimiento (art. 196 Cc) se abre su sucesión en beneficio de quienes tengan derecho a ella, dejando a salvo el usufructo viudal del cónyuge del ausente.



De esta forma se equipara la declaración de ausencia a los efectos de activar el usufructo del viudo presente.

*c'. Otros efectos en el ámbito familiar.* Como señala SERRANO, la autoridad familiar sobre los hijos será ejercida en exclusiva por el otro progenitor y la del declarado ausente queda en suspenso (arts. 72, 91 y 92.2 CDFa); si el único titular de la autoridad familiar fuera el padre ausente, el juez determinará el régimen de guarda o protección (incluida la autoridad familiar de otras personas) y nombrará a la persona o personas que hayan de cumplir estas funciones (art. 92.3 CDFa).

*i) Efectos en el ámbito sucesorio. a'. En general.* Hasta tanto no se emita la declaración de fallecimiento, el declarado ausente conserva sus derechos a la herencia de otras personas y puede reclamarlos desde que reaparezca.

*b'. Llamamiento sucesorio a favor del ausente.* Regula esta situación el art. 55 CDFa: *1. Abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, quienes resulten herederos por no haberse probado la supervivencia de éste deberán hacer, con intervención del Ministerio Fiscal, inventario de los bienes, los cuales reservarán hasta la declaración de fallecimiento.*

*2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el transcurso del tiempo fijado para la prescripción.*

*3. En la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles que reciban los que han resultado herederos, se expresará la circunstancia de quedar sujetos a lo que dispone este artículo.*

Como se puede observar, esta regulación no modifica lo que hasta ahora se venía aplicando en estos casos, pero armoniza mucho mejor la situación jurídica del ausente con el sistema sucesorio aragonés.

Para heredar hay que sobrevivir al causante. En el caso del ausente hasta la declaración de fallecimiento, tomaran su lugar, con la obligación de hacer inventario y reservar sus bienes, los que resulten ser herederos del causante por no haberse probado la existencia del ausente: sustitutos legales (art. 334 CDFa); los que tengan derecho de acrecer (481 CDFa) o aquellos a quienes les pueda corresponder el acrecimiento por ineficacia del llamamiento legal (art. 520 CDFa).

Si reaparece el ausente tiene derecho a los bienes que le hubieran correspondido por herencia, aun cuando estén en manos de terceros, con el único límite de la prescripción; por ello también en la inscripción en el Registro de los bienes inmuebles que reciban los herederos se hará constar esta circunstancia.

*j) Fin de la situación de ausencia legal.* La ausencia legal finaliza: i) Si se prueba la existencia del ausente, bien porque se presenta el ausente o bien

porque se tienen noticias suyas, y se dejará sin efecto sin efecto la declaración judicial de ausencia (art. 75.1, 2 y 3 LJV).

Probada la existencia del ausente cesa la representación del ausente y por aplicación del art. 187 Cc., deberá restituírsele su patrimonio (si no se lo entregan voluntariamente puede ejercer la acción reivindicatoria) pero no los productos percibidos (art. 51.1 CDFa), salvo mala fe interviniente (conocía la existencia del ausente, por ejemplo), en cuyo caso la restitución comprenderá también los frutos percibidos y los debidos percibir a contar del día en que aquélla se produjo, según la declaración del Secretario judicial [Letrado de la Administración].

ii) Por Muerte del ausente. Si se prueba la muerte del ausente, cesará la representación y se abrirá su sucesión (arts. 75.4 y 76 LJV).

iii) Por la declaración de fallecimiento del ausente: en tal caso, como dice art. 195 Cc., cesa la situación de ausencia legal (art. 74.2 LJV).

Como señala SERRANO, la finalización de la situación de ausencia provoca, por tanto, el cese de la representación del ausente y de todas las facultades y derechos que tenía; la restitución del patrimonio del ausente, ya sea a éste, ya sea a sus herederos voluntarios o legales, aunque el representante podrá conservar los frutos percibidos en la medida señala por el Letrado de la Administración; y debe rendir cuentas de su gestión como debe hacerlo el tutor (cfr. arts. 50.2 y 145 a 147 CDFa).

**BIBLIOGRAFÍA:** AAVV (2015): *Manual de legislación europea sobre los derechos del niño*, ed. Consejo de Europa, p. 39 y ss; AAVV (2020): *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de las Naciones Unidas en materia de discapacidad*, dirigido por MAYOR DEL HOYO y DE SALAS MURILLO, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia; ADROHER BIOSCA, Salomé (2019): “La protección de adultos en el derecho internacional privado español: novedades y retos” en *Revista Española de Derecho internacional*, Vol. 71/1, enero-junio Madrid, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.71.1.2019.1.06>, pp. 163-185; ALGARRA PRATS, Esther y BARCELÓ DOMÉNECH, Javier, (2016): “Libertad de los hijos en la familia: Deberes de los hijos y Derecho de Corrección de los padres. Situación en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, p.66; ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2016), “Dignidad Humana y Derechos de las Personas con Discapacidad” en *Revista IUS ET VERITAS*, N° 53, Diciembre, pp. 2262 a 266; BAYOD LÓPEZ, Carmen (2020): “Capacidad de las personas por razón de la edad” en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, dirigida por Carmen Bayod y José Antonio Serrano, ed. Tiran lo Blanch, 2020 pp. 63 a 76; (2018): “Comentario Título Primero, De la capacidad y del estado de las personas (arts. 4 a 55) del Libro Primero Código del Derecho foral de Aragón”, *Código del Derecho foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y jurisprudencia*. Dirigidos por Jesús Delgado Echeverría. Coordinado por Carmen Bayod López y José Antonio Serrano García, ed. Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2015 pp. 105-156. (Reimpresión en 2018); (2015): “Niños mayores de edad. Reflexiones sobre la mayoría de edad en el siglo XXI. Crianza y educación de los hijos mayores de edad a través del modelo aragonés” en *Estudio Jurídicos en Homenaje al profesor García Amigo*, ed. La ley Madrid,

pp. 77 a 111; (2014): “Crianza y educación de los hijos mayores o emancipados y alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites”, en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, coordinado Bayod López y Serrano García, ed. IFC, Zaragoza, pp. 119-202; (2014). “Padres de hijos mayores de edad. Gastos y convivencia”, en *Actas de los vigésimos terceros encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, pp. 181 a 269; (2009): “Derechos de la personalidad de los menores en Aragón. Referencia al aborto de las menores de edad aragonesas. Algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos”, en *Décimo octavos encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp.121-169; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2020): “Transexualidad y menor de edad. Comentario a la STC 99/2019” en CCJC, núm. 112, pp. 307 y ss; BUSTOS MORENO, Yolanda, (2020): “La legitimación de los menores de edad a los efectos del reconocimiento legal de su identidad de género. Estado de la cuestión tras la sentencia del tribunal constitucional 99/2019, de 18 de julio de 2019” en *Derecho Privado y Constitución*, 36, enero-junio pp. 79 a 130; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo (2020), “La transexualidad, hoy: un ejemplo de interpretación sociológica o evolutiva (comentario a la instrucción de la DGRyN de 23 octubre 2018 y a su posible legitimación constitucional desde la STC 99/2019, de 18 julio)”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 104, 2, pp. 69 a 117; DIEGO DIAGO, Manuel Daniel (2017): “Tema 5. Derecho de la persona. Capacidad y estado civil” en *Derecho civil aragonés. Formación a Distancia*, (Director: Manuel Bellido Aspas), ed. Consejo General del Poder Judicial (Madrid); GUILARTE MATÍN-CALERO, Cristina (2019): “La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018” en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de las Naciones Unidas en materia de discapacidad*, dirigido por Mayor del Hoyo y De Salas Murillo, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 361 a 394; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen (2020): “La supresión de la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos y pupilos: ¿un craso error del legislador?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1, pp. 103-139 (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>); LACRUZ MANTECÓN, Miguel L. (2014): “Convivencia con hijos mayores de edad. Contribución de los hijos y reglas de la casa. ¿Cómo hacerlas valer?”, en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?* Coordinado Bayod López y Serrano García, ed. IFC, Zaragoza, pp. 203 a 235; LÓPEZ AZCONA, Aurora (2020): “Capacidad e incapacitación” en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, dirigida por Carmen Bayod y José Antonio Serrano, ed. Tiran lo Blanch, 2020 pp. 77 a 90; MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos (2016): *Curso de Derecho civil I, vol. II. Derecho de la Persona*, 5ª ed. (reimpresión), Edisofer, SL.; MAYOR DEL HOYO, María Victoria (2020): “El Derecho civil aragonés ante la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad: ¿una adaptación condicionada por la reforma del ordenamiento jurídico privado estatal?, en *Actas de los XXIX Encuentros de Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, pp. 191-231; PARRA LUCÁN; Mª Ángeles (2012): “Capacidad y estado de las personas” en *Manual de Derecho civil aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 111 a 163; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, (1954): “La edad en el Derecho aragonés” en *Homenaje a la Memoria de Juan Moneva*, Zaragoza, pp. 419 a 477; SERRANO GARCÍA, J.A. y BAYOD LÓPEZ, C. (2018): *Lecciones de Derecho civil. Persona y bienes*, Kronos, Zaragoza; SERRANO GARCÍA, José Antonio (2008): «Mayoría y de minoría de edad» en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, vol. II. Universidad de Valencia, Valencia, pp. 1051 a 1073; SILLERO CROVETTO, Blanca (2020): “La rectificación registral del sexo y nombre de niñas,

niños y adolescentes trans: presente y futuro”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1, pp. 141 a 172 (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>); TORAL LARA, Estrella, (2020): “Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía”, *Derecho Privado y Constitución*, 36, enero-junio (2020), pp. 179-218; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, (2016): “Comentario al artículo 154 del Código civil”, *Código Civil Comentado*, vol. I, Directores CAÑIZARES, A. y AA. VV, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, pp. 790 y 791.

## §4. RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

José Antonio SERRANO GARCÍA  
*Catedrático de Derecho civil*

### 1. Efectos de la filiación

**A. Pluralidad de legislaciones españolas en materia de filiación. Derecho supletorio.** La filiación no es una materia reservada, en todo caso, a la competencia exclusiva del Estado conforme al art. 149.1.8ª CE. Está regulada en el Derecho estatal (arts. 108 a 141 Cc., filiación por naturaleza; arts. 175 a 180 Cc., filiación por adopción; Ley 14/2006, de 26 de mayo, filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida) y en los Derechos civiles autonómicos de Cataluña (arts. 235-1 a 52 Cc. Cat.) y Navarra (leyes 51 a 63 Fn.).

En Aragón, el art. 1º de la Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre la equiparación de los hijos adoptivos, modificó el art. 19 de la Compilación (que había quedado sin contenido en la reforma de 1985) y reiteró en él la equiparación ya existente en la legislación estatal (art. 108 Cc., red. 1981) entre los hijos adoptivos y los por naturaleza. Con posterioridad, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona (LDp.), introduce en el Tít. de las relaciones entre ascendientes y descendientes un primer capítulo sobre efectos de la filiación (actuales arts. 56 a 62 ) con la finalidad de enlazar la tradicional regulación aragonesa del deber de crianza y educación de los hijos y la autoridad familiar de los padres con la filiación, en cualquiera de sus modalidades, dado que la filiación es el presupuesto de las relaciones entre ascendientes y descendientes.

Como la regulación aragonesa es muy escasa, en todo lo no regulado en los arts. 56 a 62 , a los regidos por la ley aragonesa (arts. 16.1, 9.4 y 9.5 Cc.: como regla, cuando la residencia habitual del niño esté en Aragón), se aplica supletoriamente la regulación del Estado sobre filiación y adopción.

**B. Contenido y trascendencia del nuevo Capítulo.** El contenido y extensión de los tres Capítulos del actual Título sobre relaciones entre ascendientes y descendientes (*Efectos de la filiación, Deber de crianza y autoridad familiar, Gestión de los bienes de los hijos*) es bastante distinto del que tenían los tres que había en la Compilación (*Relaciones personales, Bienes de los menores, Representación legal de los menores*). El Capítulo Primero es enteramente nuevo, salvo la indicada relación con el art. 19 Comp.

La filiación es una de las relaciones jurídicas más ricas en contenido y sus efectos o consecuencias se proyectan en diversas áreas, tanto de Derecho privado como público. Buena parte de los efectos contenidos en este nuevo Capítulo, todos propios del Derecho de la persona y la familia, están inspirados básicamente en los arts. 108 a 111 y 160 y 161 del Cc. (*Principio de igualdad, Apellidos del hijo, Padres con hijos menores, Eficacia limitada de la filiación*). Se renuncia a regular los apellidos y se formulan de manera más precisa los derechos recíprocos de padres e hijos así como el derecho de relación personal del hijo, además se adiciona una norma netamente aragonesa sobre gastos de mater-

*nidad* (art. 62). La capacidad ampliada del menor mayor de catorce años es tenida en cuenta para alterar el orden de los apellidos y para dejar sin efecto las restricciones a la eficacia de la filiación.

Lo que regula el Capítulo son algunos de los *efectos de la filiación* y, por tanto, en cuanto derivados de ella, no dependen de que los padres tengan o ejerzan la autoridad familiar sobre el hijo, y se producen en todo caso, tanto si viven juntos o separados. En este sentido, son algo previo o paralelo y, en su caso, complementario de la relación del hijo menor con los padres titulares de la autoridad familiar sobre él.

La referencia a la filiación, y en especial a la adopción (art. 56 ), sirve de recordatorio de la competencia de Aragón para legislar en estas materias y de que, mientras no lo haga, se aplica supletoriamente la legislación estatal (*cfr.* art. 2 Ley 3/1988).

La trascendental STC 88/1993, de 12 de enero, reconoce que «el Legislador aragonés puede, en conexión con el contenido de su Derecho civil propio, ordenar determinados aspectos del status de los hijos adoptivos» (Vid. fundamentos jurídicos 3, 4 y 5). Cosa que, sin embargo, no ha considerado oportuno hacer todavía. En el Derecho histórico de Aragón hay breves referencias a la adopción en el Fuero único *De adoptionibus* (1247) y en la Observancia 27 *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum*, que permiten adoptar aunque haya hijos por naturaleza; el Fuero de Jaca y la Compilación de Huesca también permiten adoptar a las mujeres; otra especialidad es la equiparación, a efectos sucesorios, entre los hijos legítimos y los adoptivos (que mucho más tarde se recogería en el Cc.); también se practican por costumbre determinadas instituciones especiales de acogimiento o arrogación (el acogimiento consuetudinario o la dación personal) que guardan cierta relación con la adopción. Y también se contempla el desahillamiento (Fs. *De exheredatione filiorum* y Obs. 1ª *Ne pater vel mater pro filio teneatur*).

**C. Principio de igualdad de las filiaciones.** Bajo la rúbrica *principio de igualdad*, dice el art. 56: *La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de la ley.* (el art. 108.2 Cc., del que es reproducción, en lugar de “la ley” dice de “este Código”). La igualdad de efectos entre las distintas clases de filiación, es una concreción de la norma constitucional de igualdad de los españoles y no discriminación por razón de nacimiento (art. 14 Const.) y de la consiguiente igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 Const.). La última frase, “conforme a las disposiciones de la Ley”, deja a salvo la posibilidad de que en algún caso pueda manifestarse alguna diferencia de régimen, que no debe ser discriminatoria.

La igualdad entre las filiaciones no es absoluta, pues lo prohibido es la diferencia de trato no basada en una justificación objetiva y razonable; por ello, por ejemplo, hay diferente régimen jurídico en orden a la determinación, prueba y acciones de la filiación matrimonial y no matrimonial, en razón de que la realidad social y presupuestos subyacentes son distintos según haya o no matrimonio; también tiene tratamiento especial la filiación incestuosa. En

lo demás, y por lo que se refiere a efectos propiamente dichos, la equiparación plena es la regla en cuanto al *status familiae* y parentesco, nombre, autoridad familiar, alimentos, sucesión *mortis causa*, nacionalidad, vecindad, etc.

**D. Apellidos de los hijos.** Los apellidos son el derecho a que el origen familiar luzca en las señas de identidad de la persona. El art. 57 dice: *1. La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley* [reiteración del art. 109.1 Cc.]

*2. El hijo, desde que cumpla los catorce años [y sin necesidad de asistencia], podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos.* En cambio, el art. 109.4 Cc. sólo lo permite *al alcanzar la mayor edad*. Para la sustitución del nombre propio *vid.* art. 25 . En ambos casos se hace aplicación de la capacidad ampliada del menor aragonés mayor de catorce años.

La regulación de los apellidos, que se estudia en la asignatura *Persona y Bienes*, hay que completarla con lo dicho en los apartados 2 y 3 del art. 109 Cc. y en la legislación del Registro Civil: arts. 55 y 56 LRC-1957, 194 RRC; 49 y ss LRC-2011. Además, en los casos de eficacia limitada de la filiación hay que tener en cuenta lo dicho en el art. 61.2 (111.2 Cc.).

**E. Deberes de padres e hijos durante toda su vida.** Desde la reforma de 2006 el Derecho aragonés cuenta con una formulación de los deberes de padres e hijos *a lo largo de toda su vida*, inexistente en el Código civil. Dice el art. 58 : *1. Padres e hijos se deben mutuamente, durante toda su vida, respeto [el incumplimiento del deber de respeto puede ser causa de indignidad, desheredación o exclusión de la sucesión], ayuda [personal y espiritual] y asistencia [material o económica].*

*2. El deber de asistencia comprende la obligación de prestar alimentos [arts. 142 y ss. Cc.] y la de contribuir equitativamente [personal y/o económicamente], durante la vida en común, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares.*

La relación de filiación entre padres e hijos es bilateral y estos deberes son recíprocos o mutuos, no son exclusivos de la minoría de edad del hijo, ni dependen de que los padres tengan la autoridad familiar o su ejercicio, tampoco de que exista o no convivencia entre padres e hijos (salvo para el deber de contribución).

Dentro del deber de asistencia, la obligación de prestar alimentos se da tanto si hay convivencia como si no, mientras que la obligación de contribución a la satisfacción de las necesidades familiares requiere que haya vida en común. Ciertamente durante la minoría de edad del hijo estos deberes de los padres no son iguales que los de los hijos, porque éstos están faltos de capacidad y, normalmente, de medios o posibilidades y no así sus padres; pero pensados como deberes que duran toda la vida de padres e hijos pueden formularse como recíprocos y mutuos. Por otra parte, la obligación de los hijos,

cualquiera que sea su edad y mientras convivan con sus padres (juntos o por separado), de contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares tiene un desarrollo pormenorizado en los arts. 66 (contribución personal), 67 (contribución económica) y 70 (contribución de los hijos mayores de edad convivientes).

Por lo demás, durante la minoría de edad del hijo, y también después mientras resulte de aplicación el art. 69, es cierto que los padres tienen, con preferencia sobre la obligación de alimentos legales, el deber unilateral de criar y educar a su hijo (arts. 63, 65 y 69), deber que se mantiene tras la ruptura de la convivencia de los padres (art. 77 y 82) y no se extingue aunque alguno de ellos (o ambos) forme pareja estable o contraiga nuevo matrimonio (STSJA 12/05/2008). El deber de crianza y la autoridad familiar sobre los hijos menores son también efectos de la filiación.

**E. Derechos-deberes de los padres con hijos menores.** Durante la minoría de edad de los hijos, dice el art. 59 que *los padres, aunque no ostenten la autoridad familiar o no vivan con el hijo menor, tienen el derecho y la obligación de:*

a) *Velar por él.* Atender diligente y delicadamente a su persona para que se desarrolle y reciba una formación conforme a su personalidad: art. 5.1 .

b) *Visitarlo y relacionarse con él.* Tiene adecuado desarrollo en el art. 60 .

c) *Informarse recíprocamente, aun cuando vivan separados, acerca de la situación personal del hijo.* Estos derechos-deberes específicos de los padres durante la minoría de edad de los hijos se tienen también por el mero hecho de la relación de filiación. Los de las letras b) y c) sirven de instrumento para cumplir el de la letra a). Son deberes respecto del hijo menor que es el titular del derecho a que se cumplan en su beneficio; pero son también derechos, más que frente al hijo cuyo interés prevalece en caso de conflicto, frente al otro padre.

Para los padres que tienen la autoridad familiar, forman parte del contenido de la crianza y educación (art. 65); pero aunque un padre, o ambos, no ostente la autoridad familiar o haya quedado excluido de ella, sigue teniendo estos derechos y obligaciones con sus hijos menores (art. 61.4). También se mantienen en los casos de ruptura de la convivencia entre los padres, y tras la ruptura es el tipo de guarda y custodia establecido el que facilita su cumplimiento mediante el régimen de convivencia (custodia compartida, padre custodio individual) o de visitas (padre no custodio) con los hijos (arts. 77 y 80).

Los deberes derivados de la filiación —arts. 58 y 59, y 63 y ss. del— deben ser cumplidos de forma espontánea y no precisan ser exigidos por terceros (STSJA 14/2013, de 28 febrero).



**G. Relación personal del hijo menor.** Como complemento y desarrollo del art. 59.b), dispone el art. 60 : 1. *El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja.*

2. *Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija.*

3. *El Juez, a petición del menor, padres, abuelos, parientes o allegados, y atendidas las circunstancias, podrá suspender, modificar o denegar la relación con el menor si su interés lo requiere. También puede adoptar las medidas necesarias con vistas a la efectividad de esta relación personal, especialmente cuando los padres vivan separados.*

El ejercicio de este derecho por el hijo tiene un efecto muy beneficioso en su desarrollo psico-emocional (SAPZ 11/3/2009). Es un derecho concebido fundamentalmente en beneficio suyo, es él quien tiene un especial protagonismo en las relaciones personales con sus padres (para éstos es un derecho-deber o un derecho función), abuelos, otros parientes y allegados y un interés más relevante en disfrutarlas. Derecho que se mantiene tras la ruptura de la convivencia de los padres (art. 76.3, 79.2 ) y que se concretará en función del tipo de guarda y custodia establecido (art. 80 ), ya sea en el pacto de relaciones familiares o en las medidas judiciales. Pero no se trata de un derecho libremente disponible, tampoco para el menor, pues todas las relaciones personales con el hijo menor son funcionales, es decir, no pueden ser ejercidas sino en interés del menor, de modo que cuando el interés del menor lo exija, los padres y guardadores podrán impedir las y el Juez suspenderlas, modificarlas o denegarlas (SS TSJA 37/2013, 24/7; 16/2016, 10/6; 4/2017, 8/2; 10/2017, 11/5; 5/2020, 30/1).

El reconocimiento de este derecho se funda en los arts. 8.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (STSJA 5/2020, 30/1).

**H. Relación personal del menor con sus abuelos.** Afirma la importante sentencia TSJA 5/2020, de 30 enero, en un caso en el que existen problemas de relación entre los padres de los menores y los abuelos paternos, que, aun siendo los menores titulares de este derecho de relación personal, los abuelos tienen legitimación para ejercitar una pretensión sobre la fijación judicial de los límites y configuración de esas relaciones, cuando exista oposición de los progenitores de los niños, nietos de los demandantes. Pero también indica que el derecho a la relación con los abuelos no se extiende a exigir por éstos un régimen de visitas y estancias similar al que puede corresponder al progenitor no custodio en casos de separación o divorcio, porque la configuración legal de la relación de hijo con los padres es esencialmente

distinta y requiere un régimen de visitas que permita la relación próxima y fluida de los hijos e hijas con ellos, para poder cumplir las funciones propias de la autoridad familiar y, en todo caso, las de su derecho-deber de visitar al hijo menor y relacionarse con él (art. 59.b). La distinta naturaleza de la relación con padres y con abuelos la había señalado la SAPT 26 febrero 2013.

El régimen de la relación con los abuelos tiene una finalidad distinta (trato especial y enriquecedor para el nieto, que da derecho a tener un estrecho contacto personal con él: STS 18/2018, de 15 enero), y, por tanto, la forma de determinarla ha de ser también acorde a esa configuración. En concreto, dice la STSJA 5/2020 que el juez, en caso de discrepancia de criterios entre los abuelos y los padres de los infantes, ha de resolver de forma tendente a facilitar esa relación, estableciendo un régimen que produzca seguridad a todos ellos, especialmente a los menores; que permita a los abuelos estar con los nietos y disfrutar de su presencia; pero, a la vez, que no obstaculice el régimen normal de educación de los progenitores, quienes han de velar por la crianza y educación de los hijos, lo que a su vez incluye el ejercicio de los deberes y derechos establecidos legalmente para el cumplimiento de esa función, entre los que se encuentra el de tenerlos en su compañía, en la forma regulada en el art. 65.1, a) del : *El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas*. Así, carece de justificación ex art. 60 la imposición de pernoctas con los abuelos algún día en Navidad o varios días en vacaciones de verano, de forma que excluya a los padres de los niños (como han hecho las sentencias de instancia), porque puede obstaculizar el ejercicio de su deber de crianza y educación y su autoridad familiar.

Concluye, por tanto, la STSJA 5/2020 que en caso de discrepancia de criterios entre los abuelos y los padres de los menores, el art. 60 no ampara, dentro de la relación de los menores con sus abuelos, la posibilidad de que los nietos sean separados de sus progenitores durante una semana en verano (julio o agosto) con pernoctas, incluso con desplazamiento a una localidad distinta de su residencia habitual sin necesidad de consentimiento de los progenitores y con la única obligación de facilitar el contacto telefónico de los menores con sus padres dos veces al día, pues el derecho a la relación con los abuelos no justifica la necesidad de pasar con los nietos unos días de vacaciones de forma que los progenitores queden durante ese periodo privados de la relación y convivencia con sus hijos. Lo expuesto no obsta a que las partes puedan en el futuro llegar a acuerdos sobre la forma de relación de los abuelos con sus nietos, en interés de estos.

**I. Gastos de maternidad.** Si los padres están casados entre sí o son pareja estable no casada, los gastos de maternidad son comunes y los dos han de contribuir proporcionalmente a su satisfacción (para los matrimonios: arts. 183.2, 187, 142, 143 y 144 Cc.; para las parejas estables: arts. 307 y 313 ). Pero

el padre puede no estar casado con la madre ni formar pareja estable con ella. Para estos casos, y como recordatorio para los demás, la reforma de 2006, con la finalidad de clarificar la poco feliz regulación dada a esta cuestión en el art. 142.3 Cc., introdujo la siguiente regulación de los gastos de maternidad: *El padre, aunque no esté casado o no conviva con la madre del hijo, está obligado a contribuir equitativamente a los gastos de embarazo y parto, así como a prestar alimentos a la madre, con preferencia sobre los parientes de esta, durante el período de embarazo y el primer año de vida del hijo si la madre se ocupa de él* (art. 62).

En la novedosa y avanzada norma aragonesa queda claro que en todo caso el padre es también responsable, junto a la madre, de los gastos de embarazo y parto, y que, en consecuencia, también debe contribuir equitativamente (en proporción a sus recursos) a estos gastos, aunque sean previos al nacimiento del hijo, en cuanto no estén cubiertos de otro modo. Y ello bien como anticipo del deber de prestar asistencia de todo orden al hijo (arts. 39.3 CE y 58 ), que puede entenderse que, en su beneficio, existe ya desde el momento de la concepción y aunque finalmente el embarazo no llegue a buen término, o bien porque son necesidades particulares de la madre que también ha contribuido a generar el padre.

Además, el padre está obligado en primer lugar, con preferencia a los demás obligados por su condición de parientes de la madre, a prestar alimentos a ésta, en caso de necesidad derivada de la maternidad, aunque no sea su esposa o compañera, durante el período de embarazo y el primer año de vida del hijo si la madre se ocupa de él. Aquí se incluye su sustento y la atención de otras necesidades que no sean propiamente gastos de embarazo y parto, pero que la madre precisa por no poder trabajar normalmente (reducción de jornada, excedencia, en su caso) a causa del embarazo o de una enfermedad derivada del mismo o del parto o por tener que ocuparse del hijo recién nacido.

Si el varón no cumple voluntariamente estas obligaciones, parece que la exigencia del cumplimiento deberá ir unida al ejercicio de una acción de reclamación de su paternidad, lo que la doctrina admite por aplicación de la protección del *nasciturus* con apoyo en los arts. 29 Cc., 6.2 y 765.1 Lec. (PARRA).

**J. Eficacia limitada de la filiación en dos supuestos.** El art. 61 , que es una adaptación al Derecho aragonés del art. 111 Cc. en la que, además, se tiene en cuenta la superior capacidad de obrar del menor mayor de catorce años aragonés, dice lo siguiente:

1. *Quedará excluido de la autoridad familiar y demás funciones tuitivas [representación, asistencia, tutela, curatela, etc.] y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes [alimentos legales], o en sus herencias [sucesión legal], el padre:*

a) Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme [violación].

b) Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición.

2. En ambos supuestos, el hijo no ostentará el apellido del padre en cuestión más que si lo solicita él mismo, desde que cumpla catorce años [sin necesidad de asistencia], o, con anterioridad, su representante legal.

3. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente [en expediente de jurisdicción voluntaria], o, desde que cumpla los catorce años, por voluntad del propio hijo con la debida asistencia.

4. El padre excluido sigue sujeto a las obligaciones establecidas en los artículos 58 y 59.

En los supuestos del art. 61 (el art. 235-14.1 Cc. Cat. añade un tercer supuesto: “Si el reconocimiento se ha hecho con mala fe o con abuso de derecho”) la determinación de la filiación no produce ningún efecto civil a favor del padre que, en cambio, tiene las obligaciones establecidas en los arts. 58 y 59 (debe respetar, ayudar y asistir al hijo, velar por él, visitarlo, relacionarse con él y solicitar información acerca de su situación personal). La privación de efectos se produce de forma automática como sanción civil a la actitud innoble del progenitor.

## 2. Deber de crianza y autoridad familiar. Introducción

A. *Pluralidad de legislaciones. Ley aplicable.* De la filiación deriva también el deber de los padres de criar y educar a sus hijos menores de edad no emancipados, para lo que tienen la necesaria autoridad sobre ellos.

Esta específica relación entre los padres y los hijos bajo su potestad tiene en el Derecho español diversas regulaciones. El Derecho estatal la regula en el Código civil, arts. 154 a 171, con la denominación tradicional de *patria potestad* (“como responsabilidad parental”, añade la ref. 2015). En el Derecho civil catalán hay también una regulación completa de la que llama *potestad parental* (arts. 236-1 a 36 Cc. Cat.). La reforma de 2019 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra ha sustituido el término “*patria potestad*” por el de *responsabilidad parental* y la regula de manera completa en las leyes 64 a 77 (que incluyen también las medidas para el caso de ruptura de los progenitores).

En Aragón, la Ley de Derecho de la Persona de 2006 dedicó un Capítulo, el II, titulado *Deber de crianza y autoridad familiar*, a desarrollar convenientemente lo dispuesto en la Compilación sobre las *relaciones personales* entre ascendientes y descendientes (arts. 9 y 10 Comp.). Como dice el núm. 9 del Preámbulo, las relaciones entre ascendientes y descendientes tienen en su nueva formulación un desarrollo acorde con la tradición propia del Derecho aragonés, esencialmente en la forma en la que se plasmó en la Compilación, pero desembarazada ahora de los condicionamientos externos procedentes de un sistema, el del Código civil, tributario de una tradición radicalmente distinta. La nueva regulación es completa y autosuficiente (Vid. STSJA de 19 de marzo de 2009, ATSSJA de 2 de julio de 2013).

El Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, al que se remite el art. 9.4.2 Cc. (red. 2015), establece que el contenido de la filiación y el ejercicio de la responsabilidad parental se rigen, como regla general, por la *ley del Estado de la residencia habitual del niño*. En consecuencia, haciendo la traslación necesaria al conflicto entre leyes españolas, se aplicarán las normas del Derecho foral aragonés cuando el hijo tenga su residencia habitual en Aragón, con independencia de su vecindad o nacionalidad, eliminándose, por tanto, el anterior criterio que daba preferencia a la ley de la vecindad civil del menor (vid. SS TSJA 27/2015, 6 de octubre, 31/2016, de 21 de diciembre).

**B. Consecuencias de la falta de patria potestad romana en Aragón.** Dice la Observancia 2ª *Ne pater vel mater pro filio teneantur que De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*: “En Aragón, por costumbre del Reino, no tenemos patria potestad”. Con ello se quiere significar que en Aragón no se aplica el régimen de la patria potestad del Derecho romano, caracterizada por su carácter patriarcal (corresponde al padre y no a la madre), absoluto (supone el *ius vitae ac necis* y la propiedad de los bienes de los hijos a ella sometidos) y perpetuo (salvo *mancipatio*).

Son muchas las consecuencias que se derivan de este hecho, están muy bien reflejadas en los núms. 3, 4, 6, 9, 11 y 12 del Preámbulo del CDFA, y aquí nos limitamos a reseñarlas de forma libre.

a) *Consecuencias en el campo de las relaciones personales.* La ausencia de patria potestad romana en las relaciones entre padres e hijos menores expresa que estas relaciones están dirigidas al bienestar de los hijos. La minoría de edad no es una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en los primeros años de su vida, cuando su personalidad se está desarrollando y requieren una formación adecuada a este desarrollo. Con la finalidad de favorecer este desarrollo y esta formación, los menores están sujetos a la autoridad familiar (tutela o curatela), que, como todas las instituciones y normas dirigidas a los menores, están presididas siempre por el criterio del interés del menor. Criterio este hoy central y decisivo en estas materias en todos los países de nuestro entorno, pero que en Aragón pudo ser enunciado sencillamente hace muchos siglos (en particular, por Jerónimo Portolés en el siglo XVI). El sistema histórico, en definitiva, se adelantó en siglos a lo que hoy puede leerse en los Códigos de nuestro entorno. No hay contradicción entre nuestro Derecho histórico y las concepciones del siglo XXI, sino que el desarrollo del Derecho aragonés enlaza con toda naturalidad con las más altas exigencias e ideales de la regulación del Derecho de la persona.

Por la ausencia de patria potestad pudo admitirse que la madre mantuviera unas relaciones jurídicas con sus hijos idénticas a las del padre; así como que la madre, en los mismos casos que el padre, pudiera ser tutora de sus hijos al quedar viuda. Pero aun viviendo ambos padres, como su autoridad operaba sólo en el terreno de las relaciones personales con los hijos, podía coexistir con ella la tutela por terceros de los bienes de los menores.

Por otra parte, el desconocimiento de la patria potestad y la separación entre las relaciones personales y patrimoniales, permitió reconocer relaciones jurídicas familiares flexibles entre nietos y abuelos, así como entre los hijos de una persona y el cónyuge de esta (F. 3º *De tutoribus*, F. 2º *De alimentis*, art. 2 Apéndice), sin darles acceso por ello a la

gestión de los bienes de los menores. La Ley 3/1985 amplió los supuestos de «autoridad familiar de otras personas» a los hermanos mayores del menor.

*b) Consecuencias en la capacidad de obrar, así como en la administración y disposición de los bienes del menor.* Por la falta de patria potestad todos los aragoneses y aragonesas alcanzaban la plena capacidad de obrar al cumplir determinada edad, fijada en los Fueros más antiguos en los catorce años, y que se mantuvo así con el complemento de una protección a su inexperiencia hasta cumplir los veinte: edad que seguía contrastando con la de los veinticinco, que, procedente del Derecho romano, era la más habitual en la Península Ibérica y en Europa.

Pero el menor de edad puede ser titular de sus bienes y derechos, correspondiéndole también su disfrute, pues la ausencia de patria potestad conlleva la carencia de usufructo paterno. Además, los padres no eran considerados, en cuanto tales, representantes de sus hijos, y ahora la representación por el padre o la madre se extingue en edad temprana, a los catorce años.

La autoridad familiar de los padres lleva consigo habitualmente la administración de los bienes del hijo menor, y la disposición de sus bienes hasta que cumple catorce años, pero no como contenido de un poder paterno, sino como función aneja a la autoridad familiar (artículo 9) que no es esencial a la misma.

En definitiva, como dice DELGADO, la autoridad familiar es, en Aragón, solo lo que su nombre indica —poder de dirección de la vida del menor—, y no la constelación de deberes y derechos que, junto a la potestad en sentido estricto, entienden los Códigos (cfr. art. 154 Cc.) por «patria potestad».

*C. Secciones del Capítulo II.* En la reforma de 2006 el Capítulo II, *Deber de crianza y autoridad familiar*, del Título *De las relaciones entre ascendientes y descendientes*, tenía sólo cuatro Secciones: 1ª (*Principios generales*), 2ª (*Ejercicio de la autoridad familiar por los padres*), 3ª (*Autoridad familiar de otras personas*) y 4ª (*Privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar*). Unos años después se aprobó la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, y en 2011, al hacer la refundición, su contenido se intercaló como una Sección más de este Capítulo II, la 3ª (*efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*), con el consiguiente desplazamiento al cuarto y quinto puesto de las Secciones que antes eran la tercera y cuarta. De esta Sección 3ª nada diremos en este Tema (vid. § 18). Nos ocupamos ahora del contenido de la Sección 1ª.

### 3. Principios generales del deber de crianza y la autoridad familiar

*A. Titularidad.* Art. 63. 1. *El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres.*

2. *Puede corresponder a uno solo de ellos o a otras personas en los casos legalmente previstos.*

El núcleo central de la regulación de las relaciones personales entre ascendientes y descendientes, que da sentido a toda ella, es el deber de crianza

y educación de los hijos menores no emancipados, obviamente presidido por el principio de primacía del interés de estos. La autoridad familiar — que no es, conceptualmente, el equivalente de la institución de la patria potestad— es una función atribuida a los padres como instrumento necesario para cumplir de forma adecuada su deber de crianza y educación (núm. 9 del Preámbulo). Tanto el deber como la adecuada autoridad para cumplirlo se limitan al plano de las relaciones personales con el hijo, la representación legal o la gestión de sus bienes no forman parte de su contenido, aunque son funciones anejas.

En el art. 63.1 queda claro que el deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados se antepone a la adecuada autoridad para cumplirlo; que es un deber previo y exterior a la autoridad sobre el hijo, y que puede existir también sin ella como obligación de alimentos o, durante la vida en común, como obligación de contribución a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 58.2). El deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados existe siempre, deriva directamente de la filiación, y corresponde a ambos padres si la filiación ha sido determinada respecto de ambos. Este deber termina con la mayoría de edad o emancipación del hijo, salvo en los casos del art. 69 y en aquéllos otros en que proceda la prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar (arts. 41 a 44).

También como un efecto derivado de la filiación se atribuye a los padres la adecuada autoridad familiar para el cumplimiento del deber de crianza y educación de los hijos menores no emancipados. Esta autoridad es instrumental o funcional, la ley da a los padres la adecuada autoridad de dirección de la vida del hijo menor para poder cumplir el deber de criarlo y educarlo. «La accesoriadad —dice el Prof. DELGADO— de la autoridad familiar con respecto al deber de crianza y educación de los hijos, es decir, su condición de «medio» para cumplir y desempeñar aquella «función», se pone más de relieve a través del adjetivo «adecuada», porque es tanto como decir o, mejor aún, equivale a insistir en que la extensión de la autoridad vendrá medida por su adecuación al cumplimiento de aquel deber». La autoridad sobre los hijos termina con la mayoría de edad o emancipación, a salvo los casos de prórroga o rehabilitación; para la convivencia con hijos mayores de edad hay que atender al art. 70.

La titularidad del deber de crianza y educación, así como de la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a ambos padres, si ambos están legalmente determinados. La regla general, y tradicional en el Derecho aragonés al no conocerse la patria potestad romana, es que la titularidad del deber y de la adecuada autoridad para cumplirlo es dual o conjunta y corresponde por igual a ambos padres, tanto si conviven entre sí como si no.

Pero, como excepción, el deber y la adecuada autoridad puede corresponder a uno solo de los padres si la filiación del otro no está determinada o

ha fallecido ya, y también puede corresponder a otras personas en los casos previstos en los arts. 85 y ss.: padrastro o madrastra, abuelos y hermanos mayores. Además, como el padre excluido (arts. 61, 111 Cc.), privado (art. 90) o suspendido (art. 91) de la autoridad familiar sigue sujeto a las obligaciones establecidas en los arts. 58 y 59, en estos casos ambos padres tienen el deber de criar y educar a los hijos, pero sólo uno tendrá la adecuada autoridad familiar para cumplirlo.

Que la autoridad sea “familiar” sirve para indicar que corresponde a ambos padres, así como para abarcar los supuestos en que la autoridad familiar corresponde a otras personas; también para incardinar la autoridad sobre los hijos en el contexto de las relaciones y funciones familiares (art. 64).

**B. Caracteres de la autoridad familiar.** *a) Función en interés del hijo.* Dice el art. 64 que *la autoridad familiar* [mejor: la crianza y educación de los hijos por los titulares de la autoridad familiar] *es una función inexcusable que se ejerce personalmente, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en interés del hijo.* La adecuada autoridad familiar es un medio o instrumento para el cumplimiento del deber de crianza y educación, cumple esa función; pero la crianza y educación de los hijos por los titulares de la autoridad familiar también es una función puesto que ha de llevarse a cabo siempre en beneficio o interés del hijo (que es algo que ya decía Portolés en el s. XVI). Ahora, el propio legislador tiene dicho que *el menor de edad tiene derecho a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad* (art. 5.1), así como que *los guardadores legales* [en primer lugar los titulares de la autoridad familiar] *ejercerán sus funciones siempre en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y madurez, a fin de dotarle de autonomía en la organización de su propia vida* (art. 5.4). Tampoco hay que olvidar el derecho del menor a ser oído siempre que tenga suficiente juicio y, en todo caso, si es mayor de doce años (art. 6 y normas concordantes). Vid. STSJA 19/3/2009.

La función de los titulares de la autoridad familiar de criar y educar a los hijos es la más importante concreción del deber de los padres recogido en el art. 39.3 CE de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad. La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario. Aquí vamos a destacar exclusivamente lo dicho en el art. 2.4 de la LO 1/1996:

*En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.*

*En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

*Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.*



b) *Función inexcusable*. La crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar es una función intransmisible (está fuera del comercio de los hombres), irrenunciable (tiene carácter imperativo) y que no admite transacción, de modo que sus titulares no pueden librarse de ella ni de las facultades que comprende (sin perjuicio, en su caso, del recurso a la adopción). Cuando por cualquier causa los titulares de la autoridad familiar no desempeñen sus funciones, se nombrará un defensor judicial que represente o asista al hijo menor, hasta que cese la causa determinante o se designe por resolución firme otra persona para desempeñarlas (art. 153.b).

c) *Función de ejercicio personal*. El ejercicio personal excluye la representación, pero no la posibilidad de contar con la colaboración de personas de confianza (el cónyuge no progenitor, parientes, empleados, amigos, instituciones, etc.) en la crianza y educación de los hijos. En el art. 65.1.a se da por supuesta la licitud de la posibilidad de confiar los hijos a personas o instituciones.

**C. Contenido de la crianza y educación de los hijos para los titulares de la autoridad familiar.** Este contenido no lo reguló la Compilación, ni en el Cuerpo de Fueros y Observancias encontramos apenas nada en materia de relaciones personales entre padres e hijos. Desde Portolés hizo fortuna la idea de considerar existente la patria potestad en todo lo favorable al hijo, de modo que al publicarse el Código civil se consideran como contenido de la autoridad familiar el de los preceptos de este Cuerpo legal que, bajo el título de la patria potestad, disciplinan las relaciones personales entre padres e hijos, con exclusión de todo lo relativo a la administración de bienes y la representación, y así lo consignan expresamente tanto el Proyecto de Apéndice de 1899 (art. 20) como el de 1904 (art. 189), lo da por supuesto el art. 2 del Apéndice, que introduce el inciso “en cuanto les sea favorable”; también los Anteproyectos aragoneses de Compilación reclamaban la aplicación como Derecho supletorio de los preceptos concretos del Código civil que regulaban los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos.

En la actualidad es el art. 65.1, procedente de la reforma de 2006, el que dice que *la crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la autoridad familiar los siguientes deberes y derechos*:

a) *Tenerlos en su compañía*. Lo que implica comunidad de vivienda (techo y mesa), también una comunicación afectiva e individual (convivencia), pero no impide contar con la colaboración de otras personas e instituciones a las que se puede confiar transitoriamente el hijo, y siempre en su interés (art. 64). *El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas*. El incumplimiento de esta prohibición faculta para solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos (art. 65.2) o la intervención judicial (art. 10). Si los padres

viven separados el ejercicio de este deber-derecho irá unido al concreto sistema de guarda y custodia de los hijos que tengan establecido.

*b) Proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica, de acuerdo con sus posibilidades.* El deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad (art. 39.3 CE), de acuerdo con sus posibilidades, o deber de alimentos en sentido amplio, tiene adecuado desarrollo en las letras b) y c). Durante la convivencia en común de padres e hijos, el deber de asistencia mutua se materializa en la obligación de contribuir equitativamente, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 58.2). *Los padres contribuyen* personal y económicamente, según lo pactado o las normas que regulen su economía, matrimonial (art. 187) o no matrimonial (art. 307). Tras la ruptura de la convivencia de los padres, se mantienen los derechos y obligaciones propios de la autoridad familiar (art. 76.1), en particular la contribución proporcional a los gastos de asistencia de los hijos a cargo la regula el art. 82. El incumplimiento de este deber permite solicitar la intervención judicial (art. 10).

*c) Educarlos y procurarles una formación integral. Corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de catorce años.* El cambio de colegio de los hijos es una decisión propia de la autoridad familiar que debe adoptarse de consuno por ambos padres (AAPZ 3/3/2009). En el terreno de la educación religiosa, elegir entre la asignatura de religión católica o la de ética de los menores de catorce años —AAPZ 4/11/2008— o decidir si hacen la primera comunión —AAPZ 5/10/2010—, corresponde a ambos padres y, a falta de acuerdo, al Juez.

*d) Corregirles de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad y sin imponerles nunca sanciones humillantes, ni que atenten contra sus derechos.* Dentro de estos límites (y de los derivados del Código penal, por supuesto) se mantiene el derecho de corregir a los hijos e imponerles sanciones por sus faltas, desobediencia o mala conducta (por ejemplo, borrarlos del viaje de estudios programado: AAPZ 25/11/2008). Los límites del derecho de corrección y de las sanciones imponibles dependen en cada momento de los usos sociales y, en última instancia, será la autoridad judicial la que tendrá que decir si se han respetado o no tales límites. El Derecho de corrección ha desaparecido del Código civil (art. 154.2 Cc.).

Añade el art. 65.2 que *para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos [tanto en la propia casa como fuera de ella], los titulares de la autoridad familiar pueden solicitar la asistencia e intervención de los poderes públicos, que deberá serles prestada para reforzar o hacer posible su autoridad familiar.* Por ejemplo, para hacer volver a casa al hijo que la ha abandonado u obligarle a que vaya al colegio. Es un deber de cualquier autoridad administrativa, en particular de la entidad pública competente en materia de protección de me-

nores (arts. 5.6, 119), pero también del Juez o el Ministerio Fiscal (art. 10), así como de la policía, colaborar con los titulares de la autoridad familiar para el cumplimiento de sus deberes y derechos.

*e) Otras funciones, propias o anejas. La función de asistir al hijo menor desde los catorce años es propia de los padres y de las demás personas con autoridad familiar, pues aunque el acto sea de gestión, la asistencia del titular de la autoridad familiar es algo propio del ámbito personal de relaciones. La administración y disposición de los bienes de los hijos es, normalmente, una función aneja a la autoridad familiar de los padres (art. 9.1), pero nunca a la de otras personas (art. 88.3). También como algo distinto de la autoridad familiar, aunque relacionado con ella, la representación legal del hijo, mientras dura, la tienen los padres, en cuanto titulares del ejercicio de la autoridad familiar, y para ellos se extiende tanto al ámbito personal como al patrimonial en cuanto gestores de sus bienes; la tienen también las otras personas con autoridad familiar, pero limitada al aspecto personal.*

**D. Deberes de los hijos bajo autoridad familiar.** Incluso si los padres no son titulares de la autoridad familiar, *padres e hijos se deben mutuamente, durante toda su vida, respeto, ayuda y asistencia* (art. 58.1). El nuevo art. 9 ter LO 1/1996, redacción de 2015, incluye entre los deberes de los menores *relativos al ámbito familiar, el de participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos así como a otros familiares. Además, como contrapartida de la autoridad que tienen sobre él, el menor no emancipado debe obedecer, en todo cuanto no sea ilícito o inmoral, a sus guardadores legales y cumplir sus indicaciones* (art. 5.5). El incumplimiento de este deber justifica el ejercicio del derecho de corregir al hijo desobediente o incumplidor.

**E. El deber de los hijos de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares.** Está previsto de modo general en el art. 58.2, lo desarrollan los arts. 66 (*contribución personal*), 67 y 68 (*contribución económica*), el 70 para los hijos mayores de edad, y se reitera para los hijos de padres casados el art. 187.

*a) Contribución personal del hijo. Mientras el hijo viva con la familia tiene el deber de colaborar en las tareas del hogar y en los negocios familiares, en la medida propia de su edad y de su condición vital, sin que por ello tenga derecho a reclamar pago o recompensa* (art. 66). Esta obligación de colaborar se da tanto si la autoridad familiar corresponde a los padres o a otras personas y con independencia de la mayor o menor edad del hijo mientras conviva en la casa. En este sentido dice el nuevo art. 9 ter LO 1/1996, en su apartado 2 (redacción de 2015), que *los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo.*

El llamado «deber de colaboración» del hijo en las tareas del hogar es lógico extenderlo a la colaboración en los negocios familiares. Esta colaboración dura mientras hay vida en común, depende de su edad (o de la medida de sus fuerzas) así como de sus facultades o aptitudes vitales (su grado de desarrollo puede no ser el normal para su edad). En todo caso, esta colaboración no le da derecho a reclamar nada a cambio, puesto que es cumplimiento de su deber de contribución a las cargas de la vida familiar.

*b) Contribución económica. Art. 67. 1. Los padres que ejerzan la autoridad familiar sobre el hijo pueden destinar los productos del trabajo e industria de este y los frutos líquidos de sus bienes [que no necesiten emplearse para una administración ordenada del patrimonio del hijo] para atender los gastos de su crianza y educación [esta facultad no requiere que los padres convivan con el hijo: art. 82.2]; atendidos esos gastos, los padres que convivan con el hijo podrán destinar la parte sobrante a satisfacer, equitativamente [a la vista de la situación patrimonial y profesional de padres y hermanos], otras necesidades familiares. Si no disponen de otros medios, pueden destinar a este fin [1º: atender los gastos de crianza y educación del hijo; 2º: satisfacer otras necesidades familiares] los bienes del hijo en la parte que, según la situación económica de la familia, resulte equitativa. Hay que respetar esta gradación. A falta de frutos y productos del hijo, los padres han de emplear primero sus propios recursos antes de poder recurrir a los bienes del hijo.*

*2. En uso de su facultad, los padres pueden pedir la entrega de los frutos o la enajenación de los bienes de los hijos que ellos no administren [vid. art. 87.1.c LJV]. Esta presupuesto que los padres pueden disponer de los frutos, rendimientos y bienes del hijo que ellos administren para emplearlos en estos fines.*

*3. La utilización para esos fines de frutos de bienes o bienes que correspondan al hijo por donación o sucesión no puede ser excluida por el donante o causante. Afeción al levantamiento de las necesidades familiares que no supone ningún gravamen de la legítima. Vid. art. 87.1.c LJV*

La consecuencia lógica que se desprende de esta regulación es que si el hijo tiene suficientes frutos o productos propios y los padres quieren hacer uso de esta facultad de exigirle su contribución económica, verán disminuido su deber de contribución, pudiendo llegar a dejar de estar obligados a soportar los gastos de la crianza y educación de un hijo en la medida que éste se halle en condiciones de sufragar por sí mismo estos gastos. El párrafo 3 del art. 21 del Proyecto de 1899 decía: «Los padres no estarán obligados a alimentar al hijo, si éste tiene peculio para subsistir». Vid. art. 82.2.

*c) Contribución económica cuando la autoridad familiar corresponde a otras personas. Art. 68. Los otros titulares del ejercicio de la autoridad familiar [padrastra o madrastra, abuelos, hermano mayor] con los que viva el hijo pueden destinar los productos del trabajo o industria de este y los frutos líquidos de sus bienes para*

*atender los gastos de su crianza y educación. Para ello podrán pedir su entrega a la persona que administre los bienes del hijo [vid. art. 87.1.c LJV]. Esta facultad no puede ser excluida por quien transmita bienes a favor del hijo. A diferencia de los padres, no tienen las otras facultades contempladas en el art. 67.*

#### **4. Hijos mayores o emancipados. Gastos y convivencia**

**A. Gastos de los hijos mayores o emancipados.** Desde la reforma de 2006, y sin un equivalente exacto en otros Derechos, hay en el Derecho aragonés un artículo, el actual art. 69, que regula los *gastos de los hijos mayores o emancipados*. Se trata de hijos mayores o emancipados que no han terminado sus estudios, por tanto próximos todavía a la minoría de edad, y que no tienen independencia económica. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación tienen recursos propios suficientes o han completado su formación profesional, no hay posibilidad de aplicar el art. 69.

Art. 69. 1. *Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete.*

2. *El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.*

a) *Régimen excepcional y más beneficioso para los hijos.* Al llegar el hijo a la mayoría de edad o emancipación se extingue la autoridad familiar (art. 93), se mantiene el deber de asistencia mutua en los términos del art. 58 y, excepcionalmente (como excepción a la regla general del 93.1.a: Ss. TSJA 12/5/2010; 11/2011, de 30/11; 15/2011, de 30/12; 20/2012, de 9/5, entre otras), cuando se dan los presupuestos del art. 69.1 y dentro de sus límites (no es ni puede ser por tiempo indefinido, para no favorecer un “parasitismo social”: STSJA 8/2009, de 2/9), se mantiene también el deber de los padres (o de las otras personas con autoridad familiar: art. 88.3) de costear sus gastos de crianza y educación. La norma trata de dar respuesta a la situación, habitual en la actualidad, del hijo que aun siendo mayor de edad, por no haber terminado su formación, se considera que debe seguir gozando del estatus del menor (STSJA 24/2013, de 17/6; 14/2018, de 11/9).

La obligación que regula este precepto no es la de abono de alimentos en sentido estricto (arts. 93 y 142 Cc.), sino que es análoga a la relativa a los hijos menores; es una prolongación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación, una continuación de la misma, como parte del deber de crianza y educación (art. 65.1.c). El art. 82, con el que hay que relacionar el 69, no deja lugar a dudas de que la obligación corresponde a ambos progenitores,

conforme a las necesidades de los hijos y en proporción a sus recursos económicos (de ambos); la mayor contribución de uno no extingue la obligación del otro, que deberá hacerlo en la medida de sus propios recursos (STSJA 13/2018, de 20/6).

Este régimen especial del art. 69, es claramente beneficioso para los hijos, porque en lugar de tener que acudir al régimen general y más exigente de los alimentos, siguen disfrutando de modo ininterrumpido de la obligación de sostenimiento de sus gastos de crianza y educación por los que eran titulares de la autoridad familiar, aun cuando al ser hijos mayores o emancipados la autoridad familiar sobre ellos haya desaparecido (Ss. TSJA 16/2012, de 16/4; 4/2013, de 5/2; 24/2013, de 17/6).

En caso de ruptura de la convivencia de los padres la determinación y la reclamación de la contribución de cada padre a los gastos de los hijos mayores a cargo (los del art. 69) se rige por el art. 82.

*b) Presupuestos.* El mantenimiento de este deber tiene como presupuestos (por todas, STSJA 4/2013, de 5/2): a) que el hijo mayor no hubiera completado, manteniendo una actitud diligente (STSJA 2/9/2009), su formación profesional (que no incluye la preparación de oposiciones ni la obtención de especialización: Ss. TSJA 11/2011, de 30/11, 15/2011, de 30/12) y b) que no tuviera recursos propios para sufragar sus gastos de crianza y educación (la independencia económica al alcanzar la mayoría de edad impide la prolongación del deber de crianza y educación y éste ya no puede constituirse luego *ex novo*: Ss. TSJA 16/2012, de 16/4; 29/2014, de 25/9).

*c) Límites legales.* Dándose los presupuestos indicados, el deber de los padres sólo se mantiene mientras se cumplan dos límites legales (Ss. TSJA 4/2013, de 5/2; 15/2011, de 30/12): **a)** que, atendiendo al tiempo de duración y a las circunstancias económicas de la familia, sea razonable, dada la diligencia del hijo, exigirles aún su cumplimiento (si ya no es razonable, se extingue); **b)** que el tiempo normalmente requerido para que la formación del hijo se complete no se haya sobrepasado (en otro caso, se extingue). El deber de proporcionar formación profesional a los hijos (que no incluye segundos estudios, estudios de especialización o complementarios ni oposiciones posteriores) no se prolonga de forma indefinida, ni hasta que los hijos alcancen la independencia económica, sino por el tiempo normalmente requerido para completar dicha formación, en todo caso con el límite de los 26 años de edad (STSJA 16/2012, de 16/4; 20/2012, de 9/5; 4/2013, de 5/2; 10/2016, de 2/3).

Dice la STSJA 14/2018, de 11 septiembre, que “no puede sostenerse la obligación de los progenitores de cubrir estos gastos cuando se acredita una situación en la que los hijos no realizan trabajo alguno y, aun estando matriculados en centros docentes de enseñanza superior, no llevan a cabo sus

estudios ni avanzan hacia la titulación —sentencias del TSJA de 2/9/2009, n° 8; 21/3/2012, n° 10; y 11/2/2015, n° 7; y STS 1/3/2001, n° 184—. Pero esta exclusión ha de aplicarse con prudencia y teniendo presente el conjunto de circunstancias concurrentes en cada situación”.

*d) Extinción.* Si no se ha extinguido antes por haber desaparecido alguno de sus presupuestos (finalización de la formación profesional, adquisición de recursos propios) o por haberse sobrepasado alguno de los límites legales (exigencia irrazonable, tiempo excesivo), el deber de los padres no se mantiene indefinidamente sino que se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, normalmente superior (Ss. TSJA 16/2012, de 16/4; 4/2013, de 5/2).

La prolongación del deber de crianza y educación expira al cumplir el alimentista la edad de 26 años, pues así resulta del art. 69, y es doctrina de esta Sala (SS 8/2009, 3/2010, 11/2011, 15/2011, 20/2012 y 24/2013) que, una vez extinguido, no puede ser rehabilitado, de todo lo cual se deduce que la decisión convencional o judicial por la que haya de extenderse más allá del límite legal debe ser anterior a que éste sea alcanzado. Pero basta con que al tiempo de presentación de la demanda el alimentista no haya cumplido la edad de 26 años para que en el proceso pueda acordarse, si se dan los presupuestos del art. 69, la continuación tras ella del deber de crianza y educación. En tal caso el art. 69 no exige una determinación temporal (sic), ni la Jurisprudencia de esta Sala la ha impuesto en su interpretación (STSJA 17/2017, de 17/6).

*e) Derecho del hijo a reclamar alimentos legales.* Extinguido el prolongado deber de los padres de criar y educar a sus hijos mayores o emancipados, queda a salvo el derecho del hijo a reclamarles alimentos legales, previa acreditación de su situación de necesidad, no imputable a él o no causada por su falta de diligencia (Ss. TSJA 16/2012, de 16/4; 23/2012, de 4/7; 4/2013, de 5/2; 24/2013, de 17/6; 17/2017, de 17/7; 13/2018, de 20/6).

La mayoría del TSJA ha entendido que esa reclamación de alimentos puede hacerse por la vía procesal del art. 93.2 Cc. (STSJA 10/2012, de 21 marzo, entre otras); Cumplidos los 26 años o completada antes la formación, ya no se aplica el art. 69, por lo que no resulta vulnerado si se mantiene la pensión al hijo ahora con fundamento en los arts. 142 y ss. Cc. al amparo del cauce procesal del art. 93.2 Cc. (STSJA 24/2013, de 17/6; 13/2018, de 20/6). Pero para ello la causa de pedir ha de fundamentarse en el art. 142 Cc. y no en el art. 69, en otro caso la aplicación de los arts. 142 y ss. puede hacer que la sentencia sea incongruente al modificar la fundamentación de la causa de pedir y generar indefensión (STSJA 15/2014, de 28/3).

Aunque en la fecha del divorcio el hijo sea todavía menor, al mantenerse la situación de convivencia con posterioridad y el uso del domicilio, la norma habilita para decidir, en el propio proceso de divorcio (modificación de

medidas), la citada pensión alimenticia con fundamento en el art. 142 Cc. Ese derecho de alimentos del hijo se extingue en los términos prevenidos en el art. 152 Cc. A partir de ese momento, si surge *ex novo* una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, el propio hijo podrá reclamarla conforme a los arts. 142 y ss. del Cc. (STSJA 10/2012, de 21/3).

**B. Convivencia con hijos mayores de edad.** El art. 70 viene a completar la situación jurídica de los hijos mayores o emancipados. Dice así: *La dirección de la vida y economía familiar corresponde a los padres. Los hijos deben cumplir las reglas de convivencia que los padres dispongan razonablemente y contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares. Los padres podrán exigir del hijo el cumplimiento de esa obligación.*

Los hijos mayores o emancipados a cargo de los padres *ex art.* 69, pero también los que han completado su formación o tienen recursos propios, suelen seguir viviendo con sus padres o con alguno de ellos hasta edades cada vez más elevadas. Estos jóvenes ya no tienen el deber de obedecer a sus padres porque ya han dejado de estar sujetos a su autoridad pero, al seguir viviendo con ellos o a costa de ellos, deben cumplir las reglas de convivencia que los padres dispongan razonablemente, porque la dirección de la vida y economía familiar corresponde a los padres. Si los padres viven juntos, a ambos les corresponde colegiadamente el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar (cfr. art. 186); tras la ruptura de la convivencia, a cada uno de ellos por separado les corresponde la dirección de la vida y economía familiar cuando tengan a los hijos mayores o emancipados consigo. Además, en aplicación del deber de asistencia mutua, durante la vida en común con los padres o con uno de ellos, deben contribuir equitativamente a la satisfacción de las necesidades familiares (cfr. art. 187.3); la contribución ha de ser tanto personal como económica y en todo caso equitativa, es decir, en atención a las capacidades y recursos propios del hijo y a la situación personal y económica de la familia con la que viven.

Siendo reglas de convivencia razonables y la contribución requerida al hijo equitativa, los padres pueden exigirle que las cumpla. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del hijo permite a los padres expulsar al hijo de la vivienda familiar, para lo que, de ser necesario, podrán usar las acciones legales correspondientes. Lo dicho para los padres parece extensible a las otras personas con autoridad familiar (art. 88.3).

## 5. Ejercicio de la autoridad familiar por los padres

**A. Ejercicio por ambos padres.** Cuando ambos padres son titulares del deber de crianza y educación de los hijos, así como de la adecuada autoridad familiar para cumplirlo (art. 63.1), lo normal es que también su ejercicio les corresponda a ambos (art. 71), aunque hay casos en los que dicho ejercicio



corresponde en exclusiva a uno de los padres (art. 72). Nuestro Derecho distingue con claridad entre titularidad, sobre la que no caben pactos, y ejercicio de la autoridad familiar. Lo dicho para el ejercicio de la autoridad familiar por ambos padres sirve también para el ejercicio de la gestión paterna de los bienes de los hijos (art. 94).

Art. 71.1. *Los padres, en el ejercicio de la autoridad familiar, actuarán según lo que lícitamente hayan pactado en documento público. En defecto de previsión legal o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares.*

a) *Según las previsiones legales.* Lo primero, por tanto, es atender a las previsiones legales que en ocasiones hace nuestro Código sobre cómo ha de ser la intervención de los padres en algunos actos o asuntos, unas veces para propiciar la actuación indistinta o separada (p.ej., arts. 23 —asistencia al hijo menor mayor de catorce años—, 24 —intromisión de terceros en los derechos del menor mayor de catorce años—, 33 —asistencia al hijo menor emancipado—) y otras para exigir imperativamente la intervención conjunta (p.ej., arts. 20.1.c —aprobar la intromisión de terceros en los derechos del hijo menor de 14 años—, 21 —autorizar una prestación personal—).

b) *Según lo lícitamente pactado.* No habiendo previsión legal imperativa, hay que atender a lo que los padres lícitamente hayan pactado en documento público sobre el ejercicio de su autoridad familiar, de manera global o para casos concretos. La referencia a lo lícitamente pactado se introduce en 1985 y la necesidad de documento público en 2006. Las normas reguladoras de las relaciones entre padres e hijos son imperativas, razón por la que lo pactado entre los padres respecto del ejercicio de su autoridad sobre los hijos, en cuanto afecta a menores o incapacitados, si no se mantiene el consentimiento de ambos, no podrá ser de obligado cumplimiento. Además de indicar los casos que consideran de actuación conjunta, pueden acordar que uno de ellos ejerza la autoridad familiar con el consentimiento del otro o que la ejerzan ambos con distribución de funciones; a tal efecto pueden otorgarse en escritura pública poderes de carácter general o especial (sobre una concreta incumbencia), pero, sin perjuicio de su utilidad práctica mientras se cumplan voluntariamente, los pactos sobre el ejercicio de la autoridad familiar podrán ser modificados o dejados sin efecto por el Juez en interés del hijo, pues la satisfacción del interés del hijo no puede quedar vinculada a la voluntad pretérita de los padres si las circunstancias han cambiado. Lo pactado habrá de ser tenido en cuenta para resolver las divergencias entre los padres (art. 74).

c) *En defecto de previsión legal o pacto, hay que atender a los usos sociales y familiares.* Para determinar, si los hay, cuándo el ejercicio puede ser separado y cuándo tiene que ser conjunto. Es conforme a los *usos sociales* que en situaciones de urgente necesidad cualquiera de los padres pueda adoptar las

medidas que el interés del hijo exija, dando cuenta inmediatamente al otro; en cambio, para los asuntos de fundamental importancia para el hijo, aunque los padres vivan separados, los usos exigen, si la urgencia no lo impide, la actuación conjunta de los padres o de uno con el consentimiento del otro.

Cuando los padres viven separados de hecho o de derecho, mantienen la titularidad y el ejercicio de la autoridad familiar (art. 76.1) y lo usual es entender que el ejercicio ordinario corresponde a aquél con quien en cada momento el hijo conviva, mientras que para el resto de cuestiones se requiere el consentimiento de ambos (p. ej., salidas al extranjero, cambio de centro escolar, intervenciones quirúrgicas no urgentes, celebraciones religiosas: SJPI Zaragoza N° 6, 1/4/2009). Sobre guarda y custodia de los hijos de padres que han roto la convivencia véase el art. 80.

*d) Presunción legal.* Añade el art. 71.2 que *respecto de tercero de buena fe se presumirá que cada padre actúa en correcto ejercicio de sus facultades*. Tercero de buena fe será el que desconozca los usos sociales y sobre todo los familiares; respecto de él se presume que cada padre actúa en correcto ejercicio de sus facultades y que, por tanto, de ser necesario, actúa con el consentimiento del otro.

**B. Divergencias entre los padres.** *a) Órganos dirimientes.* Art. 74.1. *En caso de divergencia en el ejercicio de la autoridad familiar, cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin.*

Es la solución aragonesa, establecida ya en la reforma de 1985 y mejorada en su formulación en 2006. El órgano dirimente elegido, a diferencia del art. 156.2 Cc. (AAPZ 3/3/2009), resuelve “de plano”, por tanto sin ulterior recurso, lo más favorable al interés del hijo (cfr. arts. 5.4 y 64), y si se trata del Juez lo hace en procedimiento de jurisdicción voluntaria (arts. 85 y 86 LJV). Al ser una divergencia entre los padres sobre un asunto concreto, lo normal será que el Juez o la Junta la resuelvan dando la razón a uno u otro y teniendo en cuenta para ello los usos sociales o familiares y, en su caso, lo lícitamente pactado por los padres (art. 71) (AAPZ 4/11/2008, 16/7/2013). Las medidas cautelares urgentes van por la vía del art. 10 (AAPZ 3/3/2009) y 87 LJV.

*b) Facultad del Juez de atribuir o distribuir el ejercicio.* Art. 74.2. *Cuando la divergencia sea reiterada o concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar, el Juez podrá atribuirlo total o parcialmente a uno solo de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije.*

Esta facultad es exclusiva del Juez, nunca de la Junta de Parientes, conculda con el inciso final del art. 72, y requiere que la divergencia sea reiterada o que concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la autoridad familiar por ambos padres. Esta medida es siempre

temporal y exige que el Juez fije su plazo de vigencia, pero, a diferencia del art. 156.3 Cc., del que procede, que establece un plazo máximo de dos años, no se ha puesto un límite máximo que no pueda ser sobrepasado. La STSJA 28/2019, de 20 diciembre, entiende que los años transcurridos sin que el padre viera a su hija; el bloqueo por aquél de la comunicación con ésta; su falta de interés por contactar con la niña; y la mala relación existente entre ellos, son elementos bastantes para acordar la medida de atribución individual ya que suponen una grave dificultad para el ejercicio conjunto de la autoridad familiar.

El art. 74 sirve también para resolver las divergencias entre los padres sobre el ejercicio de la gestión de los bienes del hijo menor (art. 94).

*C. Ejercicio exclusivo por uno de los padres.* Art. 72. *El ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los padres en los casos de exclusión, privación, suspensión o extinción de la autoridad familiar del otro, y también cuando así se haya resuelto judicialmente.* Hay casos en los que tanto la titularidad como el ejercicio de la autoridad familiar corresponden en exclusiva a uno de los padres (la norma presupone que la filiación está determinada para los dos), pero también hay otros en los que la titularidad sigue siendo conjunta y es sólo el ejercicio el que corresponde en exclusiva a uno de ellos.

Cuando la titularidad de la autoridad familiar corresponda a uno solo de los padres, lo normal será que a él le corresponda también en exclusiva su ejercicio (como excepción, puede haber otras personas con autoridad familiar). Si uno de los padres ha fallecido, no hay duda de que su autoridad familiar se ha extinguido (el art. 93 contempla la extinción de la autoridad familiar como institución); en vida de ambos, mientras duren los efectos de la exclusión, privación o suspensión de la autoridad familiar de uno de los padres, es el otro el titular de ella y de su ejercicio en exclusiva (salvo excepciones).

Aunque la titularidad siga siendo conjunta, también tendrá uno sólo el ejercicio exclusivo, total o parcial, durante el plazo que se haya fijado (el art. 156.3 Cc. dice que “no podrá nunca exceder de dos años”), cuando así se haya resuelto judicialmente en razón de las divergencias reiteradas de los padres en el ejercicio de la autoridad familiar o por concurrir cualquier causa que entorpezca gravemente su ejercicio por los dos (art. 74.2). El Juez, en tales casos, también puede distribuir entre los padres sus funciones. Recordar el caso de la STSJA 28/2019, de 20 diciembre, citado al comentar el art. 74.2).

El progenitor separado que tiene en su compañía al hijo, no por ello tiene el ejercicio de la autoridad familiar en exclusiva, sino que el ejercicio sigue siendo de ambos padres. Únicamente si a la falta de convivencia se añaden otras circunstancias que aconsejen que el ejercicio no sea conjunto, puede el Juez atribuir el ejercicio de la autoridad familiar en exclusiva al progenitor

que convive con el hijo. Esta situación será siempre revisable (art. 74) cuando cambien las circunstancias y sea en interés del menor (STSJA 19/3/2009).

**D. Ejercicio por el padre menor no emancipado o incapacitado.** Art. 73.

1. *El menor no emancipado que tenga suficiente juicio ejercerá la autoridad familiar sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la de la Junta de Parientes o la de un defensor judicial.*

2. *El mismo criterio se aplicará al incapacitado si la sentencia no ha suspendido el ejercicio de su autoridad familiar.*

El precepto no se aplica a los padres menores de 18 años casados porque, en tal caso, son mayores de edad (art. 4). Se requiere que el padre o la madre soltero sea menor no emancipado y que, aunque no haya cumplido los catorce años, tenga suficiente juicio para ejercer por sí mismo la autoridad familiar sobre su hijo, que es acto de carácter personal, y ello aunque el otro progenitor esté determinado y sea mayor de edad, lo que no será muy frecuente; en tal caso, hasta la emancipación o la mayoría de edad del progenitor, la toma de decisiones en ejercicio de su autoridad familiar sobre la crianza y educación de sus hijos requiere contar con la asistencia de sus padres, de ambos o del que tenga el ejercicio de la autoridad familiar sobre él, y, a falta de ambos, de su tutor; en caso de desacuerdo entre los padres o tutores, o entre éstos y el progenitor menor, así como en el caso de imposibilidad de prestación de la asistencia del único padre o tutor, con la asistencia de la Junta de Parientes o de un defensor judicial (del Juez, en el art. 157 Cc.). Vid. art. 86.1 LJV.

También necesita asistencia en el ejercicio de su autoridad familiar sobre su hijo el progenitor incapacitado, casado o soltero, y no suspendido por la sentencia en el ejercicio de su autoridad familiar (para lo cual es necesario que así lo haya dispuesto expresamente la sentencia: art. 91.1.c), que le será prestada por su tutor o curador.

## 6. Autoridad familiar de otras personas

**A. Origen, evolución y regulación actual de esta figura aragonesa.** La inexistencia de la patria potestad en Aragón y la separación entre las relaciones personales y la administración y disposición de los bienes del menor ha permitido reconocer situaciones de convivencia de hecho del menor con personas allegadas, distintas de los progenitores y del tutor, que se ocupan de su crianza y educación en caso de fallecimiento de los padres o cuando éstos de hecho no atienden a sus hijos menores. Concretamente, hasta 1985, los abuelos y el padrastro o la madrastra (F 3º *De tutoribus*, F 2º *De alimentis*, art. 2 Apéndice, art. 10 Comp. 1967); desde 1985 también los hermanos mayores.

La reforma de 1985 introduce innovaciones contrarias al Derecho histórico al extender a estas personas la facultad de administración y disposición de los bienes del menor, así como al exigir, en todo caso, que sean designadas por la Junta de Parientes o el Juez, con lo que ya no se prevé que los abuelos acojan de hecho a sus nietos abandonados, ni

se garantiza al cónyuge supérstite del bínubo la compañía de sus hijastros que con él convivían.

La Ley de Derecho de la persona de 2006 vuelve a limitar esta autoridad a los aspectos personales y no considera necesaria una atribución formal, bastando con la asunción por la vía de hecho con la finalidad de evitar el desamparo del menor; coloca en primer lugar los supuestos de hecho y las personas que en cada uno de ellos pueden asumir escalonadamente la autoridad familiar: en caso de muerte de los padres (del último de ellos), primero el padrastro o madrastra, después los abuelos y finalmente los hermanos mayores; en caso de desamparo del menor, primero los abuelos y, en su defecto, los hermanos mayores; añade en artículo independiente el régimen común a este tipo de autoridad familiar y dedica el último artículo a las divergencias sobre la titularidad o el ejercicio de la autoridad familiar por estas personas (vid. núm. 11 del Preámbulo).

**B. Autoridad familiar del padrastro o la madrastra.** a) *Comparte la del único titular de la autoridad familiar.* Art. 85.1. *El cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad.*

El art. 85.1, dándose la convivencia del menor con el matrimonio del único padre titular de la autoridad familiar, establece —como dice RIVERO HERNÁNDEZ— de forma automática el *status* de padrastro, a diferencia del 9.3 Comp. (reforma de 1985), que lo subordinaba a que así lo pidiera el cónyuge del progenitor del menor, el cual no podría negarlo (interpretación de Delgado), pero resulta más restrictivo que en aquella norma al limitar el *status* del padrastro al cónyuge “del único titular de la autoridad familiar” sobre el menor —lo que exige privación o suspensión de esa autoridad del otro progenitor, si existe, o que no lo haya—, con lo que se evitan los conflictos en el ejercicio de esa potestad con el otro progenitor —por ello fue criticado el art. 9.3 de 1985—. Mantiene el presupuesto del matrimonio, con lo que deja fuera las familias reconstituidas por convivencia en pareja estable. En cuanto al contenido dice que ese cónyuge “comparte [con el progenitor] el ejercicio de dicha autoridad”, semejante al “participará” de la ley de 1985; pero hay que destacar que esa participación —no verdadera titularidad propia, sino legitimación para compartir su ejercicio— comprende todo el contenido de la autoridad familiar, no sólo en lo relativo a las decisiones en asuntos de la vida ordinaria del menor o en casos de riesgo inminente (como en el Derecho alemán y el catalán), lo que amplía notablemente el ámbito de actuación. Por otro lado, desaparece la posibilidad (que preveía el art. 9.3 de la Ley de 1985) de petición a la junta de parientes o al juez que exonere, con justa causa, de la autoridad del padrastro; lo cual no impedirá solicitar a la autoridad judicial su suspensión o privación cuando concorra causa legal suficiente y en interés del menor según las reglas generales (arts. 90 a 93).

b) *Fallecido el único titular, puede asumir su cónyuge la autoridad familiar.* Art. 85.2. *Fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge podrá continuar*

*teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar.*

El art. 85.2, manteniendo el concepto de padrastro o madrastra del apartado anterior, recupera la previsión del art. 10.2 de la Compilación de 1967, suprimida por la reforma de 1985, de que pueda continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de su cónyuge tras el fallecimiento de éste (único titular de la autoridad familiar sobre ellos), de manera que puede encargarse de su crianza y educación asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar, también sometida a control judicial (art. 90.3).

Aunque haya abuelos o hermanos mayores con disposición para hacerse cargo del menor, la preferencia es del padrastro o madrastra. El supuesto de hecho exige la convivencia previa con el hijastro. La facultad de asumir la autoridad familiar sobre él es acorde con la obligación del viudo de alimentar también a los hijos no comunes del cónyuge premuerto (art. 298), sin perjuicio de la facultad del padrastro o madrastra de destinar los productos del trabajo o industria del hijastro y los frutos de sus bienes a atender los gastos de su crianza y educación (art. 68).

El régimen de esta autoridad se completa con lo dicho en el art. 88.

**C. Autoridad familiar de los abuelos.** Art. 86.1. *Fallecidos los padres, si no se hace aplicación de lo previsto en el artículo anterior, o cuando de hecho aquéllos no atiendan a sus hijos menores, los abuelos podrán tenerlos consigo para criarlos y educarlos, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar.*

La autoridad familiar puede corresponder a los abuelos en dos supuestos: a) Fallecimiento de los padres, si no hay padrastro o madrastra que quiera continuar teniendo en su compañía a los hijastros menores; b) Cuando los padres de hecho, con culpa o sin ella, no atiendan a sus hijos menores. La asunción de hecho de la autoridad familiar por los abuelos en caso de situación de desamparo del hijo no conlleva la suspensión de la de los padres (art. 91.2), quienes, mientras no sean judicialmente privados o suspendidos de ella, podrán llevarse al hijo a su domicilio, privando a los abuelos de su compañía, pero, entre tanto, los abuelos cuentan con unas facultades mínimas reconocidas por la ley sobre la persona del menor que tienen consigo.

En ambos supuestos, los abuelos podrán tenerlos consigo para criarlos y educarlos, asumiendo a tales fines de forma automática (art. 88.1) la correspondiente autoridad familiar que comprende, en el ámbito personal, los mismos derechos y obligaciones que la de los padres, y no se extiende a la gestión de los bienes del menor (art. 88.3) para la que, a falta de administrador, podrán ser nombrados tutores (art. 130.1.a). Tienen, en todo caso, la facultad de destinar los productos del trabajo o industria del hijo y los frutos líquidos de sus bienes para atender los gastos de su crianza y educación (art. 68).

El art. 86.2 contiene las reglas para determinar la preferencia entre los abuelos de una y otra rama o entre los de una misma rama si viven separados: *Tendrán preferencia los abuelos de la rama con los que mejor relación tenga el nieto. Cuando los abuelos de la misma rama vivan separados, la preferencia corresponderá al que de ellos más se ocupe del nieto y, en última instancia, al de menor edad.* GIL NOGUERAS plantea, por analogía con el art. 85.1, la posibilidad de que el cónyuge del único abuelo titular de la autoridad familiar pueda compartir el ejercicio de dicha autoridad.

Para resolver las divergencias entre los abuelos sobre la titularidad y ejercicio de esta autoridad familiar hay que atender a lo dicho en el art. 89, y para las concretas divergencias que surjan entre los abuelos titulares al ejercer dicha autoridad, a lo previsto en el art. 74 para los padres (así lo dice el art. 89.3).

A los casos de asunción automática de la autoridad familiar por los abuelos hay que sumar aquellos en los que se la haya atribuido la resolución judicial que establezca la privación o suspensión de la autoridad familiar a ambos padres, o al único titular de ella (art. 92.3).

**D. Autoridad familiar de un hermano mayor de edad.** La reforma de la Compilación de 1985 admite, junto a los abuelos y el padrastro o madrastra viudos y con el mismo tratamiento formal, a los hermanos mayores de edad como personas distintas de los padres que pueden ser titulares de la autoridad familiar sobre los hijos menores no emancipados. La Ley de Derecho de la persona de 2006 mantiene esta ampliación, recogida ahora en el art. 87.

Art. 87.1. *En los mismos supuestos del artículo anterior [fallecimiento de los padres, desamparo de los hijos menores], a falta de abuelos que se hagan cargo de la crianza y educación de los nietos [en caso de fallecimiento, si no se hace aplicación de lo previsto en el art. 85.2], podrá hacerlo uno de sus hermanos mayor de edad, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar.*

Si son varios los hermanos mayores, sólo uno de ellos puede asumir la autoridad familiar sobre el hermano menor: *tendrá preferencia el hermano que mejor relación tenga con el menor y, en última instancia, el de mayor edad* (art. 87.2). Para todo lo demás sirve lo comentado sobre la autoridad familiar de los abuelos (art. 86).

**E. Régimen de la autoridad familiar de estas personas.** Salvo el apartado 4, que cuenta con el precedente de lo dispuesto en el inciso final del art. 10.2 Comp. en la redacción de 1967, el resto del régimen de la autoridad familiar de estas personas contenido en el art. 88 ha sido concretado en 2006 por la Ley de Derecho de la persona que vuelve al entendimiento de la figura en la Compilación de 1967 y en el Derecho histórico y suprime

algunas innovaciones de la reforma de 1985; así, indica el art. 88.1 que no es necesaria atribución formal alguna por la Junta de Parientes o el Juez, bastando con entender que *la autoridad familiar prevista en los artículos anteriores se asume de forma automática al hacerse cargo voluntariamente de la crianza y educación del menor*; también indica expresamente el art. 88.3 que *esta autoridad familiar, en la medida necesaria al cumplimiento del oficio de criar y educar al menor, comprende, en el ámbito personal, los mismos derechos y obligaciones que la de los padres, y no se extiende a la gestión de los bienes del menor* (limitación de la extensión que tiene efectos retroactivos: DT 5ª).

Hacerse cargo de la crianza y educación del menor para evitar su situación de desamparo no es nunca obligatorio para estas personas, pero si voluntariamente lo hacen, la ley les confiere automáticamente una autoridad sobre el menor similar a la de los padres, la necesaria para cumplir el oficio de criar y educar al menor, que asumida es irrenunciable. Y pueden ser privados de ella como los padres (art. 90.3). Si ninguna de estas personas quisiera asumir esta tarea, que incluye la carga de sufragar sus gastos si los padres no pueden hacerlo, habría que recurrir a la constitución de la tutela ordinaria o, en caso de declaración de desamparo del menor, correspondería a la entidad pública la guarda administrativa, con o sin tutela (art. 119).

*Se estará al orden y al contenido señalados por la ley, salvo que, fallecidos los padres, alguno de ellos en el ejercicio de su autoridad familiar hubiera establecido otra cosa en instrumento público* (art. 88.2). Cualquiera de los padres en ejercicio de su autoridad familiar, para el caso de que ambos fallezcan durante la minoría de edad del hijo, puede hacer *previsiones en instrumento público sobre la autoridad familiar de estas personas*, lo mismo que puede hacerlo sobre la tutela (art. 110); estas previsiones, una vez fallecidos los padres, vinculan al Juez (art. 114) y a la Junta al decidir las divergencias sobre la titularidad de esta autoridad familiar (art. 89.2). Si no las hay, *el orden y el contenido de esa autoridad familiar* son los señalados por la ley: el orden es el resultante de los arts. 85, 86 y 87 (padrastro o madrastra, abuelos, hermano mayor de edad); el contenido genérico de la figura lo establece el art. 88.3, a completar con los preceptos que regulan el contenido de la autoridad familiar de los padres (arts. 64, 65, 66, 68, 69 y 70).

La asunción de hecho de la autoridad familiar por estas personas no conlleva la suspensión de la de los padres (art. 91.2), que mantienen sus derechos y obligaciones, en particular el deber de contribuir económicamente a los gastos de la crianza y educación, y que en cualquier momento, cuando puedan y quieran, pueden volver a ocuparse personalmente de sus hijos y poner fin a la situación de guarda de hecho de los abuelos o hermanos mayores. Pero, *si no viven los padres, sólo por motivos de mal trato o incumplimiento de la función de crianza y educación puede ser separado el menor del titular o titulares de esta autoridad* (art. 88.4).



En caso de privación o suspensión de la autoridad familiar a ambos padres, o al único titular de ella, *la resolución judicial puede establecer la autoridad familiar de otras personas*, en cuyo caso ha de proveer también sobre la administración y disposición de los bienes del menor (arts. 92.3 y 130.1.a); pero si el interés del menor lo requiere, puede promover otro régimen de guarda y protección y nombrar a la persona o personas que hayan de llevarlo a cabo. También caben soluciones mixtas: autoridad familiar conjunta de uno de los padres y de los abuelos, por ejemplo.

*La autoridad familiar de otras personas*, para facilitar su prueba y eficacia frente a terceros, *se podrá hacer constar en el Registro Civil* (art. 88.5); lo posibilita ahora el art. 71.3 LRC-2011 al disponer que “en idénticos términos se inscribirá todo lo relativo a las figuras similares o asimilables a la patria potestad, que sean de Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas”.

**F. Divergencias.** El art. 89 se ocupa de las divergencias sobre la titularidad de la autoridad familiar de otras personas (apartados 1 y 2), así como de las divergencias entre los abuelos en el ejercicio de su autoridad familiar (apartado 3).

**Art. 89.1.** *En caso de divergencias sobre la titularidad de esta autoridad familiar, cualquiera de los interesados en ella puede solicitar al Juez que resuelva la cuestión, si no prefieren todos acudir a la Junta de Parientes del menor con el mismo fin.*

Pese a que, según el art. 88.2, cuando no hay previsiones distintas de alguno de los padres para el caso de fallecimiento de ambos, el orden o preferencia entre estas personas es el señalado por la ley en los arts. 85 a 87 (padrastra o madrastra, abuelos y hermano mayor de edad), puede haber divergencias entre los abuelos de una y otra rama sobre la mejor relación de unos u otros con el nieto o entre los abuelos de una misma rama que vivan separados sobre cuál de ellos se ocupa más del nieto (art. 86.2) o entre los hermanos mayores sobre cuál de ellos tiene una mejor relación con el menor (art. 87.2); pero también puede plantearse que, en el caso concreto, el interés del menor exige que se altere el orden legal o que se promueva otro régimen de guarda o protección (tutela).

La fórmula prevista para dar solución a la divergencia es similar a la del art. 74.1, si bien aquí se especifica que la Junta ha de ser la del menor, y no se dice que el Juez resuelve de plano, por lo que la decisión judicial adoptada en procedimiento de jurisdicción voluntaria podrá ser recurrida. Para la decisión de la Junta de Parientes sirve lo dicho en el art. 178.3. Carecen de idoneidad según el art. 173 para ser miembros de la Junta los que tengan un interés personal directo en la decisión a tomar por ella (abuelos o hermanos que aspiren a la titularidad); tampoco parecen parientes idóneos los padres, porque, pese a no estar excluidos, privados o suspendidos de la autoridad familiar, de hecho no atienden a sus hijos.

*La Junta o el Juez, para decidir sobre la titularidad y la forma de ejercicio, oirá a los interesados y al menor que reúna los requisitos del artículo 6, y, teniendo en cuenta la previsión expresada al respecto si la hubiera, decidirá siempre en interés del menor; si el interés del menor lo requiere, promoverá otro régimen de guarda o protección* (art. 89.2). La previsión expresada al respecto en instrumento público por alguno de los padres en ejercicio de su autoridad familiar para el caso de fallecimiento de ambos (art. 88.2), deberá ser respetada salvo alteración sustancial de las circunstancias (art. 114). A falta de previsión de alguno de los padres para el caso de fallecimiento de ambos, el orden legalmente establecido no es vinculante, por lo que la divergencia sobre la titularidad se decidirá siempre en interés del menor. Puede también decidirse sobre la forma de ejercicio, estableciendo las modalidades, cautelas y controles que considere oportunos.

Ahora bien, si no existe previsión de alguno de los padres en tal sentido (o aunque la haya, si ha habido una alteración sustancial de las circunstancias: art. 114), ni la Junta ni el Juez vienen obligados a designar titulares de la autoridad familiar a alguno de los interesados en ella, de manera que, si consideran que el interés del menor así lo requiere, pueden promover otro régimen de guarda o protección (tutela, curatela si está emancipado, adopción) (AAPZ 19/2/2001).

*Las divergencias entre los abuelos [cuando sean dos los titulares] en el ejercicio de su autoridad familiar se resolverán según lo previsto para los padres* (art. 89.3) en el art. 74, artículo al que, sin citarlo, se remite el art. 89.3.

## 7. Privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar

El epígrafe de la Sección 5ª, *Privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar*, es más exacto que el equivalente del Código civil («Extinción de la patria potestad»), puesto que comprende casos de *privación* (con posibilidad de recuperación), de *suspensión* (mientras dura cierta situación) y de verdadera *extinción* (sin posibilidad de recuperación). Por lo demás, su contenido no difiere en exceso del de los arts. 169 y 170 del Código civil.

**A. Privación.** Art. 90 (cfr. art. 170 Cc.). 1. *En interés del hijo, cualquiera de los padres podrá ser privado total o parcialmente de la autoridad familiar por sentencia firme fundada en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.* Enunciado que literalmente resulta más exigente que el del artículo 170 del Código civil: STSJA de 5 abril 2011.

2. *Los Tribunales podrán, en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar cuando hubiere cesado la causa que motivó su privación.*

3. *Este precepto será aplicable a la autoridad familiar de otras personas.*

La privación de la autoridad familiar puede ser total (de todo su contenido, incluidas las funciones anejas de gestión y representación) o parcial (sólo alguna facultad o función) y afectar a ambos padres, a uno sólo de ellos, o a otra u otras personas con autoridad familiar (art. 90.3), pero, en todo caso, es una medida a adoptar por los Tribunales sólo cuando sea lo mejor para el hijo; en tal caso, la privación requiere sentencia firme adoptada en procedimiento contencioso, en causa criminal cuando pueda imponerse como pena accesoria (delitos sexuales, acoso sexual, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores, etc.), o en causa matrimonial cuando en el proceso se revele causa para ello (art. 92.3 Cc.); requiere también estar fundada en el incumplimiento grave (desamparo, abusos sexuales, maltrato físico o psíquico) y reiterado (la “y” es una errata producida en el proceso prelegislativo, que no se ha querido corregir luego) de los deberes inherentes a la autoridad familiar, con cierta connotación sancionadora del incumplidor; si el incumplimiento cesa, los tribunales pueden, en interés del hijo, acordar la recuperación de la autoridad familiar (90.2). El art. 92 alude a otras consecuencias de la privación o suspensión.

La privación de la autoridad familiar es una medida que debe aplicarse por los Tribunales de forma restrictiva y siempre en interés del menor; únicamente puede adoptarse cuando existan razones muy graves que la puedan justificar; la propia dicción del art. 90 (más exigente que el 170 Cc.) indica que no basta cualquier incumplimiento, ha de ser grave y reiterado; y, sobre todo, la privación ha de ser beneficiosa para el hijo. Con la privación de la autoridad familiar no se pretende sancionar una conducta (el incumplimiento de deberes de los padres) sino defender los intereses del menor (SAPT/101/2017, de 27/11). “El entorpecimiento” y “la despreocupación” en general, no pueden fundar una privación de la autoridad familiar respecto al padre durante toda la minoría de edad de la hija, pues el interés de ésta debe presidir el enjuiciamiento (SAPT 102/2017, de 27/11).

El interés del menor se erige así en el eje que debe presidir el enjuiciamiento y resolución de este tipo de procesos, y en ocasiones dicho interés se protegerá adecuadamente permitiendo a los padres la recuperación de la autoridad familiar perdida, pues la privación declarada judicialmente no es irreversible (STSJA 5/4/2011).

**B. Suspensión.** Art. 91.1. *La autoridad familiar quedará en suspenso, en su caso solo para el titular afectado, mientras dure:*

- a) *La tutela automática de la entidad pública.*
- b) *La declaración de fallecimiento o ausencia del titular o titulares, o de alguno de ellos, así como la declaración de fallecimiento del hijo.*
- c) *La incapacitación del titular o titulares, o de alguno de ellos, a no ser que la sentencia haya dispuesto de otro modo.*

d) *La imposibilidad de ejercerla declarada en resolución judicial.* La autoridad familiar de los padres o de otras personas puede quedar en suspenso temporalmente, en su caso solo para el titular afectado, mientras dure alguna de estas causas de suspensión. Menos la imposibilidad de ejercerla, que exige ser declarada en resolución judicial, el resto de causas operan automáticamente la suspensión de la autoridad familiar una vez producidas (tutela automática —art. 119—, declaración de fallecimiento, ausencia o incapacitación del titular o titulares, o de alguno de ellos, y declaración de fallecimiento del hijo). La declaración de ausencia del hijo menor no suspende la autoridad familiar por lo que no es necesario nombrarle un representante (art. 49). La incapacitación del titular o titulares suspende automáticamente su autoridad familiar, salvo si la sentencia dispone otra cosa, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el art. 73.2. En las causas que operan automáticamente la suspensión, el cese de ésta se produce también de modo automático, siempre que el hijo siga siendo menor de edad, al desaparecer (mediante la correspondiente resolución administrativa o judicial) la causa que la originó: extinción de la tutela administrativa (art. 122), reaparición del titular declarado ausente o fallecido, reaparición del hijo declarado fallecido, recuperación de la capacidad. El cese de la imposibilidad de ejercer la autoridad familiar requiere resolución judicial que lo declare.

*La asunción de hecho de la autoridad familiar por otras personas no conlleva la suspensión de la de los padres* (art. 91.2). Esta previsión completa el régimen de la autoridad familiar de otras personas contenido en el art. 88. Si la autoridad familiar de otras personas les ha sido atribuida en declaración judicial habrá que atender a lo dispuesto en ella.

**C. Consecuencias comunes de la privación o suspensión.** Art. 92.1. *La privación o suspensión de la autoridad familiar no suprime las obligaciones de los padres establecidas en los artículos 58 [respeto, ayuda y asistencia] y 59 [velar por el hijo menor, visitarlo y relacionarse con él e informarse recíprocamente de su situación personal].* Lo mismo sucede en caso de exclusión (art. 62.4). El deber de asistencia comprende la obligación de alimentos, que será la forma de cumplir el deber de crianza y educación del hijo menor si falta la convivencia. Las obligaciones de los padres respecto de los hijos establecidas en los arts. 58 y 59 no se suprimen porque son efectos derivados directamente de la relación de filiación; en cambio, la pérdida de la autoridad familiar del padre o madre puede ser causa de extinción de alguno de los deberes del hijo para con ellos (alimentos).

Art. 92.2. *Si es privado de la autoridad familiar o suspendido en ella uno solo de los titulares, continúa ejerciéndola el otro conforme al artículo 72.* Norma de coordinación interna con lo ya dispuesto en el art. 72, que aquí se reitera parcialmente. El titular no privado ni suspendido mantiene la titularidad y el ejercicio de la autoridad familiar.

Art. 92.3. *La resolución judicial que establezca la privación o suspensión de la autoridad familiar a ambos titulares, o al único titular de ella, determinará el régimen de guarda o protección, y nombrará a la persona o personas que hayan de cumplir estas funciones [...].* Apartado inspirado en las normas procesales de los arts. 759 y 760 Lec. para los procesos de incapacitación. En la misma resolución judicial de privación o suspensión de la autoridad familiar a ambos titulares, o al único de ella, hay que determinar el régimen de guarda y protección del hijo menor, y, aunque no se hubiere solicitado en la demanda, hay que nombrar a la persona o personas que hayan de cumplir estas funciones. En interés del menor habrá que elegir entre la autoridad familiar de otras personas (padrastra o madrastra, abuelos, hermano mayor: arts. 85 a 89) o la tutela (ordinaria o administrativa) de menores no emancipados (art. 130).

Finaliza el art. 92.3 diciendo que *si la resolución estableciera la autoridad familiar de otras personas, proveerá también sobre la administración y disposición de los bienes del menor*, porque dicha autoridad no conlleva como función aneja tal gestión (art. 88), si bien el juez podrá nombrarles a ellos, si cree que es lo mejor para el hijo, tutores reales de los bienes que carezcan de administrador (art. 130.1.a).

**D. Extinción.** El art. 93 (*cfr.* art. 169 Cc.) regula las causas de extinción en sentido estricto, sin posibilidad de recuperación o renacimiento posterior, y que afectan a la institución en sí misma: *la autoridad familiar se acaba*, dice. Cuando la autoridad familiar se extingue para uno de los titulares, por ejemplo por muerte, continúa ejerciéndola el otro conforme al art. 72 y no hay extinción de la institución.

*La autoridad familiar se acaba*, en primer lugar, *por la muerte de los titulares [padres u otras personas] o del hijo*. La extinción es total y definitiva si muere el hijo o los dos titulares; también la muerte del único titular extingue la autoridad familiar, pero si el otro está privado o suspendido de ella podrá recuperarla (arts. 90 a 92). En caso de muerte del hijo menor de edad no emancipado, si hubiere peligro en la tardanza, los padres deben continuar atendiendo los negocios de éste para evitar perjuicios a los herederos (art. 99.1).

Se acaba también la autoridad familiar *por la emancipación o mayoría de edad del hijo*. Con la emancipación por concesión o por vida independiente, posible en Aragón desde los 14 años (arts. 30 a 32), se extingue la autoridad familiar (si bien en la emancipación por vida independiente, la revocación del beneplácito de los padres hará revivir su autoridad familiar, lo que hace que sea un caso de mera suspensión), pero el hijo emancipado necesita la asistencia de uno cualquiera de los que fueron titulares de la autoridad familiar o la tutela y, en su defecto, la de su curador, para los actos que enumera el art. 33. A falta de previa emancipación, la autoridad familiar se extingue

por la mayoría de edad del hijo al cumplir los 18 años (art. 4), sin perjuicio de la posible prolongación del deber de los padres (u otras personas) de costear sus gastos de crianza y educación conforme al art. 69, así como de las posibilidades de prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar (arts. 41 a 45).

*En caso de adopción del hijo se extingue la autoridad de los padres anteriores, salvo si subsisten los vínculos jurídicos con alguno de ellos* (art. 93.2). En efecto, en caso de adopción se extinguen los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen (art. 178.1 Cc.) y, por tanto, se extingue la autoridad de los padres anteriores y el hijo pasa a estar bajo la autoridad de los padres adoptivos. No es un verdadero supuesto de extinción de la institución, sino de cambio de titulares. Además, como excepción a la regla general, el art. 172.2 Cc. recoge dos casos en los que, pese a la adopción, subsisten los vínculos jurídicos con uno de los progenitores, que conserva su autoridad familiar, y se añade la conferida al adoptante.

## 8. Gestión de los bienes de los hijos

**A. Administración y disposición del patrimonio del menor.** Terminada la regulación del ámbito personal de las relaciones entre ascendientes y descendientes, en Capítulo aparte se regula la gestión por los padres de los bienes de los hijos bajo su autoridad familiar, como una función aneja a ésta (arts. 94 a 99). La autoridad familiar de otras personas no se extiende a la gestión de los bienes del menor (art. 88.3). Es un Capítulo que presupone muchas de las cosas reguladas en el Capítulo dedicado a la capacidad de las personas por razón de la edad (arts. 4 a 33).

Para empezar, se da por supuesto que los hijos menores pueden tener bienes y ser titulares de un patrimonio, cuyos frutos también les pertenecen, lo mismo que los frutos y productos de cualesquiera otros bienes que se les hubieren confiado (art. 8). El Capítulo es un desarrollo del art. 9, para el caso de que la gestión de los bienes del hijo corresponda a los padres, y, en ese caso, desplaza la aplicación supletoria del Código civil.

Del art. 9 resulta que *la administración de los bienes del menor no emancipado, así como la disposición hasta que cumpla los catorce años, compete a los padres, como función aneja a su autoridad familiar*, con excepción de los bienes cuya administración y disposición correspondan al tutor real, administrador judicial o persona designada por aquel de quien el menor hubo los bienes por donación o sucesión.

Las personas a las que corresponde la administración y disposición de los bienes del menor conforme al art. 9 (como regla general *los padres no excluidos, privados o suspendidos de la autoridad familiar*) *le representan en la realización de dicho tipo de actos* (art. 12.3). Hay que insistir en que *desde los catorce años la disposición de sus bienes corresponde en exclusiva al hijo menor con la asistencia*

de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar (art. 23.1; STSJA 15/6/2011). *Hasta los catorce años*, cuando entre el hijo y el padre o padres que le representen en algún asunto exista *oposición de intereses* se salvará en la forma prevista en el art. 13; el padre o padres que representen al hijo menor de catorce años necesitan *autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez* para los actos contemplados en los arts. 14 (rechazo de atribuciones gratuitas) y 15 (actos de disposición), que se concederá conforme a lo dispuesto en el art. 18, siendo anulables los actos realizados sin la debida autorización en la forma que indica el art. 19.

En cambio, como regla, *los padres siguen administrando los bienes del menor en representación suya después de los catorce años*, si bien desde esa edad los actos de administración pueden ser realizados también por el menor con la debida asistencia (art. 26.1); *pero como excepción, compete exclusivamente al menor*, sin necesidad de asistencia, la administración de los bienes que adquiera con su trabajo o industria, los que se le hubieren confiado a tal fin, así como los frutos y productos obtenidos con ellos, también los que haya adquirido a título lucrativo cuando el disponente así lo hubiere ordenado (art. 26.2).

**B. Ejercicio de la gestión paterna.** *Cuando corresponda a los padres la gestión de los bienes del hijo, incluida la disposición hasta que este tenga catorce años, ejercerán esta función conforme a lo dispuesto para la autoridad familiar [arts. 71 a 74]; en su caso cumplirán lo ordenado válidamente por la persona de quien procedan los bienes por donación o sucesión (art. 94.1).*

Se reitera que la gestión de los bienes del hijo *es una función* que, por tanto, como todas las funciones de los guardadores legales, ha de ejercerse siempre en interés del menor (art. 5.4), además, en cuanto función *aneja a la autoridad familiar* tiene sus mismos caracteres (art. 64).

Los padres, o el que de ellos administre en exclusiva, cumplirán lo ordenado válidamente (sin que haya infracción de la legítima u otras normas imperativas) por la persona de quien procedan los bienes del hijo por donación o sucesión (cfr. 9.2 y 107) y, en su defecto y para los demás bienes, siendo ambos titulares de la gestión, *la ejercerán conforme a lo dispuesto para el ejercicio de la autoridad familiar por ambos padres en el art. 71: según lo que lícitamente hayan pactado en documento público; en defecto de previsión legal [actuación separada para aceptar herencias en nombre del hijo: 346.3; actuación conjunta para repudiar herencias en nombre del hijo —art. 346.3— o para representar a hijos menores o incapacitados en la partición de herencias —art. 366.1—] o pacto actuarán, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares* (los actos de administración extraordinaria y los de disposición que requieren autorización o aprobación de la Junta de Parientes o del Juez, precisan la actuación conjunta); *respecto de tercero de buena fe se presumirá que cada padre actúa en correcto ejercicio de sus facultades.*

Corresponderá a uno de los padres la gestión exclusiva en los casos del art. 72. En caso de que el padre gestor sea menor no emancipado o incapacitado es aplicable lo dispuesto en el art. 73. Y a las *divergencias entre los padres sobre el ejercicio de la gestión* de los bienes del hijo se aplica también lo dispuesto en el art. 74.

**C. Bienes exceptuados de la gestión paterna.** El art. 94.2 (cfr. art. 164.2 Cc.) dice que *se exceptúan de la gestión paterna:*

a) *Los bienes que el hijo adquiera por sucesión en la que uno de los padres o los dos hayan sido desheredados con causa legal o declarados indignos de suceder.*

b) *Los bienes dejados en título sucesorio o donados al hijo con exclusión de la administración de los padres.* Sobre esta excepción es excelente y muy rica en contenido la SAPZ (Sec. 4ª) de 14 marzo 2014. *Vid.* art. 107.

Añade el art. 94.3 que *los bienes del apartado 2 serán gestionados, si nada ha ordenado el causante o donante, por el otro padre, o, si los dos están afectados, por un tutor real nombrado por el Juez.* Habiendo sido designado administrador, el art. 9.2 previene que se esté “a lo dispuesto por el disponente”, y, “en su defecto, serán aplicables las mismas limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor”. Lo ordenado por el causante o donante puede incluir la facultad de disponer “libremente”, lo que incluye la posibilidad de hacerlo sin necesidad de autorización en los casos en que ésta es requerida por la ley (SAPZ (Sec. 4ª) 460/2017, de 31 octubre).

**D. Obligaciones, responsabilidad y derechos de los padres gestores.** a) *Obligaciones.* Art. 95.1 (cfr. art. 164.1 Cc.). *Los padres gestionarán los bienes del hijo con la misma diligencia que los suyos propios* [responsabilidad subjetiva —*quam in suis*—; en caso de daño por dolo o culpa grave: art. 96; en caso de puesta en peligro del patrimonio del hijo: art. 98], *cumplirán las obligaciones generales de todo administrador* [las mismas que las del mandatario] e *inscribirán sus bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad* [para mayor garantía de los intereses del hijo].

Art. 95.2. *Los padres vienen obligados a rendir cuentas de su gestión al cesar en ella* [obligación que les puede ser exigida por las personas legitimadas que indica el art. 99.2]. *Solo tendrán que formalizar inventario o prestar fianza* [de cualquier clase] *cuando existan fundados motivos para ello*, como por ejemplo cuando pongan en peligro el patrimonio del hijo (art. 98) o se hagan sospechosos de mala administración (como decía el art. 14 Anteproyecto del Seminario de la Comisión Compiladora).

b) *Responsabilidad por daño al patrimonio del hijo por dolo o culpa grave.* Art. 96.1. *Si en el ejercicio de la gestión se causa daño al patrimonio del hijo* [o a los bienes y derechos que lo componen] *por dolo o culpa grave* [la diligencia *quam in suis* del art. 95 no exonera de responsabilidad por daños si se actúa con



dolo o culpa grave], *responderán los padres o el que de ellos tenga atribuida en exclusiva la administración*. En el mismo sentido vid. art. 168.2 Cc.

*La responsabilidad será solidaria salvo si uno acredita no haber podido evitar el daño, en cuyo caso quedará exonerado de responsabilidad* (art. 96.2). Como la titularidad de la gestión paterna es normalmente conjunta, aunque el acto lo haya realizado sólo uno de ellos, la responsabilidad por daños que el hijo puede exigirles es conjunta y, para una mejor defensa de los intereses del hijo, solidaria, salvo si uno acredita no haber podido evitar el daño causado por dolo o culpa grave del otro.

*El padre que no haya intervenido en la gestión causante del daño podrá repetir del otro la totalidad de lo pagado* (art. 96.3). Siendo la responsabilidad solidaria, la no intervención en el acto causante del daño no libera al padre no interviniente de la responsabilidad frente al hijo, pero como a él no se le puede imputar el dolo o la culpa grave, se le concede la posibilidad de repetir del otro la totalidad de lo que haya pagado.

*La acción [del hijo] para reclamar esta responsabilidad [de los padres] prescribe [la caducidad es menos favorable para el hijo] a los tres años contados desde que finalice su administración* (art. 96.4).

c) *Medidas judiciales en caso de puesta en peligro del patrimonio del hijo*. Cuando la gestión de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio menor, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza [la puesta en peligro del patrimonio es motivo fundado para ello: art. 95.2] para la continuación en la gestión, o incluso nombrar un tutor real (art. 98). La norma es un trasunto del art. 167 Cc., pero en lugar del nombramiento de un administrador judicial la norma aragonesa ha preferido que se nombre un tutor real. El artículo trata de evitar que una gestión paterna inadecuada ponga en peligro el patrimonio del hijo. La expresión “ponga en peligro”, es un concepto indeterminado que queda sometido a la discrecionalidad del juez. Si se nombra un tutor real los padres quedan privados de la gestión total o parcialmente según lo indicado por el Juez (art. 9.2). Vid. art. 87.1.d LJV.

d) *Derechos*. Dice el art. 97 que *los padres [a diferencia del tutor: arts. 101.3, 105] no tienen derecho a remuneración por razón de la gestión, pero [como tampoco han de resultar perjudicados por el ejercicio de esta función] será a cargo del patrimonio administrado el reembolso de los gastos soportados, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos sin su culpa que no pueda obtenerse de otro modo*. También son a cargo del hijo los gastos que conlleve la restitución de su patrimonio al cesar en la gestión los padres, o cualquiera de ellos (art. 99.1).

*E. Obligaciones de los padres al finalizar la administración.* Por su carácter de función aneja a la autoridad familiar, la gestión de los padres, o del que resulte afectado, cesa en todo supuesto de exclusión (art. 61), privación (art. 90), suspensión (art. 91) o extinción (art. 93) de la autoridad familiar; también se extingue, con independencia de que los padres conserven la autoridad familiar, si por haber puesto en peligro el patrimonio del hijo el Juez ha nombrado un tutor real para todos los bienes; cuando el tutor real sea nombrado para que administre sólo algunos bienes, los padres conservan la gestión sobre los demás (art. 98). El art. 99, como complemento y desarrollo del art. 95.2, indica las obligaciones de los padres, o cualquiera de ellos, al cesar en la administración.

*a) Restituir el patrimonio administrado.* Art. 99.1. *Los padres, o cualquiera de ellos, al cesar en la administración deben restituir el patrimonio administrado al hijo mayor de edad o emancipado o, en otro caso, a quien corresponda la administración [como regla, el tutor]. Los gastos de restitución son a cargo del hijo [...].* El inciso final es un complemento del art. 97.

*b) Continuar la gestión en caso de muerte del hijo.* Dice el art. 99.1, al final, *que en caso de muerte del hijo, si hubiere peligro en la tardanza, los padres deben continuar atendiendo los negocios de este para evitar perjuicios a los herederos.* Inciso final inspirado en los arts. 1737 y 1739 Cc. para la extinción del mandato.

*c) Rendir cuentas de su administración si se las piden.* La obligación de los padres de rendir cuentas de su gestión al cesar en ella (art. 95.2), obligación general de todo administrador (art. 95.1), se desarrolla en los apartados 2, 3 y 4 del art. 99:

*2. Al cesar la administración de los padres o de alguno de ellos, [de no cumplirse voluntariamente] podrán exigirles la rendición de cuentas de su administración:*

*a) El hijo mayor de edad o emancipado.*

*b) El hijo menor mayor de catorce años con la debida asistencia, o aquel a quien corresponda la administración de sus bienes.*

*c) El representante legal del hijo menor de catorce años.*

*La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años [desde el cese de la gestión]. Vid., en el mismo sentido, art. 168.1 Cc.*

*3. Solicitada la rendición de cuentas [dentro del plazo de prescripción de tres años], deberá realizarse en el plazo de seis meses, contados desde la fecha de la reclamación. Este plazo podrá ser prorrogado por la autoridad judicial, con justa causa, por otro período de tres meses como máximo.*

*4. El que no haya cumplido dieciocho años [aunque sea mayor de edad por matrimonio o se halle emancipado] necesita, para aprobar las cuentas de administración de sus bienes [por sus padres; en cambio las cuentas de la tutela*

las aprueba el Juez: arts. 145 y 146] y dar finiquito de las responsabilidades derivadas de la misma, la asistencia de la Junta de Parientes [de la que no formarán parte los padres que cesen en la gestión: art. 173] o autorización judicial. Norma tradicional en nuestro Derecho (que recogió el art. 6 Comp.) que tiene su razón de ser en que estas personas, aunque tienen suficiente capacidad negocial, carecen de experiencia y de independencia de voluntad frente a quien posiblemente lo ha tenido consigo desde niño. La falta de esta asistencia o autorización hará que la aprobación de las cuentas de gestión de los padres sea nula, no siendo de aplicación al caso el art. 29 (GARCÍA ALMAZOR).

### 9. La intervención judicial en relación con la autoridad familiar y la gestión de los bienes de los hijos

Las normas del expediente judicial de los arts. 85 a 89 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (*intervención judicial en relación con la patria potestad*) pueden ser de aplicación a las intervenciones judiciales en expediente de jurisdicción voluntaria previstas en el Título de relaciones entre ascendientes y descendientes del CDFa.

Para pedir la entrega a los padres o a las personas con autoridad familiar de los frutos de bienes que no administren, o los propios bienes en su caso, conforme a lo previsto en los arts. 67 y 68, puede servir lo dicho en el art. 87.1.c LJV, debidamente adaptado a la legislación aragonesa.

También el nombramiento de defensor judicial al padre menor no emancipado o incapacitado, en casos de desacuerdo o imposibilidad con los padres o el tutor, previsto en el art. 73, parece que puede tramitarse por el procedimiento previsto por estos artículos de la LJV, no tanto por la vía del art. 86.1 LJV que se refiere a la intervención judicial requerida por el art. 157 Cc., sino por la del art. 88 LJV que permite al Juez, si estima procedente adoptar medidas, nombrar defensor judicial. En otro caso, habrá que acudir al expediente de nombramiento de defensor judicial de los arts. 27 ss. LJV. Parece preferible la vía del art. 88 LJV.

Dicho expediente es claramente aplicable a los supuestos de divergencias entre los padres en el ejercicio de la autoridad familiar (art. 74.2), así como a las divergencias entre ellos en el ejercicio de la gestión paterna de los bienes de los hijos (el art. 94.1 se remite al 74). Respetando lo dicho en la regulación aragonesa, también pueden servir estas normas de la LJV en el caso de las divergencias entre otras personas con autoridad familiar (art. 89).

En los casos del art. 94.2 no se permite al Juez nombrar un administrador judicial como en el Código civil (art. 164.2.2º Cc.), sino un tutor real. Queda la duda de si es de aplicación el art. art. 87.1.b LJV o hay que acudir a los de constitución de la tutela, que no aluden al tutor real.

Para las medidas judiciales en caso de puesta en peligro del patrimonio del hijo (art. 98), es aplicable lo dicho en el art. 87.1.d LJV, y queda la duda de si también para nombrar, en su caso, al tutor real, como prevé la norma aragonesa.

Queda el caso especial del art. 99.4: autorización judicial para dar por aprobadas por el hijo menor de 18 años, pero mayor de edad o emancipado, las cuentas de la gestión paterna. No tiene un fácil encaje, pero posiblemente la vía sea también la de estos preceptos de la LJV. En otro caso, podría acudir al expediente de los arts. 61 y ss. LJV o al procedimiento general de jurisdicción voluntaria.

Además, el expediente de jurisdicción voluntaria de los arts. 85 y ss. LJV es aplicable al nombramiento de un administrador de los bienes en caso de tutela provisional (art. 9.2 en relación con el 132) y a las medidas de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (art. 10, incluidas las autorizaciones de los arts. 20 y 24).

**BIBLIOGRAFÍA:** ALBALATE GIMÉNEZ, Germán: “Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes legítimos (Notas sobre el Derecho aragonés vigente y el Derecho comparado y sugerencias para una futura regulación)”, en *Homenaje a Moneva*, Zaragoza, 1954, pp. 249 y ss.; ALONSO Y LAMBÁN, Mariano: “En torno a las relaciones jurídicas entre padres e hijos legítimos en el Derecho civil aragonés anterior al Apéndice”, *Rev. Universidad*, núm. 3-4, Zaragoza, 1953; ALONSO Y LAMBÁN y ALBALATE GIMÉNEZ: “Informe sobre relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes”, en *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*. Volumen I, El Justicia de Aragón, 1996, pp. 169-244; BARINGO GINER, Fernando: “Gastos de los hijos mayores de edad”, en *Actas de los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, pp. 271 a 276; BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: “Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites”, en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, IFC, Zaragoza, 2014, pp. 119 a 201; — “Niños mayores de edad. Reflexiones sobre la mayoría de edad en el siglo XXI. Crianza y educación de los hijos mayores de edad a través del modelo aragonés”, en *Estudios en Homenaje al profesor Manuel García Amigo I*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 77 a 111; — “Padres e hijos mayores de edad: Gastos y convivencia”, en *Actas de los XXIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2014, pp. 181-269; BONET NAVARRO, Ángel: “Las pretensiones de alimentos, educación y crianza de los hijos mayores de edad en los procesos matrimoniales de sus progenitores”, en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón, cit.*, pp. 237 a 271; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “De las relaciones entre ascendientes y descendientes”, en *Comentarios DGA*, T. I, 1988, pp. 405 a 491; — “El «desafillamiento» en el Derecho aragonés”, en *RDCA*, VII-VIII, 2001-2002, pp. 23-46; DUPLÁ MARÍN, T.: “La autoridad familiar del padrastro o madrastra en la legislación aragonesa: del Apéndice foral de 1925 al art. 72 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona”, *RCDI*, núm. 717 (enero 2010), pp. 61 y ss.; GARCÍA ALMAZOR, José: “Gestión de los bienes de los hijos”, en *Libro Homenaje en memoria del Excmo. Sr. D. Pablo Casado Burbano*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Zaragoza, 2007, pp. 73 a 90; GIL NOGUERAS, Luis Alberto: “Relaciones

familiares», en *Derecho civil aragonés (2017)*, Manual de Formación a Distancia 1-2017 (Director: Manuel Bellido Aspás), CGPJ-CENDOJ, Madrid, 2017, pp. 127-153; LACRUZ MANTECÓN, Miguel: “Convivencia con hijos mayores de edad. Contribución de los hijos y reglas de la casa. ¿Cómo hacerlas valer?”, en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón*, cit., pp. 203 a 235; — “La convivencia con hijos mayores de edad”, en *RGLJ*, 2013, n.º 4, pp. 685-713; LATORRE Y MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio: “Comentario a los arts. 11 a 14 Comp.”, en *Comentarios Edersa*, T. XXX, vol. 1.º, 2000, pp. 213-259; MERINO HERNÁNDEZ, ESCUDERO RANERA, GIL NOGUERAS Y LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA: *Manual de Derecho Aragonés de la Persona*, 2009, pp. 171 a 272; MERINO HERNÁNDEZ, MATA RIVAS Y GIL NOGUERAS: *Memento Experto*, op. cit., 2011, pp. 79 a 108; PARRA LUCÁN, Mª Ángeles: “La familia en el Derecho civil de Aragón”, op. cit., 2011, pp. 763 a 805; — “Relaciones entre ascendientes y descendientes”, en *Manual de Derecho civil aragonés*, op. cit., 4ª ed., 2012, pp. 165-178 y 188 a 202; — “La jurisdicción voluntaria y las leyes civiles autonómicas”, en *Derecho privado y Constitución*, Núm. 30, 2016, pp. 128-175; PASTOR EIXARCH, Luis Ignacio: “Convivencia de padres e hijos mayores de edad en Aragón: notas sobre los efectos jurídico-prácticos de la regulación del CDFA”, en *Relaciones entre padres e hijos en Aragón*, cit., pp. 353 a 362. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: “El status jurídico del padrastra/madrastra en el Código civil de Cataluña”, en *VV.AA.: Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, T. II, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 2187 a 2211; SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Memoria-Propuesta del texto articulado del proyecto de ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la persona*, Zaragoza, 2004 (inédita); — “Una errata en los trabajos preparatorios de la regulación de la privación de la autoridad familiar (art. 90.1 CDFA)”, *RDCA*, 2013, pp. 121-124; — “Comentario a los arts. 56 a 99 CDFA” en *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, doctrina y jurisprudencia* (Dir. Jesús Delgado Echeverría), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 157 a 230 (=Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia (Dir. Jesús Delgado Echeverría), Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 157 a 226); SERRANO GARCÍA, José Antonio, con la colaboración de BAYOD LÓPEZ, Mª del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Familia*, Kronos Editorial, Zaragoza, 2019, pp. 437-474; “De las relaciones entre ascendientes y descendientes”, en *25 años de jurisprudencia aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los Tribunales (1995-2019)* (Coords. C. Bayod y J.A. Serrano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 97-163.



## §5. RELACIONES TUTELARES

Aurora LÓPEZ AZCONA  
*Profesora Titular de Derecho civil*

### 1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable

*A. Pluralidad de regímenes civiles españoles.* Los diversos Derechos civiles españoles coinciden en articular un sistema de protección de menores y personas con discapacidad que entra en juego subsidiariamente en defecto de patria potestad de los progenitores (autoridad familiar en Derecho aragonés, por lo demás, extensiva a otras personas: padrastro/madrastra, abuelos y hermanos mayores; y potestad parental en Derecho catalán).

Dentro de este sistema pueden distinguirse dos modalidades de instrumentos de protección, de índole privada y pública.

El sistema privado de protección gira fundamentalmente en torno a las figuras de la tutela (ordinaria) y curatela. Son instituciones tutelares de carácter estable o permanente, cuya constitución corresponde al Juez, sin perjuicio de que la designación del cargo tutelar pueda hacerse por el propio interesado o, en su caso, por los titulares de la patria potestad, autoridad familiar o potestad parental (delación voluntaria). La principal diferencia entre ambas consiste en que la tutela se configura en el Ordenamiento jurídico español como un mecanismo sustitutorio de toma de decisiones (arts. 222 a 285 Cc, arts. 130 a 147 CDFa, arts. 222-1 a 222-53 CcC) y, en cambio, la curatela como un mecanismo de asistencia en la toma de decisiones (arts. 286 a 297 Cc, arts. 148 a 152 CDFa, arts. 223-1 a 223-10 CcC). Una tercera institución tutelar es el defensor judicial, cuya singularidad radica en que, de una parte, va dirigida a prestar exclusivamente protección puntual y en suplencia de las personas que la ejercen habitualmente, ya sean los titulares de la patria potestad (autoridad familiar o potestad parental), el tutor o el curador; y, de otra, su nombramiento corresponde, como regla, al Letrado de la Administración de Justicia (arts. 299 a 302 Cc, arts. 153 a 155 CDFa, arts. 224-1 a 224-5 CcC y ley 64 FNN). Junto a las tres instituciones referidas, los Derechos civiles españoles contemplan otras figuras que contribuyen complementariamente a la protección de los menores y personas con discapacidad, en particular: la guarda de hecho, medida de carácter fáctico sin investidura formal que engloba todas aquellas situaciones en que una persona, por su propia iniciativa, se ocupa transitoriamente del cuidado de un menor o una persona con discapacidad (art. 303 Cc, arts. 156 a 159 CDFa y arts. 225-1 a 225-5 CcC); el administrador voluntario, designado por aquél que dispone de bienes a título gratuito a favor de un menor o un mayor con capacidad modificada judicialmente para que se ocupe de la gestión de los mismos (arts. 164.2.1 y 227 Cc, arts. 94.2.b y 3, 107 y 135.a CDFa, arts. 222-41 y 222.47.2.d CcC y ley 65.1 FNN); y la asistencia, institución prevista exclusivamente en Derecho catalán para el mayor de edad que, encontrándose en situación de disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, decide dotarse voluntariamente de un instrumento estable de protección dirigido a complementar su capacidad, cuya constitución corresponde en última instancia al Juez (arts. 226-1 a 226-7 CcC).

A la par que los instrumentos privados de protección, desde la aprobación de la Ley estatal 21/1987 en el Ordenamiento jurídico español se ha dado entrada a una serie de instrumentos cuya titularidad se reserva a la Administración (en particular, a la Entidad

pública competente en cada Comunidad Autónoma) en cumplimiento del mandato dirigido a los poderes públicos en el art. 39 CE. De este modo, primero, el legislador estatal y, más tarde, los autonómicos se han dotado de un sistema público de protección de menores a aplicar en última instancia ante situaciones de desprotección derivadas de la inexistencia o falta de cumplimiento de sus funciones por parte de los titulares de la patria potestad (o figuras equivalentes) o, en su caso, de los instrumentos privados de protección. En particular, el sistema estatal se encuentra formulado, de una parte, en los arts. 172 a 174, 239 y 239 bis Cc y, de otra, en el Título II LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM). En desarrollo de este marco estatal, todas las Comunidades Autónomas han aprobado normativa circunscrita a su respectivo ámbito territorial, al amparo de su competencia en materia de asistencia social atribuida por el art. 148.1.20ª CE, a saber: la Ley 4/1994 de Protección y Atención a Menores de Extremadura, la Ley 1/1995 de Protección del Menor del Principado de Asturias, la Ley 3/1995 de la Infancia de la Región de Murcia, la Ley 1/1997 de Atención Integral a los Menores de la Comunidad Autónoma de Canarias, la Ley 1/1998 de los Derechos y la Atención del Menor de Andalucía, la Ley 3/1999 de Protección del Menor de Castilla-La Mancha, la Ley 12/2001 de la Infancia y Adolescencia en Aragón, la Ley 14/2002 de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León, la Ley Foral 15/2005 de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia en Navarra la Ley 3/2005 de Atención a la Infancia y Adolescencia del País Vasco, la Ley 1/2006 de Protección de Menores de La Rioja, la Ley 8/2010 de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y Adolescencia de Cantabria, la Ley 14/2010 de Protección de Menores de Cataluña, la Ley 3/2011 de Apoyo a la Familia y la Convivencia de Galicia, la Ley 26/2018 de la Generalitat Valenciana de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia y la Ley 9/2019 de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears. Junto a ello, algunas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio (a fecha de hoy Aragón, Cataluña y Galicia) han hecho uso de la competencia para desarrollarlo que les reconoce el art. 149.1.8ª CE para incluir en sus leyes civiles específicas los aspectos jurídico-civiles de este sistema de protección: arts. 118 a 122 y 160 a 169 CDFa (que, como singularidad, lo hace extensivo a las personas con capacidad modificada judicialmente), arts. 221-8 a 228-9 CcC y art. 5 a 26 LDCG). Todas las leyes referidas coinciden en dar entrada a la actuación protectora de la Administración ante tres posibles situaciones de desprotección infantil: 1ª. – La situación de riesgo, en cuyo caso la actuación de la Administración se dirige a reducir los indicadores de riesgo mediante la adopción de medidas de carácter económico, socio educativo y/o terapéutico a desarrollar en el seno de la familia; 2ª. – La situación de inasistencia debida a fuerza mayor de carácter transitorio que determina la asunción temporal de la guarda por la Administración, a solicitud de los guardadores principales (la guarda administrativa); 3ª. – La situación de desamparo que determina la asunción por la Administración de la tutela automática del menor. En las dos últimas situaciones descritas la Administración delegará el ejercicio de la guarda asumida bien a una persona o familia acogedora (acogimiento familiar), bien al director del centro donde sea ingresado el menor o la persona con capacidad modificada judicialmente (acogimiento residencial).

**B. Ley aplicable.** En razón de la pluralidad legislativa española existente en materia de protección de menores y personas con discapacidad interesa ahora establecer los criterios necesarios para determinar la legislación aplicable a la hora de adoptar un concreto instrumento de protección. Esta cuestión se encuentra regulada en el art. 9.6 Cc, que distingue a tal efecto según la persona a proteger sea menor o mayor de edad.



Tratándose de menores, su ap. 1º se remite al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, cuyo art. 15 acude, como regla general, la ley de la residencia habitual. Por el mismo criterio opta, en principio, el art. 9.6.2 Cc respecto a los mayores de edad. No obstante, acto seguido, prevé dos reglas especiales. En primer lugar, en caso de cambio de la residencia a otra Comunidad Autónoma o Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio, del reconocimiento en España (cambio de residencia al extranjero) o en la nueva Comunidad (cambio de residencia de una Comunidad a otra) de las medidas adoptadas en el nuevo Estado o Comunidad de residencia. En segundo lugar, para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección, p.e. la tutela provisional del art. 132 CDFA, se aplicará la ley del lugar donde se encuentren transitoriamente (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ).

## 2. Regulación de las relaciones tutelares en Aragón

Desde 2006 el Derecho civil aragonés dispone de un régimen jurídico completo en materia de instrumentos de protección de menores y personas con discapacidad. Esta regulación no carece de precedentes en Derecho histórico, toda vez que, como se indica en el propio Preámbulo de la LDp., “contenía un sistema propio de instituciones tutelares, completado, como en otros países, con los principios del Derecho común europeo”. De acuerdo con LACRUZ BERDEJO, el sistema tutelar recogido en el Cuerpo de Fueros y Observancias puede sintetizarse en las siguientes ideas: su configuración como un sistema de autoridad judicial (F. 2º *De tutoribus*); la fijación de dos formas de delación, la testamentaria y la dativa (Fs. 2º, 3º y 4º *De tutoribus* y Obs. 1ª y 9ª *De tutoribus, manumissoribus et cabeçalariis*); la posible coexistencia de la tutela con la autoridad familiar de los progenitores (F. 4º *De tutoribus*), la admisión de la tutela plural (Ob. 1ª *De tutoribus, manumissoribus et cabeçalariis*); la configuración de la tutela como una potestad o función que incluía tanto derechos como obligaciones (Obs. 3ª y 6ª *De tutoribus, manumissoribus et cabeçalariis*); y la posible remoción de los cargos tutelares (Ob. 5ª *De tutoribus, manumissoribus et cabeçalariis*).

Sucedo, sin embargo, que en el periodo codificador la Comisión General de Codificación entendió que la tutela debía regirse en Aragón por el Código civil de 1889, salvo dos especialidades que se recogieron en el Apéndice de 1925. En concreto, su art. 8 preveía, respecto a la delación testamentaria, que el nombramiento de tutor hecho por el padre o la madre no caducaba, aunque la persona nombrada contrajese segundas nupcias. Por su parte, su art. 9 consignó la regla según la cual la mujer, cuando tiene la administración de los bienes, puede ser nombrada tutora.

El mismo criterio se siguió en el texto de la Compilación de 1967 definitivamente aprobado, donde se suprimió en su práctica totalidad el sistema tutelar proyectado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses para dedicarle únicamente los arts. 15 a 19 al objeto de incluir ciertas singularidades (tales como la posibilidad de delación en virtud de

instrumento público o la inclusión de unos criterios de resolución en caso de concurrencia de varias delaciones voluntarias) respecto del sistema del Código civil que, por lo demás, regía en su totalidad. De este modo, el régimen de la Compilación resultaba muy fragmentario, a la par que ofrecía no pocos problemas de interpretación y, sobre todo, de integración con el régimen del Código civil.

Es por ello que el legislador aragonés en 2006 decidió regular con detalle las instituciones tutelares en virtud de la LDp. (Título III: arts. 87 a 155). A tal efecto, según puede leerse en su propio Preámbulo, se inspiró en el sistema tutelar propio del Derecho histórico aragonés, si bien debidamente adecuado a los principios que actualmente rigen en materia de protección de los menores y personas con capacidad modificada judicialmente. En general, el sistema no se aparta en sus rasgos esenciales del formulado en el Código civil desde 1983, de tal manera que bien puede calificarse de tutela de autoridad, en cuanto que el nombramiento de los cargos tutelares sigue correspondiendo al Juez, así como su vigilancia y control; esta última función compartida con el Ministerio Fiscal. No obstante, de una parte, se potencia la autonomía de los particulares a través de las figuras de la delación voluntaria y el mandato de autoprotección; y de otra, se refuerzan los rasgos familiares de los cargos tutelares (en particular, del tutor y curador), atribuyéndoles las funciones de los titulares de la autoridad familiar y dando entrada a la Junta de Parientes en caso de oposición de intereses con la persona protegida. A partir de ahí, su Título III se dividía en ocho capítulos. Los tres primeros eran de aplicación general a todas las instituciones tutelares. En concreto, el Capítulo 1º (arts. 87 a 94) contenía una serie de disposiciones generales atinentes, entre otras cuestiones, a los caracteres de los cargos tutelares, su nombramiento y vigilancia, régimen de gastos y daños derivados del ejercicio del cargo tutelar, su posible remuneración o la responsabilidad civil por los daños ocasionados a la persona protegida por la actuación negligente del cargo tutelar; ello además de incorporar la figura del administrador voluntario. El Capítulo 2º (arts. 95 a 100) regulaba la delación de los cargos tutelares, otorgando preferencia a la delación voluntaria sobre la delación dativa y reservando la delación legal para los casos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente declarados en desamparo. Y el Capítulo 3º (arts. 109 a 115) establecía el régimen de capacidad e idoneidad para ser titular de funciones tutelares, para excusarse del desempeño del cargo y para ser removido del mismo. Por su parte, los tres Capítulos siguientes se ocupaban específicamente de cada uno de los cargos tutelares: el Capítulo 4º (arts. 116 a 133) de la tutela, ampliando respecto del Código civil los supuestos de tutela plural y equiparando su contenido personal al de la autoridad familiar; el Capítulo 5º (arts. 134 a 138) de la curatela, a la que se atribuyó unos rasgos peculiares en lo que respecta a las personas con capacidad modificada judicialmente, al possibilitarse que la sentencia de incapacitación atribuyese al curador su representación

—que no la mera asistencia— para ciertos actos patrimoniales y limitase su contenido al ámbito estrictamente personal; y el Capítulo 6º (arts. 139 a 141) del defensor judicial como figura meramente eventual llamada a intervenir esencialmente en caso de conflicto de interés entre el menor y la persona con capacidad modificada judicialmente y quienes ostenten su representación o hayan de prestarle asistencia, ya sean los titulares de la autoridad familiar, tutor o curador. Por su parte, el Capítulo 7º (arts. 142 a 145) dotó de un mínimo régimen jurídico a la guarda de hecho, en cuanto situación meramente fáctica y, en principio, transitoria que puede contribuir a la protección de los menores y personas con discapacidad. Finalmente, el Capítulo 8º (arts. 146 a 155) se ocupó de los aspectos civiles de los instrumentos públicos de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente, como son la tutela, la guarda administrativa y el acogimiento.

En la actualidad, tras la refundición de las leyes civiles aragonesas en virtud del Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, el régimen de las relaciones tutelares se encuentra contenido en el Título III del Libro I del Código del Derecho Foral de Aragón (arts. 100 a 169).

Esta normativa debe completarse necesariamente, por lo que hace a los instrumentos públicos de protección de menores, con lo dispuesto en la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (en adelante, LIAA) y sus reglamentos de desarrollo (Decreto 238/1994 por el que se regula la organización y el funcionamiento de los centros de protección de menores de la Comunidad Autónoma de Aragón, Decreto 190/2008 por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo y Decreto 188/2005 por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores). Ahora bien, importa advertir el desfase actualmente existente en esta materia entre la legislación aragonesa y la estatal, tras la profunda modificación de que fue objeto esta última por la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 a fin de dotar a los menores de una protección más actualizada, uniforme en todo el territorio español y debidamente adecuada a los últimos convenios internacionales ratificados por España (en particular, Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993, Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 1996, Convención UN de derechos de las personas con discapacidad de 2006, Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual de 2007 y Convenio europeo en materia de adopción de menores de 2008) y a las recomendaciones de diversos organismos tanto nacionales (Defensor del Pueblo, Fiscalía General del Estado y Comisión del Senado sobre adopción y otros temas afines) como internacionales (Comité UN de los derechos del niño). Ciertamente en la IX legislatura el Gobierno de Aragón presentó a las Cortes un Proyecto de Ley dirigido a la adecuación de la LIAA a las nuevas

previsiones del Cc y de la LOPJM, pero no llegó a ver culminada su tramitación y no parece actualmente que haya voluntad política de retomarlo; ello aparte que sus autores, en un afán excesivamente uniformador a mi entender, optaron por reenviar constantemente a la “legislación civil aplicable” (entendiendo como tal la legislación estatal) o, las más de las veces, por reproducir preceptos de la LOPJM y del Cc, prescindiendo así de las previsiones del CDFA en materia de autoridad familiar y gestión de los bienes de los hijos (arts. 63 a 74 y 85 a 99) y de relaciones tutelares (arts. 100 a 169), así como acerca de la capacidad por razón de edad (arts. 4 a 33), cuando, no se olvide, la aplicación de las normas civiles aragonesas excluye la del Derecho civil estatal *ex art. 1.2 CDFA*, obviamente en todo aquello que no incida en materia orgánica (LÓPEZ AZCONA).

De igual modo, urge, a mi entender, la adaptación de los actuales instrumentos de protección de las personas con discapacidad contemplados en el CDFA a la Convención UN sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, tal y como se pretende a nivel estatal, a la par que se sustituye el proceso de incapacitación por el de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, en virtud del Proyecto de Ley de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, actualmente en fase de tramitación parlamentaria. Ello es así desde el momento en que la referida Convención UN 2006, ratificada por España en 2008, ha supuesto, sin lugar a dudas, un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, superando la perspectiva asistencial para asumir otra diferente basada en el respeto a los derechos humanos (CONSEJO FISCAL, 2018). De este modo, su art. 12 fija las pautas del nuevo tratamiento jurídico a dispensar a la discapacidad, imponiendo a los Estados parte la obligación de reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, así como el deber de adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles acceso (que no a la protección, como se había sostenido tradicionalmente) que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. De este modo, ya no se trata de privar o limitar judicialmente la capacidad de una persona con discapacidad como se viene haciendo hasta ahora, por cuanto ello constituiría una flagrante infracción de los principios que rigen la Convención y, entre ellos, el de respeto a la dignidad de la persona y el de no discriminación (art. 3.1.a y b Convención), sino de determinar los apoyos que permitan el ejercicio de su aptitud que por sí sola puede ser limitada. A partir de ahí, este apoyo, en principio, habrá de ser meramente asistencial y sólo en casos extremos y excepcionales podrá ser representativo, o sustitutivo de la voluntad de la persona con discapacidad. Por añadidura, este apoyo ya no deberá prestarse en interés de la persona con discapacidad, sino atendiendo exclusivamente a su voluntad,

deseos y preferencias, según resulta de la lectura conjunta de los arts. 3.a. y 12.4 Convención. Sucede, sin embargo, que el régimen aragonés actualmente vigente, en un planteamiento muy alejado al de la Convención UN 2006, contempla la posibilidad de privar o limitar la capacidad de las personas con discapacidad, a la par que configura un sistema de protección o apoyo a las mismas en el que prima el modelo de sustitución en la toma de decisiones (a través de las figuras de la tutela ordinaria y administrativa y la autoridad familiar prorrogada y rehabilitada) sobre el modelo de asistencia en la toma de decisiones (a través de la curatela). Corresponde, por tanto, al legislador aragonés articular un nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad acorde con los principios inspiradores de la Convención UN 2006, de tal manera que se priorice el modelo asistencial y sólo muy excepcionalmente se opte por figuras de apoyo de índole representativo, a la par que se siga manteniendo la preferencia de las medidas voluntarias sobre las judiciales de apoyo, en cuanto resulta acorde, ya no sólo a uno de los principios inspiradores del Derecho civil aragonés como es el *standum est chartae*, sino, por añadidura, al principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad consagrado por la Convención UN 2006.

### 3. Disposiciones generales

El régimen de las relaciones tutelares del CDFa se inicia con una serie de previsiones de aplicación general, contenidas en el Capítulo I: los arts. 100 a 106.

**A. Enumeración y finalidad de los instrumentos de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente.** El art. 100 se limita a enumerar las instituciones tutelares y especifica la finalidad común a todas ellas. Así, de acuerdo con su ap. 1º, son instituciones tutelares la tutela (en sus dos modalidades, ordinaria y administrativa), la curatela y el defensor judicial. A todas ellas se les atribuye como finalidad la guarda y la protección de los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente, ya sea en el ámbito personal y/o patrimonial.

La principal diferencia entre, de una parte, la tutela y curatela y, de otra, el defensor judicial radica en la estabilidad y continuidad de las primeras frente al carácter meramente ocasional o puntal del segundo. A partir de ahí, el CDFa configura la tutela como un mecanismo de sustitución en la toma de decisiones del menor o persona con capacidad modificada judicialmente y la curatela, en principio, como un mecanismo asistencial. Por añadidura, el texto foral distingue dos modalidades de tutela: la tutela ordinaria y la tutela administrativa, automática o *ex lege* que reserva a los menores o personas

con capacidad modificada judicialmente que hayan sido declaradas en desamparo por la Administración.

Junto a las instituciones tutelares, el ap. 2º contempla adicionalmente otros instrumentos de protección de menores y de las personas con discapacidad como son la guarda de hecho (medida de apoyo meramente fáctico, sin investidura formal) y la guarda administrativa (guarda a asumir por la Administración en situaciones transitorias de inasistencia). A ello añadir la figura del administrador voluntario del art. 107, cuya función se limita exclusivamente a la gestión de aquellos bienes atribuidos a título gratuito a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, cuando así lo establezca el disponente.

Ahora bien, por lo que hace a las personas con discapacidad esta finalidad protectora que atribuye el CDFa a las instituciones mencionadas debe ser modulada necesariamente con los nuevos principios inspiradores sobre la materia, tal y como se formulan en los arts. 3.a y 12.4 Convención UN 2006 como son el principio de no discriminación por razón de la discapacidad, el de respeto a la dignidad, el de respeto a la autonomía y las decisiones personales, el de proporcionalidad, el de temporalidad, el de revisión necesaria y el de apoyo desinteresado y legal. Ello con base en la consideración por dicho texto internacional de las personas con discapacidad ya no como meros objetos de protección, sino como sujetos titulares de derechos, en coherencia con el nuevo modelo social de la discapacidad que acoge (ÁLVAREZ LATA y SEONE).

**B. Caracteres.** El art. 101 enuncia los caracteres comunes a las instituciones tutelares. Así, en su ap. 1º declara que las funciones tutelares constituyen un deber, lo que significa que, en principio, es obligatorio desempeñar el cargo tutelar y que sólo se admite la excusa de su ejercicio en los casos legalmente previstos que no son otros que los del art. 126 del mismo cuerpo legal.

El ap. 2º atribuye carácter personal a los cargos tutelares, excluyendo, por tanto, la posibilidad de delegación. Asimismo, se refiere al interés de la persona protegida como principio que ha de inspirar el ejercicio de las funciones tutelares. Por lo que hace a los menores, tal previsión constituye una aplicación específica del principio superior del menor a que se refieren el art. 2 LOPJM y, a nivel internacional, el art. 3 Convención UN sobre los derechos del niño de 1989 (SSTSJA 04/12/2012, 15/05/2015 y 16/01/2019). No obstante, respecto a las personas con discapacidad puede dudarse de su vigencia actual, desde el momento en que la Convención UN 2006 (arts. 3.a y 12.4) ha optado por sustituirlo por el principio de respeto a la autonomía y las decisiones personales.

De acuerdo con su ap. 3º, otros caracteres de las funciones tutelares son, de una parte, su sujeción al control judicial que regula detalladamente el art. 103; y, de otra, la gratuidad, a no ser que se haya establecido expresamente su remuneración conforme a las reglas del art. 105.

**C. Modos de delación.** El art. 102 enumera los modos de delación de las funciones tutelares. Atribuye así prioridad a la delación voluntaria que puede realizar tanto el propio interesado (art. 108) como los titulares de su autoridad familiar (art. 110). Esta previsión debe completarse con lo dispuesto en los arts. 108 a 114 C DFA.

A falta de delación voluntaria o para completarla, las funciones tutelares se defieren por resolución judicial, dando lugar a la delación dativa que es, por tanto, supletoria y complementaria de aquélla (art. 115). Esta modalidad de delación se regula detalladamente en los arts. 115 a 117 C DFA.

Para los menores o las personas con capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo es la propia ley la que atribuye su tutela a la Entidad pública competente en su protección, sin intervención judicial, dando lugar a la delación legal (art. 119). Dicho precepto encuentra su desarrollo en los arts. 118 a 122 C DFA dedicados específicamente a la delación legal.

**D. Nombramiento y vigilancia.** *a) Nombramiento.* El art. 103 resulta coherente con el sistema de tutela de autoridad que rige en Derecho civil aragonés, si bien exige una relectura acomodada a las previsiones de la LJV, aprobada posteriormente al C DFA. Así, de la lectura conjunta de su ap. 1º con los arts. 30 y 45 LJV resulta que el nombramiento tanto del tutor como del curador corresponde al Juez, mientras que el del defensor judicial es competencia, en principio, del Letrado de la Administración de Justicia. Tal nombramiento habrá de verificarse, como regla, en la resolución que ponga fin al procedimiento de constitución del cargo tutelar previsto a tal efecto en los referidos preceptos de la LJV y requerirá, para ser eficaz, la aceptación del designado ante el Letrado de la Administración de Justicia, quien le dará posesión del cargo (arts. 29.1 y 46.3 LJV). Ello con dos salvedades:

1ª. La tutela o curatela de las personas con capacidad modificada judicialmente, que habrá de constituirse en virtud de la correspondiente sentencia que declare su incapacitación, previa tramitación del procedimiento previsto en los todavía vigentes arts. 756 a 760 LEC.

2ª. La tutela administrativa, que se atribuye automáticamente o *ex lege* y, por tanto, sin necesidad de resolución judicial, a la Entidad pública competente en protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (el Instituto aragonés de Servicios Sociales, en adelante IASS) respecto de aquellos que declare en desamparo (art. 119 C DFA).

b) *Vigilancia*. Es, asimismo, competencia judicial la adopción de las medidas de vigilancia y control de los cargos tutelares. En concreto, según resulta del art. 103.2 CDFA interpretado conjuntamente con el art. 45 LJV, en la delación voluntaria el Juez se encuentra vinculado a las medidas de fiscalización de la tutela o curatela previstas ya sea por el interesado o los titulares de la autoridad familiar, salvo que no las considere acordes a su interés, en cuyo caso podrá adoptar otras alternativas. En cambio, en la delación dativa tales medidas sólo se adoptarán si así lo decide el Juez en la propia resolución constitutiva de la tutela o curatela o en una resolución posterior, ya sea de oficio o instancia del Ministerio Fiscal o del propio interesado, y siempre en atención al concreto interés de este. Por añadidura, el art. 103.3 CDFA le faculta a exigir al titular del cargo tutelar, en cualquier momento o periódicamente, un informe sobre la situación de la persona protegida y/o sobre la gestión patrimonial realizada.

Junto al control judicial, el mismo precepto confiere al Ministerio Fiscal una vigilancia permanente del ejercicio de las funciones tutelares (ap. 4º), así como la facultad (compartida con el Juez) de requerir al cargo tutelar para que le informe sobre la situación de la persona protegida tanto a nivel personal como en lo concerniente a la gestión de su patrimonio (ap. 3º). De este modo, las funciones del Ministerio Fiscal en materia de relaciones tutelares van más allá de su necesaria intervención en los procesos tutelares, para articularse en un seguimiento del funcionamiento extraprocésal de los cargos tutelares (VARGAS CABRERA). Ello sin olvidar que el art. 164 CDFA le atribuye, además, la vigilancia de los instrumentos públicos de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente (tutela y guarda administrativa y acogimiento).

**E. Inscripción en el Registro civil.** El art. 103 se cierra con una previsión contenida en su ap. 5º, que declara, en consonancia con lo dispuesto en el art. 73 LRC 2011 y los arts. 30.3 y 46.5 LJV, la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Civil de todas aquellas resoluciones sobre cargos tutelares provenientes de la Administración de Justicia (esto es, las referidas a la tutela ordinaria, curatela y defensor judicial). Esta afirmación es extrapolable a las resoluciones administrativas sobre tutela automática, conforme a lo dispuesto en el art. 75 LRC 2011. En cualquier caso, tal inscripción no es constitutiva, pero sí atribuye eficacia *erga omnes* a dichas resoluciones (art. 103.5, 2ª parte CDFA, en relación con el art. 17 LRC 2011).

**E. Derecho de reembolso por los gastos derivados del ejercicio de la función tutelar.** El art. 104.1 reconoce a los cargos tutelares un derecho de reembolso por los gastos derivados del ejercicio de sus funciones (incluidos los derivados de la realización de inventario, la prestación de fianza y las medidas de vigilancia y control, en su caso, impuestas por la autoridad



judicial), de tal manera que, de haberlos abonado aqul, podrá imputarlos al patrimonio de la persona protegida.

**G. Derecho de indemnización por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de la función tutelar.** El art. 104.2 reconoce a los cargos tutelares un derecho de indemnización con cargo a los bienes de la persona protegida por los daños y perjuicios que padezcan como consecuencia del ejercicio de la correspondiente función tutelar sin culpa por su parte.

Tres son, por tanto, los presupuestos de este derecho de indemnización: en primer lugar, han de tratarse de daños y perjuicios sufridos en ejercicio de la función tutelar; en segundo término, en la *causación* de estos daños no ha podido intervenir culpa o negligencia del cargo tutelar que los haya sufrido; y, por último, que el cargo tutelar no pueda obtener el resarcimiento de los daños por otro medio, de lo que resulta una responsabilidad subsidiaria del patrimonio de la persona protegida.

En cualquier caso, este derecho de indemnización es compatible con la posible fijación de retribución a favor del cargo tutelar a que se refiere el art 105.

**H. Retribución.** El art. 105 extiende la posibilidad de retribución a todos los cargos tutelares, excepto aquéllos que sean desempeñados por personas jurídicas públicas (entiéndase, la Entidad pública competente en cada Comunidad Autónoma en materia de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente).

Este precepto debe ponerse en relación con el art. 101.3, según el cual los cargos tutelares son gratuitos, salvo que se haya señalado expresamente una retribución. De este modo, la retribución se configura como una contraprestación que, en su caso, se reconoce al cargo tutelar por el desempeño de su función. Por consiguiente, no debe confundirse con el derecho de reembolso de los gastos derivados del ejercicio de las funciones tutelares (art. 104.1) ni con el derecho a indemnización de los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de la función tutelar (art. 101.2).

La fijación de la retribución del cargo tutelar corresponde al propio interesado o a los titulares de la autoridad familiar y, sólo en su defecto, a la Junta de Parientes o subsidiariamente al Juez conforme al procedimiento previsto en el art. 48 LJV. En concreto, el interesado o los titulares de la autoridad familiar habrán de fijarla en el momento de la delación voluntaria (art. 105.1, 1ª parte), mientras que la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez podrán establecerla en cualquier momento (art. 105.1, 2ª parte), incluso ya fallecida la persona protegida (SAPZ 20/07/2010).

El mismo art. 105 señala unos criterios de determinación de la cuantía de la remuneración. Así, la retribución sólo podrá fijarse en la delación vo-

luntaria siempre que el patrimonio de la persona protegida lo permita y con sujeción a un límite máximo (el 20% de los rendimientos líquidos de su patrimonio). En cambio, cuando se fije por la Junta de Parientes o el Juez, según resulta de una lectura literal de la 2ª parte del precitado precepto, sólo habrá de atenderse a la dedicación que exija el ejercicio de la función tutelar. No obstante, la prudencia del Juez y de la Junta de Parientes determinará, en su caso, la toma en consideración de los criterios previstos para la delación voluntaria y, en particular, del relativo al nivel patrimonial de la persona protegida.

De cualquier modo, en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias de la institución tutelar dicha retribución será susceptible de modificación por la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez (art. 105.2).

#### ***I. Responsabilidad por los daños ocasionados a la persona protegida.***

Una última disposición referente a los cargos tutelares es el art. 106 que establece su responsabilidad por los daños de índole personal o patrimonial que puedan ocasionar a la persona protegida por su actuación negligente durante el ejercicio de su función, lo que se justifica por la finalidad protectora de estas instituciones (SAPZ 25/04/2014).

Este precepto ha sido invocado por la STSJA 20/11/2014 para declarar la responsabilidad de una tutora por su actitud negligente en la formalización del inventario del tutelado (por no incluir un fondo de inversión), así como en la disolución de su régimen económico matrimonial (por atribuir a dicho fondo la condición de privativo de la esposa del tutelado, en vez de carácter consorcial), lo que tuvo como consecuencia que la mitad del fondo quedase excluido del patrimonio de la persona protegida. De igual modo, la SAPZ 14/03/2019 considera responsable a un ex tutor (removido en un proceso anterior) por los daños causados en el patrimonio de su hermano, por cuanto durante el ejercicio de la tutela se apropió de su pensión sin abonar la residencia donde lo internó, negándose, por añadidura, a la rendición final de cuentas a que le obliga el art. 145 CDEFA.

En cualquier caso, la acción para exigir esta responsabilidad está sujeta a un plazo de prescripción de tres años a contar desde el cese en el cargo o desde la rendición de cuentas.

## **4. Delación de las funciones tutelares**

**A. Modos de delación.** Por delación debe entenderse el llamamiento o la designación para el nombramiento del cargo tutelar. Ahora bien, el llamado no accede al mismo por su mera aceptación, desde el momento en que en el sistema tutelar aragonés, al igual que en el estatal, el nombramiento o la constitución de los cargos tutelares (salvo la tutela administrativa que se atribuye *ex lege*) corresponde a la Administración de Justicia (PARRA LÚCAN).

En particular, la constitución de la tutela y curatela es de competencia exclusivamente judicial, mientras que el nombramiento del defensor judicial se atribuye, como regla, al Letrado de la Administración de Justicia.

Conforme al art. 102.1 CDFa, esta delación puede ser voluntaria, dativa o legal, según la designación sea hecha por el propio interesado o los titulares de su autoridad familiar, el Juez o la ley. La delación dativa es subsidiaria y complementaria de la voluntaria (arts. 102.2 y 115 CDFa). La delación legal se reserva a los menores o personas con capacidad modificada judicialmente declarados en desamparo por la Entidad pública a quien está encomendada su protección, que en la Comunidad Autónoma de Aragón no es otra que el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, órgano dependiente del Gobierno de Aragón (art. 119 CDFa).

**B. Delación voluntaria.** De modo acorde con el principio *standum est chartae* que inspira el Ordenamiento jurídico aragonés, así como al principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad que consagra la Convención UN 2006, el CDFa atribuye preferencia a la delación voluntaria frente a la delación dativa (arts. 102 y 115). A partir de ahí, se admiten dos modalidades de delación voluntaria: de una parte, la delación hecha por uno mismo o autotutela a que se refiere el art. 108; y de otra, la delación hecha por los titulares de la autoridad familiar (ya sean los padres o personas distintas por este orden: padrastro/madrastra, abuelos y hermanos mayores), incluso prorrogada o rehabilitada, delación que contempla el art. 110.

a) *Delación hecha por uno mismo.* Bajo la denominación “delación hecha por uno mismo”, el art. 108 CDFa regula la figura de la autotutela, que puede definirse como aquella facultad reconocida a una persona para que, en previsión a la futura modificación judicial de su capacidad, configure su régimen tutelar de forma distinta a la prevista legalmente (PARRA LUCÁN). De este modo, el propio interesado podrá formular las siguientes disposiciones (LÓPEZ AZCONA):

— “Designar a las personas [o persona] que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos”. En caso de pluralidad de designados (máximo dos), corresponde, asimismo, al interesado concretar su forma de actuación, pudiendo ser simultánea, —y en este caso, solidaria o conjunta— o sucesiva, según precisa el art. 112 CDFa. Complementario del art. 112, el art. 113 CDFa establece unos criterios de resolución para el caso de que concurran varias delaciones voluntarias incompatibles entre sí. En concreto, en su ap. 1º prevé que, en caso de pluralidad de disposiciones de una misma persona, prevalecerá la posterior en caso de que sean incompatibles.

— “Excluir de las funciones tutelares a ciertas personas”. Esta facultad tiene una importante excepción en el art. 108.2 CDFa que prohíbe la exclu-

sión (así como la designación) de la Entidad pública competente en protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente.

— “Dispensar, expresa o tácitamente, al cargo tutelar de algunas de las causas de inhabilidad”. Se entiende que hay dispensa tácita cuando el interesado, conociendo que la persona que pretende elegir como cargo tutelar es inhábil, procede a designarlo (LLORENTE SANSEGUNDO). Ahora bien, con arreglo al art. 125.2 CDFFA, el interesado sólo podrá dispensar las siguientes causas de inhabilidad: 1<sup>a</sup>. – Las personas condenadas por cualquier delito que haga suponer fundamentalmente que no desempeñarán bien la tutela. 2<sup>a</sup>. – Las personas que por su conducta puedan perjudicar a la formación de la persona protegida o que no dispongan de medios de vida conocidos. 3<sup>a</sup>. – Las personas que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida, en particular, que mantengan con ella pleito o actuaciones sobre el estado civil (p.ej. caso del titular del cargo tutelar que impugna, como heredero del padre, la filiación de la persona protegida) o sobre la titularidad de los bienes. O que tengan pendiente con la persona protegida una deuda de cuantía considerable. 4<sup>a</sup>. – Las personas que hayan sido inhabilitadas para administrar bienes ajenos como consecuencia de un proceso concursal en el que el concurso haya sido declarado culpable, mientras dure la inhabilitación (de dos a quince años).

— “Establecer órganos de fiscalización para los cargos tutelares”, se entiende que complementarios a los previstos legalmente. Sobre esta previsión interesa recordar que las funciones de vigilancia y control de los cargos tutelares se atribuyen por el art. 103 CDFFA al Juez y al Ministerio Fiscal. Pero ello no obsta para que el interesado, a la hora de configurar su autotutela, establezca mecanismos de control adicionales de la actuación tutelar (en particular, mediante la constitución de la Junta de Parientes *ex arts.* 170 a 182 CDFFA), ya que así se lo permite el art. 108 CDFFA. Lo que no podrá hacer será excluir o limitar las funciones de vigilancia que competen legalmente al Juez y al Ministerio Fiscal, según consta expresamente en el art. 108 CDFFA.

— En general, “cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes”. De este modo, el interesado podrá fijar una retribución al cargo tutelar, siempre que su patrimonio lo permita y sin exceder el 20% de su importe líquido (art. 105 CDFFA). Igualmente, podrá autorizar a quien desempeñe el cargo tutelar a realizar aquellos actos patrimoniales a que se refieren los arts. 15, 16 y 17 CDFFA sin necesidad de autorización de la Junta de Parientes o, en su defecto, del Juez (con base en el art. 107.3 CDFFA, referido al administrador voluntario). Y, asimismo, podrá nombrar un administrador de sus bienes distinto del cargo tutelar (art. 112 CDFFA) (GARCÍA CANO y LLORENTE SANSEGUNDO).

En cualquier caso, según prevé expresamente el art. 108 CDFFA, la delación hecha por uno mismo constituye una manifestación del principio *stan-*

*dum est chartae*. Ahora bien, ello no significa que el interesado puede configurar su régimen tutelar sin límite alguno. Por el contrario, el contenido de la autotutela está sujeto a ciertos límites, tanto los derivados del *standum est chartae* de acuerdo con el art. 3 CDFa, como los específicos que fija el art. 108 para la autotutela. Así, en aplicación de los límites genéricos del *standum est chartae* el interesado no podrá incluir en su autotutela disposiciones que sean de imposible cumplimiento, que vulneren la CE o que sean contrarias a norma imperativa del Derecho aragonés. Junto a estos límites genéricos, el art. 108 CDFa prohíbe específicamente a aquél que haga uso de la autodelación para excluir la función de vigilancia y control atribuidas al Juez y Ministerio Fiscal, así como designar o excluir del cargo tutelar a la Entidad pública competente en protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente.

Por añadidura, su otorgamiento se condiciona legalmente a unos determinados requisitos de validez, tanto de forma como de capacidad. En lo que atañe a la forma, la autodelación sólo puede otorgarse en escritura pública, lo que, sin duda, permite una adecuada apreciación de la capacidad del otorgante por parte del notario autorizante, a la par que el correspondiente asesoramiento y es coherente con el sistema de publicidad ideado por el art. 111 CDFa para la delación voluntaria (GARCÍA CANO). Quedan excluidos, por tanto, cualquier otro documento público, así como los documentos privados y los testamentos, aún notariales.

La autotutela no es susceptible de delegación en terceros, no pudiendo otorgarse mediante apoderados, ya que se trata de una facultad personalísima a ejercitar por persona capaz (GARCÍA CANO). A este respecto el art. 108 CDFa sólo permite su otorgamiento a “los mayores de edad con capacidad de obrar suficiente”, en vista a la futura modificación judicial de su capacidad. Quedan excluidos, por consiguiente, los menores de edad, aún mayores de catorce años, y, asimismo, los mayores carentes de “capacidad de obrar suficiente”, esto es, aquellas personas que no estén en condiciones de entender y querer las implicaciones de la delación voluntaria. A partir de ahí, dado que la autodelación sólo puede constar en escritura pública, corresponderá al notario autorizante dar fe de que, a su juicio, el interesado tiene la capacidad legal requerida (art. 145 Reglamento Notarial). Aquí la cuestión que se plantea, muy polémica, es la relativa a si el notario puede negarse a autorizar una escritura de autotutela si considera que el otorgante carece de la capacidad necesaria o, por el contrario, debe autorizarla a sabiendas de su falta de capacidad, como así parece resultar de la discutible STS 20/05/2008. De cualquier modo, en caso de que el notario opte por autorizarla, entiende la jurisprudencia (SAPZ 08/04/2010) que su intervención gozará del valor de presunción *iuris tantum* favorable a la capacidad del otorgante, sin perjuicio de la posible invalidación ulterior de la escritura si se acredita su falta de consentimiento.

Finalmente, en atención a los términos en que se expresa el art. 108 CDFa, la eficacia de la autodelación debe entenderse supeditada a la futura modificación judicial de la capacidad de obrar del otorgante. Puede suceder así que la limitación de la capacidad y el concreto instrumento de protección establecido en la sentencia de incapacitación no coincidan con las previsiones contenidas en la autotutela. En tal caso, procede conceder la mayor eficacia posible a la voluntad del otorgante, integrando, en lo posible, sus previsiones con las de la sentencia que modifique su capacidad (LLORENTE SANSEGUINDO y PARRA LUCÁN).

*b) Delación hecha por los titulares de la autoridad familiar.* Junto al interesado, el art. 110 CDFa faculta a los titulares de su autoridad familiar aun prorrogada o rehabilitada (arts. 41 y 42 CDFa), ya sean los progenitores (art. 63 CDFa) o personas distintas (art. 85 a 87 CDFa), para designar el cargo tutelar y, en general, configurar el régimen tutelar de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente que sigan bajo su autoridad, cuando llegue el día que no puedan ocuparse de ellos y corresponda la constitución de la tutela o curatela. De ello resulta, por consiguiente, que no es suficiente con ser titular de la autoridad familiar en el momento de delación, si no seguir siéndolo cuando en un futuro deba procederse al nombramiento del cargo tutelar (PARRA LUCÁN).

El contenido de esta modalidad de delación voluntaria se conforma con la misma amplitud que el de la autotutela y con sus mismos límites. De este modo, los titulares de la autoridad familiar podrán no sólo designar tutor o curador, sino configurar un régimen tutelar ajeno al previsto legalmente, así como fijar órganos específicos de fiscalización, aunque sin posibilidad de excluir el control judicial y del Ministerio Fiscal. Se les prohíbe, sin embargo, otorgar un mandato de autoprotección en nombre del sujeto a su autoridad familiar, habida cuenta de su carácter personalísimo.

Por lo demás, tal delación está sujeta a ciertas formalidades, al igual que la hecha por el propio interesado, si bien, a diferencia de esta, puede otorgarse no sólo en escritura pública, sino, en general, mediante “instrumento público notarial”, lo que incluye el testamento otorgado ante notario, ya sea abierto o cerrado (art. 110.1).

La eficacia de esta delación voluntaria se supedita exclusivamente al fallecimiento del causante, en caso de haberse efectuado en testamento; y adicionalmente a la imposibilidad del otorgante de ejercitar la autoridad familiar por “causa no culpable” (p.e. que el propio titular de la autoridad familiar padezca una enfermedad física o mental que le impida ocuparse de la persona protegida), en el supuesto de haberse realizado en virtud de escritura pública (art. 110.2).

c) *Pluralidad de designados y delaciones incompatibles*. El art. 112 CDFA permite en la delación voluntaria la designación de una pluralidad de cargos tutelares (limitados a dos), para actuar bien de modo simultáneo (y, en este caso, solidaria o conjuntamente) siempre que las delaciones sean compatibles, bien sucesivamente. Asimismo, permite tanto al propio interesado como a los titulares de la autoridad familiar nombrar administradores de todo o parte del patrimonio de la persona protegida, distintos de los tutores o curadores y sin límite de número.

Complementario del anterior, el art. 113 CDFA establece unos criterios de resolución para el caso de que concurran varias delaciones voluntarias, ya procedan del mismo o de diferentes otorgantes. Así, en caso de pluralidad de delaciones procedentes de la misma persona, se prefiere la delación posterior. Si las delaciones proceden de ambos titulares de la autoridad familiar, se aplicarán conjuntamente, de ser compatibles (p.e. progenitores de un menor que uno le designa un tutor de la persona y otro, un tutor de los bienes). En caso de ser incompatibles, la elección de quien va a desempeñar el cargo tutelar entre la pluralidad de designados se atribuye a la Junta de Parientes o, en su defecto, al Juez, quienes decidirán en atención al interés del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (p.e. progenitores de un mayor con capacidad modificada judicialmente bajo su autoridad familiar prorrogada que cada uno designa un curador diferente con idénticas funciones). Con todo, al designado no elegido le corresponderá, a modo de “premio de consolación” (en palabras de GARCÍA CANTERO), la gestión de los bienes que, en su caso, haya recibido gratuitamente el menor o persona con capacidad modificada judicialmente del titular de la autoridad familiar que le designó como cargo tutelar, convirtiéndose así en una suerte de administrador voluntario *ex art. 107 CDFA*.

d) *Vinculación de la delación voluntaria*. De acuerdo con el art. 114.1 CDFA, el Juez está vinculado, como regla, a la delación voluntaria, de tal manera que sólo puede nombrar como tutor o curador a persona distinta a la designada voluntariamente por el interesado o los titulares de la autoridad familiar o, en general, desvincularse de las disposiciones propias de aquella (LLORENTE SANSEGUNDO) cuando motivadamente razone que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de la delación voluntaria y, por ende, el interés del menor o persona con capacidad modificada judicialmente exija prescindir de la delación voluntaria. Por consiguiente, en un planteamiento que difiere del Derecho civil estatal, en Derecho civil aragonés para prescindir de la delación voluntaria no basta con considerar más idónea a otra persona para el desempeño del cargo tutelar, sino que se ha producido un cambio de circunstancias significativo desde su otorgamiento que en beneficio o interés del menor o persona con capacidad modificada judicialmente lo aconseje (SAPZ 08/04/2010 y PARRA LUCÁN).

e) *Mandato preventivo y con cláusula de subsistencia*. Junto a la delación voluntaria el CDFA articula un instrumento dirigido complementariamente a proteger la voluntad anticipada de la persona para el caso de que en un futuro vea mermada su capacidad de autogobierno, de tal forma que no pueda tomar sus propias decisiones ni gestionar sus asuntos. Me refiero al mandato de autoprotección (entiéndase, con LLORENTE SANSEGUNDO, mandato representativo, en el sentido que aúna el contrato de mandato y el apoderamiento) que contemplan muy fragmentariamente sus arts. 109 y 114.2. Se configura así un sistema de protección o apoyo desjudicializado de personas que no están en condiciones de decidir por sí, pero que, en una situación previa de plena capacidad, deciden voluntariamente organizar quién y cómo debe gestionar sus asuntos en su nombre (PARRA LUCÁN), lo que resulta acorde ya no sólo al *principio standum est chartae*, sino también al principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad consagrado por la Convención UN 2006

A partir de ahí, tal medida de apoyo voluntario puede configurarse de dos maneras diferentes, bien como mandato preventivo o como mandato con cláusula de subsistencia. En su primera modalidad, consiste en un mandato otorgado por el interesado en previsión de una futura situación de incapacidad, a fin de permitir que una persona de su confianza gestione todos o parte de sus asuntos cuando él no pueda actuar por sí mismo. A diferencia del mandato ordinario, el preventivo no es eficaz desde su otorgamiento, sino sólo en caso de que el mandante pierda la capacidad para actuar por sí, ya sea de mero *facto* o en virtud de sentencia que modifique su capacidad. Por su parte, el mandato con cláusula de subsistencia coincide con el mandato ordinario en que es eficaz desde el momento de su otorgamiento, pero (aquí está su singularidad) incorpora una cláusula que prevé su subsistencia en el futuro, pese a la incapacidad sobrevenida del mandante, haya sido declarada o no judicialmente.

Cualquiera que sea la modalidad que adopte, la principal peculiaridad del mandato de autoprotección radica, de acuerdo al art. 109 CDFA, en que no se extingue, en principio, “por la incapacidad o incapacitación” del mandante (a diferencia del mandato ordinario: art. 1732.2 Cc). Tal mandato se convertirá así en irrevocable en el momento en que el mandante incurra en la situación de incapacidad (declarada o no judicialmente) que determine el inicio de su eficacia (mandato preventivo) o su subsistencia (mandato con cláusula de subsistencia), perdiendo de esta manera el control sobre la gestión del mandatario, lo que no sucede en el mandato ordinario (LLORENTE SANSEGUNDO).

Sólo en caso de que la capacidad del mandante sea modificada judicialmente, el art. 114.2 CDFA faculta al Juez a declarar la extinción de tal mandato, ya sea en el momento de que dicte la oportuna resolución modificativa



de la capacidad y constitutiva de la tutela o curatela, ya sea en un momento posterior a instancia del cargo tutelar. A partir de ahí, parece lógico que el Juez haga uso de esta facultad y revoque el mandato si éste se otorgó con alcance general, ya que, en caso contrario, ello implicaría la coexistencia de dos personas con facultades idénticas de representación, pero sometidas a un estatuto jurídico diferente, lo que no parece muy factible en la práctica: el tutor (en condición de representante legal) y el mandatario (como representante voluntario). En cambio, en caso de haberse otorgado un mandato especial, será posible la coexistencia del tutor o curador con el mandatario; incluso, en ocasiones, ello será conveniente. Piénsese p.e. en el caso de un mandato de autoprotección otorgado por un empresario a una persona de su confianza para continuar una actividad empresarial concreta. Asimismo, también puede defenderse la coexistencia de ambas figuras, en caso de que el mandante haya atribuido exclusivamente al mandatario la gestión de sus asuntos patrimoniales, procediendo en tal caso el nombramiento de un tutor personal al que corresponderá únicamente el cuidado de la persona del mandante (GARCÍA CANO). Con todo, para evitar estos problemas, lo aconsejable es que el interesado designe en un único instrumento a la misma persona como mandatario hasta que su capacidad se modifique judicialmente y como tutor a partir de entonces.

Por añadidura, el mandatario no está sujeto a los controles de vigilancia que fija el CDFa para los cargos tutelares, lo que no deja de resultar arriesgado cuando el mandato se atribuya con carácter general y no para un asunto concreto, desde el momento en que va a entrar en juego (mandato preventivo) o subsistir (mandato con cláusula de subsistencia) en caso de incapacidad del mandante y, por tanto, cuando éste ya no pueda revocarlo unilateralmente. Con todo, de una parte, el mandante podrá establecer sus propias medidas de control en el momento de su otorgamiento, lo que resulta muy aconsejable; y de otra, el Juez tiene la facultad de extinguir el mandato al constituir la tutela o curatela o después a instancia del cargo tutelar.

En cualquier caso, el contenido del mandato de autoprotección dependerá de las concretas facultades que el mandante quiera atribuir al mandatario. Así, puede configurarse como un mandato general (lo que implica encomendar al mandatario una gestión con alcance general, esto es, que comprenda la totalidad de los asuntos que incumben al mandante) o como un mandato especial (referido a uno o varios actos concretos). Asimismo, puede formar parte del contenido de tal mandato tanto la gestión del patrimonio del mandante como todo lo que afecte a su esfera personal, ya sea relativo a su cuidado personal (alimentos, acogimiento familiar, internamiento en una residencia geriátrica, o de salud mental, cuando las circunstancias así lo aconsejen), como a la aplicación de determinados tratamientos médicos o la realización de ciertas intervenciones sanitarias.

Por último, este mandato representativo requiere, para su validez, la concurrencia de los mismos requisitos de capacidad y forma que los previstos para la autotutela en el art. 108 CDFa: de una parte, la mayoría de edad y capacidad de obrar suficiente (entendiendo por tal, la aptitud de querer y entender el mandato otorgado); y de otra, la escritura pública.

f) *Publicidad de la delación voluntaria y de los mandatos preventivo y con cláusula de subsistencia.* El art. 111 CDFa fija el sistema de publicidad de los instrumentos públicos notariales a que se refieren los arts. 108 a 110 (las disposiciones sobre delación voluntaria hechas por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar y el mandato de autoprotección). En particular, impone al notario autorizante el deber de comunicarlos de oficio al Registro civil (en el sentido de remitir copia autorizada de la correspondiente escritura), al objeto de su debida constancia en la “inscripción de nacimiento” del interesado (en el “registro individual” del interesado, conforme al art. 77 LRC 2011). Asimismo, el notario deberá comunicar la delación hecha en testamento al Registro de Actos de Última Voluntad, en atención a lo dispuesto en el art. 11 del Reglamento Notarial (PARRA LUCÁN).

Tal publicidad permitirá que el Juez, a la hora de constituir la tutela o curatela, recabe certificación del Registro Civil o, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad, al objeto de comprobar la existencia de disposiciones sobre delación voluntaria (art. 133.2 CDFa), habida cuenta de su carácter, en principio, vinculante conforme al art. 114.1 CDFa. De igual modo, le permitirá corroborar la existencia de un mandato de autoprotección, para decidir si declara o no su extinción, ya sea cuando constituya la institución tutelar, ya sea posteriormente a instancia del tutor o curador (art. 114.2 CDFa).

**C. Delación dativa.** Conforme a lo dispuesto en los arts. 102.2 y 115 CDFa, la delación dativa es subsidiaria y complementaria de la delación voluntaria (SSAPZ 28/09/2012 y 30/10/2012). De ello resulta que sólo corresponde al Juez la designación o elección del tutor o curador en caso de inexistencia de delación voluntaria o, de existir, si carece de validez (por no cumplir los requisitos de forma o de capacidad exigidos legalmente) o de eficacia (p.e. cuando el progenitor que haya hecho la delación voluntaria sea designado tutor o curador por el Juez, por poder hacerse cargo de su hijo con capacidad modificada judicialmente). En caso de que la delación voluntaria sea parcial o incompleta, corresponde al Juez exclusivamente complementar la institución tutelar, p.e. determinar las funciones del cargo tutelar y/o establecer órganos de fiscalización. En cualquier caso, si no concurren estos presupuestos (delación voluntaria inexistente o incompleta), el Juez no puede prescindir de la delación voluntaria, salvo que considere motivadamente que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias existentes cuando se hizo la delación voluntaria que en interés del

menor o persona con capacidad modificada judicialmente exija prescindir de la voluntad del o de los otorgantes (art. 114 CDFa).

A partir de ahí, el art. 116 CDFa en su ap. 1º establece un orden de preferencia, atendiendo a razones de afectividad y aptitud, que vincula, en principio, al Juez a la hora de designar al titular del cargo tutelar.

En primer lugar, es preferido *el cónyuge* (entiéndase, no separado legalmente o de hecho: SAPZ 10/10/2017) o *la pareja de hecho, siempre que tenga la condición de estable no casada*, con arreglo a los arts. 303, 305 y 306.

En segundo término, los *descendientes de la persona con capacidad modificada judicialmente, siempre que sean mayores de edad*, precisión innecesaria desde el momento que el art. 123 requiere la mayoría de edad para ser cargo tutelar. De haber varios hijos, se designará cargo tutelar al más idóneo, sin perjuicio de reconocer visitas al resto (SSAPZ 06/03/2013 y 17/04/2018).

En tercer lugar, *los progenitores*, en principio, sólo respecto de sus hijos con capacidad modificada judicialmente, ya que, tratándose de hijos menores, si hay que sujetarlos a tutela es porque sus progenitores han sido privados de la autoridad familiar o suspendidos en su ejercicio, lo que les inhabilita para ser tutores *ex art. 125.1.a. CDFa*. Es más, pese al tenor literal del art. 116.1.c. (“los padres”), podrá nombrarse cargo tutelar a uno solo de ellos, en vez de a ambos, cuando el interés de la persona con discapacidad así lo requiera (SAPZ 11/06/2013).

En cuarto lugar, *los padrastros, abuelos o hermanos mayores*, lo que puede acaecer en supuestos muy variados, p.e.: respecto a un mayor con capacidad modificada judicialmente sobre el que no tengan la autoridad familiar prorrogada ya sea por no concurrir los presupuestos legales (art. 41 CDFa) o por haber optado el Juez por constituir la tutela o curatela como excepción a la prórroga de la autoridad familiar (art. 43 CDFa); respecto a un menor cuando el Juez opte por designarlos tutores en atención al interés de aquel, en detrimento de la autoridad familiar (arts. 88 y 89.2 CDFa) o cuando sean titulares de su autoridad familiar y el Juez los designe tutores reales, habida cuenta que están excluidos de la gestión de los bienes del menor (art. 88.3 CDFa).

En quinto lugar, *el administrador voluntario* a que se refiere el art. 107 CDFa. A este respecto, adviértase que el CDFa no permite que los disponentes a título gratuito distintos de los titulares de la autoridad familiar designen tutor o curador al beneficiario, pero ello no obsta para que pueda hacerlo el Juez en la delación dativa, habida cuenta de su relación con aquel (PARRA LUCÁN).

En sexto lugar, *la persona —física— que el Juez estime más idónea por sus relaciones con el menor o incapacitado u otras circunstancias*, fórmula abierta que da entrada, en defecto de las anteriores, a cualquier otro allegado de la persona

protegida que el Juez estime idóneo. La jurisprudencia ha hecho uso de esta previsión para nombrar tutora respectivamente a una amiga que se encarga del cuidado de la persona protegida (SAPZ 10/10/2017) y a una sobrina (SAPZ 10/10/2017).

Y, por último, en defecto de las personas físicas mencionadas, *la persona jurídica que considere más idónea*, ya sea una persona jurídica privada o la Entidad pública competente en protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente, preferentemente del lugar de residencia de la persona protegida (SAPZ 11/11/2014). En la práctica órganos judiciales aragoneses (SSAPZ 1/12/2009, 12/5/2015, 21/6/2016, 7/11/2017 y 21/5/2018) acuden a esta previsión para nombra tutora, en numerosas ocasiones alterando el orden legal, a la Comisión de Tutela y Defensa de Adultos del Gobierno de Aragón (en adelante, CTDJA) creada a tal objeto por el Decreto 168/1998. Ahora bien, esta designación no debe confundirse con la delación legal respecto de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente declarados en desamparo de los arts. 102.1.c. y 119 CDFa (PARRA LUCÁN).

Con todo, el art. 116.2 CDFa, permite excepcionalmente al Juez alterar el referido orden de preferencia legal, pero sólo cuando el interés del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente así lo requiera, sin que sea necesaria apreciar una causa de inhabilidad, según matiza la jurisprudencia (SSAPZ 28/9/2012, 6/3/2013 y 7/11/2017).

**D. Delación legal.** La delación legal, esto es, la designación del cargo tutelar por imperativo legal se reserva exclusivamente a los menores o las personas con capacidad modificada judicialmente declarados en desamparo (art. 102.1.c CDFa).

En este caso es la propia ley la que atribuye la tutela a la Entidad pública competente en materia de protección de menores o personas con capacidad modificada judicialmente (el IASS), previa declaración de desamparo por su parte, siempre que concurran los presupuestos del art. 118.1 CDFa y el art. 59.1 LIAA, esto es, una situación de falta de asistencia moral o material derivada del incumplimiento, voluntario o involuntario, de los deberes de protección correspondientes a los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar. Esta modalidad de tutela recibe distintas denominaciones: administrativa, automática o *ex lege*.

## 5. Promoción y constitución de las instituciones tutelares

**A. Planteamiento.** Como ya se ha indicado, de la lectura conjunta del art. 103.1 CDFa con los arts. 30 y 45 LJV resulta que el nombramiento del tutor ordinario y curador corresponde al Juez, no así el del defensor judicial que es competencia, en principio, del Letrado de la Administración de Justicia (BONET NAVARRO y CALATAYUD SIERRA). Tal nombramiento habrá de

verificarse en la resolución que ponga fin al procedimiento de constitución del cargo tutelar previsto a tal efecto en los referidos preceptos de la LJV y requerirá, para ser eficaz, la aceptación por el designado ante el Letrado de la Administración de Justicia, quien le dará posesión del cargo (arts. 29.1 y 46.3 LJV).

Más específicamente, en sede de tutela los arts. 131 a 133 CDFFA se ocupan respectivamente de la promoción de la tutela ordinaria, de la tutela provisiona y de la constitución de la tutela ordinaria.

Estos preceptos son aplicables a la curatela de las personas con capacidad modificada judicialmente, en virtud de la remisión que hace el art. 150.4 CDFFA. Tal remisión no se contempla para la curatela de los menores emancipados, lo que parece lógico, en cuanto es meramente ocasional, pues sólo se constituye a instancia del propio menor y su actuación se limita a la intervención del curador en aquellos actos patrimoniales que no pueda realizar por sí solo (art. 149 CDFFA). El curador del menor emancipado deberá ser entonces nombrado por el Juez (art. 45 LJV), quien habrá de designar por aplicación del art. 116.1 CDFFA (al no ser posible la delación voluntaria) a los llamados por la ley para el ejercicio de la autoridad familiar (no los progenitores, pues si existen son ellos los que deben prestar la asistencia, sin necesidad de ser nombrados curadores, conforme al art. 23 por remisión del art. 33 CDFFA), al administrador voluntario o la persona física o jurídica que considere más idónea (PARRA LUCÁN).

El nombramiento del defensor judicial se contempla específicamente en el art. 154 CDFFA a reinterpretar necesariamente tras la aprobación de la LJV. De este modo, de la lectura conjunta de este precepto con los arts. 28 a 30 LJV resulta que el Letrado de la Administración de Justicia (y sólo excepcionalmente el Juez: art. 88 LJV) nombrará a quien estime “más idóneo” para el cargo (BONET NAVARRO y CALATAYUD SIERRA).

**B. Promoción.** El CDFFA pretende que la constitución de la tutela ordinaria o, en su caso, de la curatela de las personas con capacidad modificada judicialmente sea lo más inmediata posible a la situación que la determina (“una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” conforme al vigente al art. 38.2 CDFFA) y, para ello, formula en su art. 131 la obligación de promover la constitución de la tutela o curatela de una serie de personas, así como la posible actuación del Ministerio Fiscal o del Juez, ya sea de oficio o en virtud de denuncia de cualquier persona que tenga conocimiento del hecho determinante de la tutela o curatela (PARRA LUCÁN).

En concreto, el art. 131.1 impone la obligación de promover la tutela o, en su caso, la curatela de las personas con capacidad modificada judicialmente a las siguientes personas desde el momento en que conozcan el hecho que la

motivo, so pena de incurrir en responsabilidad solidaria por los daños causados a la persona a proteger:

1°. A quienes soliciten la modificación judicial de la capacidad de una persona. Esta previsión debe ponerse en relación con el todavía vigente art. 757.1 Lec, según el cual la incapacitación puede promoverla el presunto incapaz, así como su cónyuge o pareja de hecho, sus descendientes, ascendientes o hermanos. En su defecto o de no haberlo solicitado, el ap. 2° del mismo precepto impone el deber de promoverla al Ministerio Fiscal.

La sentencia que declare la incapacitación deberá determinar el régimen de guarda al que haya de quedar sometida la persona con capacidad modificada judicialmente y, además, nombrar además a la persona o personas que hayan de asumir ese régimen de guarda (art. 760 Lec.).

2°. Los llamados a ser tutores o curadores en virtud de la delación voluntaria, ya ha sido hecha por el propio interesado (art. 108 CDFa) o por los titulares de su autoridad familiar (art. 110 CDFa).

3°. Los cinco primeros llamados a ser tutores o curadores por delación dativa en el art. 116.1 CDFa, esto es, el cónyuge o pareja de hecho, los descendientes mayores de edad de la persona con capacidad modificada judicialmente, los progenitores, los titulares distintos de la autoridad familiar (padrastrós, abuelos o hermanos mayores) y el administrador voluntario o, lo que es lo mismo, designado por el que dispuso bienes a título gratuito a favor del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente.

4°. El guardador de hecho.

Con todo, como advierte LACRUZ MANTECÓN, ni el Ministerio Fiscal ni el Juez deben esperar a la solicitud de las personas referidas en el art. 131.1, toda vez que el art. 131 en su ap. 2° prevé que, cuando el uno o el otro tuvieran conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela o curatela, pedirá el Ministerio Fiscal (en coherencia con lo dispuesto en el art. 757. 2 Lec.) y dispondrá el Juez, incluso de oficio, la constitución de la tutela o curatela. Añade su ap. 3° que cualquier persona podrá poner en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal el hecho determinante de la tutela o curatela. Esta última previsión complementa lo dispuesto, de una parte, en el art. 757.3 Lec. que impone a las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de su cargo, conocieran la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal; y, de otra, en el art. 13 LOPJM que impone a toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de desprotección de un menor, el deber de comunicarlo a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.

**C. Tutela provisional.** Bajo la rúbrica “tutela provisional” el art. 132 CDFa atribuye provisionalmente al Ministerio Fiscal la representación y defensa de la persona a proteger en el lapso temporal comprendido desde que se tenga conocimiento del hecho determinante de la tutela hasta la sentencia constitutiva de la misma. Si, además, procede la gestión de su patrimonio, se faculta al Juez a nombrar un administrador (un defensor judicial, según el art. 27.1.c LJV) con la obligación de rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

**D. Constitución.** Según resulta del art. 133.1 CDFa, puesto en relación con el art. 103.1 del mismo cuerpo legal y con la legislación procesal civil (art. 30 LJV y art. 760 Lec.), la constitución de la tutela ordinaria y la curatela es competencia exclusiva del Juez, ya sea su delación voluntaria o dativa.

El procedimiento a seguir es el previsto en el art. 45 LJV, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso civil para modificar la capacidad de la persona. En este segundo caso el procedimiento a seguir es el regulado en los arts. 756 a 760 Lec. bajo la rúbrica “de los procesos sobre la capacidad de las personas”, cuya supresión y sustitución por un nuevo procedimiento de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad está prevista en el Proyecto de Ley de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, actualmente en fase de tramitación parlamentaria.

Concluido el oportuno procedimiento, el Juez nombrará al tutor o curador (art. 45.3 LJV y 760 Lec.), encontrándose vinculado por la delación voluntaria, salvo alteración sustancial de circunstancias (art. 114 CDFa) o, en su defecto, acudiendo al orden de preferencia previsto por el art. 116 CDFa para la delación dativa. En particular, para facilitar el conocimiento de las delaciones voluntarias, el art. 133.2 CDFa ordena al Juez, antes de constituir la tutela o curatela, que solicite certificación del Registro civil o, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad para comprobar su existencia.

Por último, el nombrado tutor o curador habrá de aceptar en acta otorgada ante el Letrado de la Administración de Justicia la obligación de cumplir los deberes de su cargo, y éste acordará dar posesión del cargo, le conferirá las facultades establecidas en la resolución judicial que acordó su nombramiento y le entregará certificación de ésta (art. 103.1 CDFa, a reinterpretar con el art. 46.3 LJV: BONET NAVARRO y Calatayud Sierra).

## 6. Capacidad, excusa y remoción

Con carácter previo a la regulación individualizada de las diferentes instituciones tutelares, el CDFa dedica un capítulo separado, el Capítulo III, al tratamiento de la capacidad e idoneidad para ser titular de las funciones tu-

telares (arts. 123 a 125), para excusarse del desempeño del cargo tutelar (art. 126) o para ser removido del mismo (art. 127).

*A. Capacidad e idoneidad.* De la lectura de los arts. 123 a 125 CDFA resulta que todo cargo tutelar requiere que la persona que lo ejercite reúna unas determinadas condiciones de capacidad y de idoneidad.

*a) Capacidad.* El régimen en materia de capacidad se encuentra recogido en los arts. 123 y 124 que distinguen a tal efecto entre las personas físicas y las personas jurídicas.

Así, por lo que se refiere a las personas físicas, el art. 123 les exige un doble presupuesto de capacidad: de una parte, que sean “mayores de edad”; y de otra, que “se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”, expresión esta que parece ha de interpretarse como sinónimo de “plena capacidad de obrar”, habida cuenta de la función de complemento de capacidad que está llamado a ejercer el cargo tutelar.

Por su parte, el art. 124 condiciona el reconocimiento de capacidad a las personas jurídicas para desempeñar un cargo tutelar al cumplimiento de dos presupuestos. En primer lugar, exige que “no tengan finalidad lucrativa”, en cuanto que el ánimo de lucro resulta ajeno a la finalidad perseguida a través de las instituciones tutelares. De ello resulta que sólo pueden ser cargo tutelar alguna de las personas jurídicas enumeradas en el art. 35 Cc., esto es, las corporaciones, asociaciones y fundaciones. A éstas se añaden por algunos autores (LETE DEL RÍO) las cooperativas, las personas jurídicas eclesiásticas y los entes públicos. En segundo lugar y más específicamente requiere que “entre sus fines específicos figure la protección de menores o incapacitados”, lo que se justifica por la especial función a desempeñar por los cargos tutelares que, sin duda, tratándose de personas jurídicas requiere la oportuna especialización. Con todo, se opta por una fórmula disyuntiva (“protección de menores o incapacitados”), reconociendo así la idoneidad de una persona jurídica para ser tutora únicamente de menores o sólo de personas con capacidad modificada judicialmente si entre sus fines sólo figura la protección de unos u otros.

*b) Causas de inhabilidad.* A la idoneidad en el cargo tutelar se refieren los mismos arts. 123 y 124, al exigir, acto seguido, que la persona designada como titular de funciones tutelares no esté incurso en alguna de las causas de inhabilidad que se enuncian con carácter taxativo en el art. 125. Ahora bien, de las causas de inhabilidad previstas en dicho precepto buena parte resultan inaplicables a las personas jurídicas, ya que, en los términos en que se expresan, se vinculan necesariamente a la condición de persona física; tal es el caso de las enumeradas en las letras a), c) d), f), g) y h).

Las causas de inhabilidad se aplican a personas, en principio, plenamente capaces, pero que, por concurrir en ellas determinadas circunstancias, no



se les considera idóneas para el desempeño de un cargo tutelar. Pueden responder a motivos muy variados: falta de preparación o de condiciones para el cargo, falta de confianza, falta de recursos económicos, conducta inapropiada, intereses incompatibles, etc. En cualquier caso, todas ellas persiguen el mismo fin: se trata de apartar a los que estén incursos en ellas del cuidado de la persona y de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, a fin de priorizar en todo caso su interés.

Se encuentran enunciadas en el art. 125.1, precepto según el cual no pueden ser titulares de funciones tutelares:

*a') Las personas que estén excluidas, privadas o suspendidas en el ejercicio de la autoridad familiar o total o parcialmente en los derechos de guarda y educación por resolución judicial o administrativa.* De ello resulta que cualquier limitación total o parcial, temporal o definitiva, del contenido normal de la autoridad familiar inhabilita para ser cargo tutelar; en particular, la exclusión de la autoridad familiar se regula en el art. 61, la privación en el art. 90 y la suspensión en el art. 91.

*b') Las personas que hubiesen sido removidas de un cargo tutelar anterior.* El criterio del legislador en este punto resulta plenamente justificado, toda vez que si una persona ha sido removida de su cargo tutelar por incurrir en alguna de las circunstancias que enumera el art. 127 resulta lógico que *a posteriori* no se le considere idóneo para desempeñar un nuevo cargo tutelar.

*c') Las personas condenadas a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.* Se trata de una causa de inhabilidad temporal que se fundamenta en la falta de libertad personal, cualquiera que sea la pena privativa de libertad impuesta al amparo de los arts. 35 a 38 CP. Por consiguiente, la inhabilidad desaparece cuando la pena se haya extinguido por cumplimiento o por indulto, pero no así en caso de ser objeto de suspensión.

*d') Las personas condenadas por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.* Esta causa de inhabilidad debe ponerse en relación con la anterior, de tal manera que, una vez cumplida la condena, el condenado no podrá ser tutor ni, en general, desempeñar un cargo tutelar si ha sido condenado por un delito que haga suponer que no desempeñará bien el cargo tutelar, piénsese p.e. en un delito de violencia doméstica o de género o en un delito de abusos sexuales. Dicha causa es, sin embargo, susceptible de dispensa en la delación voluntaria (art. 125.2), lo que no deja de ser cuestionable, en atención al principio que inspira esta materia que no es otro que el interés de la persona protegida *ex art.* 101.

*e') Las personas en quien concurra imposibilidad absoluta de hecho para el desempeño del cargo tutelar.* Causa referida a una imposibilidad fáctica para desempeñar un cargo tutelar, ya sea física o psíquica, lo que puede suceder en los casos de avanzada edad o de enfermedad grave (SAPZ 16/01/2018). Por añadidura, esta imposibilidad fáctica debe ser absoluta y previsiblemente

duradera, ya que si es meramente temporal podrá nombrarse un defensor judicial entretanto cesa la causa determinante de tal imposibilidad (art. 153.b.).

*f') Las personas que tengan enemistad manifiesta con la persona protegida.* El texto legal exige que la enemistad sea "manifiesta", condicionando así la efectividad de esta causa de inhabilidad a la notoriedad o publicidad de aquélla. De ello resulta que no es causa de inhabilidad la mera relación conflictiva entre el cargo tutelar y la persona protegida (SAPZ 29/07/2008 y SAPH 30/12/2014). Por lo demás, se trata de una causa de inhabilidad relativa, ya que únicamente existe en relación a un determinado menor o persona con capacidad modificada judicialmente y, por tanto, sólo referible a un concreto cargo tutelar.

*g') Las personas que por su conducta puedan perjudicar a la formación de la persona protegida o que no dispongan de medios de vida conocidos.* Causa de inhabilidad que incluye dos circunstancias distintas que pueden concurrir o no en la misma persona, cuya apreciación corresponde al Juez: por un lado, el mantener una conducta que puede resultar perjudicial para la formación de la persona protegida; y por otro, el carecer de medios de vida conocidos. En cualquier caso, esta causa es susceptible de dispensa en la delación voluntaria (art. 125.2).

*h') Las personas que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida.* Tras esta fórmula general, el art. 125.1.h. contempla dos supuestos concretos de posible conflicto de interés. El primero se refiere a la existencia de pleito o actuaciones con la persona protegida sobre el estado civil (p.e. cargo tutelar que impugna, como heredero del padre, la filiación paterna de la persona protegida) o sobre la titularidad de los bienes (p.e. cargo tutelar que interpone una acción reivindicatoria contra la persona protegida). El segundo supuesto radica en tener pendiente con la persona protegida una deuda de cuantía considerable, hecho que habrá que ponderarse en atención al patrimonio de aquélla. De cualquier modo, se trata de una causa de inhabilidad relativa, ya que sólo existe en relación con un concreto menor o persona con capacidad modificada judicialmente. Por lo demás, es susceptible de dispensa en virtud de la delación voluntaria (art. 125.2).

*i') Las personas que hayan sido inhabilitadas como consecuencia de un proceso concursal, mientras dure la inhabilitación.* Causa de inhabilidad que debe ponerse en relación con las previsiones del Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020). Así, con arreglo a lo dispuesto en su art. 455.2.2º, en caso de que el concurso haya sido calificado de culpable por concurrir alguno de los supuestos de su art. 442, las personas afectadas por tal calificación, ya sea el propio deudor o cualquiera de las personas enumeradas en dicho precepto, serán inhabilitadas para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, en función de la gravedad de los hechos y de la entidad del perjuicio causado, así como para representar a

cualquier persona durante el mismo período. De ello resulta su inhabilidad para ejercer un cargo tutelar —entiéndase— que implique la administración de los bienes de la persona protegida o/y su representación. Ahora bien, se trata de una causa de inhabilidad temporal, ya que sólo rige mientras dure la inhabilitación: de dos a quince años, según precisa el TR Ley Concursal. Por lo demás, es susceptible de dispensa mediante la delación voluntaria (art. 125.2), lo que puede cuestionarse por las razones expuestas en la letra d).

**B. Excusa.** Según se ha indicado anteriormente, el art. 101.1 CDFA atribuye a los cargos tutelares carácter obligatorio. No obstante, el CDFA admite ciertas excepciones a dicha obligatoriedad mediante las excusas que pueden definirse como aquellas causas legítimas que eximen del deber de ejercer las funciones tutelares a una persona capaz e idónea para desempeñarlas. A diferencia de las causas de inhabilidad, en las que sólo atiende al beneficio de la persona protegida, las causas de excusa reparan principalmente en el interés del llamado a ejercer las funciones tutelares.

Las excusas se encuentran enumeradas en los aps. 1 y 2 del art. 126 CDFA, distinguiendo a tal efecto según el cargo tutelar sea desempeñado por una persona física o jurídica.

De acuerdo con el art. 126.1, las personas físicas pueden excusarse del ejercicio del cargo tutelar cuando resulte excesivamente gravoso por razón de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, falta de vínculos de cualquier clase —ya sean de parentesco o meramente afectivos— con la persona protegida o por cualquier otra causa. Con esta última expresión se consagra un sistema de *numerus apertus* en lo que se refiere a las causas de excusa de las personas físicas, de tal manera que cualquier excusa es susceptible de ser alegada, siendo el Juez el que habrá de apreciar su carácter excesivamente gravoso para el ejercicio del cargo tutelar. En este sentido puede traerse a colación la SAPZ 09/11/2018 que rechaza el domicilio en localidades distintas que alega el hermano de una persona declarada incapacitada total como causa que le permita excusarse del cargo de tutor para el que ha sido designado, dada la situación de la persona a proteger, que se encuentra interna en un centro de salud mental “donde tiene cubiertas todas sus necesidades”.

Por su parte, las personas jurídicas privadas pueden excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño del cargo tutelar, según dispone el art. 126.2. Esta excusa se refiere, por tanto, a la carencia de medios económicos, personales o materiales que impidan a la persona jurídica desempeñar la concreta función tutelar de que se trate o genéricamente atender a sus fines de protección. En cambio, las personas jurídicas públicas no pueden excusarse de los cargos tutelares, según sostiene la jurisprudencia, ni aun alegando el principio de lealtad institucional, como pre-

tende la CTDJA en un supuesto en que la persona bajo su tutela se trata de un extranjero con una orden pendiente de expulsión de España; cuestión distinta será la posible extinción de la tutela por imposibilidad de cumplimiento, una vez ejecutada dicha orden (SAPH 31/01/2008).

En cualquier caso, las excusas deben alegarse por el propio cargo tutelar, bien ante el Juez (tratándose de tutor o curador: art. 50 LJV), bien ante el Letrado de Administración de Justicia (tratándose de defensor judicial: art. 32 LJV) quienes, en su caso, las admitirán tras la tramitación del oportuno procedimiento a que se refiere el art. 50 LJV. Sobre este particular, el art. 126.3 CDFa se limita a precisar el momento adecuado en que es posible alegar las excusas, de modo coherente con el art. 50.1 LJV. Así, dispone que las excusas pueden alegarse antes de comenzar el ejercicio del cargo tutelar, en cuyo caso el plazo de alegación es de quince días a contar desde el conocimiento del nombramiento (SAPZ 29/07/2008). Pero también una vez iniciado el ejercicio del cargo tutelar, sin sujeción a plazo alguno, si bien en este supuesto se exige que exista persona adecuada para sustituir a su titular, a fin de que la persona sujeta a la correspondiente institución tutelar no quede desprotegida. En el primer caso cabe hablar de excusas originarias y en el segundo, de excusas sobrevenidas. Ambas son aplicables tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas.

Los efectos de la excusa se regulan en el art. 129 CDFa, conjuntamente con los de la remoción, distinguiendo a tal objeto entre los efectos durante la tramitación del procedimiento y los efectos en caso de ser admitida.

Así, mientras se sustancia el procedimiento de excusa —entiéndase, sobrevenida—, el art. 129.1 faculta al Juez para suspender al titular del cargo tutelar de sus funciones y nombrar a la persona protegida un defensor judicial que ejercerá las funciones tutelares provisionalmente durante la tramitación del procedimiento. Nótese que esta previsión no resulta plenamente coincidente con la contenida en el art. 50.3 LJV, que impone al cargo tutelar la obligación de mantenerse en el ejercicio de sus funciones, de tal manera que, solo en caso de incumplirla, el Letrado de la Administración de Justicia habrá de nombrar a un defensor judicial para que lo sustituya durante la tramitación del procedimiento, quedando, además, el cargo tutelar sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuese finalmente rechazada.

Una vez tramitado el procedimiento y en caso de prosperar la excusa alegada, el art. 129.2 establece, en línea con el art. 50.4 LJV, que la misma resolución que admita la excusa deberá contener la designación del nuevo titular del cargo tutelar, que no podrá ocuparlo sino una vez firme aquella. Dicho cambio habrá de comunicarse, en todo caso, al Registro Civil, según especifica el precitado precepto procesal.

Por último, el art. 129.3 contempla los efectos de la excusa cuando el titular del cargo tutelar haya recibido alguna atribución patrimonial en consideración a su nombramiento. En concreto, permite al Juez acordar, atendidas la voluntad del disponente y las circunstancias del caso, que la aceptación de la excusa conlleve la pérdida total o parcial de la referida atribución patrimonial.

**C. Remoción.** Las causas de remoción de los cargos tutelares son aquellas circunstancias que surgen sobrevenidamente durante el desempeño del cargo tutelar por las cuales una persona, en principio, idónea para el cargo tutelar y que ha comenzado su ejercicio debe ser privada del mismo. Se encuentran enumeradas en el art. 127 CDFa, precepto según el cual será removido del cargo tutelar el que después de la toma de posesión se encuentre en alguna de las siguientes situaciones:

a) *Incurra en causa de inhabilidad.* De ello resulta que, para que una de las causas de inhabilidad contempladas en el art. 125 CDFa lo sea de remoción, debe tener carácter sobrevenido. Aplica esta previsión la SAPT 24/03/2015 para remover del cargo tutelar a dos tutores incurso en un proceso penal por supuestos abusos sexuales contra la persona protegida, ya que, al margen del resultado de las diligencias penales, en el proceso ocupan posiciones opuestas, lo que genera un manifiesto conflicto de interés que determina su inhabilidad sobrevenida para ejercer la tutela *ex art. 125.1.h. CDFa* y, por ende, su remoción.

b) *Se conduzca mal en el desempeño de la función tutelar.* Según precisa el art. 127.1 CDFa, esta conducta debe obedecer a uno de los siguientes motivos: bien *al incumplimiento de los deberes propios del cargo tutelar*, bien *al ejercicio del cargo tutelar con notoria ineptitud*, esto es, que la persona no sea apta por sus propias cualidades personales para el cargo tutelar y que, por tanto, su nombramiento fue un error. En este segundo caso es suficiente la mera constatación de la ineptitud del titular del cargo tutelar que puede provenir tanto de una incapacidad sobrevenida como de circunstancias independientes de la propia voluntad del sujeto. Por añadidura, la ineptitud se califica de “notoria”, por lo que habrá de ser pública y conocida por todos.

c) *Cuando surjan problemas de convivencia graves y reiterados.* En los términos en que se expresa la norma, esta causa de remoción es aplicable exclusivamente a aquellos cargos tutelares que convivan con la persona protegida. Por lo demás, para que los problemas de convivencia operen como causa de remoción han de ser “graves y reiterados”, circunstancias cuya apreciación corresponderá al Juez o, en su caso, al Letrado de la Administración de Justicia.

*d) Adicionalmente, la persona jurídica será removida cuando deje de reunir los requisitos del art. 124. Es decir, en caso de convertirse en una entidad con ánimo de lucro o, aun manteniendo su finalidad gratuita, entre sus fines ya no se encuentre la protección de menores o personas con capacidad modificada judicialmente.*

En cualquier caso, la remoción de los tutores y curadores corresponde al Juez (art. 49 LJV) y la del defensor judicial al Letrado de la Administración de Justicia (art. 32 LJV). A partir de ahí, el procedimiento de remoción debe sustanciarse, en principio, por los trámites de la jurisdicción voluntaria previstos en el art. 49 JLV. A este respecto, el art. 128 CDFA, de modo coincidente con el ap. 1 de dicho precepto, permite la incoación del procedimiento tanto de oficio como a instancia de parte, reconociendo legitimación a tal efecto al Ministerio Fiscal, al propio menor o la persona con capacidad modificada judicialmente (entiéndase, representado por el defensor judicial *ex* art. 129.1 CDFA) o a cualquier persona interesada. Una vez iniciado, se celebrará una comparecencia en la que habrá de darse audiencia al cargo tutelar a remover, a la persona que le vaya a sustituir en el cargo, a la persona protegida si tiene suficiente madurez y, en todo caso, si es menor con más de doce años, y al Ministerio Fiscal. Sólo en caso de que suscite oposición, el procedimiento devendrá contencioso conforme a lo dispuesto en el art. 49.1.2 LJV, debiendo continuar su tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal en los arts. 437 a 447 Lec.

Los efectos de la remoción se regulan en el art. 129 CDFA, conjuntamente con los de las excusas, distinguiendo a tal objeto entre los efectos durante la tramitación del procedimiento y los efectos en caso de ser admitida.

Así, mientras se sustancia el procedimiento de remoción el art. 129.1, de modo coincidente con el art. 49.2 LJV, faculta al Juez para suspender al titular del cargo tutelar de sus funciones, en cuyo caso el Letrado de Administración de Justicia nombrará a la persona protegida un defensor judicial para ejercer las funciones tutelares durante el procedimiento.

Una vez tramitado el procedimiento y en caso de prosperar la causa de excusa alegada, el art. 129.2 establece, en línea con el art. 49.3 LJV, que la misma resolución que ordene la remoción deberá contener la designación del nuevo titular del cargo tutelar, que no podrá ocuparlo sino una vez firme aquélla. Dicha sustitución en el cargo tutelar habrá de comunicarse, en todo caso, al Registro Civil, según especifica el precitado precepto procesal.

Por último, el art. 129.3 contempla los efectos de la remoción cuando el titular del cargo tutelar haya recibido alguna atribución patrimonial en consideración a su nombramiento. En concreto, permite al Juez acordar, atendidas la voluntad del disponente y las circunstancias del caso, que la remoción conlleve la pérdida total o parcial de la referida atribución patrimonial.

## 7. La tutela

**A. Introducción.** La tutela, tal y como se regula en el CDFa, se caracteriza por ser una institución tutelar estable, dirigida a la protección de los menores no emancipados y las personas con capacidad judicial modificada que no se encuentren sujetas a autoridad familiar.

En principio, se configura, al igual que en Derecho estatal (art. 267 Cc), como un mecanismo sustitutorio de toma de decisiones, de tal manera que el tutor actúa en nombre del tutelado o, lo que es lo mismo, sustituye su voluntad, en cuanto es su representante legal (arts. 12.1, 136 y 139 CDFa). No obstante, esta regla general presenta alguna excepción. Así, respecto a los menores tutelados importa señalar que, a partir de los catorce años, ya no están sujetos a representación, sino a mera asistencia que corresponderá prestar al tutor, conforme a lo dispuesto en el art. 23.1 CDFa; ello sin olvidar aquellos actos que pueden realizar por sí mismos ya sea por haber alcanzado esa edad (p.e. los actos a que se refiere el art. 24.1 con matices, art. 25, art. 26.2, art. 57.2, art. 346.1 y art. 415 CDFa) o, al menos, por tener madurez suficiente (los actos enumerados en el art. 7 CDFa). En cuanto a las personas con capacidad modificada judicialmente bajo tutela, corresponde al Juez que “declare su incapacitación” delimitar los límites y extensión de la misma y, por consiguiente, determinar qué actos, en su caso, pueden realizar por sí mismas sin necesidad de ser representadas por su tutor (art. 38 CDFa y art. 760.1 Lec).

Por añadidura, la tutela es una figura supletoria de la autoridad familiar, de tal manera que sólo procede su constitución respecto de aquellos menores no emancipados o personas con capacidad modificada judicialmente no sujetas a autoridad familiar (tutela ordinaria) o, al menos, cuando la tengan en suspenso (tutela administrativa).

La tutela incluye, como la autoridad familiar, la guarda y protección del menor o personas con capacidad modificada judicialmente sometidas a ella (arts. 136 a 138 CDFa). Pero, además, corresponde al tutor, como parte intrínseca de su contenido (no como “función ajena”, como prevé el art. 9.2 CDFa respecto de la autoridad familiar de los progenitores) la gestión del patrimonio del tutelado (art. 139 CDFa). En definitiva, el contenido de la tutela es personal y patrimonial, a diferencia del de la autoridad familiar que se circunscribe al ámbito personal.

El CDFa contempla dos modalidades de tutela: la tutela ordinaria y la tutela administrativa o automática, que reserva exclusivamente a los menores o personas con capacidad modificada judicialmente declaradas en desamparo por la Administración (art. 130.2, puesto en relación con el art. 102.1.c y los arts. 118 a 122 CDFa).

**B. Personas sujetas a tutela.** Las personas sometidas a tutela vienen enumeradas en el art. 130.1 CDFA, que distingue a tal efecto entre la tutela ordinaria y la tutela administrativa.

*a) Personas sujetas a tutela ordinaria. a')* Los menores no emancipados que no estén bajo la autoridad familiar. En caso de autoridad familiar de otras personas se nombrará tutor de los bienes que carezcan de administrador (art. 130.1.a.). Según resulta de la fórmula legal transcrita, el CDFA contempla dos supuestos diferentes de tutela ordinaria de menores.

El primero de ellos se refiere a aquellos menores no sometidos a la autoridad familiar de sus progenitores ni de otras personas (padrastro/madrastra, abuelos o hermanos mayores: arts. 85 a 87 CDFA). Por tanto, basta que haya una persona titular de la autoridad familiar para evitar el nombramiento de tutor.

Por añadidura, debe tratarse de menores no emancipados. La emancipación extingue la autoridad familiar, en atención a lo dispuesto en el art. 93.1.b. CDFA, si bien los progenitores (o, más exactamente, uno cualquiera de ellos siempre que ostente su ejercicio *ex* art. 23.1 CDFA) están llamados a prestar asistencia al menor en los actos a que se refiere el art. 33.1 por su especial trascendencia económica. Si ambos progenitores fallecen o quedan impedidos para prestar la asistencia requerida, no procederá el nombramiento de un tutor, sino de un curador (art. 148.a.).

En cualquier caso, los menores pueden tener una edad superior o inferior a los catorce años. En efecto, dado que la tutela de los menores suple la falta de autoridad familiar, resulta lógico que, del mismo modo que el menor mayor de catorce años se encuentra sometido a la autoridad familiar hasta la mayoría de edad o emancipación (art. 93.1.b. CDFA), siga sujeto a tutela ordinaria en defecto de personas que ejerzan la autoridad familiar, sin perjuicio de que su contenido, al igual que el de la autoridad familiar, sea más reducido en este caso, habida cuenta de la situación singular del menor aragonés mayor de catorce años.

Por último, interesa señalar que la falta de autoridad familiar puede provenir de una causa inicial (p.e. filiación desconocida respecto de ambos progenitores, carencia de hermanos mayores o falta de abuelos) o sobrevenida (p.e. fallecimiento, ausencia declarada o de hecho o privación de la autoridad familiar).

En segundo término, el CDFA somete a tutela ordinaria y, en concreto, a tutela de bienes a los menores no emancipados que estén sujetos la autoridad familiar de personas diferentes de los progenitores, ya sea el padrastro o la madrastra, los abuelos o los hermanos mayores (arts. 85 a 87). Estas personas, como es sabido, están excluidas de la gestión de los bienes de los menores (art. 88.3), razón por la que se hace necesario nombrarles un tutor real,



siempre que se trate de bienes que carezcan de un administrador voluntario designado por quien dispuso de bienes a título gratuito en favor del menor, posibilidad ésta que contempla su art. 107.

*b')* Las personas con capacidad modificada judicialmente cuando la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique lo hayan establecido (art. 130.1.b.). Este supuesto, sin duda, resulta hoy muy cuestionable en atención al nuevo tratamiento de la discapacidad que propugna la Convención UN 2006. Ello es así desde el momento en que la tutela, tal y como se caracteriza en Derecho aragonés (y en Derecho estatal vigente), obedece al modelo de sustitución en la toma de decisiones que, *a priori*, rechaza la Convención, por resultar contrario a los principios que la inspiran, en especial, al principio de no discriminación por razón de la discapacidad, al de respeto a la dignidad y al de respeto a la autonomía y las decisiones personales.

Ciertamente, según establecen los arts. 38 y 130.1.b. CDFa, en coherencia con los todavía vigentes art. 760 y 761 Lec, para que una persona con capacidad modificada judicialmente esté sujeta a tutela ordinaria es necesario que la resolución judicial que declare su incapacitación o, en su caso, la modifique, así lo establezca en función de su grado de discernimiento, pudiendo optar, en su caso, por la curatela. Ello sin olvidar, además, que los arts. 136.1 y 139.1 CDFa facultan al Juez a modular el contenido de la tutela en atención a la concreta situación y las circunstancias de la persona con discapacidad.

Sucede, sin embargo, que, más allá de estas previsiones, el tratamiento que el texto foral dispensa a la tutela (con diecisiete preceptos referidos a la misma frente a los cinco dedicados a la curatela), permite presumir el carácter preferente de la tutela. Esta presunción se confirma con el análisis de la jurisprudencia aragonesa, donde puede apreciarse que la tutela es con creces el resultado general de los procesos de incapacitación, en un planteamiento poco acorde con la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional (STC 174/2002) y el Tribunal Supremo (STS 29/04/2009) que contemplan la incapacitación total como una medida a adoptar excepcionalmente en aquellos casos que sea estrictamente necesario. A partir de ahí, la mayor parte de los fallos de las sentencias constitutivas de tutela coinciden en declarar la incapacidad total y permanente de la persona para regir su persona y sus bienes y su subsiguiente sujeción al régimen de tutela (“en toda su extensión” matiza alguna resolución), con lo que ello implica: impedir a la persona la realización de todo tipo de actos, sustituyéndole en la toma de decisiones. Sirvan de ejemplo las siguientes sentencias recaídas en la jurisprudencia menor tras la aprobación de la LDp.: SSAPH 30/12/2014, SAPT 18/11/2008 y SSAPZ 11/05/2010, 13/03/2012, 06/03/2013 (“salvo para llevar estrictamente actividades diarias y primarias”), 22/12/2015, 21/06/2016, 28/03/2017, 10/10/2017, 16/01/2018, 20/03/2018, 17/04/2018, 18/07/2018 y 09/11/2018. Es más, resulta discutible que algunas sentencias, pese a declarar la incapacidad par-

cial, en vez de la total, opten, igualmente, por la constitución de la tutela, aun invocando la necesaria protección de la persona con discapacidad: SAPZ 29/7/2008 y SAPH 23/11/2016. Los tribunales aragoneses se desvinculan así de la noción del “traje a medida” acuñada por la STS 01/07/2014, de modo acorde con el sistema de apoyos flexible que propugna la Convención UN 2006, según la cual “la incapacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad (...) para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda”.

Más allá de estas reflexiones, interesa aclarar que este supuesto, tal y como se articula en la normativa vigente, debe entenderse circunscrito a aquellas personas con capacidad modificada judicialmente que no se encuentren sujetas a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, instituciones, igualmente, cuestionables a la luz de la Convención UN 2006 por las razones expuestas. A este respecto conviene recordar que, respecto a aquellas personas que ven modificada judicialmente su capacidad siendo menores (hipótesis que admite el art. 38.4 CDFa), el art. 41 CDFa posibilita, al alcanzar su mayoría de edad, la prórroga “por ministerio de ley” de la autoridad familiar a la que estuviese sometido durante su minoría. Por su parte, el art. 42 CDFa permite, respecto a aquellos cuya capacidad es modificada judicialmente siendo ya mayores de edad, la rehabilitación, también “por ministerio de ley”, de la autoridad familiar a que estuviesen sometidos durante su minoría, siempre que concurren dos presupuestos adicionales: primero, permanezcan solteros y vivan en compañía de uno o ambos progenitores; y, segundo, no hayan hecho previsiones sobre autotutela al amparo del art. 108 CDFa, en cuyo caso, el Juez estará vinculado a las mismas, en principio, en atención a lo dispuesto en el art. 114 CDFa. En cualquier caso, esta prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar prevista legalmente no opera de modo absolutamente automático, toda vez que el art. 43 CDFa faculta al Juez, en su lugar, a constituir la tutela ordinaria en atención “al grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación social de las personas a quienes corresponda ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada”.

*c’)* Los que al cesar la prórroga o rehabilitación de la potestad de guarda continúen incapacitados, salvo que proceda la curatela (art. 130.1.c.). Esta previsión debe ponerse en relación con el art. 148.c. CDFa en sede de curatela. De la lectura conjunta de ambos preceptos resulta que procederá la constitución de la tutela ordinaria en caso de que, al extinguirse la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada o la tutela prorrogada (*vid.* las causas generales de extinción enunciadas en los arts. 93 y 144 respectivamente para la autoridad familiar y la tutela, así como las causas de extinción previstas especí-

ficamente en el art. 45.b. y c. CDFA para la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada), subsista la situación de capacidad modificada judicialmente (entiéndase, con arreglo a la legislación procesal todavía vigente). Ello salvo que, en función del grado de discernimiento de la persona protegida, el Juez estime más adecuado el nombramiento de un curador o, incluso, dejar sin efecto la incapacitación vía el procedimiento del art. 761 Lec cuando estime que aquella ha recuperado plenamente la capacidad de autogobierno.

b) *Personas sujetas a tutela administrativa.* La tutela administrativa, automática o *ex lege* de la Administración se reserva en el art. 130.2 CDFA a los menores o personas con capacidad modificada judicialmente que hayan sido declarados en desamparo por la Entidad pública competente en materia de protección (el IASS). Se encuentra vinculada a la delación legal a que se refiere el art. 102.c. CDFA.

a') *Presupuesto previo: La situación de desamparo declarada por la Administración.* El precitado precepto debe ponerse en relación con el art. 118.1 CDFA y el art. 59.1 LIAA que definen el desamparo como aquella situación que “se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o incapacitados [entiéndase, personas con capacidad modificada judicialmente], cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. De esta noción legal resulta que la situación de desamparo es una situación fáctica, que exige la concurrencia de dos requisitos unidos por una relación de causa-efecto:

1º. Una situación de falta de asistencia moral o material, entendiendo por tal aquella situación en que la insatisfacción de las necesidades básicas (ya sean físicas-biológicas, de seguridad, emocionales, sociales y/o cognitivas) del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente genera un riesgo o un daño que dificulte o impida su desarrollo integral.

2º. Que dicha falta de asistencia se haya producido a causa del incumplimiento o del ejercicio inadecuado o imposible de los deberes de protección correspondientes a sus guardadores principales.

Esta noción, que adolece de cierta indeterminación no exenta de riesgos (GARCÍA CANTERO y LÓPEZ AZCONA), se complementa, sin embargo, con lo dispuesto en el art. 59.2 LIAA que ofrece una lista de posibles circunstancias constitutivas de desamparo, a saber:

1ª. La existencia de riesgo para la vida o la integridad física, debido al incumplimiento de los deberes de protección o a la negligencia en su cumplimiento por los titulares de la autoridad familiar o de la institución tutelar.

2ª. El abandono: ya sea por ausencia de las personas a quienes por ley corresponda el ejercicio de la guarda (titulares de la autoridad familiar o de la institución tutelar), ya sea porque no quieran o no puedan ejercerla.

Ahora bien, de encontrarse el menor de edad o la persona con discapacidad atendida *de facto* por persona distinta a los titulares de la autoridad familiar o de la institución tutelar, lo que implica la denominada guarda de hecho (156 CDFA), en principio, no procederá declararlo en situación de desamparo, ya que no concurre el presupuesto legal de falta de asistencia. Cuestión distinta es que, adicionalmente, concurra alguna circunstancia constitutiva del desamparo, en cuyo caso, entiendo, sí procederá la declaración de desamparo.

3ª. Los malos tratos físicos o psíquicos o los abusos sexuales por familiares o terceros, producidos bien en su ámbito familiar, bien con el consentimiento de la familia.

4ª. La inducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación.

5ª. La drogadicción o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los titulares de los deberes de guarda que impidan su adecuada atención.

6ª. La desaparición de las circunstancias justificativas de la guarda administrativa, entendiéndose por tal la guarda asumida por la Administración a solicitud de los titulares de la autoridad familiar o de la institución tutelar, cuando, por circunstancias graves y ajenas a su voluntad, no puedan cuidar al menor o la persona con capacidad modificada judicialmente a su cargo. En particular, conforme al art. 59.2.f. LIAA, la declaración de desamparo en este supuesto procede, cuando los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar no soliciten la recuperación de la guarda una vez desaparecidas las circunstancias justificativas de la asunción de ésta por la Administración.

Tal lista de posibles circunstancias constitutivas de desamparo es meramente *ejemplificativa*, toda vez que el art. 118.1 CDFA opta por una fórmula abierta donde tienen cabida todas aquellas situaciones de desprotección que conlleven una privación de la necesaria asistencia moral y/o material del menor y que tengan su origen en el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda, ya sea imputable o no a los guardadores principales (SSTSJA 04/01/2010, 14/05/2015 y 16/01/2019).

En cualquier caso, la declaración de desamparo corresponde a la Entidad pública competente en materia de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente, previa tramitación del oportuno procedimiento administrativo regulado en los arts. 29 a 34 Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo (aprobado por el Decreto 190/2008, de 7 de octubre). Ahora bien, según prevé el art. 118.2, 1ª parte CDFA, el concepto de desamparo exige una interpretación restrictiva por parte de la Administración, habida cuenta de sus importantes implicaciones: la asunción de la tutela automática o *ex lege* por la Administración con la consiguiente separación del núcleo familiar (art. 119, 1ª parte CDFA y art. 61 LIAA).

b') *La necesaria distinción entre la situación de desamparo y la situación de inasistencia determinante de la guarda administrativa.* La situación de desamparo que conlleva la tutela automática de la Administración no puede confundirse con la falta de asistencia que determina la asunción provisional de la mera guarda del menor o persona con capacidad modificada judicialmente por la Administración mientras se mantengan las circunstancias que han dado lugar a la misma, esto es, la guarda administrativa.

A esta segunda situación se refiere el CDFFA en su art. 119, 2ª parte ("Si la situación de desamparo se debe a fuerza mayor de carácter transitorio, la entidad pública ejerce sólo la guarda mientras se mantenga esa situación") y su art. 160.2.a. ("la entidad pública competente [...] asumirá la guarda durante el tiempo necesario cuando se lo pidan los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar que, por circunstancias graves y ajenas a su voluntad, no pueden cuidar de los menores o incapacitados a su cargo"). En este caso nos encontramos, por tanto, ante una situación de desasistencia de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente que conlleva la actuación protectora de la Administración, presupuesto este coincidente con la situación de desamparo que origina la tutela administrativa. Ahora bien, entre ambas situaciones de desprotección existen importantes diferencias que se proyectan sobre la naturaleza y el alcance de la intervención administrativa. De estas divergencias conviene dar cuenta a continuación, al objeto de delimitar la concreta actuación protectora de la Administración en cada caso.

En primer lugar, importa advertir la falta de coincidencia de las causas determinantes de la desasistencia del menor de edad en uno y en otro supuesto. Así, la falta de protección que da lugar a la situación de desamparo puede obedecer a un incumplimiento, ya sea voluntario o involuntario, de los deberes de protección por parte de los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar (art. 118.1 CDFFA). En cambio, de las expresiones "desamparo [debido] a fuerza mayor" y "por circunstancias graves y ajenas a su voluntad no puedan cuidar" que emplean respectivamente el art. 119, 2ª parte y el art. 160.2.a. CDFFA para justificar la asunción de la guarda administrativa se deriva que la falta de asistencia generadora de la misma ha de ser involuntaria en todo caso.

Asimismo, debe señalarse que la declaración de desamparo exige una resolución que se emite de oficio por la Administración sin que exista una intervención previa de los titulares de la autoridad familiar o la institución tutelar, mientras que la guarda administrativa requiere, como regla general, una solicitud por parte de aquellos dirigida a la Entidad pública competente *ex art.* 160.2.a. CDFFA.

Finalmente, la declaración de desamparo parece exigir la presencia de una situación de falta de asistencia persistente. Por el contrario, la guarda

administrativa está pensada para situaciones de falta de asistencia meramente transitorias o provisionales.

*c')* *La necesaria distinción entre la situación de desamparo y la situación de riesgo.* Diferente también de la situación de desamparo es la situación de riesgo, como precisa el propio art. 118.2 CDFa.

La situación de riesgo se define por el art. 56 LIAA como aquella situación de desprotección en la que, por circunstancias personales o socio-familiares (tales como la existencia de un entorno familiar inseguro y desestructurado, la falta de capacidades para educar a los hijos, la falta de lazos afectivos, la insuficiencia de recursos económicos, la violencia escolar, el maltrato entre iguales, la existencia de conductas delictivas o antisociales en el ámbito vecinal o la discriminación por razón de sexo, discapacidad, etnia u origen) se ve obstaculizado el desarrollo integral de un menor, pero sin alcanzar la gravedad suficiente para justificar su separación de su entorno familiar, a diferencia tanto de la situación de desamparo que conlleva la tutela administrativa (SSTSJA 06/07/2013 y 06/01/2019) como de la situación de inasistencia determinante de la guarda administrativa.

En este caso, la actuación protectora de la Administración se dirige a intentar eliminar dentro del grupo familiar los factores de riesgo mediante la articulación de un programa de preservación familiar específico —a adoptar tras la oportuna declaración de riesgo— que podrá incluir medidas de índole técnica y/o económica (art. 57 LIAA y arts. 21 a 24 Decreto 190/2008). Las medidas técnicas incluyen intervenciones de carácter socioeducativo, formativo o terapéutico, desarrolladas por profesionales a favor del menor de edad y de su familia, tendentes a la modificación de las causas que provocaron el riesgo de desarraigo familiar. (art. 25 Decreto 190/2008). Por su parte, las medidas de índole económico consisten en prestaciones o ayudas que se facilitan cuando la causa determinante del riesgo procede de situaciones de carencia o insuficiencia de recursos económicos (art. 26 Decreto 190/2008). En todo caso, la ejecución de tales medidas exige la necesaria colaboración de los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar, de tal modo que, de negarse a prestarla, el menor podrá ser declarado en desamparo si así lo requiere la evolución de la situación de riesgo y su protección (art. 58 LIAA y art. 27 Decreto 190/2008).

**C. Estructura de la tutela.** En el CDFa, al igual que el Cc, la tutela se configura, en principio, como un órgano unipersonal, aunque también se admite excepcionalmente la cotutela o pluralidad de tutores. Asimismo, cabe que la tutela no sólo sea asumida por personas físicas, sino también jurídicas.

*a) El tutor único.* El art. 134 CDFa *ab initio* formula el principio general de la tutela unipersonal, según el cual a cada menor o persona con capacidad

modificada judicialmente se le debe nombrar un solo tutor. Así, dispone que “la tutela se ejercerá por un solo tutor”.

A este principio responde, igualmente, el art. 117 CDFA que sugiere al Juez que, cuando haya de designar tutor a varios hermanos, procure que el nombramiento recaiga en una misma persona. La norma es plausible, en cuanto tiene por objeto mantener por objeto los vínculos entre los tutelados. No obstante, y ahí radica lo discutible a mi juicio, restringe esta posibilidad a que los hermanos sean de doble vínculo, restricción no recogida en los textos legales que contienen previsiones similares como son el art. 240 Cc y el art. 222-11 CcC.

*b) La cotutela o tutela plural.* El mismo art. 134 CDFA que formula el principio de unicidad de la tutela incluye, sin embargo, una serie de importantes excepciones al mismo, en las que se permite la pluralidad de tutores respecto de un mismo tutelado (cotutela o tutela plural). Estas excepciones son las siguientes:

*a') Cuando se haya separado la tutela de la persona y de los bienes* (art. 134.a.). Se trata de designar a dos tutores, encomendando a uno de ellos el cuidado de la persona del tutelado (tutor de la persona) y al otro, la gestión de su patrimonio (tutor real o de los bienes). De acuerdo con el art. 135.b. y c. CDFA, tal designación puede efectuarse bien por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria, bien por el Juez en la delación dativa cuando lo estime conveniente o, una vez constituida la tutela, cualquiera que haya sido la modalidad de delación, siempre en este último caso que concurren circunstancias especiales en la persona o patrimonio del tutelado. Con todo, la lectura de la jurisprudencia revela que los órganos judiciales aragoneses hacen uso de esta facultad de modo muy limitado, permitiendo únicamente la separación de la tutela de la persona y de los bienes “cuando en el campo de los bienes nos encontremos con un gran patrimonio, bienes en lugares distintos o cuando se trate de bienes que tengan alguna especialidad, requieran conocimientos especializados o necesiten de una gestión independiente” (SAPH 30/07/2010).

*b') Cuando en la delación voluntaria se hayan designado a dos tutores para actuar simultáneamente* (art. 134.b.). Este supuesto se encuentra regulado con mayor detalle, en sede de delación voluntaria, en el art. 112 CDFA, según el cual tanto el interesado como los titulares de la autoridad familiar pueden designar dos tutores para que actúen conjunta o solidariamente.

*c') Cuando la tutela corresponda a ambos padres o abuelos paternos o maternos* (art. 134.c., 1ª parte). Esta excepción establece la tutela dual de los progenitores y de los abuelos de modo análogo a la autoridad familiar. Con todo, el ámbito de aplicación de esta previsión es bastante limitado. En efecto, cuando la persona a proteger sea un menor, en principio, no es posible la tutela de los progenitores ni de los abuelos, ya que si hay que constituir la tutela es

porque estos han sido privados de la autoridad familiar o, al menos, suspendidos en su ejercicio, en cuyo caso son inhábiles para la tutela con arreglo en lo dispuesto en el art. 125.1<sup>a</sup> CDFa.

No obstante, esta regla encuentra alguna excepción. Piénsese en el caso de abuelos titulares de la autoridad familiar que sean designados tutores reales en la delación voluntaria o dativa, habida cuenta que están excluidos de la gestión de los bienes del menor en el art. 88.3 CDFa. A los progenitores titulares de la autoridad familiar, por otra parte, pueden corresponderles funciones de administración de los bienes como si fueran tutores reales, conforme al art. 107 y quizá sometidos a las mismas reglas que los tutores (art. 9.2 CDFa). Los abuelos, finalmente, pueden ser nombrados tutores aun cuando pudieran ejercer las funciones de la autoridad familiar, si así lo aconsejan las circunstancias del caso y el interés del menor (art. 89.2 CDFa). Tratándose de personas con capacidad modificada judicialmente, los padres y abuelos serán tutores cuando excepcionalmente no tengan la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada (art. 43 CDFa) y así hayan sido designados por el propio interesado o por el Juez, alterando, en su caso, el orden de llamamientos del art. 116 CDFa.

*d')* Cuando la tutela corresponde a una persona casada si el Juez considera conveniente que su cónyuge, mientras lo sea, también ejerza la tutela (art. 134.c., 2<sup>a</sup> parte). La norma atribuye al Juez, siempre que lo estime conveniente, la facultad de incorporar al ejercicio de la tutela (entiéndase, voluntaria o dativa) al cónyuge del tutor. Este supuesto se encuentra inspirado en el art. 236.3 Cc, si bien, mientras este precepto lo refiere exclusivamente al cónyuge del tío tutor, en Derecho aragonés se ha optado, con buen criterio, por extenderlo al cónyuge casado en general; no así, en cambio, a la pareja estable no casada.

En cualquier caso, la referida facultad judicial encuentra una importante limitación en la voluntad de los particulares. En efecto, en los términos en que se expresan los arts. 108 y 110 CDFa, referidos a la delación voluntaria, resulta claro que tanto el propio interesado como los titulares de la autoridad familiar podrán excluir este nombramiento.

Por lo demás, esta excepción en los términos en que está redactada plantea ciertas dudas interpretativas en el sentido de determinar si el cónyuge del tutor tiene también la condición de tutor o simplemente de coejercitante de la tutela. Ciertamente la expresión legal interpretada en sus términos literales (“si el Juez considera conveniente que su cónyuge también la ejerza”) parece dar a entender que el cónyuge simplemente se incorpora al ejercicio de la tutela. Sin embargo, si se atiende a la rúbrica del art. 134 (“Número de tutores”) y, sobre todo, al Preámbulo del CDFa (“también serán dos los tutores [...] por decisión del Juez, cuando tutor sea una persona casada y considere conveniente que también ejerza la tutela su cónyuge”) parece defendible que el cónyuge es un verdadero tutor.



Por último, interesa destacar que, en los términos en que se expresa la norma (“mientras lo sea”), la condición de tutor del cónyuge va unida a la conservación de esa cualidad. Por consiguiente, habrá que entender que en caso de disolución del matrimonio se perderá aquella. Es más, parece poco probable que cuando los cónyuges estén separados el Juez estime conveniente adoptar esta modalidad de tutela.

El régimen de la tutela plural se completa con lo dispuesto en el art. 142 CDFa en orden a su régimen de funcionamiento. En concreto, su ap. 1º da preferencia a los criterios de actuación establecidos ya sea en la delación voluntaria o dativa; y, en su defecto, se remite a las reglas de funcionamiento de la autoridad familiar (arts. 71 y 74 CDFa).

Por su parte, el art. 142.2 prevé que, en el caso de separación de la tutela personal y real, cada tutor actuará con plena independencia en el ámbito de su competencia. Lo mismo sucederá en el supuesto de coexistencia de tutor y administrador voluntario.

Finalmente, el art. 142.3 resuelve la cuestión relativa al cese de uno de los tutores en el caso de tutela plural. En concreto, dispone que, en caso de coexistir dos tutores personales y cesar uno de ellos, el otro continuará en el ejercicio de la tutela, siempre que no se haya dispuesto expresamente otra cosa en la delación voluntaria o dativa. La misma solución se prevé para el supuesto de dualidad de tutores reales sobre los mismos bienes. Por lo demás, parece razonable vía interpretativa extender esta regla al supuesto de dualidad de tutores sin separación de funciones. En cambio, entiendo que no resulta aplicable en el caso de separación de la tutela personal y real, donde parece preferible que sea nombrado un nuevo tutor en sustitución del que ha cesado.

*c) La tutela asumida por persona jurídica.* Junto a las personas físicas, pueden ser igualmente, nombradas tutoras las personas jurídicas, ya sean de naturaleza pública o privada. Ahora bien, el art. 124 CDFa condiciona esta modalidad de tutela a una serie de presupuestos, ya examinados: que la persona jurídica no tenga finalidad lucrativa, que entre sus fines específicos figure la protección de menores o personas con capacidad modificada judicialmente y que no incurra en causa de inhabilidad.

**D. Funciones del tutor.** Las funciones atribuidas al tutor son tanto de índole personal como patrimonial, toda vez que se dirigen conjuntamente a la protección de la persona y la gestión de los bienes del tutelado.

*a) Funciones sobre la persona del tutelado menor de edad.* Por lo que hace al contenido personal de la tutela de menores, el art. 136.1 CDFa aproxima la figura del tutor a los progenitores, en cuanto que le atribuye el contenido de la autoridad familiar. No obstante, según precisa este mismo precepto, son de aplicación preferente las normas sobre relaciones tutelares y, en especial,

las relativas a gastos (art. 104.1 CDFA), indemnización de daños (art. 104.2 CDFA), remuneración (art. 105), responsabilidad (art. 106 CDFA) y alimentos (art. 137 CDFA).

De esta remisión al contenido de la autoridad familiar resulta, por aplicación del art. 65.1 CDFA, que el tutor tiene el derecho y deber de tener en su compañía al menor tutelado, lo que implica la necesaria convivencia (SERRANO GARCÍA). Le corresponde, asimismo, proveer a su sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Ahora bien, ello deberá hacerlo conforme al art. 137 CDFA. De este precepto resulta que el tutor, en principio, sólo tiene obligación de “procurar” (que no sufragar) alimentos al tutelado, para lo que acudirá, en primer lugar, a los bienes de éste. En su defecto o cuando no sean suficientes, los deberá reclamar a los parientes obligados a ello en virtud de la obligación legal de alimentos, tal y como se regula en los arts. 142 ss. Cc. Si esto no es posible, habrá de procurarlos por otras vías, incluso acudir a las instituciones públicas que procedan para obtener subsidios o ayudas para el tutelado. Sólo en último término y de modo subsidiario, deberá sufragarlos él mismo, sin perjuicio de que pueda excusarse del cargo si tal obligación le resulta excesivamente gravosa, al amparo del art. 125.1 CDFA. El tutor también tiene el derecho y deber de educar y procurar una formación integral al tutelado, correspondiéndole, en particular, la decisión que proceda respecto de la educación religiosa de los menores de catorce años. Por último, el tutor tiene el derecho y deber de corregir al tutelado de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad, con posibilidad de imponerle sanciones siempre que no sean humillantes ni atentatorias contra sus derechos.

*b) Funciones sobre la persona del tutelado con capacidad modificada judicialmente.* Cuando la tutela recaiga sobre personas con capacidad modificada judicialmente, según resulta de la lectura conjunta de los arts. 39 y 136.2 CDFA, su contenido personal será el previsto en la sentencia que declare su incapacidad.

En su defecto, legalmente se le atribuye el contenido de la autoridad familiar sobre los hijos menores de catorce años, lo que incluye, en principio, los diversos derechos y deberes a que se refiere el art. 65.1 CDFA. No obstante, según matiza el art. 138 CDFA, el tutor no tiene la obligación de convivir con el tutelado con capacidad modificada judicialmente, si bien debe procurarle la prestación de la asistencia especializada que requiera, así como habrá de promover la adquisición o recuperación de su capacidad (conforme a la legislación procesal todavía vigente) y su inserción en la sociedad. El texto foral aragonés opta así por un tratamiento de la discapacidad que responde, en buena medida, al tradicional modelo médico, que contempla la discapacidad como un problema exclusivamente personal causado por una enfermedad o deficiencia y, por consiguiente, centra sus respuestas en las limitaciones del

individuo para adoptar una posición meramente protectora centrada fundamentalmente en su curación. Sucede, sin embargo, como revela la lectura de la Convención UN 2006, que este modelo de la discapacidad hoy en día se encuentra superado por el modelo social de la discapacidad, conforme al cual la discapacidad es más bien un producto social, resultado de las interacciones entre un individuo y un entorno no concebido para él y, por ende, su solución viene dada por la necesaria y plena integración de las personas con discapacidad en la sociedad.

En cualquier caso, la remisión al contenido de la autoridad familiar debe entenderse sin perjuicio de la aplicación preferente de las especificidades previstas para las relaciones tutelares en el Título III, tales como la sujeción a control judicial y del Ministerio fiscal *ex art.* 103, el derecho de reembolso por los gastos generados en ejercicio de la tutela *ex art.* 104.1, la responsabilidad recíproca tutor-tutelado por los daños causados negligentemente *ex arts.* 104.2 y 106, el posible derecho a remuneración *ex* 105 o la exigencia de fianza e inventario *ex arts.* 140 y 141. Adicionalmente, el art. 139.2 prescinde en todo caso del requisito de la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos del tutelado.

c) *Funciones sobre los bienes del tutelado.* Ya se trate de tutela de menores o de personas con capacidad modificada judicialmente, el art. 135 CDFA atribuye, en principio, al tutor la administración legal de los bienes del tutelado. No obstante, frente a esta regla general el mismo precepto contempla una serie de supuestos en los que se excluye la administración del tutor.

En primer lugar, están excluidos de la administración del tutor aquellos bienes que el tutelado haya recibido a título gratuito con exclusión de la gestión paterna (arts. 94.2.b. y 135.a. CDFA). Dichos bienes serán gestionados por un administrador *ad hoc* nombrado por el propio disponente (art. 107 CDFA) o, en su defecto, por un tutor real o de los bienes nombrado por el Juez (art. 94.3 CDFA).

Un supuesto similar es el previsto en el art. 113.3 CDFA, al que se remite el art. 135.a. Este precepto regula el caso de una pluralidad de delaciones realizadas por los titulares de la autoridad familiar que sean incompatibles entre sí. En tal hipótesis se encomienda a la Junta de Parientes y, en su defecto, al Juez la elección de tutor. A aquellos que hayan sido excluidos de la elección, de haber sido designados tutores por quien dispuso a título gratuito de bienes a favor del tutelado, les corresponderá, a modo de “premio de consolación” (en palabras de GARCÍA CANTERO), la administración y disposición de tales bienes.

Otro supuesto de exclusión o, más propiamente, de separación de funciones tutelares es el que resulta de la designación de un tutor de los bienes como figura independiente del tutor de la persona, ya sea en virtud de la delación voluntaria o dativa (art. 135.b. y c.).

Junto a los tres supuestos contemplados en el art. 135, también deben excluirse de la administración del tutor, con base en el art. 153.a CDFA, aquellos concretos actos respecto a los bienes del tutelado en que haya oposición de intereses entre el tutor y el tutelado, procediéndose en tal caso al nombramiento de un defensor judicial.

Por último, la administración del tutor ha de excluirse respecto de aquellos bienes o actos patrimoniales que la ley o la sentencia de incapacitación permita al tutelado realizar por sí mismo. A este respecto interesa recordar que, tratándose de tutela de menores, y según resulta del art. 26 CDFA, a partir de los catorce años el tutelado puede administrar sus bienes con la mera asistencia del tutor e, incluso, sin asistencia, cuando se trate de bienes adquiridos con su trabajo o industria, que se le hayan confiado a tal fin o que haya adquirido a título lucrativo cuando el disponente así lo haya ordenado. Si la tutela es de personas con capacidad modificada judicialmente, el ámbito de actuación del tutelado en materia de administración de sus bienes será el fijado por la sentencia de incapacitación o, en su defecto, por el régimen legal sobre capacidad del menor de catorce años (art. 39 CDFA).

El régimen en materia de gestión del patrimonio del tutelado previsto en el art. 135 se complementa con lo dispuesto en el art. 139.1, precepto que se remite a lo dispuesto en el propio CDFA para “la gestión de los bienes de un hijo de su edad y capacidad”, en particular, a los arts. 12 a 19 para los tutelados menores de catorce años o con capacidad modificada judicialmente y a los arts. 23 y 26 a 28 respecto a los tutelados menores mayores de catorce años, ya explicados en el § 3 del Manual. Ello con las modificaciones previstas en el Título III, tales como la sujeción a control judicial y del Ministerio Fiscal *ex* art. 103, el derecho de reembolso por los gastos generados en ejercicio de la tutela *ex* art. 104.1, la responsabilidad recíproca tutor-tutelado por los daños causados negligentemente *ex* arts. 104.2 y 106, el posible derecho a remuneración *ex* 105 o la exigencia de fianza e inventario *ex* arts. 140 y 141. Adicionalmente, el art. 139.2 prescinde, en todo caso, del requisito de la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos del tutelado.

**E. Obligaciones del tutor antes de entrar en el ejercicio del cargo. a) Prestación de fianza.** El art. 140 CDFA impone al tutor el deber de prestar fianza si así lo exige la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez, este último conforme a los trámites del art. 46.1 y 2 LJV. Ahora bien, parece que el tutor podrá ser dispensado de dicho deber por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria (arts. 108 y 109 CDFA); dispensa que vinculará a la Junta de Parientes o, en su caso, al Juez, sin perjuicio de que este último pueda exigir ulteriormente la prestación de fianza en caso de circunstancias sobrevenidas (art. 114.2 CDFA).

Corresponde, asimismo, a la Junta de Parientes o al Juez, en caso de que se decidan a exigirla, determinar la concreta modalidad de fianza, así como su cuantía.

De cualquier modo, el término “fianza” que utiliza el art. 140 no parece que deba interpretarse en el sentido estricto del art. 1822 Cc relativo al contrato de fianza, sino en el sentido más amplio de garantía o caución real o personal que asegure el cumplimiento de las obligaciones del tutor, tanto las de índole personal como las de carácter patrimonial (SAPZ 23/11/2010).

Por lo demás, la fianza puede exigirse, en principio, a cualquier persona que sea nombrada tutor. No obstante, como excepción a esta regla se excluye del deber de prestar fianza a la persona jurídica pública (entiéndase, la Entidad pública competente en cada Comunidad Autónoma en materia de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente) que asuma la tutela ya sea por ministerio de la ley (tutela administrativa del art. 119 CDFA) o por resolución judicial (tutela ordinaria en virtud de delación dativa del art. 116.1.g. CDFA).

En lo que atañe al momento en que debe prestarse la fianza, interesa observar que, aunque lo normal es que se exija antes de que el tutor comience el ejercicio de sus funciones, excepcionalmente podrá reclamarse judicialmente en un momento ulterior en atención a la alteración de las circunstancias que llevaron a la Junta de Parientes o al Juez a no exigirla antes de la toma de posesión. Asimismo, se faculta al Juez a modificar en cualquier momento total o parcialmente la fianza ya constituida, ya sea cualitativa o cuantitativamente, e, incluso, a dejarla sin efecto, siempre que medie la correspondiente motivación.

*b) Formalización de inventario de los bienes del tutelado.* Como obligación adicional, el art. 141 CDFA impone al tutor el deber de hacer inventario del patrimonio del tutelado, debiendo incluir en el mismo los posibles derechos de crédito que tenga contra este, ya que de omitirlos se entenderá que los renuncia.

A diferencia de la prestación de fianza, tal deber es preceptivo en todo caso, salvo obviamente que se trate de tutor de la persona o cuando el tutelado carezca absolutamente de patrimonio. Por consiguiente, no es susceptible de dispensa por el interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria ni por el Juez en la delación dativa.

En cualquier caso, el inventario deberá formalizarse en un plazo de sesenta días a contar desde la toma de posesión, prorrogable por el Juez en resolución motivada. Con todo, entiendo que el tutor puede desempeñar sus funciones desde que tome posesión de su cargo, aunque no haya formalizado el inventario, por resultar esta solución más acorde a los intereses del

pupilo y ello sin perjuicio de que el Juez pueda adoptar las medidas que considere oportunas para asegurar sus intereses.

En orden a su modo de formalización, el art. 141 permite la forma tanto judicial como notarial. El inventario judicial ha de formarse conforme a los trámites del art. 47 LJV, con intervención del Ministerio Fiscal y todas aquellas personas que el Juez estime conveniente citar. En el inventario notarial se requiere la intervención de la Junta de Parientes.

Una vez formalizado el inventario por una u otra vía, se hará constar en el Registro civil su existencia mediante anotación, que están obligados a promover el propio tutor, el Juez o el Ministerio Fiscal (arts. 290 y 291 RRC 1958). Por añadidura, si ha sido formalizado notarialmente, el tutor deberá depositar una copia en el Juzgado que haya constituido la tutela, según prevé el art. 141.2, 2ª parte CDFFA.

**F. Extinción de la tutela.** Conforme al art. 144 CDFFA, son causas de extinción de la tutela las enunciadas a continuación.

*a) La emancipación del tutelado.* Previsión coincidente con la autoridad familiar, conforme al art. 93.1.b. CDFFA. Por lo demás, esta causa de extinción debe ponerse en relación con el art. 30.2.d. CDFFA que contempla la emancipación del menor tutelado mayor de catorce años por concesión judicial (el "beneficio de mayor edad" del art. 321 Cc). En este caso el antiguo tutor pasa a desempeñar la función de asistir al menor emancipado en aquellos actos que no puede realizar por sí solo, que no son otros que los enunciados en el art. 33 CDFFA. Únicamente en el caso de que el tutor haya fallecido o se encuentre impedido para ello, procederá la constitución de la curatela (art. 148.a.).

*b) La mayoría de edad del tutelado.* Al igual que sucede con la autoridad familiar, según dispone el art. 93.1.b. CDFFA. Ahora bien, excepcionalmente la mayoría de edad no extingue la tutela en un supuesto: El del tutelado cuya capacidad fue modificada judicialmente durante su minoría de edad (art. 38.4 CDFFA). En este caso, al alcanzar el tutelado la mayoría de edad, la tutela no se extingue, sino que se prorroga *ope legis* (art. 31 CDFFA).

*c) La resolución judicial que ponga fin a la incapacitación del tutelado o que la modifique, sustituyendo la tutela por la curatela.* Esta causa de extinción debe ponerse en relación con el art. 138 CDFFA ya comentado, según el cual el tutor tiene la obligación de promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado, por lo que, de haber sobrevenido nuevas circunstancias, podrá instar un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación declarada judicialmente, conforme a lo dispuesto en el todavía vigente art. 761 Lec. Si la sentencia deja sin efecto la incapacitación, el tutelado recobrará la plena capacidad.

En caso de que modifique los límites y extensión de la incapacitación y sustituya la tutela por la curatela, el cargo de curador será desempeñado por el mismo tutor, a no ser que el Juez disponga motivadamente otra cosa (art. 150.3 CDFa).

d) *La recuperación de la autoridad familiar por quien hubiera sido privado, excluido o suspendido de ella.* La tutela se extingue, asimismo, cuando, habiéndose constituido por exclusión, privación o suspensión de la autoridad familiar, quede sin efecto su exclusión por voluntad del representante legal del hijo o del propio hijo si es mayor de catorce años (art. 61.3 CDFa), se acuerde judicialmente su recuperación por cesar la causa de su privación (art. 90.2 CDFa) o cuando deje de estar en suspenso (art. 91 CDFa).

e) *La adopción del tutelado.* Cuando el tutelado sea menor no emancipado, la tutela se sustituye por la autoridad familiar del adoptante o adoptantes. En cambio, en aquellos casos en que excepcionalmente se permite la adopción de un mayor de edad o menor emancipado conforme al art. 175.2, 2ª parte Cc, la tutela no se extingue, si bien no cabe descartar que el Juez nombre tutores al adoptante o adoptantes en sustitución del antiguo tutor, en aplicación del orden de preferencia del art. 116.1 CDFa.

f) *La determinación de la filiación del tutelado que conlleve la atribución de la autoridad familiar.* Esta causa de extinción, aplicable exclusivamente a la tutela de los menores por las mismas razones expuestas en relación con la causa anterior, opera en el caso de que la tutela se haya constituido por no estar la filiación legalmente determinada respecto de ninguno de los progenitores, en el momento que ésta se determine respecto de uno (en el caso de la filiación no matrimonial) o ambos progenitores (ya sea filiación matrimonial o no matrimonial). Excepcionalmente, no se extinguirá la tutela si el padre ha sido excluido de la autoridad familiar por haber sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación o por haber sido determinada judicialmente la filiación contra su oposición (art. 61.1 CDFa) y siempre que no esté determinada la filiación materna.

g) *El fallecimiento del tutelado.* Desde el momento en que la personalidad civil se extingue con la muerte de la persona, conforme al art. 32 Cc, resulta lógico que la muerte constituya una causa de extinción de la tutela ya sea del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente. No parece, sin embargo, que la declaración de fallecimiento (arts. 193 a 197 Cc y art. 74 LJV) conlleve la extinción de la tutela, sino su suspensión, extrapolando a esta institución lo dispuesto en el art. 91.b *in fine* CDFa respecto de la autoridad familiar. Lo mismo puede decirse de la declaración de ausencia (arts. 182 a 192 Cc y art. 70 LJV), sin perjuicio de que se nombre al tutor representante del declarado ausente (LETE DEL RÍO).

De cualquier modo, la extinción de la tutela no debe confundirse con el cese del tutor en el ejercicio de sus funciones lo que puede obedecer a causas tales como su fallecimiento, su propia incapacitación, la remoción del cargo tutelar o la concurrencia de una causa de excusa sobrevenida. En todos estos casos no se extingue propiamente la tutela, sino que habrá de sustituirse judicialmente la persona del tutor, subsistiendo la misma institución de guarda.

**G. Obligaciones del tutor al cese de las funciones tutelares.** *a) Rendición de la cuenta general.* Tras el cese de sus funciones, el tutor (o sus herederos, en caso de haber fallecido) tiene la obligación de rendir cuentas de su gestión, conforme a lo dispuesto en el art. 145 CDFA. En los términos en que se expresa dicho precepto, está sujeto a esta obligación todo tutor, tanto el que cesa durante la tutela como el que cesa al extinguirse la misma, con la única salvedad de la Administración cuando haya asumido la tutela automática (art. 145.5). Por añadidura, esta obligación no es susceptible de dispensa por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria ni tampoco por el Juez en la delación dativa.

De cualquier modo, se trata de una cuenta general de su gestión del patrimonio del tutelado durante todo el tiempo que haya ejercido la tutela, con independencia de que haya cumplido con las rendiciones de cuentas que le hayan podido exigir anualmente el Juez y Ministerio Fiscal *ex art.* 103.3 CDFA y art. 51.1 LJV; y, además, justificada, entiéndase, mediante cualquier medio probatorio, no necesariamente documental.

El plazo para hacer la rendición general de cuentas es de tres meses prorrogables por periodos de la misma duración si media justa causa. La concesión o no de la prórroga y la apreciación de la existencia de justa causa es una cuestión que se deja al arbitrio judicial. Como inicio del cómputo se señala el día del cese de las funciones tutelares, salvo que corresponda efectuar la rendición a los herederos del tutor, en cuyo caso el plazo se computará desde la aceptación de la herencia (art. 145.1 CDFA, en relación con el art. 51.4 LJV).

Transcurrido este plazo sin que el tutor haya realizado la rendición de cuentas, el art. 145.2 establece una acción para exigir su cumplimiento vía judicial. Están legitimados para su ejercicio el tutelado, su representante legal (de ser menor de catorce años o persona con capacidad modificada judicialmente sujeta a tutela) o sus herederos. El plazo de ejercicio de esta acción es de tres años, a contar desde el transcurso del plazo establecido para la rendición de cuentas (tres meses y, en su caso, el de la prórroga concedida).

La rendición de cuentas debe hacerse ante el Juez, a quien corresponde su aprobación o no (art. 145.1 CDFA). El procedimiento para esta aprobación debe sustanciarse por los trámites de la jurisdicción voluntaria a que se refiere el art. 51 LJV, en el cual el Juez debe dar audiencia, según precisa el art. 146.1 CDFA, al tutelado (siempre que tenga suficiente madurez o sea menor



mayor de doce años, matiza la legislación procesal) o, de haber fallecido, sus herederos, así como a su nuevo tutor o, en su caso, curador. En caso de ser aprobada la cuenta general, dicha aprobación no impedirá el ejercicio de las acciones que puedan corresponder entre sí al tutor y al tutelado o a sus causahabientes respectivos por razón de la tutela (art. 146.2 CDFa y art. 51.5 LJV). En particular, el tutelado podrá ejercitar la acción de indemnización por los daños sufridos por la actuación negligente del tutor (art. 106 CDFa). Por su parte, el tutor podrá ejercitar la acción de reembolso de los gastos derivados del ejercicio de la tutela (art. 104.1 CDFa), la de indemnización por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de la función tutelar (art. 104.2 CDFa) y la del abono de su retribución (art. 105 CDFa).

Las cuentas rendidas por el tutor ante el Juez pueden presentar un saldo a favor o en contra del tutor. El importe del saldo debe abonarse en metálico a quien resulte ser acreedor del mismo, ya sea el tutor o el tutelado. Para el caso de retraso en el abono, el art. 147 CDFa dispone que el saldo devengará intereses legales, a la par que precisa la fecha de inicio del devengo, diferente según el saldo sea a favor o en contra del tutor. En concreto, cuando el saldo sea a favor del tutor, desde que el tutelado o, en su caso, su representante legal o herederos sean requeridos de pago, previa restitución de sus bienes por parte del tutor; en cambio, si es a favor del tutelado, desde la aprobación de la cuenta general.

En todo caso, los gastos derivados de la rendición de cuentas son a cargo del tutelado, según dispone el art. 145.3 CDFa.

*b) Restitución de los bienes del tutelado.* Junto a la rendición de la cuenta general, el tutor tiene el deber de restituir los bienes del tutelado, que se rige por lo dispuesto en el art. 99.1 CDFa —precepto relativo a la gestión paterna de los bienes de los hijos—, al que se remite el art. 145.4. De ello resulta, en primer lugar, que los gastos de la restitución son de cuenta del tutelado y, en segundo lugar, que, en caso de extinción de la tutela por muerte del tutelado y si hubiese peligro de demora en la restitución, el tutor deberá seguir atendiendo los asuntos de éste para evitar perjuicios a los herederos.

## 8. La curatela

*A. Introducción.* El CDFa regula una curatela con rasgos peculiares, toda vez que, respecto a las personas con capacidad modificada judicialmente, junto a la función de prestar asistencia que le asigna el Cc en sus arts. 288 y 289, admite que la sentencia de incapacitación atribuya al curador la representación para determinados actos de gestión (art. 150.2, 2ª parte). Asimismo, interesa advertir que el contenido de tal curatela puede ser de carácter exclusivamente personal, sí así lo decide, igualmente, la sentencia de incapacitación (art. 150.2, 2ª parte).

Otras divergencias significativas respecto del régimen de la curatela del Cc, según se señala en el propio Preámbulo del texto legal aragonés, radican, de una parte, en la exclusión de la curatela de los declarados pródigos, toda vez que en Derecho aragonés la prodigalidad no se contempla como causa autónoma de modificación judicial de la capacidad (art. 38.3 CDFA); y, de otra, en la configuración de la curatela de los menores emancipados como un órgano meramente ocasional que sólo se constituye a su instancia, por cuanto su cometido se limita a la asistencia del curador en aquellos actos que no pueden realizar por sí solos (art. 149 CDFA).

**B. Personas sujetas a curatela.** De acuerdo con el art. 148 CDFA, están sujetas a curatela las siguientes personas:

a) *Los menores emancipados, cuando las personas llamadas a prestarles la asistencia prevenida en la ley fallezcan o queden impedidas para hacerlo.* Esta previsión debe ponerse en relación con el art. 33 CDFA, precepto que, aunque, a efectos de capacidad de obrar, prácticamente equipara al menor emancipado con el mayor de edad (“la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor”), le exige un complemento de capacidad para poder realizar ciertos actos de índole patrimonial, en particular, los enumerados en el art. 15 CDFA (actos de disposición para los cuales el representante legal de los menores de catorce años necesita autorización de la Junta de Parientes o del Juez), la repudiación de atribuciones gratuitas *inter vivos* o *mortis causa* y la aceptación del cargo de administrador en sociedades.

Tal complemento de capacidad se traduce, en el caso de menores previamente sujetos a autoridad familiar, en la asistencia de uno cualquiera de sus progenitores que estuviesen en ejercicio de la autoridad familiar en el momento de la emancipación (art. 23 CDFA por remisión del art. 33.1). Sólo si ambos progenitores fallecen o se encuentran imposibilitados (permanentemente, según matiza GETE ALONSO) para prestar la asistencia, p.e. por ausencia declarada o de hecho o por capacidad modificada judicialmente, habrá de nombrarse un curador al menor a fin de que cumpla dicha función.

De igual modo, procederá el nombramiento de curador a un menor cuando su autoridad familiar corresponda a personas distintas de los progenitores (ya sea el padrastro/madrastra, abuelos o hermanos mayores: arts. 85 a 87 CDFA), ya que, en tal caso, una vez emancipado, los antiguos titulares de la autoridad familiar difícilmente podrán prestarle una asistencia de índole patrimonial a la que no estaban llamados antes de la emancipación, según resulta del art. 88.3 CDFA que excluye la gestión de los bienes del menor como función aneja de esta modalidad de autoridad familiar.

Tratándose de menores sujetos a tutela antes de su emancipación, de la lectura conjunta de los arts. 33.1 y 23 CDFA, parece que la asistencia habrá de

prestarla inicialmente su antiguo tutor. Sólo si ha fallecido o está impedido para ello de modo duradero habrá de nombrárseles un curador (art. 148.a).

En cualquier caso, la curatela de los menores emancipados se configura en el CDFA como un órgano estable, pero de actuación eventual o intermitente, en cuanto que el art. 149 prevé su constitución a instancia del propio menor y su objeto se limita a la intervención del curador en el concreto acto patrimonial que aquél no pueda realizar por sí solo (SAPZ 05/07/2011 y LACRUZ MANTECÓN).

*b) Las personas con capacidad modificada judicialmente, cuando la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique lo hayan establecido en atención a su grado de discernimiento.* Entretanto no se apruebe el Proyecto de Ley de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, este supuesto de curatela tiene su origen bien en la sentencia que ponga fin al procedimiento de incapacitación (arts. 756 a 760 Lec), bien en la sentencia que modifique el alcance de la incapacitación previamente declarada (art. 761 Lec). En todo caso, en la legislación todavía vigente (art. 148.b. CDFA puesto en relación con el art. 760 Lec) su constitución se hace depender del grado de discernimiento de la persona con capacidad modificada judicialmente, a apreciar por el Juez tras la práctica de la oportuna prueba que incluye su exploración judicial, la audiencia de sus parientes más próximos y la emisión de los dictámenes médicos pertinentes (art. 759 Lec).

Esta curatela, a diferencia de la de los menores emancipados, tiene un ámbito de actuación más extenso, en cuanto alcanza a un mayor número de actos ya sean personales y/o patrimoniales, a la par que permanente (LACRUZ MANTECÓN).

*c) Los que al cesar la prórroga o rehabilitación de la potestad de guarda continúen con su capacidad modificada judicialmente, salvo que proceda la tutela.* Esta previsión formulada en el art. 148.c. CDFA debe ponerse en relación con el art. 130.1.c., en sede de tutela. De la lectura conjunta de ambos preceptos resulta que si, tras la extinción la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada o de la tutela prorrogada por las causas generales de los arts. 93 y 144 o las previstas específicamente en el art. 45.b. y c. CDFA, una persona permanece con su capacidad modificada judicialmente (conforme a la legislación procesal todavía vigente) el Juez habrá de nombrarle curador, salvo que, en atención a su grado de discernimiento, estime más adecuada la constitución de la tutela o, incluso, opte por dejar sin efecto la incapacitación mediante el procedimiento previsto a tal efecto en el art. 761 Lec y en caso de que considere que aquella ha recuperado plenamente la capacidad de autogobierno.

**C. Promoción y constitución.** El art. 150.4 CDFA se remite, respecto a la curatela de las personas con capacidad modificada judicialmente, a las

reglas sobre promoción y constitución de la tutela contenidas en los arts. 131 a 133 CDFA y, por tanto, ya examinadas.

Parece lógico que así sea, porque no tiene sentido la aplicación de tales disposiciones a la curatela de los menores emancipados, que —como ya se ha indicado— es ocasional, pues sólo se constituye a instancia del propio emancipado, y su actuación se limita a la intervención del curador en aquellos actos patrimoniales que no pueda realizar por sí solo (art. 149 CDFA). Con todo, en atención de lo dispuesto en el art. 45 LJV, el nombramiento del curador del menor emancipado también es competencia judicial, previa tramitación del expediente ahí regulado. A partir de ahí, el Juez, habrá de designar, por aplicación del art. 116.1 CDFA, a los llamados por la ley para el ejercicio de la autoridad familiar (no los progenitores, pues si existen son ellos los que deben prestar la asistencia, sin necesidad de ser nombrados curadores, conforme al art. 23 por remisión del art. 33 CDFA), al nombrado administrador por quien dispuso a título gratuito de bienes a favor del menor o a la persona física o jurídica que considere más idónea (PARRA LUCÁN).

**D. Contenido.** El CDFA, en un planteamiento que difiere del Cc, atribuye un contenido distinto a la curatela, en función de que la persona sujeta a dicha institución tutelar sea un menor emancipado o una persona con capacidad modificada judicialmente.

*a) Contenido de la curatela del menor emancipado.* Tratándose de la curatela del menor emancipado, igual que sucede en el Cc (art. 288), el curador no tiene otra función que la de prestarle asistencia esporádica en aquellos actos que no puede realizar válidamente por sí solo, en el sentido de prestarle su mera aprobación conforme a lo dispuesto en el art. 27 CDFA (BAYOD LÓPEZ). Estos actos, de contenido patrimonial, son principalmente los enumerados en el art. 33.1 CDFA, sin perjuicio de otros referidos en el mismo cuerpo legal, p.e. en los arts. 346.1 y 367.

El contenido de esta curatela es invariable y su determinación corresponde, en todo caso, al legislador, ya que las limitaciones que el CDFA establece a la capacidad de los menores emancipados no pueden ser excluidas por quien concede la emancipación (ya sean los titulares de la autoridad familiar o el Juez, conforme a lo dispuesto en el art. 30 CDFA), mediante la fijación de un ámbito de actuación del curador distinto del previsto legalmente.

*b) Contenido de la curatela de la persona con capacidad modificada judicialmente.* En el CDFA la curatela de las personas con capacidad modificada judicialmente se configura como un instrumento de protección muy flexible y, por ende, acorde, a mi entender, con el sistema de apoyos que propugna la Convención UN 2006 (según reconoce la SAPZ 07/11/2017), toda vez que, junto a la asistencia, faculta al Juez a conceder al curador la representación

para determinados actos de gestión del patrimonio de la persona con discapacidad, así como a limitarla al ámbito personal.

En particular, según prevé el art. 150 CDFA, el contenido de esta modalidad de curatela será, en principio, el que determine la sentencia de incapacitación. Así, la 1ª parte de su ap. 1 impone al Juez el deber de fijar los actos para los que el incapacitado necesita la asistencia del curador.

Adicionalmente, su ap. 2 permite al Juez atribuir al curador la representación del incapacitado para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado.

El mismo precepto faculta a la autoridad judicial para dotar a esta curatela de contenido exclusivamente personal. Esta “curatela de la persona” se registrará por lo dispuesto en la sentencia de incapacitación y, supletoriamente, por las normas relativas al contenido personal de la tutela de las personas con capacidad modificada judicialmente a las que se remite en su aptdo. 4.

A partir de ahí, el examen de la jurisprudencia revela que los órganos judiciales aragoneses configuran esta modalidad de curatela bien como medida exclusivamente de apoyo asistencial, bien adicionalmente con funciones representativas de índole patrimonial, como así sucede en las SSAPZ 28/09/2012, 11/06/2013, 17/05/2016, 11/11/2016 y 21/05/2018 que atribuyen al curador la gestión de los ingresos de la persona con capacidad modificada judicialmente en su representación.

La mayor parte de las sentencias extienden la curatela tanto al ámbito personal como patrimonial (SAPH 31/03/2011, SAPT 10/06/2010 y SSAPZ 20/7/2010, 28/09/2012, 11/06/2013, 17/05/2016, 07/11/2017 y 21/05/2018). Hay otras resoluciones que, sin embargo, limitan la curatela al ámbito patrimonial (SSAPH 03/09/2010 y 15/04/2015 y SAPZ 07/11/2017) o, muy excepcionalmente, al ámbito personal (SAPZ 05/07/2011).

El contenido personal de la curatela se suele circunscribir a la supervisión del tratamiento médico a seguir por la persona con capacidad modificada judicialmente (SSAPZ 20/07/2010 y 07/11/2017, SAPH 31/03/2011 y SAPT 10/06/2014) y, en su caso, de las gestiones administrativas (SSAPZ 05/07/2011, 28/09/2012, 19/03/2013, 17/05/2016 y 21/05/2018). Por su parte, el contenido patrimonial se suele limitar a la asistencia (SSAPZ 20/07/2010 y 07/07/2017 y SSAPH 15/04/2015 y 11/10/2018) o, en su caso, la representación (SSAPZ 19/03/2013, 11/11/2016, 17/05/2016 y 21/05/2018) en aquellos actos que excedan de los gastos de la vida cotidiana (p.e. la SAPH 11/10/2018 se refiere a “decisiones relevantes relativas a la administración y disposición de los bienes”).

En caso de no precisarse en la sentencia de incapacitación el contenido de la curatela, el art. 150.1 en su 2ª parte atribuye al curador la función de prestar asistencia en aquellos actos previstos legalmente, así como en aque-

llos otros que la requiere el menor mayor de catorce años, lo que implica una remisión al art. 23 CDFA.

Ya se trate de la curatela de los menores emancipados o de las personas con capacidad modificada judicialmente, el régimen jurídico de la asistencia del curador no es otro que el previsto en el CDFA para la asistencia del menor mayor de catorce años (arts. 24 a 29), al que se remite el art. 151. Con esta remisión se trata de perfilar y concretar el objeto de este instrumento de protección (LACRUZ MANTECÓN) que, no se olvide, no se dirige, como regla, a sustituir la toma de decisiones de los sujetos a curatela, sino meramente a apoyarla. Ello no obsta para que se fijen unas reglas especiales en orden a la acción de anulabilidad y, en particular, con respecto al *dies a quo* de su plazo de ejercicio que, por lo demás, es el de cuatro años previsto en el art. 29. Así, cuando la acción se dirija a invalidar actos realizados por el menor emancipado sin la asistencia de su curador, el plazo ha de computarse desde que éste alcance la mayoría de edad o desde su fallecimiento si acaece con anterioridad. Si la acción se refiere a actos realizados por una persona con capacidad modificada judicialmente sin asistencia de su curador, el plazo corre desde que recobre su capacidad o, al menos, pueda celebrar el acto de que se trate sin la debida asistencia o, en su caso, desde su fallecimiento.

**E. Extinción.** El CDFA no contiene regulación específica en materia de extinción de la curatela.

En su lugar, por lo que hace a la curatela de las personas con capacidad modificada judicialmente, en su art. 150.4 se remite al régimen de la tutela con las debidas adaptaciones. De este reenvío al art. 144, en sede de tutela, resulta que esta modalidad de curatela se extingue bien por resolución judicial que ponga fin a la incapacitación, bien por resolución judicial modificativa de la sentencia de incapacitación que sustituya la curatela por la tutela. También conlleva su extinción la muerte del sometido a curatela; no así su declaración de fallecimiento que sólo conllevará su suspensión por aplicación del art. 91.1.b *in fine* CDFA referido a la autoridad familiar. Debe excluirse, sin embargo, la aplicación a esta curatela de las restantes causas de extinción de la tutela. En particular, en el caso excepcional de adopción de la persona con capacidad modificada judicialmente, a mi juicio, no puede hablarse de extinción de la curatela y sustitución por la autoridad familiar prorrogada de los adoptantes, toda vez que esta institución requiere el ejercicio previo de la autoridad familiar, presupuesto que no se cumple en relación con los hijos adoptivos.

Por lo que se refiere a la extinción de la curatela de los menores emancipados, silenciada esta cuestión por el legislador, parece razonable acudir a la aplicación por analogía de lo dispuesto en el art. 150.4. Así, cabe afirmar que esta curatela se extingue, en primer lugar, por alcanzar la mayoría de edad el

sometido a ella. En segundo término, se extingue por la adopción de éste, ya que en este caso serán el adoptante o adoptantes los que habrán de prestarle la debida asistencia. Igualmente se extinguirá en el caso de que se determine la filiación del sujeto a curatela, en cuanto que la función de complementar su capacidad pasará a ser desempeñada por los progenitores o el progenitor respecto del cual se determine la filiación. Por último, se extingue por la muerte.

Una vez extinguida la curatela, el curador ha de presentar al Juez, al objeto de su debida aprobación, un informe general justificado de las actividades que ha desempeñado durante el ejercicio de su cargo, cuyo contenido dependerá del tipo de curatela (art. 152 CDFA, en relación con el art. 51.4 LJV). Así, en la curatela de los menores emancipados la información será exclusivamente patrimonial, mientras que en la curatela de las personas con capacidad modificada judicialmente se ofrecerá información sobre la esfera tanto patrimonial como personal del sometido a curatela, salvo lógicamente en la curatela limitada al ámbito personal por decisión judicial. Por añadidura, parece razonable que el informe incluya una rendición final de cuentas si la autoridad judicial ha concedido al curador la representación de la persona con capacidad modificada judicialmente para determinados actos de gestión de su patrimonio. De cualquier modo, se trata de un informe general durante todo el tiempo que haya ejercido la curatela, con independencia de que haya cumplido con los informes que debe presentar anualmente al Juez por prescripción del art. 51.1 LJV.

## 9. El defensor judicial

**A. Concepto.** El defensor judicial se configura en el CDFA (art. 153, en relación con el art. 100.1.c) como una institución tutelar dirigida a prestar protección puntual a los menores o personas con capacidad modificada judicialmente y en suplencia de las personas que la ejercen habitualmente, ya sean los titulares de la autoridad familiar, el tutor o el curador.

De tal definición resultan como caracteres específicos de la figura del defensor judicial, de una parte, la transitoriedad, en cuanto su intervención se produce para un asunto concreto y está limitada en el tiempo; y de otra, la subsidiariedad, por cuanto viene a suplir a la persona a quien corresponde ejercer habitualmente la función de protección o apoyo (LACRUZ MANTECÓN y SÁNCHEZ-VENTURA MORER). A partir de ahí, la protección o apoyo a prestar por el defensor judicial se traduce en funciones representativas o de mera asistencia, según los casos.

**B. Supuestos.** Conforme al art. 153 CDFA, se nombrará un defensor judicial que represente o, en su caso, asista a los menores o personas con

capacidad modificada judicialmente que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

a) *Cuando en algún asunto exista oposición de intereses entre el menor o la persona con capacidad modificada judicialmente y quienes le representen o asistan y, conforme a lo previsto en la ley, corresponda intervenir a un defensor judicial.* De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 17/01/2003, 17/05/2004 y 05/06/2012), hay oposición de intereses cuando los intereses del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente y los de quienes le representan o asisten (ya sean los titulares de la autoridad familiar, tutor o curador) son opuestos o contrarios en algún asunto concreto, de tal manera que el beneficio de uno puede comportar perjuicio para los otros. Tal oposición de intereses debe ser real, no meramente probable o futura y no necesariamente de tal entidad que haga a la persona inhábil para ejercer su función de representación o asistencia. En cualquier caso, en los términos tan amplios en que se expresa el art. 153 CDFA (“algún asunto”) la oposición de intereses puede plantearse en asuntos de índole patrimonial, lo más habitual, o personal. Así, en la práctica judicial se ha apreciado oposición de intereses, entre otros, en los siguientes supuestos: en las compraventas de bienes de menores o personas con capacidad modificada a favor de sus progenitores o de su tutor, en las que estos además de comparecer en su propio nombre como compradores, intervienen en representación de aquellos; en la liquidación del consorcio conyugal entre el cónyuge supérstite y los hijos, cuando alguno de ellos sea menor o con capacidad modificada judicialmente y lo represente el viudo y, por añadidura, existan dudas sobre el carácter común o privativo de algunos bienes; cuando se procede a la transformación del usufructo viudal en virtud de pacto entre el viudo usufructuario y los nudos propietarios, siendo estos menores o con capacidad modificada judicialmente y, por añadidura, encontrándose representados o, en su caso, asistidos por aquel; y en el ejercicio de acciones de filiación, bien cuando el progenitor que impugna la filiación es el representante legal del hijo menor o con capacidad modificada judicialmente, bien cuando un progenitor reclama la filiación y el otro se opone a la determinación a la par que le corresponde la representación legal del hijo. En cambio, la mera concurrencia de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente y su representante legal en la partición de una herencia por sí sola no implica oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de cada caso (MORENO MARTÍNEZ y SÁNCHEZ-VENTURA MORER).

El CDFA contiene aplicaciones específicas de este supuesto en sus arts. 13 y 28, en sede de capacidad de las personas por razón de edad. En particular, el art. 13.1. b. y c. atribuye al defensor judicial la representación del menor de catorce años cuando exista oposición de intereses en algún asunto bien entre este y el único progenitor titular de la autoridad familiar o el único tutor,



como alternativa a la autorización de la Junta de Parientes o del Juez; bien entre este y ambos progenitores o tutores, como alternativa a la representación de la Junta de Parientes. En ambos casos, cuando el asunto concreto que haya determinado el nombramiento de defensor judicial requiera autorización judicial (*vid.* arts. 15 y 16 CDFa), la regla general es que la autorización se entenderá implícita en el nombramiento judicial salvo que se determine otra cosa, conforme a lo dispuesto en el art. 155.2 CDFa. No obstante lo anterior, el art. 17.b. CDFa requiere excepcionalmente la aprobación ulterior de la Junta de Parientes o del Juez para el supuesto de división de patrimonio o cosa común practicada por el defensor judicial en representación de un menor de catorce años (PARRA LUCÁN y BAYOD LÓPEZ). Añade el art. 13.2 CDFa que, cuando en un mismo acto varios menores bajo el mismo representante legal tengan intereses contrapuestos, se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial.

Por su parte, el art. 28.1.b encomienda al defensor judicial la función de asistencia del menor mayor de catorce años cuando exista oposición de intereses bien entre éste y el único progenitor titular de la autoridad familiar o el tutor único (o, en su caso, curador), bien entre éste y ambos progenitores o tutores (o, en su caso, curadores), en ambos supuestos como alternativa a la asistencia de la Junta de Parientes. Añade el art. 28.2 CDFa que cuando en el mismo acto varios menores, que habrían de ser asistidos por la misma persona, tengan intereses contrapuestos, se nombrará a cada uno de ellos un defensor judicial.

*b) Cuando por cualquier causa los titulares de la autoridad familiar, tutela o curatela no desempeñen sus funciones de asistencia o representación, hasta que cese la causa determinante o se designe por resolución firme otra persona para desempeñarlas*

En particular, el CDFa da entrada al defensor judicial en los siguientes supuestos:

1°. En la tramitación del procedimiento de remoción de tutela o curatela, cuando el Juez suspenda en sus funciones al tutor o curador y el Letrado de la Administración de Justicia nombre al tutelado un defensor judicial (art. 129.1 CDFa, reinterpretado con arreglo al art. 49.2 LJV).

2°. Durante la tramitación del procedimiento de excusa del cargo tutelar, cuando éste deje de ejercer sus funciones, el Letrado de la Administración de Justicia habrá de nombrar un defensor judicial que le sustituya, quedando el cargo tutelar sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada (art. 129.1 CDFa, reinterpretado con arreglo al art. 50.3 LJV).

3°. En caso de desacuerdo o imposibilidad de los progenitores o, en su caso, del tutor para asistir al menor no emancipado en el ejercicio de la au-

toridad familiar sobre sus propios hijos, este la ejercerá con la asistencia de un defensor judicial como alternativa a la de la Junta de Parientes. El mismo criterio se aplicará a la persona con capacidad modificada judicialmente si la sentencia no le ha suspendido el ejercicio de la autoridad familiar respecto de sus hijos (art. 73 CDFA).

No obstante, la amplitud de la redacción del art. 153.b. CDFA permite incluir otros supuestos de falta de desempeño de las funciones de la autoridad familiar tutela o curatela. Piénsese p.e. en el caso de que ambos progenitores no desempeñen sus funciones y la autoridad familiar no sea asumida por personas distintas ni tampoco la tutela automática por la Administración; cabría en tal caso nombrar temporalmente a un defensor judicial (PARRA LUCÁN y MORENO MARTÍNEZ).

En tales casos, procederá el nombramiento de un defensor judicial hasta que cese la causa determinante de la falta de ejercicio de las funciones de representación o asistencia que tienen asignadas o se designe a otra persona, entendiéndose como titulares de la autoridad familiar (argumento: art. 92.3 CDFA), tutor o curador.

*c) En todos los demás casos previstos en la ley, a los que lo regulado en este Título solo será de aplicación supletoria.* Tal es el caso contemplado en el art. 46 CDFA, referido al defensor del desaparecido.

**D. Nombramiento.** Tras la aprobación en 2015 de la LJV (art. 28.1), el nombramiento del defensor judicial ya no corresponde al Juez según dispone el art. 154 CDFA, sino, como regla, al Letrado de la Administración de Justicia. No obstante, esta regla general tiene alguna salvedad, como la contemplada en el art. 88 LJV donde se permite el nombramiento de defensor judicial por el Juez como medida de protección en caso de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o administración de los bienes del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente; y quizá también el supuesto de falta de desempeño de funciones de la autoridad familiar, tutela o curatela a que se refiere el art. 153.b. CDFA (BONET NAVARRO y CALATAYUD SIERRA).

El procedimiento para nombrar defensor judicial se regula en el art. 30 LJV. Tal expediente se iniciará bien de oficio, bien a instancia del Ministerio Fiscal, del propio menor o persona con capacidad modificada judicialmente o de cualquier otra persona que actúe en interés de éste (art. 28.2 LJV).

En cualquier caso, el Letrado de la Administración de Justicia o, excepcionalmente, el Juez habrá de nombrar defensor judicial a quien estime “más idóneo” para el cargo (art. 154 CDFA, en relación con el art. 30.2 LJV). De ello resulta, por consiguiente, que el Letrado (o el Juez), a la hora de designar defensor judicial, no está vinculado a las pautas de la delación voluntaria ni al orden de preferencia que establece el art. 116.1 CDFA para

la delación dativa. Ahora bien, esta falta de vinculación no le impedirá considerar idóneo a quien haya sido elegido cargo tutelar en la delación voluntaria o a una de las personas incluidas en el orden de preferencia del art. 116.1 (PARRA LUCÁN).

*E. Régimen jurídico.* Por lo que respecta al régimen jurídico del defensor judicial, en su condición de cargo tutelar, le son aplicables las disposiciones generales que, para las relaciones tutelares, contienen los arts. 103 (nombramiento, vigilancia y control), 104 (derecho de reembolso por los gastos derivados del ejercicio de la función tutelar e indemnización por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de la función tutelar), 105 (remuneración) y 106 (responsabilidad por los daños ocasionados a la persona protegida). De igual modo, según prevé el art. 32 LJV, le son aplicables las disposiciones sobre excusa y remoción de los cargos tutelares (arts. 123 a 129 CDFEA), así como las disposiciones establecidas para la formación de inventario de los tutores (art. 141 CDFEA) y para su rendición de cuentas una vez concluida su gestión (arts. 145 a 147 CDFEA), que se tramitarán y decidirán por el Letrado de la Administración de Justicia.

Por su parte, el art. 155.1 CDFEA establece específicamente, en los mismos términos que el art. 30.2 LJV, que la actuación del defensor judicial vendrá delimitada por las atribuciones concretas que le haya concedido el Letrado de la Administración de Justicia (o el Juez) en el momento de su nombramiento. A partir de ahí, las concretas funciones atribuidas al defensor judicial dependerán de la causa determinante de su nombramiento. Así, en el caso de haber sido nombrado por existir oposición de intereses en algún asunto, su función, ya sea representativa o asistencial, se agotará en el concreto asunto para el que haya sido designado. En cambio, de haber sido designado por falta de ejercicio de sus funciones representativas o asistenciales por parte de los titulares de la autoridad familiar, tutor o curador, la actuación del defensor judicial se extenderá a todos los asuntos necesarios en que la persona protegida deba ser representada o, en su caso, asistida mientras cese la causa determinante de la inactividad de los titulares de la autoridad familiar, tutor o curador o se nombre otra persona para sustituirlos. Y lo mismo puede decirse respecto de los demás casos en que se prevé legalmente su nombramiento (PARRA LUCÁN y LACRUZ MANTECÓN).

Añade el art. 155.2 que si el acto en que haya de intervenir el defensor judicial requiere autorización judicial (*vid.* arts. 15 a 17 y 33), ésta se entenderá implícita en el nombramiento si “el Juez” no dispone otra cosa. Ahora bien, tras la aprobación de la LJV tal previsión debe entenderse circunscrita a aquellos casos excepcionales de nombramiento judicial; en cambio, cuando el nombramiento corresponda al Letrado, la autorización judicial será ineludible en todo caso (CALATAYUD SIERRA).

En todo caso, una vez finalizada su gestión, el defensor judicial deberá rendir cuentas de la misma al Letrado o al Juez (art. 155.1 *in fine* CDFA, reinterpretado con el art. 32 LJV).

## 10. La administración voluntaria

La administración voluntaria no es propiamente una institución tutelar, sino una figura que, a mi entender, puede contribuir adicionalmente a la protección de los menores y personas con capacidad modificada judicialmente, al igual que las contempladas expresamente en el art. 100.2 CDFA (la guarda administrativa y la guarda de hecho).

Bajo esta rúbrica, el art. 107 CDFA reconoce a quien disponga de bienes a título gratuito, ya sea *inter vivos* (en virtud de donación) o *mortis causa* (mediante testamento, pacto sucesorio o fiducia sucesoria), a favor de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, la potestad de configurar el régimen jurídico de la gestión (entendiendo por tal la administración y/o disposición) de tales bienes. El disponente puede así establecer reglas de gestión al margen de lo dispuesto en el CDFA, excluir a uno o ambos progenitores de la gestión (art. 94.2.b.), atribuir exclusivamente la administración al menor mayor de catorce años (art. 26.2.c.) o, por el contrario, limitar sus facultades de gestión (STSJA 03/10/2014) o nombrar un administrador (PARRA LUCÁN).

Centrando nuestra atención en esta última posibilidad, el nombramiento de un administrador *ad hoc* por parte del disponente da lugar a la administración voluntaria de los bienes que ha atribuido al menor o persona con capacidad modificada judicialmente, con la consiguiente exclusión de la gestión de los progenitores o, en su caso, del tutor, en función de que el adquirente esté sujeto a autoridad familiar o tutela. En este sentido, el art. 9.2 CDFA, tras atribuir a los progenitores (como función aneja de la autoridad familiar), al igual que al tutor (como parte del contenido de la tutela), la administración y disposición de los bienes del menor no emancipado, añade que “se exceptúan los bienes cuya administración corresponda a la persona designada por aquel de quien el menor hubo los bienes por donación o sucesión”.

Esta previsión se complementa, respecto de los progenitores titulares de la autoridad familiar, con lo previsto en el art. 94.2.b y 3 CDFA que exceptúa de la gestión paterna “los bienes dejados en título sucesorio o donados al hijo con exclusión de la administración de los padres”, en cuyo caso serán gestionados conforme a las previsiones del causante o donante (lo que incluye el nombramiento de un administrador voluntario) y, de no haberlas, por el otro progenitor o, de estar ambos afectados por la exclusión, por un tutor real nombrado por el Juez.

De modo similar, el art. 135.a. CDFA, en relación a la tutela, contempla la posibilidad de que la administración de los bienes del tutelado pueda corresponder a otras personas distintas al tutor “cuando la persona de quien procedan los bienes por título gratuito haya designado para ellos un administrador”.

Acto seguido, el mismo art. 135.a. equipara este supuesto al contemplado en el art. 113.3 CDFA, en sede de delación voluntaria. Dicho precepto, como ya se ha explicado, resuelve la pluralidad de designaciones incompatibles realizadas por los titulares de la autoridad familiar, encomendando la elección de tutor, entre los varios designados, a la Junta de Parientes o, en su defecto, al Juez. A la persona o personas no elegidas por la Junta o el Juez, en caso de que hayan sido designadas tutores por quien, además, haya dispuesto a título gratuito de bienes a favor del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, se les atribuye la gestión de tales bienes. El CDFA configura así una suerte de administración voluntaria a coexistir con la tutela, a modo de “premio de consolación” (en palabras de GARCÍA CANTERO) que se otorga a aquel de los designados tutores en la delación voluntaria que finalmente haya sido excluido del cargo tutelar por la Junta o el Juez.

La protección o el apoyo a prestar por el administrador voluntario al menor o persona con capacidad modificada judicialmente se limitará a la administración y disposición de los bienes atribuidos a este a título gratuito por quien lo ha designado con la última intención de excluir de su gestión a los titulares de la autoridad familiar o tutor. Dicho administrador tendrá todas las facultades propias para llevar a cabo una adecuada gestión de los bienes, salvo aquellas excluidas, en su caso, de su competencia por el disponente, las cuales corresponderán a los progenitores o al tutor. Dentro de estas facultades deberá entenderse comprendida, según la edad y capacidad de la persona a proteger, bien la representación si se trata de un menor de catorce años o persona con capacidad modificada sujeta a tutela (arts. 12.3 y 39 CDFA), bien la prestación de la asistencia cuando se trate un menor mayor de catorce años o persona con capacidad modificada judicialmente sujeto a curatela (art. 107.1, 2ª parte CDFA). A partir de ahí, el administrador voluntario deberá ejercer dicha función conforme a las reglas de gestión que haya previsto el propio disponente, entre las cuales, se incluye la posibilidad de excluir la necesidad de autorización de la Junta de Parientes o del Juez para los actos referidos en los arts. 14 y 15 CDFA (según se prevé expresamente en el art. 107.3 CDFA), así como de eludir los mecanismos previstos en el art. 13 CDFA para los supuestos de oposición de intereses (como admite la SAPZ 31/10/2017 en orden a la gestión de los bienes heredados por un menor de su padre en virtud de testamento en el que nombró administradores a sus padres y hermana con exclusión de la gestión materna). En defecto de tal régimen voluntario, le serán aplicables las mismas limitaciones, formalidades y responsabilidades impuestas al tutor (art. 9.2 *in fine* CDFA).

Por añadidura, según clarifica el art. 107.2 CDFA su nombramiento será eficaz, sin necesidad de intervención judicial, desde que el menor o la persona con capacidad modificada judicialmente adquiera los bienes que le han sido transmitidos ya sea por donación, herencia o legado. Se excluye así esta figura del sistema de autoridad propio de los cargos tutelares.

Cuando por cualquier causa, voluntaria o involuntaria, cese en su función el administrador, el art. 107.4 CDFA otorga, de nuevo, preferencia a la voluntad del disponente, contemplando la posibilidad de que le haya designado un sustituto. Sólo en defecto de tal “sustituto voluntario”, las funciones atribuidas a aquel por el disponente corresponderán a los progenitores o al tutor, quienes recuperarán así la gestión de la que han sido inicialmente excluidos; ello salvo que resulte claramente que fue otra la voluntad del disponente, en cuyo caso se nombrará por el Juez un tutor real o de los bienes.

En cualquier caso, la figura aquí examinada no debe confundirse con el administrador judicial al que da entrada el art. 132 CDFA. En particular, este precepto, bajo la rúbrica “tutela provisional”, atribuye provisionalmente al Ministerio Fiscal la representación y defensa de la persona a proteger en el periodo comprendido desde que se tenga conocimiento del hecho determinante de la tutela hasta la sentencia constitutiva de la misma. Si, además, procede la gestión de su patrimonio (y siempre que convenga a su interés económico matiza la SAPT 18/11/2008), el Juez podrá nombrar un administrador (un defensor judicial, según el art. 27.1.c. LJV) con la obligación de rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

## 11. La guarda de hecho

**A. Concepto y caracteres.** Como indica su nombre, la guarda de hecho se configura como una medida de protección de menores y personas con discapacidad de carácter fáctico, a diferencia de las instituciones ya examinadas (tutela, curatela, defensor judicial y administrador voluntario). En concreto, según dispone el art. 156 CDFA, hay guarda de hecho cuando una persona (física o jurídica, precisa su Preámbulo) por su propia iniciativa y, por ende, sin previo nombramiento ni habilitación legal (matiza LACRUZ MANTECÓN), se ocupa de la guarda o cuidado de un menor o una persona con discapacidad. No puede hablarse, por tanto, de guarda de hecho, sino de autoridad familiar, con el contenido propio de esta figura *ex* art. 88 CDFA, cuando las personas indicadas en los arts. 85 a 87 (esto es, el padrastro/la madrastra, los abuelos y los hermanos mayores) se hacen cargo voluntariamente de la crianza y educación del menor, pues el Código foral les atribuye automáticamente la autoridad familiar (art. 88.1). Tampoco es guarda de hecho la que asumen transitoriamente, a petición de los titulares de la autoridad familiar o del tutor, las personas que colaboren con ellos a tenor de lo dispuesto en

los arts. 64, 136 y 138, pues ni lo hacen por propia iniciativa ni existe desamparo (PARRA LUCÁN).

Por lo demás, en el régimen vigente la guarda de hecho se contempla como una situación transitoria que debe cesar (PARRA LUCÁN). En este sentido, el CDFA impone al guardador la obligación de comunicar el hecho de la guarda al Juez o al Ministerio Fiscal (art. 157), así como la obligación de promover la constitución de la tutela o curatela, so pena de incurrir en responsabilidad por los daños causados (art. 131.1).

**B. Supuestos.** El art. 156 CDFA incluye bajo la figura de la guarda de hecho dos situaciones diferentes.

En primer lugar, aquellos casos en que una persona, sin estar obligada legalmente a ello, se hace cargo de las funciones de guarda y protección de un menor o de una persona con capacidad modificada judicialmente que se encuentre en desamparo (cuya noción formula el art. 118 CDFA ya examinado), pero no declarado por la Administración. A partir de ahí, si la guarda se asume adecuadamente por el guardador de hecho, el sometido a ella ya no se encontrará en situación de desamparo, por lo que ya no procederá la intervención de la Entidad pública competente (SERRANO GARCÍA y PARRA LUCÁN). Hipótesis diferente es que el guardador de hecho incurra en alguna de las circunstancias constitutivas de desamparo a que se refiere el art. 56 LIAA, en cuyo caso sí procederá la declaración de desamparo por parte de la Administración con la consiguiente asunción de la tutela automática.

En segundo lugar, cuando una persona se ocupa, también de hecho, del cuidado de una persona cuya capacidad podría ser modificada judicialmente por adolecer de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impiden gobernarse por sí mismo (art. 38.2), pero no lo ha sido.

**C. Información, control y vigilancia.** El CDFA no deja la guarda de hecho al margen del control judicial. Así, su art. 158.1, de modo coincidente con el art. 52.1 LJV, impone al Juez la obligación de requerir al guardador para que le informe de la situación personal y patrimonial del sujeto a su guarda, así como de su concreta actuación al respecto. Ahora bien, para ello será preciso que el Juez conozca de la existencia de la guarda de hecho y obviamente ello puede resultar difícil en la práctica si no se pone en su conocimiento ya sea por el propio guardador tal y como le exige el art. 157 del texto legal aragonés o a instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a la guarda de hecho o de cualquiera que tenga un interés legítimo, de acuerdo con el art. 52.1 LJV.

Por añadidura, el art. 158.2 CDFA, en relación con el art. 52.2 LJV faculta al Juez a establecer las medidas de vigilancia y control que estime oportu-

nas (p.e. la prestación de una garantía o formalización de un inventario del patrimonio del guardado) mientras se prolongue en el tiempo esta situación fáctica; ello sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela, conforme al art. 131.1 CDEFA.

**D. *Ámbito de actuación.*** Conforme al art. 159.1 CDEFA el ámbito de actuación del guardador de hecho se encuentra circunscrito al cuidado de la persona del guardado (p.e. tratamientos médicos, matrícula en centros escolares y solicitud de subvenciones o ayudas a la Administración y a realizar actos necesarios de administración de su patrimonio (p.e. disposiciones de dinero de la cuenta corriente del guardado para cubrir sus necesidades: SAPZ 20/05/2014, pago de alquileres o de suministros y cobro de rentas); no así, en cambio, respecto a los actos de administración extraordinarios ni de disposición del patrimonio de quien se encuentre bajo esta modalidad de guarda. Dentro de este ámbito de actuación, el CDEFA le atribuye la representación legal y, es más, le permite acreditar tal condición mediante declaración de la Junta de Parientes (art. 159.1 y 2).

Ahora bien, más allá de esta previsión legal, lo cierto es que en la práctica existen muchas reticencias a admitir la actuación representativa de un guardador de hecho (ROIG SALAS et al.), desde el momento que, a diferencia de las instituciones tutelares, carece de un título que acredite su existencia, más allá de la posible declaración de la Junta de Parientes de la persona protegida a que se refiere el art. 159.2. Este precepto, en particular, permite justificar la necesidad del acto de administración a desarrollar por el guardador de hecho, así como su condición mediante declaración de la Junta de Parientes constituida a tal efecto. Complementariamente, el art. 159.3 reconoce la validez de los actos declarados necesarios por la Junta. Los demás actos realizados por el guardador serán anulables, salvo que se acredite que han resultado útiles o beneficiosos para el guardado.

## **12. Los instrumentos públicos de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente**

**A. *Introducción.*** No puede iniciarse este epígrafe sin hacer un breve recordatorio acerca de la importante *administrativización* de que ha sido objeto la protección de menores en Derecho español desde hace unas décadas, en concreto, a partir de la reforma del Cc por la Ley 21/1987. En efecto, hasta ese momento no había prácticamente otros mecanismos de protección de menores que los contemplados en el Derecho privado (la patria potestad o autoridad familiar, la tutela ordinaria, la curatela y el defensor judicial) y la constitución de la adopción era competencia exclusiva de la autoridad judicial, sin intervención administrativa alguna. Sin embargo, con la reforma del Cc de 1987 se dio entrada a la Administración en este ámbito, de una



parte, con la introducción de nuevos mecanismos de protección de menores como son la tutela y la guarda administrativa y el acogimiento; y de otra, en virtud del importante papel asignado a la Administración en el expediente de adopción, toda vez que su incoación requiere, como regla, propuesta administrativa previa a favor del adoptante o adoptantes declarados idóneos. Posteriormente, el legislador estatal no ha dudado en potenciar esta intervención administrativa en el ámbito de la protección de menores en virtud de la aprobación, primero, de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor que incorporó la importante distinción entre la situación de riesgo y la de desamparo, así como las tres modalidades de acogimiento familiar (simple, permanente y preadoptivo) en función de su finalidad, a la par que consagró el principio del interés superior del menor como principio inspirador de la actuación protectora de la Administración; y, segundo, de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que, entre otras novedades, atribuyen a la Administración la competencia exclusiva en materia de constitución del acogimiento, incluyen la protección de los menores contra la violencia como nuevo principio protector de la actuación administrativa, otorgan carácter revisable y personalizado a las medidas de protección e incorporan una modalidad de acogimiento residencial en centro específico reservado a los menores con problemas de conducta.

Este marco normativo estatal ha sido completado por parte de las Comunidades Autónomas, dotando de una normativa específica a su respectivo ámbito territorial, al amparo de sus competencias en materia de asistencia social, todas las Comunidades Autónomas (art. 148.1.20ª CE) y, adicionalmente, al amparo de su competencia sobre Derecho civil propio las Comunidades Autónomas forales (art. 149.1.8ª CE).

Centrando nuestra atención en la C.A. de Aragón, la *publicación* en materia de protección de menores se ha materializado en la aprobación de un extenso acervo normativo que ha atribuido importantes competencias sobre el particular al IASS, a la par que ha dotado de una importante regulación sustantiva a los referidos instrumentos públicos de protección. De este modo, en 2001 fue aprobada la Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón y en 2008 su Reglamento de desarrollo, ello sin olvidar un reglamento aprobado anteriormente sobre acogimiento residencial como es el Decreto 238/1994 por el que se regula la organización y el funcionamiento de los centros de protección de menores de la Comunidad Autónoma de Aragón. Se ha renunciado, sin embargo, a proporcionar un régimen completo a la adopción, para abordar exclusivamente la regulación del procedimiento administrativo previo en virtud del Decreto 188/2005.

Paralelamente, durante el proceso de reformulación y desarrollo del Derecho civil aragonés iniciado, el legislador estimó oportuno incorporar los

aspectos civiles de esta materia en la LDp. También de modo absolutamente novedoso en Derecho aragonés, amplió el ámbito de aplicación de los instrumentos públicos de protección de menores, haciéndolo extensivo a las personas con capacidad modificada judicialmente. En particular, la incorporación del régimen civil de la protección administrativa de los menores y personas con capacidad modificada judicialmente se tradujo en las siguientes previsiones:

1ª. La distinción entre la tutela ordinaria y la tutela automática de la Administración sobre menores y personas con capacidad modificada judicialmente declarados en desamparo (actual art. 130 CDFa). Nótese que la Administración también puede ser designada tutora ordinaria en la delación dativa, tal y como se prevé en el art. 116.1.g. CDFa y ya antes en el Decreto 168/ 1998 por el que se encomendó esta función específicamente a la CTDJA de la Comunidad Autónoma de Aragón (art. 2.1 y 13).

2ª. La incorporación de un Capítulo dedicado específicamente a la delación legal (actuales 118 a 122 CDFa), que, como hemos visto, es la que da origen a la tutela administrativa o *ex lege*.

3ª. La inclusión de la guarda administrativa en el elenco de las instituciones que pueden contribuir a la guarda y protección de los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente (actual 100.2 CDFa).

4ª. La incorporación de un último Capítulo, el VIII, al Título III dedicado específicamente a la guarda administrativa (Sec. 1ª) y al acogimiento familiar (Sec. 2ª). Este Capítulo, con idéntica numeración, hoy forma parte del Libro I del CDFa y lo integran los arts. 160 a 169.

**B. La tutela administrativa.** a) *Introducción.* El art. 119, 1ª parte CDFa y el art. 61 LIAA atribuyen a la Entidad pública competente en Aragón en materia de protección de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente la tutela de aquellos que se encuentren en situación de desamparo. En efecto, cuando el IASS constata y declare el desamparo de un menor de edad o una persona con capacidad modificada judicialmente, asume su tutela automáticamente u *ope legis* y, por tanto, sin intervención judicial.

Esta modalidad de tutela *ex lege* o automática constituye la intervención más enérgica de la Administración en el ámbito de la protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente, de manera que sólo debe adoptarse cuando no sea posible mantener al sujeto desasistido en su propia familia sin que ello suponga una amenaza para su integridad física o mental y, por añadidura, resulte insuficiente la asunción temporal de la guarda por parte de la Entidad pública, esto es, la guarda administrativa.

b) *La declaración administrativa de desamparo.* Para que se constituya esta tutela automática es necesaria una resolución motivada de la Administra-

ción por la que declare el desamparo del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente y asuma dicha tutela (art. 119, 1ª parte CDFA y art. 60.1 LIAA). Tal resolución deberá adaptarse en el curso de un procedimiento administrativo *ad hoc*, cuyos principales trámites son los siguientes: la detección, la investigación previa, la incoación del expediente, la evacuación de informes, el trámite de audiencia, los deberes de notificación y las medidas cautelares. Con carácter previo al expediente, se impone la detección de la situación de desamparo y, en su caso, la investigación previa.

a') *Detección*: La detección de una situación de desamparo es la primera condición requerida para que se despliegue la actuación protectora de la Administración. Detectar consiste en identificar o en reconocer la posible existencia de una situación de desprotección, ya sea de riesgo o de desamparo. Exige, en definitiva, identificar una serie de indicadores que alerten de la posible presencia de una situación de desprotección; indicadores que pueden ser físicos, comportamentales del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente y/o de la conducta de sus guardadores principales.

A partir de ahí, la identificación de una situación de desprotección puede provenir tanto de la propia Administración como de cualquier particular en contacto con el menor o la persona con discapacidad. A este respecto, la LIAA impone a la Administración el deber de desarrollar las actuaciones necesarias para la detección de las situaciones de desprotección. Ello sin perjuicio de la obligación que impone a toda persona y, en especial, a quien por razón de su profesión detecte una situación de riesgo o desamparo, de comunicarlo a la Administración, así como al Juez y Ministerio Fiscal, en caso de que pueda ser constitutiva de delito (arts. 49 y 50 art. 29.1 Decreto 190/2008).

b') *Investigación previa*. Una vez detectada una posible situación de desprotección, ya sea por la Administración directamente a través los servicios sociales o vía denuncia de un particular, podrá ordenar la práctica de una información previa, al objeto de comprobar la existencia de indicios de desasistencia que justifiquen la iniciación del correspondiente procedimiento (art. 29.2 Decreto 190/2008).

c') *Incoación del expediente*. En los términos en que se expresa el art. 29.1 Decreto 190/2008 ("cuando la Administración de la Comunidad Autónoma, de forma directa, por comunicación de otro órgano administrativo o mediante denuncia, tenga conocimiento de una posible situación de desamparo en la que pudiera encontrarse un menor, la correspondiente Dirección Provincial del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, según el lugar de residencia del menor, incoará el oportuno procedimiento administrativo") cabe entender que la iniciación del procedimiento administrativo de desamparo es de oficio. No obstante, no cabe descartar que sea el propio menor quien solicite el auxilio de los poderes públicos, según se desprende de la lectura del art. 8 LIAA.

*d') Valoración.* La normativa autonómica exige con carácter previo a la declaración de desamparo una evaluación de la situación personal y socio-familiar del menor, que pasa por la debida constancia en el correspondiente expediente de los informes oportunos por parte de técnicos pertenecientes a diferentes ámbitos profesionales, tales como trabajadores sociales, educadores o psicólogos (art. 51.2 LIAA y art. 31. 1 y 2 Decreto 190/2008). Ello resulta coherente con la previsión del art. 11.2.h. LOPJM, relativa al carácter colegiado e interdisciplinar de la actuación protectora de la Administración.

*e') Trámite de audiencia.* El siguiente trámite procedimental pasa por dar la oportuna audiencia a los titulares de la autoridad familiar o, en su caso, al tutor ordinario en el seno del expediente. No obstante, la LIAA flexibiliza el cumplimiento de este trámite, en cuanto que lo condiciona a cuando “ello sea posible” (art. 52.1 LIAA y art. 33 Decreto 190/2008).

En cambio, resulta exigible en todo caso, por imperativo del art. 52.1 LIAA, en relación con el art. 9 LOPJM que se oiga al menor durante la tramitación del procedimiento. Interesa advertir que este último precepto fue modificado por la LO 8/2015 a fin de dotar al derecho de audiencia del menor de una regulación acorde con el art. 12 Convención sobre los derechos del niño de 1989 y la Observación general núm. 12 (2009) del Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas. Así, el art. 9.1.1º LOPJM reconoce genéricamente el derecho del menor a ser ya no sólo oído sino también escuchado, sin discriminación alguna por edad —aunque el derecho de audiencia directa se circunscribe en su ap. 2º a los menores con suficiente madurez—, discapacidad u otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo (como es el de declaración de desamparo), judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social. Por añadidura, se consagra novedosamente el derecho del menor a recibir la información que le permita el ejercicio de su derecho a ser oído y escuchado en un lenguaje comprensible, en formato accesible y adaptado a sus circunstancias. Adicionalmente, el art. 9 en su ap. 2º precisa la forma en que el menor puede ejercitar su derecho a ser oído. Así, cuando el menor tenga “suficiente madurez” (expresión que sustituye a la de “suficiente juicio”) podrá ejercitarlo personalmente o a través de la persona que designe para que le represente. Si ello no es posible, porque carezca de suficiente madurez o por cualquier otra circunstancia, o no conviene al interés del menor, se contempla la posibilidad de audiencia indirecta; esto es, de conocer su opinión a través de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con el menor puedan transmitirla objetivamente. Por último, el art. 9 en sus aps. 1º (párr. 2º) y 3º refuerza las garantías del ejercicio de este derecho en vía administrativa o judicial. En concreto, el párr. 2º de su ap. 1º prevé que las audiencias del menor en los procedimientos judiciales

y administrativos tendrán carácter preferente; y, por añadidura, especifica la forma de efectuarlas, a saber: de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia de profesionales, de ser necesario, cuidando preservar su intimidad, utilizando un lenguaje comprensible, informándole de las consecuencias de su opinión y respetando todas las garantías del procedimiento. Por su parte, su ap. 3º dispone que la denegación de la petición del menor a ser oído en vía administrativa o judicial deberá estar motivada en su interés superior y habrá de ser notificada al Ministerio Fiscal, al propio menor y, en su caso, a su representante —legal o voluntario—, con indicación de los recursos que caben contra esa decisión.

*f') Resolución motivada de declaración de desamparo.* Cumplimentados los trámites anteriores, la Entidad pública competente en materia de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente deberá dictar resolución motivada, en la que hará constar, en su caso, la declaración de desamparo y la asunción de la tutela (art. 60.1 LIAA y art. 34 Decreto 190/2008).

Dicha resolución declarativa de desamparo es susceptible de impugnación ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa, por el propio sujeto afectado, los titulares de la autoridad familiar o, en su caso, el tutor ordinario y el Ministerio Fiscal en el plazo de dos meses desde su notificación (art. 121 CDFa, en relación con el art. 780.1 Lec). No obstante lo anterior, el art. 31 Decreto 190/2008 atribuye a dicha resolución eficacia inmediata, lo que resulta plenamente justificado en atención al ámbito en que nos encontramos, esto es, la protección de menores y personas con discapacidad, cuyo interés es siempre preferente.

*g') Deberes de notificación y comunicación.* Una vez dictada la declaración de desamparo, la normativa aragonesa exige su notificación a los titulares de la autoridad familiar, tutor o guardador en un plazo de cuarenta y ocho horas. Igualmente, siempre que sea acorde con el interés de la persona protegida, deberá informarse a aquellos de las causas que han motivado la intervención administrativa y de sus posibles consecuencias, así como de los medios de oposición a la misma. Asimismo, se exige la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, al objeto de que pueda cumplir el deber de vigilancia de las instituciones tutelares que le asigna el art. 103.4 CDFa (art. 120 CDFa a interpretar conjuntamente con el art. 53 LIAA y el art. 34.2 Decreto 190/2008). Se prescinde, sin embargo, del propio afectado entre los sujetos a notificar, en un planteamiento que difiere del estatal tras la reforma del sistema de protección de infancia y adolescencia en 2015, donde se ha dado entrada, en particular, a los menores siempre que tengan doce años o suficiente madurez (art. 172.1 Cc.).

*h') Medidas cautelares.* Por último, interesa destacar que la normativa aragonesa faculta a la Administración para adoptar medidas provisionales en

aquellos casos que exista un grave riesgo para el menor o cualquier otra causa que exija intervención inmediata. En caso de concurrir tales circunstancias, el art. 60.2 LIAA y los arts. 37 y 38 Decreto 190/2008 permiten una declaración provisional de desamparo con los efectos que conlleva (esto es, la asunción de la tutela por la Administración), si bien, dado su carácter provisional, requerirá confirmación posterior, para lo cual deberá darse cumplimiento a los trámites de la declaración ordinaria de desamparo.

Esta solución difiere de la contemplada en la legislación estatal tras la reforma de 2015, toda vez que el art. 14 LOPJM permite en tal caso la asunción, en vez de la tutela, de la mera guarda provisional por parte de la Administración (el art. 14 LOPJM) mientras se investigan las circunstancias del menor y se constata, en su caso, la situación real de desamparo.

*c) Contenido y efectos de la tutela automática de la Administración.* La tutela automática de la Administración conlleva la suspensión (que no privación: STSJA 05/04/2011) de la autoridad familiar y sus funciones anejas o, en su caso, de la tutela ordinaria (art. 119, 1ª parte CDFA y art. 61.2 LIAA). Esta suspensión afecta tanto al contenido personal como, en principio, al contenido patrimonial de las referidas instituciones, a diferencia de la guarda administrativa que sólo conlleva la asunción temporal por la Administración de la guarda del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente.

Así, de acuerdo con el art. 160.1, 1ª parte CDFA corresponde a la Entidad pública tutora *ex lege* la guarda de los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente declarados en situación de desamparo. Ello implica la extensión a esta modalidad de tutela del contenido de la autoridad familiar (art. 136 CDFA) y, por añadidura, por lo que hace a las personas con capacidad modificada judicialmente, el deber de procurarle la atención especializada y de promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad (art. 138 CDFA), en una visión exclusivamente asistencial de la discapacidad y, por ende, poco acorde al modelo social que propugna la Convención UN 2006.

Asimismo, incumbe a la Entidad pública la gestión de los bienes de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente a su cargo, con la consiguiente obligación de inventariarlos al inicio de la tutela y de rendir cuentas al cese de la misma (art. 163.1 CDFA y art. 61.3 LIAA); no así la de prestar fianza, ya que de esta obligación le exonera el art. 140 CDFA. Por añadidura, necesitará autorización de la Junta de Parientes o el Juez para llevar a cabo los actos de índole patrimonial a que se refieren los arts. 15 y 17 CDFA. Con todo, los arts. 163.2 CDFA y 61.2 LIAA, 2ª parte, reconocen la validez de los actos patrimoniales que, pese a la suspensión de la autoridad familiar o tutela ordinaria, realicen sus titulares en representación del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente, siempre que resulten

beneficiosos para éste (piénsese p.e. en alquilar un inmueble de su propiedad o invertir su dinero en un fondo de inversión de renta fija).

En cualquier caso, la tutela automática de la Administración se configura en Derecho aragonés, al igual que en el estatal, como un mecanismo sustitutorio de toma de decisiones, de tal manera que corresponderá a la Administración la representación legal de todos aquellos menores o personas con capacidad modificada judicialmente que se encuentren bajo su tutela, salvo para aquellos actos que puedan realizar por sí mismos por establecerlo así la ley o, en su caso, la sentencia de incapacitación (arts. 5.3 y 39 CDFA); planteamiento éste que, como ya se ha señalado, resulta discutible respecto a las personas con discapacidad por no resultar acorde a los principios formulados por la Convención UN 2006.

A ello hay que añadir que la Entidad pública será responsable civilmente de los daños que pueda sufrir la persona bajo su tutela por su ejercicio negligente (art. 106 CDFA). Según precisa el artículo 164.4 CDFA, dicha responsabilidad no cesa por la vigilancia del Ministerio Fiscal; ni tampoco en caso de que el menor de edad haya sido dado en acogimiento familiar (art. 20.3.d.2 LOPJM), lo que se encuentra plenamente justificado, en cuanto que la titular de la guarda de estos menores de edad sigue siendo la Administración y, por ende, la responsable civil última de los daños que sufran o se puedan ocasionar.

Diferente de esta responsabilidad de la Administración derivada de su propia función de tutora es la responsabilidad civil por los daños que pueda causar a terceros el propio sujeto tutelado, cuestión ésta que aborda de modo fragmentario y muy ambiguo la normativa aragonesa, toda vez que la circunscribe a los menores en acogimiento familiar simple o permanente para exigir la inclusión en el oportuno documento de formalización del mismo “el sistema de cobertura por parte de la Entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el acogido o de los que pueda causar a terceros” sin más aclaraciones (art. 166.2.c.2 CDFA y art. 87.2.c. Decreto 190/2008). De este planteamiento se ha desvinculado, con buen criterio, la normativa estatal en 2015 para incorporar el art. 172 ter.4 Cc que declara responsable civilmente a la Entidad pública, si bien se le faculta para repetir contra los progenitores o, en su caso, el tutor ordinario en función de sus posibilidades.

Con todo, la tutela automática de la Administración se configura como una medida de protección provisional que, en principio, dará paso a otras situaciones más estables como son:

1ª. *La reintegración del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente al titular o titulares de la autoridad familiar o, en su caso, al tutor ordinario, opción ésta preferencial del legislador (art. 122.1 CDFA).*

Ahora bien, por lo que hace a los menores, interesa advertir que desde hace unos años la jurisprudencia viene matizando esta opción prioritaria, mediante la incorporación de una serie de criterios para decidir si su retorno a su familia de origen es acorde a su interés superior. Así, a juicio del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (SSTSJA 26/07/2013 y 14/05/2015 que acoge la importante doctrina formulada por la STS 31/07/2009 y posteriormente plasmada en el art. 12 LOPJM en virtud de la reforma de que fue objeto por la Ley 26/2015), la Entidad pública deberá verificar la evolución positiva y objetivamente suficiente de la familia, el mantenimiento de vínculos con el menor, la concurrencia del propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y la constatación de que el retorno familiar del menor no implica riesgos relevantes para éste. Adicionalmente, en el caso de que el menor se encuentre bajo acogimiento familiar habrá de ponderarse la duración del acogimiento y la integración y desarrollo de vínculos afectivos del menor con la familia de acogida.

En cualquier caso, la reintegración familiar requiere:

— Bien la revocación de la declaración de desamparo por la Entidad pública a instancia de los titulares de la autoridad familiar o, en su caso, del tutor, en los dos años siguientes a la notificación de la resolución administrativa y siempre que no hayan sido privados de la autoridad familiar o removido de la tutela, “cuando hayan cambiado las circunstancias que la motivaron”, esto es, cuando desaparezcan las circunstancias constitutivas del desamparo (36.1 Decreto 190/2008).

— Bien una sentencia que la deje sin efecto y ordene el retorno del sujeto afectado a su familia de origen, previo ejercicio de una demanda de oposición ante la jurisdicción civil formulada, ya sea por el propio sujeto afectado por la resolución administrativa, los titulares de la autoridad familiar o tutor, los acogedores o el Ministerio Fiscal, en el plazo de dos meses desde la notificación de la declaración de desamparo (arts. 121 CDFa y 36.1 Decreto 190/2008, puestos en relación con el art. 780 Lec). Con todo, el examen de la jurisprudencia revela una lectura muy restrictiva por parte de los órganos judiciales aragoneses de las condiciones de retorno de los menores a su familia de origen aun extensa, lo que se traduce en una cierta resistencia a ordenar el cese de los acogimientos a los que se encuentran sujetos, particularmente cuando se encuentran en situación de acogimiento permanente o preadoptivo. Sirvan de ejemplo las SSTSJA de 26/07/2013 y de 14/05/2015 y, en la jurisprudencia menor, las SSAPZ 08/11/2011, 28/01/2014, 07/12/2016, 24/10/2017 y 17/12/2018, todas ellas denegatorias de la reintegración familiar.

2ª. La *promoción de la tutela ordinaria*, siempre que existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumirla y así lo aconseje el interés de la persona declarada en desamparo. Ello exige



que la Entidad pública ejercite, a la par, la oportuna acción de privación de la autoridad familiar o, en su caso, de remoción del anterior tutor ante la jurisdicción civil (art. 122.2 CDFa, arts. 62.1.d y 63 LIAA y art. 50.1.c. Decreto 190/2008).

3ª. La *adopción*, tratándose de menores de edad y siempre que la reintegración a su familia de origen se revele impracticable o no acorde con su interés y no haya una persona que pueda asumir su tutela ordinaria (art. 62.1.b LIAA, art. 62.1.b LIAA y art. 50.1.b. Decreto 190/2008).

Con todo, cuando ninguna de estas opciones resulte posible o sea conveniente para el interés del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente, la tutela administrativa, se convertirá en definitiva, tratándose de menores, hasta su mayoría de edad o su emancipación y, en el caso de personas con capacidad modificada judicialmente, hasta que recobren su capacidad en virtud de la oportuna sentencia (art. 62.1.a. LIAA y art. 50.1.a. Decreto 190/2008). Mientras tanto, la Entidad pública delegará el ejercicio de la guarda (esto es, el contenido personal de la tutela) bien a una persona o familia acogedora (acogimiento familiar), bien al director del centro donde sea ingresado el menor o la persona con capacidad modificada judicialmente (acogimiento residencial).

**C. La guarda administrativa.** Junto a la tutela atribuida por ministerio de la ley (tutela automática *ex art.* 119 CDFa) o por resolución judicial (tutela ordinaria *ex art.* 116.1.g. CDFa), la Administración puede asumir provisionalmente la mera guarda de los menores o las personas con capacidad modificada judicialmente en dos supuestos: a solicitud de los titulares de la guarda o en virtud de resolución judicial.

a) *Modalidades.* a') *La guarda administrativa voluntaria.* La guarda administrativa voluntaria se regula en el art. 160.2.a CDFa, según el cual "la Entidad pública asumirá la guarda durante el tiempo necesario cuando lo pidan los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar cuando por circunstancias graves y ajenas a su voluntad no puedan cuidar de los menores o incapacitados a su cargo"; previsión que también recogen los art. 52.a. y 55 Decreto 190/2008. También parece referirse a esta modalidad de guarda administrativa el art. 119, 2ª parte CDFa cuando establece que "si la situación de desamparo se debe a fuerza mayor de carácter transitorio, la entidad pública ejerce sólo la guarda mientras se mantenga la situación". De los preceptos transcritos resulta, por consiguiente, que esta modalidad de guarda administrativa requiere una situación de falta de asistencia meramente transitoria e involuntaria de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente por parte de los titulares de su autoridad familiar o, en su caso, tutor ordinario y que ellos mismos soliciten a la Entidad pública la asunción temporal de la guarda.

Si la solicitud es aceptada por la Administración, dictará una resolución de asunción de la guarda (art. 59 Decreto 190/2008), a la par que formalizará por escrito un acuerdo con los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar en el que se hará constar las responsabilidades que mantienen éstos, la forma en que va a ejercitarse la guarda administrativa y su duración, y las medidas y condiciones previstas para la reintegración familiar (art. 161.1 CDFFA, art. 65.2 LIAA y art. 58 Decreto 190/2008).

*b') La guarda administrativa atribuida por decisión judicial.* La guarda administrativa acordada judicialmente se regula en el art. 160.2.b. CDFFA y en los arts. 52.b. y 63 Decreto 190/2008. Esta atribución judicial de la guarda a la Entidad pública sólo es posible “en los casos en que legalmente proceda”. A partir de ahí, y en ausencia en la normativa aragonesa de un precepto que prevea específicamente que el Juez atribuya la guarda administrativa, se impone una interpretación extensiva de los preceptos precitados que dé entrada a la constitución judicial de la guarda administrativa en todos aquellos casos en que se faculta legalmente al Juez para adoptar temporalmente medidas de protección de menores circunscritas al ámbito personal (MAYOR DEL HOYO). De este modo, puede defenderse que el Juez podrá acordar la asunción temporal de la guarda por la Entidad pública, entre otros, en los siguientes supuestos:

1º. Tras la admisión de demanda de nulidad matrimonial, separación o divorcio de los progenitores, cuando el Juez adopte como medida provisional de carácter excepcional durante la tramitación del procedimiento la constitución de la guarda administrativa respecto de los hijos menores o con capacidad modificada judicialmente que se encuentren a cargo de aquéllos (art. 84 CDFFA, en relación con el art. 77 Lec).

2º. En caso de impugnación de la filiación del sometido a la autoridad familiar o institución tutelar del que aparece como progenitor, cuando el Juez adopte como medida de protección la atribución de su guarda a la Administración mientras se sustancia el procedimiento (art. 768.1 Lec).

3º. Durante la tramitación del procedimiento para la exclusión de funciones tutelares del adoptante o para la extinción de la adopción, cuando el Juez adopte como medida de protección del adoptado menor o con capacidad modificada judicialmente la atribución de su guarda a la Administración (art. 40.2 LJV).

4º. En caso de ejercicio inadecuado de la guarda de un menor por los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar, cuando el Juez decida adoptar la guarda administrativa como medida de protección “a fin de apartarle de un peligro o de evitarle perjuicios”, ya sea a instancia del propio menor, de cualquier pariente o interesado o del Ministerio Fiscal (art. 10.d CDFFA, en relación con art. 87 LJV).

5°. Cuando la entidad pública se haya negado a asumir la guarda que solicitan los titulares de la autoridad familiar o el tutor. En relación con este supuesto interesa clarificar que el tenor del art. 64.1 LIAA (“La Administración de la Comunidad Autónoma *asumirá* la guarda a solicitud de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar”) permite entender que la Administración no podrá negarse a asumir la guarda cuando se acrediten debidamente las circunstancias a que se refiere el art. 160.2.a CDFa. Ahora bien, como afirma MAYOR DEL HOYO no cabe descartar que la Administración deniegue la solicitud, bien sin motivación alguna o por apreciar que no concurre el supuesto de hecho contemplado por el precitado precepto del CDFa, en cuyo caso, a mi juicio, los progenitores podrán formular oposición ante la jurisdicción civil, con base en lo dispuesto en el art. 780 Lec. En la misma línea, la Fiscalía General del Estado (Memoria 2010) no descarta que sea el Fiscal el que proponga la guarda judicialmente “ante la denegación de la guarda voluntaria o el silencio de la Entidad Pública”.

*b) Contenido.* En orden al contenido de la guarda administrativa, interesa destacar la menor incidencia que tiene este instrumento público de protección en la autoridad familiar y tutela ordinaria, a diferencia de la tutela administrativa. Y es que, mientras la tutela administrativa conlleva la suspensión de la autoridad familiar o la tutela ordinaria y aun su posible privación o remoción, en la guarda administrativa la Entidad pública asume exclusivamente la guarda, que es compatible con aquellas, en cuanto sólo parece alcanzar a su esfera personal (MAYOR DEL HOYO y LÓPEZ AZCONA). De este modo, el art. 61 Decreto 190/2008 se refiere al mantenimiento por los titulares de la autoridad familiar o, en su caso, el tutor ordinario de las funciones de representación y gestión del patrimonio del menor, a la par que les impone la obligación de colaborar en los gastos de asistencia que genere.

En cualquier caso, y como sucede en la tutela administrativa, las actuaciones concretas a desarrollar por la Administración en ejercicio de la guarda corren a cargo de personas físicas (MAYOR DEL HOYO). De este modo, conforme a lo dispuesto en los arts. 162.2, 1ª parte CDFa, 64.2 LIAA y 53.2 Decreto 190/2008, su ejercicio habrá de delegarse bien en la persona o personas que determine la Administración (acogimiento familiar), bien en el director del centro donde sea ingresado el menor o la persona con capacidad modificada judicialmente (acogimiento residencial). Tratándose de la guarda administrativa voluntaria, cualquier variación en la forma de su ejercicio debe acordarse en resolución motivada de la Entidad pública y ha de comunicarse tanto a los titulares de la autoridad familiar o, en su caso, tutor ordinario, como al Ministerio Fiscal (art. 161.2 CDFa y art. 53.2 Decreto 190/2008).

**D. El acogimiento.** *a) Concepto y modalidades.* Con base en el art. 162.2, 1ª parte CDFA, el acogimiento puede definirse como el modo de ejercitar la guarda de los menores asumida por la Entidad pública bien a petición de los titulares de la misma o por resolución judicial (cuando el menor o la persona con capacidad modificada judicialmente se encuentre bajo guarda administrativa), bien como tutora *ex lege* (cuando el menor o la persona con capacidad modificada judicialmente se encuentre bajo tutela administrativa).

Acto seguido, el mismo precepto en su 2ª parte se refiere a la concreta atribución del ejercicio de la guarda del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente en función de la modalidad de acogimiento que se adopte, familiar o residencial. Así, en el acogimiento familiar su ejercicio corresponderá a la persona o personas que designe la Administración para sustituir al núcleo familiar de la persona protegida. En cambio, en el acogimiento residencial su ejercicio se atribuye al director del centro donde sea ingresado.

Por lo que hace a las modalidades de acogimiento, la normativa aragonesa distingue, en un planteamiento coincidente con la estatal, entre el acogimiento familiar y el acogimiento residencial. Los criterios a tener en cuenta por la Administración a la hora de determinar cuál es la modalidad pertinente en cada caso concreto son la prioridad del interés del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente y la prioridad de las soluciones familiares frente a las institucionales. En el primer criterio parecen inspirarse los aps. 1º (1ª parte), 3º y 4º del art. 162 CDFA que se refieren respectivamente a la adecuación de las medidas de protección a la situación personal del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente, a la posibilidad de solicitar la modificación del acogimiento de surgir graves conflictos de convivencia entre el acogido y los acogedores, y al carácter reservado de las actuaciones en materia de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente. Son manifestaciones del principio de prioridad de las soluciones familiares frente a las institucionales el procurar la reintegración del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente en su familia de origen (art. 122.1 CDFA) y el carácter preferente del acogimiento familiar frente al residencial (art. 162.2 CDFA y art. 72.2.a. Decreto 190/2008).

*a') El acogimiento familiar.* En atención al art. 70 LIAA, el acogimiento familiar constituye un instrumento de protección que proporciona al menor (o persona con capacidad modificada judicialmente) un núcleo de convivencia familiar, en sustitución o como complemento del propio, bien sea de forma temporal para su reinserción en su familia de origen o para su adaptación a la familia que lo vaya a adoptar, bien sea de forma permanente cuando la edad u otras circunstancias del sujeto protegido y su familia así lo requieran.

Su ejercicio corresponde a la persona o personas designadas por la Administración para sustituir al núcleo familiar del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente. En la selección de las personas acogedoras habrá de darse preferencia a los parientes o allegados de la persona protegida, siempre que resulten idóneos (art. 162.2, 2ª parte y art. 165.2 CDFa).

Produce como principal efecto el ejercicio de la guarda delegada del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente por la persona o familia acogedora con las obligaciones que ello conlleva, en particular, la de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educar y procurar una formación integral al menor o, en su caso, promover la adquisición o recuperación de la capacidad de la persona con capacidad modificada judicialmente y su reinserción en la sociedad, bajo la supervisión de la Administración titular de la guarda (art. 165.1 CDFa y arts. 71 y 90 Decreto 190/2008).

Con todo, por lo que hace a los menores bajo acogimiento familiar, la delegación de su guarda a los acogedores no les priva del derecho a relacionarse con su familia de origen, pero siempre en el marco del régimen de visitas que, en su caso, fije la Entidad Pública, según prevé el art. 92 Decreto 190/2008 (como excepción a la regla formulada en el art. 60 CDFa que atribuye a la autoridad judicial la competencia en materia de visitas de los menores con su familia de origen). Complementario de este precepto, el art. 87.2.c. Decreto 190/2008 (que reproduce el art. 166.2.c.1 CDFa) incluye, entre los extremos a contener en el documento anexo a la resolución administrativa de constitución del acogimiento familiar, "la periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido", obviamente si la Entidad pública opta por su concesión. De ser denegadas tales visitas o posteriormente suspendidas por la Entidad pública en atención al interés del menor, cabrá formular la oportuna oposición ante la jurisdicción civil, correspondiendo la legitimación para ello al menor acogido, a sus parientes afectados y al Ministerio Fiscal (art. 92.3 Decreto 190/2008, en relación con el art. 780 Lec). A partir de ahí, la lectura de la jurisprudencia revela una cierta reticencia por parte de los órganos judiciales aragoneses a fijar visitas de los menores acogidos ya no sólo respecto de sus progenitores, sino en relación con su familia extensa, apelando para ello al interés superior del menor. Pueden citarse a título de ejemplo la STSJA 14/5/2015 y, en la jurisprudencia menor, las SSAPZ 08/11/2001, 28/01/2014 y 07/12/2016 y la SAPH 22/10/2019, todas ellas denegatorias.

En atención a su finalidad, la normativa aragonesa mantiene las tres variantes tradicionales de acogimiento familiar, a saber, el simple, el permanente y el preadoptivo. Se impone, por tanto, su revisión al objeto de su debida adecuación a las importantes novedades de que ha sido objeto esta materia en la reforma estatal de 2015, que paso a extractar: 1ª. – La incorporación del *acogimiento de urgencia* para los menores con edad inferior a seis años y con

una duración limitada a seis meses; 2ª. – La supresión del *acogimiento provisional* en coherencia con la eliminación de la constitución judicial del acogimiento; y 3ª. – la sustitución del *acogimiento preadoptivo* por la *guarda con fines adoptivos* (LÓPEZ AZCONA).

Clarificado este extremo, interesa ahora examinar por separado las tres variantes de acogimiento familiar, tal y como se siguen articulando en el art. 168 CDEA y el art. 73.1 Decreto 190/2008, a saber:

1ª. *Acogimiento familiar simple*. Tiene carácter transitorio. Procede cuando sea previsible la reinserción del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente en su propia familia o mientras se adopta una medida de protección más estable.

Esta modalidad de acogimiento se corresponde con el *acogimiento temporal* de la legislación estatal, aunque en la nueva redacción dada al art. 173 bis.2.b. Cc por la Ley 26/2015 se ha limitado su duración a dos años, prorrogables en atención al interés de la persona protegida.

En cualquier caso, este instrumento de protección no debe confundirse con el *acogimiento temporal de menores extranjeros* contemplado tanto en la normativa de extranjería (arts. 187 y 188 RLOEX) como en la normativa aragonesa de protección de menores (arts. 106 a 129 Decreto 190/2008). En dicha modalidad de acogimiento los progenitores, tutores o guardadores, que permanecen en su país de origen, conservan la guarda del menor, limitándose las personas o familias receptoras a tener al menor en su compañía durante un determinado periodo temporal, que varía en función de los fines perseguidos que no pueden ser otros que escolarización, tratamiento médico, disfrute de vacaciones o razones humanitarias excepcionales.

2ª. *Acogimiento familiar permanente*. Se constituye con una duración indefinida en aquellos casos en que las circunstancias del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente y de su familia aconsejen proporcionarle una mayor estabilidad. Conlleva una mayor autonomía de la persona o familia acogedora respecto de las funciones derivadas del cuidado del acogido, mediante la posible atribución por el Juez a instancia de la Entidad pública de aquellas facultades patrimoniales y personales de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. La calificación de este acogimiento como “permanente” permite presumir que el mismo se prolongará, en principio, hasta la mayoría de edad del menor o recuperación de la capacidad de la persona con capacidad modificada judicialmente, cesando entonces de modo automático conforme a lo dispuesto en los art. 62.1.a LIAA y 50.1.a Decreto 190/2008.

Esta modalidad de acogimiento se contempla, asimismo, en la normativa estatal, si bien la reforma de 2015 lo ha extendido a un segundo supuesto: al finalizar el acogimiento temporal, en caso de que no sea posible la reintegración familiar del menor (art. 173 bis.2.c. Cc).

3ª. *Acogimiento familiar preadoptivo*. Constituye un paso previo a la adopción, que persigue como objeto facilitar el conocimiento y la adaptación mutua entre el menor y el futuro o futuros adoptantes, siempre que hayan sido declarados idóneos en virtud de la correspondiente resolución administrativa. En concreto, la Entidad pública formalizará esta modalidad de acogimiento cuando eleve al Juez la propuesta de adopción del menor y mientras no se dicte sentencia constitutiva de la misma. Asimismo, podrá constituirlo con anterioridad a la presentación de dicha propuesta, cuando considere necesario establecer un periodo de adaptación, en cuyo caso no podrá exceder del plazo de un año (art. 28 Decreto 188/2005). En todo caso, durante el periodo de vigencia del acogimiento familiar preadoptivo la Entidad pública habrá de llevar a cabo un seguimiento del mismo, a fin de evaluar la adaptación del adoptando a los futuros adoptantes (art. 34 Decreto 188/2005).

Como se ha indicado, esta modalidad de acogimiento ha sido suprimida de la legislación estatal en 2015, para sustituirse por la *guarda con fines preadoptivos*. Así, el nuevo art. 176 bis Cc, una vez seleccionados los futuros adoptantes, otorga a la Entidad Pública la facultad de delegar la guarda del menor adoptando a favor de las personas asignadas para su adopción. Con todo, a mi entender, se trata más bien de un cambio meramente terminológico, ya que lo cierto es que no se aprecian importantes divergencias de contenido entre ambas figuras y, de hecho, se hace extensivo a los guardadores con fines de adopción el estatuto de los acogedores familiares previsto en el art. 20 bis LOPJM (art. 176 bis.1.2 Cc). Ello con una importante salvedad atinente al derecho del menor a relacionarse con su familia de origen que aquí, como regla, debe suspender la Entidad Pública cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva, salvo que convenga otra cosa al interés del menor o se den las circunstancias de la adopción abierta previstas en el art. 176 bis.2 Cc (LÓPEZ AZCONA).

Ya sea simple o permanente, el acogimiento familiar puede constituirse en *la propia familia extensa* de la persona protegida (entendiendo por tal aquélla en la que existe una relación de parentesco, ya sea consanguíneo, adoptivo o afín, hasta tercer grado entre el menor y los acogedores) o, subsidiariamente, *en familia ajena* (arts. 72.b. y 76 Decreto 190/2008). En caso de constituirse en familia ajena, el art. 81 Decreto 190/2008 establece como criterios a tener en cuenta por la Administración para valorar la adecuación (o no) de los solicitantes para el acogimiento familiar la pertenencia al contexto próximo al menor, la cualificación especial para la adecuada atención al menor por su profesión o experiencia y la adecuación de edad con el menor.

Por añadidura, se contempla la posibilidad de que el *acogimiento en familia ajena* sea *especializado*, considerando como tal aquel que tiene por objeto menores con necesidades o circunstancias especiales, por padecer graves problemas de conducta, minusvalías físicas o psíquicas o sensoriales o pro-

blemas de salud que requieran una atención especial. Esta modalidad de acogimiento requiere dotar tanto de formación obligatoria como de apoyo técnico continuo a la familia acogedora y puede ser compensado económicamente ya no sólo por los gastos generados por el cuidado del menor (art. 91.2 Decreto 190/2008), sino además en atención a la concreta problemática que presente el menor acogido y la consiguiente dedicación requerida a la familia acogedora (art. 75 Decreto 190/2008).

*b') El acogimiento residencial.* Esta modalidad de acogimiento consiste en ingresar al menor (o la persona con capacidad modificada judicialmente) en un centro de protección adecuado a sus necesidades para que reciba la atención y educación necesarias.

En tal caso, el ejercicio de la guarda se delega al director del centro donde se encuentre ingresada la persona protegida, quien deberá ejercerla con la colaboración y supervisión de la Entidad Pública (art. 162.2, 3ª parte CDFA y art. 64, 2ª parte Decreto 190/2008). No obstante, tratándose de menores, la medida de acogimiento residencial podrá ser complementada por la Entidad pública, en su condición de titular de la guarda, con estancias temporales durante fines de semana y vacaciones con familias colaboradoras (art. 66.4 LIAA), lo que se revela muy adecuado, en cuanto facilita el contacto del menor con un entorno familiar ajeno al centro al que esté acogido.

A partir de ahí, en la legislación aragonesa, al igual que en la estatal, el acogimiento residencial se configura como un instrumento de protección a adoptar subsidiariamente cuando el acogimiento familiar resulte imposible, inadecuado o insuficiente y por el tiempo más breve posible (art. 162.2, 1ª parte CDFA, arts. 64.2 y 66.1 LIAA). En línea con este planteamiento, el art. 21.3 LOPJM, tras la reforma de 2015, excluye, como regla, el acogimiento residencial para los menores de tres años, de tal manera que sólo podrá acudir a esta medida en caso de imposibilidad debidamente acreditada o falta de conveniencia del acogimiento familiar. Por añadidura, el mismo art. 21.3 LOPJM fija una duración máxima de tres meses al acogimiento residencial de los menores de seis años.

Sin perjuicio de su carácter residual, esta modalidad de acogimiento se encuentra dotada de importantes garantías por parte de la normativa aragonesa de protección de menores. De este modo, los centros de protección de menores han de cumplir una serie de obligaciones, entre las cuales interesa destacar: 1ª. – La elaboración del proyecto educativo del centro dirigido a concretar los sistemas de actuación psicopedagógica y social y, además, el régimen de funcionamiento interno (arts. 32 a 35 Decreto 238/1994); 2ª. – La elaboración para cada menor de un proyecto socioeducativo individual que persiga su pleno desarrollo físico, psicológico y social (art. 66.7 LIAA y 66 Decreto 190/2008); y 3ª. – El necesario seguimiento técnico y económico de



los menores ex tutelados a fin de verificar su correcta inserción socio laboral (art. 66.8 LIAA y art. 68 Decreto 190/2008).

En la misma línea, importa señalar el intenso control administrativo al que están sujetos estos centros, ya sean de titularidad pública o privada, lo que se traduce en la atribución a la Administración de las funciones de otorgarles la correspondiente autorización para prestar sus servicios (art. 66.5 LIAA), de aprobar su proyecto educativo (art. 34 Decreto 238/1994) y de proceder a su inspección y supervisión al menos semestralmente, sin perjuicio de las labores de vigilancia encomendadas el Ministerio Fiscal específicamente en materia de acogimiento residencial (art. 66.6 LIAA).

Por último, interesa señalar que el Decreto 238/1994 articula una suerte de estatuto del menor acogido residencialmente que se integra por un elenco de derechos y deberes. Así, junto a los derechos atribuidos genéricamente a los menores bajo protección de la Entidad pública por el art. 48 LIAA, su art. 13 reconoce a los menores en régimen de acogimiento residencial unos derechos específicos derivados de la singular naturaleza del mismo, tales como: 1º. – El derecho a ser informados de las medidas que se tomen en relación a ellos; 3º. – El derecho a ser oídos, si son mayores de doce años o tienen suficiente madurez; 4º. – El derecho a comunicarse libremente; y 4º. – El derecho a acudir al Juez y al Ministerio Fiscal, así como a formular quejas ante el Justicia de Aragón. Correlativamente, su art. 14 les impone los siguientes deberes: 1º. – Cumplir las normas de funcionamiento del centro; 2º. – Participar en las actividades programadas por el centro; 3º. – Respetar a las personas que conviven y trabajan en el centro, así como sus instalaciones; y 4º. – No ausentarse del centro sin el debido permiso.

*c') El acogimiento residencial de menores con problemas de conducta.* Dentro del acogimiento residencial una mención aparte merece el acogimiento residencial de menores con problemas de conducta. Este acogimiento que ya recogía fragmentariamente la legislación aragonesa (art. 69 Decreto 190/2008), en la última reforma del sistema estatal de protección de menores ha sido dotado de un régimen jurídico completo por la LO 8/2015, en cuanto puede afectar a derechos fundamentales. Se trata de una modalidad especial de acogimiento residencial dirigida a un colectivo de menores específico: los menores diagnosticados con problemas de conducta, entendiendo por tales aquellos “menores que presenten conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros” (art. 25.1 LOPJM). No son destinatarios de esta medida los menores con enfermedades o trastornos mentales que requieran tratamiento específico (art. 26.2 LOPJM) para los que corresponderá el internamiento en un centro de salud mental adecuado a su edad bajo las garantías del art. 763 Lec.; ni tampoco los menores infractores, en cuanto están sujetos específicamente a las medidas

del art. 7 la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal del menor y, entre ellas, el internamiento en los centros de reforma.

Para estos menores con problemas de conducta se articula como último recurso (art. 25.2 LOPJM y art. 778 bis.4 *in fine* Lec) su ingreso en centros específicos de protección que ofrezcan un marco adecuado para la normalización de su conducta, pudiendo llegar a aplicarse medidas de restricción de sus derechos fundamentales, siempre con fines educativos y con arreglo, entre otros, a los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad (art. 25.1 y 2 LOPJM). Así, la dirección del centro podrá adoptar medidas de seguridad (ya sea la contención física o mecánica del menor, su aislamiento o registros personales y materiales: arts. 27 a 30 LOPJM), así como medidas limitativas de los permisos de salida del menor y de su régimen de visitas con su familia (arts. 34 y 35 LOPJM). Por añadidura, tales centros deben contar con un régimen disciplinario (31 LOPJM).

Con todo, según precisa el Preámbulo de la LO 8/2015, estos centros “no pueden concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos” cuando “la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos”. Ello justifica que el ingreso en estos centros se haya dotado de unas garantías adicionales, no previstas para los acogimientos residenciales ordinarios. La primera tiene que ver con la exigencia de autorización judicial previa, a instancia ya sea de la propia Entidad pública que ostente la tutela o guarda administrativa del menor o del Ministerio Fiscal; ello salvo que razones de urgencia hagan necesaria la inmediata adopción de esta medida, en cuyo caso, cualquiera de ellos deberá comunicarlo al Juez en el plazo máximo de veinticuatro horas, a fin de que lo ratifique o deje sin efecto (art. 26.3 LOPJM y art. 778 bis.3 Lec). En segundo lugar, esta modalidad de acogimiento está sujeta a la necesaria revisión trimestral de la Entidad Pública, que deberá remitir a tal objeto el correspondiente informe de seguimiento al Juez que autorizó el ingreso y al Ministerio Fiscal; ello sin perjuicio de las posibles inspecciones de los centros a efectuar por el Defensor del Pueblo o sus equivalentes autonómicos, así como por el Ministerio Fiscal (arts. 32 LOPJM y 778 bis.6 Lec). Asimismo, se reconoce a los menores sujetos a esta medida el derecho a ser informados de cualesquiera resoluciones que se adopten en torno a la misma, “en términos que le sean comprensibles y adaptados a su edad y circunstancias” (art. 778 bis.8 Lec, en relación con el art. 21 bis.1.c. LOPJM). Ello sin olvidar que tal acogimiento se configura como una medida de protección de carácter transitorio, de tal manera que los menores sólo permanecerán en el centro el tiempo estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas, correspondiendo su cese exclusivamente al Juez que autorizó el ingreso, ya sea de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal debidamente fundamentada en un informe psicológico, social y educativo (art. 26.4 LOPJM y 778 bis.7 Lec).

En cualquier caso, más allá de sus singularidades la finalidad de este recurso, según precisan los art. 25.2 y 31.2 LOPJM, es exclusivamente asistencial y educativa, por lo que los centros habrán de estar dotados necesariamente de un proyecto socio educativo dirigido a proporcionar a los menores ingresados las estrategias necesarias para normalizar su relación con su entorno familiar y social y potenciar aquellas habilidades que mejoren su desarrollo personal (LÓPEZ AZCONA).

*d') El acogimiento en hogar funcional.* Se trata de una modalidad de acogimiento intermedia entre el acogimiento familiar y el acogimiento residencial a la que alude el art. 165.2 CDFA y que, a mi juicio, se revela muy adecuada, en cuanto permite proporcionar a varios menores o personas con capacidad modificada judicialmente bajo tutela o guarda administrativa un núcleo de convivencia similar al familiar a cargo de uno o varios responsables designados por la Administración o, en su caso, por una entidad colaboradora.

*b) Constitución. a') Constitución del acogimiento familiar.* Por lo que hace a la constitución del acogimiento familiar la normativa aragonesa mantiene la doble vía de formalización, administrativa y judicial, discrepando así del criterio del Cc, donde en la reforma de 2015 se suprimió la constitución judicial en caso de oposición o no comparecencia de los progenitores o del tutor ordinario que preveía el antiguo art. 172.3.1. La misma falta de concordancia se aprecia en el régimen de los consentimientos necesarios para formalizar el acogimiento, toda vez que el art. 166.1 CDFA, requiere el consentimiento de los acogedores y del acogido mayor de doce años o con suficiente juicio, pero también el de los titulares de la autoridad familiar o, en su caso, del tutor ordinario, mientras en la reforma del Cc en 2015 (art. 172 ter.1.3) se optó por omitir, de modo muy discutible a mi juicio, el consentimiento de los progenitores o tutor, habiéndolo sustituido por la mera notificación de la resolución administrativa de constitución del acogimiento (LÓPEZ AZCONA).

Clarificado este extremo, interesa ahora examinar por separado las dos vías de constitución del acogimiento familiar, tal y como se siguen articulando en la normativa aragonesa actualmente vigente.

*1ª. Constitución por vía administrativa.* La constitución en virtud de resolución administrativa es la vía ordinaria de formalización del acogimiento familiar en cualquiera de sus tres modalidades, según resulta de la lectura conjunta del art. 166.1 CDFA, el art. 87 Decreto 190/2008 (referido al acogimiento simple y permanente) y el art. 32 Decreto 188/2005 (relativo al acogimiento preadoptivo).

En cualquier caso, la válida constitución del acogimiento por esta vía requiere el consentimiento de la propia Entidad pública, de los acogedores (siempre que hayan sido declarados idóneos por la Entidad pública conforme a los criterios fijados en los arts. 98 y 99 Decreto 190/2008 para los acogimientos simple y permanente y los fijados en el art. 15 Decreto 188/2005

para el acogimiento preadoptivo), del acogido mayor de doce años o con suficiente juicio y de los titulares de la autoridad familiar o, en su caso, del tutor ordinario siempre que no hayan sido privados de aquella o removido de esta. A partir de ahí, la falta de consentimiento del acogido y/o de los acogedores impide la formalización tanto administrativa como judicial del acogimiento. En cambio, la no comparecencia u oposición al acogimiento de los titulares de la autoridad familiar o del tutor ordinario excluye la formalización administrativa (salvo del acogimiento provisional que prevé el art. 167.2 CDFa), pero deja abierta la posibilidad de promover un acogimiento judicial.

De haberse prestado los consentimientos necesarios, la Entidad pública formalizará el acogimiento en un documento en el que habrán de constar los extremos enumerados en el art. 166.2 CDFa y el art. 87.2 Decreto 190/2008, a saber: los consentimientos requeridos legalmente, la modalidad del acogimiento y su duración, los derechos y deberes de las diversas partes implicadas, el contenido del seguimiento a realizar por la Entidad pública, el compromiso de colaboración de la familia acogedora y la compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores. El expediente administrativo previo a su formalización se rige por los arts. 76 y 77 LIAA preceptos que se complementan en relación con el acogimiento simple y permanente con lo previsto en los arts. 78 a 86 Decreto 190/2008 y respecto al acogimiento preadoptivo con lo dispuesto en los arts. 28 a 34 Decreto 188/2005.

2ª. *Constitución por vía judicial.* La constitución judicial del acogimiento familiar (simple y permanente) es subsidiaria de la formalización administrativa, en el sentido de que se reserva exclusivamente a los casos de falta de consentimiento (no prestación u oposición) o de no comparecencia por parte de los titulares de la autoridad familiar o, en su caso, tutor ordinario en el procedimiento administrativo de constitución del acogimiento (art. 167.1 CDFa, art. 88.1 Decreto 190/2008 y art. 33.1 Decreto 188/2005).

Si concurre uno de tales supuestos, la Entidad pública se limitará a formular propuesta de acogimiento con los mismos extremos referidos en el art. 166.2 CDFa y acordará su remisión a la autoridad judicial (art. 167.3 CDFa, art. 88.2 Decreto 190/2008 y art. 33.2 Decreto 188/2005). No obstante, la propia Entidad pública podrá acordar un acogimiento familiar provisional en interés del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente, que subsistirá mientras no recaiga la resolución judicial de constitución o denegación del acogimiento familiar (art. 167.2 CDFa, art. 89 Decreto 190/2008 y art. 33.4 Decreto 188/2005).

b') *Constitución del acogimiento residencial.* La normativa aragonesa carece de una regulación pormenorizada en materia de formalización del acogimiento residencial, más allá de la previsión contenida en el art. 65.1 Decreto 190/2008 que atribuye la competencia para acordarlo a la Dirección provin-

cial correspondiente del IASS. De ello resulta, por consiguiente, que el acogimiento residencial ha de constituirse necesariamente por vía administrativa.

De igual modo, corresponde a la Entidad pública mencionada la determinación del concreto centro de protección donde va a ser ingresado el menor en atención a sus necesidades (art. 67 Decreto 190/2008). Ello salvo que se trate de un centro de protección específico de menores con problemas de conducta, en cuyo caso se requiere autorización judicial a solicitud de la Entidad pública o del Ministerio Fiscal (art. 778 bis.1 Lec y arts. 26.1 y 3.1 LOPJM).

c) *Cese. a') Cese del acogimiento familiar.* También el régimen aragonés en materia de cese del acogimiento familiar en sus modalidades simple y permanente se mantiene en su versión originaria, presentando así importantes divergencias respecto del régimen estatal tras la reforma de 2015. Interesa recordar a este respecto que el art. 173 Cc en su redacción dada por la Ley 26/2015 ha incorporado la distinción, de una parte, entre la *remoción de la guarda* por la Administración en caso de problemas graves de convivencia entre el menor y los acogedores; y, de otra, el *cese del acogimiento*, que, por lo demás, mantiene en sus dos modalidades, *administrativo* (circunscrito al supuesto de que la Entidad Pública “lo considere necesario para salvaguardar los intereses del mismo”) y *judicial*. Por añadidura, se contemplan dos causas de *cese automático* como son la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores y la mayoría de edad del menor acogido. Se prescinde, sin embargo, de la renuncia al acogimiento por parte de los acogedores que contemplaba el antiguo art. 173 Cc, para, en su lugar, reconocerles mera legitimación para solicitar su cese a la Administración (LÓPEZ AZCONA).

Clarificado este extremo, interesa ahora examinar por separado las diferentes causas de cese del acogimiento familiar, tal y como se siguen articulando en la normativa aragonesa actualmente vigente (art. 169 CDFA y art. 95 Decreto 190/2008).

1ª. El *cese administrativo* se reserva al acogimiento constituido en virtud de resolución administrativa. En particular, tiene lugar bien cuando la Entidad pública tutora o guardadora lo considere necesario para salvaguardar el interés de la persona protegida; bien a solicitud de los titulares de la autoridad familiar o del tutor ordinario, siempre que haya cesado la situación de desprotección que ha motivado la intervención de la Administración. Requiere una resolución de la Dirección provincial del IASS.

2ª. El *cese automático*, igualmente circunscrito al acogimiento formalizado administrativamente, tiene lugar ya sea por renuncia al acogimiento por parte de los acogedores, ya sea por el transcurso del plazo de duración fijado para el acogimiento temporal.

3ª. El *cese judicial* constituye la única vía de extinción del acogimiento constituido judicialmente, según resulta del art. 169.2 CDFA y el art. 95.2 Decreto 190/2008. No obstante, entiendo que también puede alcanzar al acogimiento formalizado administrativamente en caso de que la Entidad pública haya denegado su cese.

Por su parte, el acogimiento preadoptivo, en cuanto se configura por el Decreto 188/2005 como una fase del procedimiento administrativo de adopción, habrá que entender que cesará automáticamente cuando recaiga la resolución judicial firme de adopción del menor.

b') *Cese del acogimiento residencial*. El cese del acogimiento residencial carece de regulación específica tanto en la legislación aragonesa como en la estatal, más allá de las previsiones contenidas en el art. 26.5 LOPJM y art. 778 bis.7.2 Lec sobre el necesario cese por decisión judicial del acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta.

### 13. Vigilancia del Ministerio Fiscal

La tutela automática, la guarda administrativa y el acogimiento están sometidos al control último del Ministerio Fiscal, según prevé el art. 164.1 CDFA.

Esta función de vigilancia del Ministerio Fiscal se extiende a toda actuación de la Administración en materia de protección de menores y personas con capacidad modificada judicialmente. A tal efecto, el art. 164.2 CDFA impone a la Entidad pública las obligaciones de darle noticia inmediata de los nuevos ingresos en centros de los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente, de remitirle copia de las diversas resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, modificación o cese de las tutelas y guardas administrativas y acogimientos, y de comunicarle cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente.

Por su parte, el Ministerio Fiscal tiene las obligaciones de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor o la persona con capacidad modificada judicialmente bajo tutela o guarda administrativa y de promover ante el Juez las medidas de protección que estime convenientes (art. 164.3, en relación con el art. 10 CDFA). En cualquier caso, según precisa el art. 164.4 CDFA, la vigilancia del Ministerio Fiscal no exonera a la Administración de su responsabilidad por los daños que ocasione al menor o persona con capacidad modificada judicialmente en ejercicio de su función de guarda.

**BIBLIOGRAFÍA:** BONET NAVARRO, Á. (2018); "La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés", en AA.VV., *Actas de los XXVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 127 a 156; CALATAYUD SIERRA, A. (2018): "La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés",

en AA.VV., *Actas de los XXVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 157 a 168; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018): *Derecho Internacional privado*, vol. II, 18ª ed., ed. Comares, Granada; CONSEJO FISCAL (2018): *Informe al Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*; GARCÍA CANTERO, G. (1988): "Comentario a los arts. 15 a 18 Compilación", en AA.VV., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, ed. DGA, Zaragoza, pp. 496 a 558; y SORIANO IBÁÑEZ, B. y MURILLO JASO, L. (2004): "El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas", en AA.VV., *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 239 a 250, 451 a 470 y 471 a 484, respectivamente; GETE ALONSO Y CALERA (1993): "Comentario al art. 286 Cc.", en AA.VV., ed. Ministerio de Justicia, Madrid, t. I, pp. 836-837; LETE DEL RÍO, M. (1993): "Comentario a los arts. 242 y 277 Cc.", en *idem*, pp. 738 a 740 y 817 a 820; LACRUZ BERDEJO, J.L. (1996): "Informe sobre la tutela", en Comisión Compiladora del Derecho foral aragonés, *Informes del Seminario (1954-1958)*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, vol. I, pp. 245 a 350; LACRUZ MANTECÓN, M. (2015): "Comentarios a los arts. 148 a 169 CDEA", en AA.VV., *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, pp. 294 a 326; LLORENTE SANSEGUNDO, I. (2010): "La autotutela y los mandatos de protección en el Derecho aragonés", en *Revista de Derecho privado*, núm. 1, pp. 27 a 72; LÓPEZ AZCONA, A. (2013): "La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí", en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, pp. 1045 a 1107; (2015): "El respeto a las voluntades anticipadas en Derecho civil aragonés", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, pp. 313 a 330; (2016): "Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, pp. 1 a 89; (2018): "El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta: Un instrumento de protección de los menores con incidencia en los derechos fundamentales", en *Derecho privado y Constitución*, núm. 32, pp. 133 a 186; (2019): "El nuevo sistema aragonés de protección de menores a la luz de la modificación de la Ley 12/2001 de protección de la infancia y la adolescencia: Retos jurídicos", en AA.VV., *Actas de los XXVIII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 7 a 51; y MARTÍN OSANTE, L.C. y SANCHO CASAJÚS, C. (2008): "Menores e incapacitados en situación de desamparo", en AA.VV., *Actas de los XVII Encuentros del Foro*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 185 a 219, 107 a 184 y 220 a 270, respectivamente; MAYOR DEL HOYO, M.V. (1999), *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores*, ed. Comares, Granada; (2013): "Análisis de los problemas jurídicos de aplicación del desamparo de menores en Aragón y propuestas hermenéuticas y de *lege ferenda*", en RDCA, XIX, pp. 9 a 42; et al.; y (2017): *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra); MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2018): "Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, pp. 43 a 72; PARRA LUCÁN, M.A. (2006): "Voluntades anticipadas (autonomía personal: Voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)", en AA.VV., *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 77 a 116; (2012), en AA.VV., *Manual de Derecho civil aragonés*, 4ª ed., ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 208 a 224 y 249 a 257; GARCÍA CANO, T. (2006): "Autotutela y poderes preventivos", en AA.VV., *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 117 a 130; ROIG SALAS et al. (2016): *Sobre la reforma de la legislación civil en*

*materia de protección de personas con discapacidad*, Asociación española de Neuropsiquiatría; SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2019): “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses”, en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 271 a 290; SERRANO GARCÍA, J.A. (2004): *Memoria del texto articulado del Proyecto de Ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la persona. T. III: De las relaciones tutelares* (inédita); y (2015): “Comentario al art. 65 CDFA”, en AA.VV, *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, pp. 175 a 178; y VARGAS CABRERA, B. (1997): “El Ministerio Fiscal y el interés del menor”, en AA.VV., *Desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la ley orgánica de protección jurídica del menor : Jornadas de Derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi*, ed. Universidad de La Coruña, La Coruña, pp. 11 a 21.



## §6. JUNTA DE PARIENTES

Miguel L. LACRUZ MANTECÓN  
*Profesor Titular de Derecho civil*

### 1. Antecedentes

**A. Orígenes históricos.** Como señala SAPENA TOMÁS, el origen de la *Junta de parientes* es de carácter consuetudinario y antiguo, ligado a la “casa” altoaragonesa. Cabe con todo rastrear aplicaciones de la misma en tres Fueros, el Fuero I *De contractibus coniugum* y el Fuero 1 *De secundis nuptiis*, ambos de la Compilación de Huesca (1247), y el Fuero único *De liberationibus et absolutio-nibus*, de las Cortes de Zaragoza de 1348. Sin embargo, la regla escrita juega escaso papel en el surgimiento de esta institución, que nace al amparo de la costumbre, dice SAPENA, «pero sin llegar nunca a ser impuesta por ella. Se trata de una figura de carácter, a la vez, paccionado y consuetudinario. Que precisa del uso que justifique y ampare el pacto y del pacto que la establezca: siempre de la conjunción de ambos».

En los citados Fueros, aunque sin utilizar el término de Junta, se produce la intervención de parientes, como ha estudiado BERNAD MAINAR. Así, en *De contractibus coniugum* hace falta la aprobación de los dos parientes más próximos para la remisión de la dote; lo mismo en *De secundis nuptiis*, por remisión al Fuero *De iure dotium*; y finalmente en *De liberationibus et absolutio-nibus* se permite a los mayores de catorce años y menores de veinte disponer a favor de sus tutores con el consejo de dos parientes próximos.

**B. El Congreso de 1880 y el Apéndice de 1925.** El primer intento de normativizar la Junta tiene lugar en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de Zaragoza, en 1880. En concreto la Junta aparece mezclada con el *Consejo de familia* de la tutela del Derecho castellano, *Consejo* que Joaquín Costa quiso alear con lo que denominó *Consejo doméstico de la costumbre altoaragonesa*. En esta línea aparece una regulación mixta en el *Proyecto de Código civil de Aragón de 1899* (Proyecto Ripollés), pero luego desaparece en el *Apéndice al Código civil, de 1925*, aunque sigue siendo posible pactar la intervención de la Junta por la remisión del art. 60 a los usos locales para gestionar las instituciones consuetudinarias familiares, y la referencia del 58 a los dos más cercanos parientes del marido y de la mujer para suplir a los ascendientes fallecidos en la novación de capítulos matrimoniales.

**C. La Compilación de 1967.** Optó por recoger la institución con una voluntad expansiva, diferenciando perfectamente el Consejo de familia, como órgano fiscalizador de la tutela, de la Junta de parientes, como tribunal familiar y órgano de fiducia vigente en todo Aragón, por lo que vale su constitución aunque no existiese costumbre en el lugar. Se regulaba en el

Libro I, Tít. III, De las relaciones parentales y tutelares, Cap. III, De la Junta de parientes, arts. 20 a 22 (el 19 iba dedicado al Consejo de familia). La Ley de Cortes de 21 de mayo 1985 integra en el ordenamiento aragonés a la Compilación y reforma los arts. 20 y 21 para su adaptación a los principios constitucionales. Incide en la institución la Ley de Sucesiones de 1999.

## 2. Regulación actual

**A. El Código de Derecho foral.** La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, contiene la regulación sobre la Junta de parientes (Tít. IV, arts. 156 a 168) ya plenamente desarrollada y que se integrará en el Texto refundido del Código de Derecho foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, constituyendo el Título IV, último del Libro I, arts. 170 a 182. Pero además el Código prevé la intervención de la Junta en diversos supuestos, en una utilización expansiva de la misma como alternativa a la intervención judicial, como veremos más adelante. En cuanto a sus supuestos, desde la reforma de la Ley de Sucesiones de 1999 la *fiducia sucesoria colectiva* no se considera como caso de intervención de la Junta, pues ésta puede encomendarse a extraños. Pero atendiendo a la tradición, el legislador ha dispuesto en el art. 171.2 CDFA y en el 459 CDFA que las normas sobre Junta de parientes son supletorias en las fiducias hechas a favor de parientes, en defecto o para completar las instrucciones del comitente.

**B. Llamamiento a la Junta.** Con el término “llamamiento” se hace referencia a los supuestos de intervención de la Junta, al *cuándo* es necesaria su actuación. Advierte SERRANO GARCÍA que no es posible la intervención en los asuntos sujetos a normas imperativas, como en todo lo relativo a la capacidad de las personas, que es una cuestión de orden público; dejando aparte este ámbito prohibido, la Junta actuará en los asuntos en que así lo determine la ley, la costumbre, o el acto o acuerdo de los interesados, diferenciando así el art. 170 CDFA el llamamiento legal del voluntario o pactado: *1. Si a virtud de disposiciones legales, de la costumbre o de acto jurídico, fueren llamados ciertos parientes para intervenir en determinados asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas, actuarán aquellos reunidos en Junta. 2. Cuando el llamamiento sea consecuencia de acuerdo de los interesados, este deberá constar en documento público.* Apunta SERRANO GARCÍA que el documento puede ser la escritura pública, el pacto de relaciones familiares o convenio regulador debidamente aprobado, o el acuerdo de conciliación homologado judicialmente.

No puede actuar en cuestiones de capacidad de las personas, como señala el Auto APZ 27/12/2011: No puede pedirse Junta para nombrar guardador de hecho e instar la incapacitación de un familiar, porque “...ninguna norma prevé la constitución de la Junta de Parientes para evaluar la situación de incapacidad de un familiar, su guarda y

auxilio económico; que, por el contrario, todo lo relativo a la capacidad de las personas es de orden público, ajeno por tanto al poder de disposición de los particulares”.

**C. Aplicabilidad de la regulación.** Las reglas del CDFa sobre la Junta, nos advierte PARRA LUCÁN, son supletorias respecto de las establecidas por el o los particulares que hayan efectuado el llamamiento a la intervención de la Junta, como señala el art. 171.1 CDFa al decir que *La Junta de Parientes se regirá por las disposiciones del llamamiento y, en su defecto o para completarlas, por las reglas contenidas en el presente Título.* También se aplican cuando se efectúe un llamamiento a personas que no sean parientes para intervenir en asuntos familiares o sucesorios, como señala el art. 182 CDFa: *Cuando por acto jurídico fueran llamadas personas determinadas o determinables, aunque no sean parientes, para intervenir en asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas, serán aplicables en lo pertinente las normas de este Título.* Ya se ha visto que conforme al art. 171.2 la regulación es supletoria en la *fiducia colectiva* a favor de parientes.

Como nos indica SERRANO GARCÍA, fue una novedad hoy recogida en el 171.3 CDFa la aplicabilidad a los miembros de la Junta de parientes de *las normas relativas a los cargos tutelares, especialmente en materia de causas de inhabilidad, excusa, remoción y responsabilidad.* Esto refuerza el carácter de oficio privado del cargo de miembro de la Junta, así como afirma el desempeño de su labor como un deber, y que ésta sea siempre en beneficio de la persona protegida o de la familia. Sin embargo, y a diferencia de los cargos tutelares, la Junta no tiene en general la permanencia de éstos, sino que se llama y constituye para actuaciones puntuales, siendo su actuación efímera. Sin perjuicio de que pueda constituirse con un carácter más duradero, como órgano permanente, nos dice el art. 175.1 CDFa, si es necesario que intervenga mediante una serie de actuaciones.

### 3. Composición y formación de la Junta

**A. Composición de la Junta.** Ante todo, si el llamamiento a la Junta es voluntario, para la determinación de las personas que han de ser miembros habrá que estar a lo determinado en el acto jurídico en el que se reclame su intervención, como advierte el art. 172.1 CDFa (*Cuando la composición de la Junta no estuviere determinada...*). Si no se decide nada en el acto jurídico y la consiguiente constitución notarial de la Junta, o si la intervención de la misma se decide ante el Juez y ha de ser éste quien determine la composición, señala el mismo 172 que la formarán los dos más próximos parientes, añadiendo que han de ser *capaces, mayores de edad y no incurso en causa de inidoneidad, uno por cada línea o grupo familiar. En igualdad de grado, será preferido el de más edad, salvo entre ascendientes, en cuyo caso se preferirá al de menos.* 2. *La Junta llamada a intervenir en asuntos de dos personas se formará con*

*un pariente de cada una de ellas.* La STSJA 13/2/2006 amplía el criterio de proximidad de parentesco con la idea del “contacto” con la familia, entendido como conocimiento de la realidad familiar por parte del pariente más cercano, aunque residiese en el extranjero.

Se añade en el art. 173 CDFA una serie de causas de inidoneidad para ser miembro de la Junta, a saber: *a) Los parientes que hayan sido expresamente excluidos de ella en documento público o testamento. b) Los que tengan un interés personal directo en la decisión a tomar por ella. c) Los que tengan enemistad manifiesta con la persona interesada. d) Los que estén excluidos, privados o suspendidos de la autoridad familiar, así como los excluidos o removidos del cargo tutelar, sobre el menor o incapacitado de cuya Junta se trate.* En definitiva, supuestos de prevalencia de la voluntad del ordenante, evitación de la parcialidad o ineptitud para el puesto. Además hay que añadir, conforme al ya citado 171.3, la aplicabilidad a los miembros de la Junta de parientes de las causas de inhabilidad, excusa, remoción y responsabilidad de los cargos tutelares de los arts. 125 y 126 CDFA. Y conforme al 182, la aplicación de estas causas (*mutatis mutandis*) también a los no parientes.

**B. Clases de Junta y su formación.** El CDFA recoge dos modos de constitución y actuación de la Junta que determinan dos clases: la constitución bajo fe notarial, que es la habitual, y la que se constituye judicialmente.

*a) Constitución y funcionamiento bajo fe notarial.* Posibilidad regulada en el art. 174 CDFA muy brevemente: *Sin necesidad de ninguna formalidad previa, podrá reunirse y acordar válidamente la Junta de Parientes cada vez que, hallándose juntos sus miembros, decidan por unanimidad bajo fe notarial para asunto o asuntos determinados.* Por tanto, se trata de una reunión informal en su convocatoria y desarrollo en la que únicamente se exige la presencia física de los parientes designados en el llamamiento o por el art. 172, la deliberación y la toma de una decisión seria y por unanimidad (tanto si sólo son dos miembros como si hay más junteros), así como que dicha decisión se comunique a un notario (*decidan... bajo fe notarial*), que trasladará inmediatamente a un acta dichas manifestaciones. El notario deberá también comprobar la legalidad de la composición de la Junta (conviene por tanto aportar las certificaciones del Registro civil que acrediten la proximidad del parentesco) así como advertir de las causas de inidoneidad a los junteros (para lo cual deberá atenerse a las manifestaciones que le hagan, salvo que le conste otra cosa). El notario deberá asimismo conocer de las excusas para el desempeño del cargo que se le presenten, sustituyendo si es necesario al que se excusa por otro pariente. Si alguno de los parientes resulta, pese a lo declarado ante el notario, inidóneo, el acuerdo de la Junta será impugnabile conforme a lo previsto en el art. 179.2. Si por inasistencia, inidoneidad o excusa no es posible la celebración de la Junta notarial, será

precisa su constitución judicial, según el art. 175.1 (...*cuando no se quiera o pueda constituir bajo fe notarial*).

Constitución notarial: la STSJA de 13 de junio de 1995 (RDCA-1996-V, nº 1, marginal 3. Ponente: M. Serrano Bonafonte), confirmó la decisión de la Audiencia en cuanto a la composición de la Junta, pues si bien hay obligación de seguir las instrucciones del ordenante de la fiducia, conforme al principio del *Standum est chartae*, dicho principio debe complementarse con la costumbre y las disposiciones del Derecho aragonés. La Sentencia JPI Huesca núm. 1, de 3 marzo de 2000 (RDCA-2001-2002-VII-VIII, marginal 60. Ponente: R. Lasala Albasini) trata del peculiar supuesto de la composición de una Junta de parientes acordada en capítulos llamando a intervenir al cura párroco como fiduciario, composición válida y eficaz por el principio *Standum est chartae*, y hoy admitida por el 182 C DFA.

b) *Constitución y funcionamiento judicial de la Junta*. Tiene ésta lugar, conforme al art. 175.1 C DFA, en dos casos, primero *Cuando en documento público se haya configurado como órgano permanente*, es decir, si en el acto voluntario de llamamiento a la Junta se constituye con tal carácter porque tiene que tomar decisiones continuadas a lo largo del tiempo, lo que suele ocurrir, señala SERRANO GARCÍA, cuando se establece como órgano de control del tutor. El AAPZ 9/7/2007, permite la constitución judicial de la Junta con carácter permanente y decide su composición con parientes jóvenes, dada la ancianidad de los mayores. En segundo lugar, si no se logra la constitución notarial o se deniega ésta por el notario. En estos casos, *el Juez del domicilio de la persona o familia de cuya Junta se trate ordenará, a instancia de parte interesada, su constitución en expediente de jurisdicción voluntaria*. En cuanto al procedimiento, propone PARRA LUCÁN que se aplique por analogía el que se sigue para la designación de tutor. La composición de esta Junta, si no estuviese ya determinada, será decidida por el Juez, señala el 175.2, que la formará *teniendo en cuenta los criterios del artículo 172, pero podrá, motivadamente, apartarse de ellos. De la misma forma, el Juez podrá cubrir las vacantes que se produzcan por fallecimiento, renuncia, pérdida de idoneidad o incumplimiento de los deberes propios, previa remoción del cargo en los dos últimos supuestos*, es decir que el Juez también decide las inidoneidades y las excusas. Una vez constituida judicialmente, la Junta funcionará sin formalidades, “en la forma que los vocales decidan”, nos dice el 175.3, tomando sus acuerdos igualmente por unanimidad. De los acuerdos se levantará acta, que firmarán todos, pudiendo otorgarse en documento privado o acta notarial (puesto que la Junta tiene libertad de funcionamiento).

#### 4. El procedimiento de toma de acuerdos

A. *En la Junta constituida bajo fe notarial*. La constitución de sus miembros en Junta y su reunión como órgano decisor coinciden en el mismo acto. La convocatoria a la misma es informal, como resulta del art. 174 C DFA

(que dice: *Sin necesidad de ninguna formalidad previa, podrá reunirse y acordar válidamente la Junta...*), si bien hay que suponer que los interesados en su celebración convocarán por cualquier medio a los parientes a dicha reunión. Apunta AGUSTÍN BONAGA que en la junta notarial no existe una resolución o decisión previa a la propia constitución de la junta, sino que la misma se constituye reunidos sus miembros y decidiendo por unanimidad bajo fe notarial para asunto o asuntos determinados, conforme al 174 CDFa.

Añade el autor “En conclusión, coinciden en el tiempo y en el mismo documento la constitución de la junta y su decisión... Corresponde ...al notario autorizante de la escritura la decisión simultánea sobre la selección de los parientes, la cual realizará bajo su responsabilidad en virtud de los datos de que disponga y de la aplicación «automática» de las normas sobre composición de la junta. También le corresponde el control sobre el correcto funcionamiento del órgano. Y todo ello en unidad documental”.

**B. En la Junta constituida judicialmente.** Si se procede a aplicar por analogía lo previsto en la Ley 15/2015 de la Jurisdicción voluntaria para el nombramiento de tutor en su art. 45, se iniciará el expediente mediante solicitud del interesado acompañada de los documentos acreditativos de la legitimación para promover el expediente e indicando los parientes más próximos y sus domicilios. Convocados a la oportuna comparecencia, se oírán al promotor y a los parientes más próximos propuestos, eventualmente al Ministerio Fiscal (si hay menores o incapaces implicados), y a cuantas personas se considere oportuno. Una vez constituida la Junta, habrá de actuar por sí sola, ya sin la tutela del Juez.

**C. La reunión y la toma de acuerdos.** Ya se haya constituido notarial, ya judicialmente, los parientes junteros han de reunirse físicamente y tomar la decisión sobre el asunto que se les ha encargado. La asistencia a la reunión es obligatoria y debe hacerse personalmente, nos dice el art. 176 CDFa, que añade *Quien falte a la reunión sin causa justificada responderá de los daños y perjuicios. 2. Los gastos legítimos ocasionados por la reunión de la Junta serán de cuenta de aquellos que la motivan.* El acuerdo se tiene que tomar por unanimidad (arts. 174 y 175) y previa *deliberación conjunta, conforme al leal saber y entender de los vocales, y con libertad de procedimiento*, dice el art. 177. Estas referencias quieren excluir las decisiones arbitrarias, irreflexivas o caprichosas, es decir, exigen seriedad en la toma de decisiones a los parientes junteros, para que adopten las más equitativas, que sean beneficiosas para la familia y adecuadas a las circunstancias del caso. La *deliberación conjunta* implica que todos los parientes junteros se reúnen y participan activamente, no bastando un mero acceder a todo lo que dice el otro y siendo necesaria la participación activa en la búsqueda de la decisión más adecuada. La libertad de procedimiento no significa, nos dice SERRANO GARCÍA, una total ausencia de formas y trámites, como puedan ser la audiencia de expertos o la lectura de informes jurídicos y económicos. Añade SAMANES la necesidad de unas

formas mínimas, como son el oír a los interesados, permitirles demostrar la veracidad de lo que afirmen, y oír a otros familiares que puedan aconsejarles o aclarar algún punto. Si es el caso del art 9.1 de la Ley del Menor, habrán de oír al propio menor.

## 5. Validez y eficacia de los acuerdos de Junta

*A. Eficacia del acuerdo.* La regulación actual establece claramente la eficacia de estos acuerdos en el art. 178, que empieza diciendo *1. Las decisiones de la Junta de Parientes se presumen válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez.* Esta presunción de validez y eficacia impone a quien pretenda negarlas la carga de su impugnación ante los Tribunales. Otra eficacia relevante está en que una vez elegida la vía de la Junta, quedan excluidos otros medios alternativos de resolución del caso (pedir una decisión judicial, nombrar un defensor), por lo dicho en el 178.2: *La decisión de la Junta, aunque sea negativa, impedirá someter el mismo asunto a otro órgano de decisión, incluso si este hubiera podido intervenir en él de forma alternativa o subsidiaria.* Este efecto no se contradice por lo señalado al final por el mismo 178.4: *Lo decidido podrá ser sometido nuevamente a la Junta o al Juez cuando con posterioridad ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión,* pues el descubrimiento de nuevos hechos o documentos no está autorizando la revisión de lo ya decidido en Junta, sino configurando un nuevo asunto o caso, respecto del cual se abren todas las vías posibles.

La exacta eficacia del acuerdo de la Junta es la del contrato, como señala el 178.3: *La decisión de la Junta de Parientes que resuelva una controversia sometida a su juicio por acuerdo de las partes tendrá, si no han pactado otra cosa, la fuerza de obligar de un contrato.* Por tanto, como señala SERRANO GARCÍA, la eficacia de la decisión descansa en el *Standum est chartae*, carece de fuerza ejecutiva y no produce el efecto de la cosa juzgada; si no se cumple voluntariamente habrá que acudir al Juez para obtener un cumplimiento forzoso, igual que un contrato incumplido. Esta atribución de fuerza contractual a la decisión es coherente, nos dice PARRA LUCÁN, con la naturaleza procesal de la materia y con la competencia foral, pues la ley aragonesa no puede crear órganos judiciales ni por tanto atribuir a la decisión de la Junta el valor de una sentencia. ARGUDO estima que el no ajustarse a las prescripciones de la Ley de Arbitraje no le priva a la Junta de la condición de “órgano arbitral, heterocompositivo, en la resolución de controversias familiares y sucesorias en el ámbito jurídico privado aragonés”, aunque se trata de un arbitraje impropio, el acuerdo no es un laudo y carece de su ejecutoriedad. Opina también PARRA LUCÁN que si la Junta no cumple las condiciones de la Ley de Arbitraje de 2003 (lo que es casi imposible pues el art. 17 exige a los árbitros independencia, imparcialidad y falta de relación con el asunto), tampoco puede tener el valor de cosa juzgada del laudo arbitral.

La SAPH de 23 de febrero de 2011 (RDCA-2013-XIX, marginal 59. Ponente: Antonio Angós Ullate) ya vigente el CDFA, interpreta dicho cuerpo legal entendiendo que conforme al art. 178.1 las decisiones de la Junta de Parientes se presumen válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez.

**B. Invalidez del acuerdo de la Junta.** Para regular la posible invalidez de lo decidido, el art. 179 CDFA señala: *1. A los vicios materiales en las decisiones de la Junta se aplicará la regulación de los contratos en el Código civil. Se remite por tanto a las categorías generales de la nulidad, anulabilidad e ineficacia propias de los contratos. Añade el nº 2: Los defectos formales en la constitución o funcionamiento de aquella, que no sean de mero trámite, acarrearán la nulidad absoluta de sus acuerdos.*

La remisión a la regulación de los contratos para los vicios materiales da lugar a la traslación a esta institución de las categorías clásicas de la nulidad y anulabilidad contractuales. La sanción de nulidad sería aplicable a los defectos en los elementos esenciales de la decisión de la Junta (falta absoluta de consentimiento, ilicitud o inmoralidad del objeto, ausencia, ilicitud o inmoralidad de la causa), y la de anulabilidad a la intervención de vicios del consentimiento en los parientes junteros (error, violencia, intimidación y dolo), incapacidad de alguno de ellos o falsedad de la causa. Opina PARRA LUCÁN que podría considerarse también vicio material la adopción de una decisión sobre asunto sujeto a norma imperativa, en cuyo caso procedería la nulidad absoluta, o sobre asunto no sometido a la Junta por los interesados (extralimitación).

La sanción de nulidad absoluta para los defectos formales debe matizarse conforme al mismo art. 179.2 refiriéndola a los defectos graves, de importancia. Si los defectos formales son de “mero trámite”, no dan lugar a la nulidad, ni siquiera a la anulabilidad, sólo a su subsanación. Los defectos formales derivarían de la inidoneidad de los parientes junteros, de la inobservancia de las formas mínimas, defectos en la composición, falta de deliberación, inasistencia y suplantación por otro pariente, etc.

Un problema particular lo plantea la impugnación por injusticia de la decisión. Si se trata de extralimitaciones o inobservancia de los límites de la decisión, prescritos por la ley o la voluntad de quien ha llamado a la Junta, está clara la sanción de nulidad, por falta de objeto (o causa). El problema vendrá de la adopción de soluciones injustas por ser inadecuadas a la solución del problema, en las que la corrección formal y el no sobrepasar el arbitrio de que goza la Junta puede hacer difícil atacarlas; quizá sólo alegando dolo sea posible impugnarlas en tal caso.

La SAPH de 25/1/2001 anula lo decidido en Junta notarial por error de las fiduciarias y discordancia entre su voluntad interna y la declarada (“la voluntad de las fiduciarias estaba viciada por el error consistente en creer que ...estaban obligadas a nombrar heredero al hermano mayor y además... no exteriorizaron ante el notario su auténtica



voluntad, incurriendo en radical divergencia entre su voluntad interna y la que declararon”).

**C. Falta de acuerdo de Junta.** Si el problema no es la validez del acuerdo, sino la ausencia del mismo por inactividad o falta de composición entre los vocales, se permite opcionalmente recurrir a otros medios de solución del problema, como señala el 181 CDFA: *En los casos de competencia preferente o alternativa de la Junta de Parientes, si solicitada su intervención transcurre un mes sin haber obtenido acuerdo, se podrá optar por acudir a la decisión judicial o, en su caso, al nombramiento de un defensor judicial.* AGUSTÍN BONAGA dirá que el precepto resuelve dos problemas distintos “...cuyos efectos para la persona protegida pueden equipararse: el de la inactividad de la Junta y el del bloqueo en su funcionamiento por falta de acuerdo entre sus miembros. La consecuencia jurídica no es la privación a la Junta de la posibilidad de seguir decidiendo válidamente pasado el mes, sino el otorgamiento a los interesados de una vía alternativa de carácter opcional”.

**D. Cauce procesal.** Lo señala directamente el art. 180: *Los procesos para la declaración de invalidez de acuerdos de la Junta se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado a los demandados y, cuando proceda, al Ministerio Fiscal, para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo previsto en el artículo 405 de la Ley de enjuiciamiento civil.* Dirá ARBUÉS que la remisión a los trámites del juicio verbal responde a lo previsto en el artículo 753 LEC para las cuestiones sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, pues en este ámbito de protección suele moverse la Junta.

## 6. Supuestos legales de intervención de la Junta

**A. Amplitud de su intervención.** El Preámbulo del CDFA valora la importancia de la institución, cuando nos dice que la Junta de Parientes tuvo, desde su regulación en la Compilación de 1967, una excelente aceptación social, “... pues se acude a ella en la inmensa mayor parte de los supuestos en los que los particulares pueden suscitar su intervención, evitando otras alternativas, en particular la judicial”. Por esta aceptación, las leyes civiles promulgadas desde entonces, las de 1999, 2003 y la LDp de 2006, han ido añadiendo nuevos casos susceptibles de resolverse mediante la Junta de Parientes, y esto ha dado lugar a la multiplicación de supuestos que aparecen hoy en el CDFA. El resultado ha sido la multiplicación de supuestos legales de intervención de la Junta, especialmente en los ámbitos de protección de menores e incapaces, donde se la llama para vigilar la gestión de los intereses de menores de edad. Su labor consiste en la intervención para la autorización de actos del menor, la asistencia para la administración de bienes del menor mayor de 14, o del Patrimonio del discapacitado; también para el control de las situaciones de guarda de hecho. Otro campo de actuación sería el auxilio en

el ejercicio de la autoridad familiar, y más amplia intervención la tiene en la tutela: Para la delación voluntaria de tutor, en la administración de bienes, prestación de fianza y formación de inventario o contribución del tutor a las cargas. Se le puede llamar también para agilizar la gestión de régimen económico matrimonial: Disposición del patrimonio común, liquidación y división del patrimonio consorcial... Finalmente, incide también la Junta en el ámbito de la sucesión, para la aceptación y repudiación de la herencia si hay menores o incapaces, o para la partición de la herencia, o en la fiducia sucesoria para vigilar la disposición de bienes. Veamos estos supuestos.

**B. Gestión de los intereses de menores de edad por sus representantes.**

a) *En caso de oposición de intereses.* Recoge el art. 13 el supuesto de que se produzca entre el menor y quienes le representen un conflicto de oposición de intereses en algún asunto, caso en que si es por parte de uno solo de los padres o tutores, le representa el otro, pero *Si es por parte del único padre titular de la autoridad familiar o del tutor único, la actuación de este requiere autorización de la Junta de Parientes o del Juez, sin que sea necesaria además la autorización o aprobación que en su caso exija el acto. También podrá ser representado por un defensor judicial.* Y en el caso de que el conflicto venga por parte de ambos padres o tutores, *la representación corresponde a la Junta de Parientes o a un defensor judicial. Cuando intervenga la Junta de Parientes en representación del menor en actos que requieran autorización o aprobación, esta será necesariamente judicial...*

El A. del Presidente TSJA de 25 de abril 2002 (RDCA 2001-2002 VII-VIII, marginal 7. Ponente: B. Blasco Segura) concreta la intervención de la Junta para solucionar el conflicto de intereses entre el progenitor y el hijo al que representa, aquí el conflicto de intereses entre la hija menor de 14 años y su madre, sin que sea necesario acudir al Derecho supletorio y nombrar un defensor judicial del Código: "El Derecho aragonés es autosuficiente y la laguna existente puede llenarse con una interpretación integradora de las normas... a la menor la representa su madre y la intervención de la Junta de Parientes autorizando la constitución de la hipoteca (art. 13.2 Comp.) salva la contraposición de intereses".

b) *Para rechazar o recibir atribuciones gratuitas.* Según el art. 14 CDFA, el representante legal del menor necesita *autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para rechazar cualquier atribución gratuita en favor de este. Denegada la autorización se entenderá automáticamente aceptada la atribución. 2. También precisa autorización previa para aceptar donaciones modales u onerosas. En caso de denegación, se entenderá rechazada la donación.*

c) *Para autorizar actos de disposición sobre bienes del menor.* Exige el art. 15 CDFA que el representante del menor obtenga autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para una serie de operaciones económicas de importancia, a saber: a) *Realizar actos de disposición sobre inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas, valores mobiliarios, bienes muebles de valor extraordinario u objetos de arte o preciosos. Se exceptúa la enajenación de acciones o derechos de suscripción preferente por un precio que sea al menos el*

de cotización en bolsa. b) Realizar actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades usuales. c) Renunciar a derechos de crédito. d) Dar y tomar dinero a préstamo o crédito, avalar, afianzar o garantizar con derecho real obligaciones ajenas. e) Dar en arrendamiento inmuebles, empresas o explotaciones económicas, por plazo superior a seis años.... f) Adquirir la condición de socio en sociedades que no limiten la responsabilidad ... g) Transigir o allanarse... En particular, para el caso de la división de patrimonio o cosa común se concreta en el art. 17, que precisa que la división de un patrimonio o cosa común ...no necesita autorización previa, pero debe ser aprobada por la Junta de Parientes o el Juez, en los casos que el mismo artículo expone a continuación en que haya sido practicada en representación del menor: a) Por el tutor, salvo si ha actuado con autorización de la Junta de Parientes o del Juez. b) Por la Junta de Parientes o un defensor judicial. Cuando intervenga la Junta de Parientes, la aprobación será necesariamente judicial. c) Por el único padre titular de la autoridad familiar con el que exista oposición de intereses si no se ha obtenido autorización previa.

Se exceptúa de esta autorización la actuación del administrador designado especialmente por el donante o causante con exclusión de la necesidad de autorización de Juez o Junta, conforme al art. 107 CDFA como se ve en la SAPZ (secc. 4º) 460/2017, de 31 de octubre de 2017 (RDCA-XXIV-2018, marginal 52, ponente J. I. Medrano Sánchez), citada por SERRANO GARCÍA. La madre, no administradora de los bienes heredados por su hijo, demanda la nulidad de un acto de disposición llevado a cabo por los administradores del hijo (sus abuelos y tía paternos) nombrados en testamento por el padre con facultades para administrar y disponer de los bienes dejados al hijo, sin necesidad de intervención de la Junta ni del Juez, alegando que hay conflicto de intereses. En ambas instancias se desestiman sus pretensiones. FD 8º: “En el régimen de administración de bienes de menores en Aragón es preferente la voluntad del disponente.

**C. Asistencia para la administración de bienes del menor mayor de 14.** Se ocupa del caso el art. 26, que declara que los actos de administración de bienes del menor mayor de 14 años pueden ser realizados por el representante del menor pero también por el menor con la debida asistencia. Ahora bien, para la prestación de la asistencia, cuando exista oposición de intereses entre el menor y quienes hayan de prestarle la misma, en algún asunto, si es por parte del único padre titular de la autoridad familiar o del tutor único, así como si es por parte de ambos padres o tutores (es decir, que no hay otro posible prestador de la asistencia), ...la asistencia será suplida por la Junta de Parientes o un defensor judicial, nos dice el art. 28 CDFA.

**D. Patrimonio del discapacitado.** Para la gestión de este patrimonio especial se declara aplicable en el art. 40 CDFA lo dispuesto en el Cap. II sobre incapacidad e incapacitación, y en general en el Tít. III en cuanto a efectos de la segunda. Luego el precepto añade: 3. Asimismo, cuando el constituyente del patrimonio protegido no sea el propio beneficiario del mismo, para su administración será necesaria autorización de la Junta de Parientes o del Juez en los mismos supuestos en los que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado,

conforme a lo dispuesto en este Libro. La autorización no será necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.

**E. Auxilio en el ejercicio de la autoridad familiar.** Se distingue según quién la ejerce. a) *Ejercida por los padres.* En primer lugar, se refiere el art. 73 CDFA al caso de los padres menores no emancipados o incapacitados: 1. *El menor no emancipado que tenga suficiente juicio ejercerá la autoridad familiar sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la de la Junta de Parientes o la de un defensor judicial.* 2. *El mismo criterio se aplicará al incapacitado si la sentencia no ha suspendido el ejercicio de su autoridad familiar.* Seguidamente el art. 74 se ocupa de las simples divergencias entre los padres sobre decisiones de autoridad familiar, caso en el que *...cualquiera de los padres puede acudir al Juez para que resuelva de plano lo más favorable al interés del hijo, si no prefieren ambos acudir a la Junta de Parientes con el mismo fin...*

b) *Ejercida por otras personas (abuelos o hermanos).* Se ocupa el art. 89 CDFA de las divergencias en el ejercicio de la autoridad familiar por parte de abuelos o hermanos. Para los hermanos, cualquiera de *...los interesados en ella pueden solicitar al Juez que resuelva la cuestión, si no prefieren todos acudir a la Junta de Parientes del menor con el mismo fin.* 2. *La Junta o el Juez, para decidir sobre la titularidad y la forma de ejercicio, oirá a los interesados y al menor que reúna los requisitos del artículo 6, y, teniendo en cuenta la previsión expresada al respecto si la hubiera, decidirá siempre en interés del menor; si el interés del menor lo requiere, promoverá otro régimen de guarda o protección.* Termina el precepto refiriéndose a los abuelos, con remisión a las normas de los padres y por tanto también en cuanto a la Junta: 3. *Las divergencias entre los abuelos en el ejercicio de su autoridad familiar se resolverán según lo previsto para los padres.*

**F. Aprobación de las cuentas y administración de bienes.** Cuando el patrimonio del menor se vea sujeto a representación y administración ajenas, para decidir los desacuerdos y divergencias, y la aprobación de las cuentas se prevé una eventual actuación de la Junta, en el art. 94 CDFA: *Ejercicio de la gestión paterna.* 1. *Cuando corresponda a los padres la gestión de los bienes del hijo, incluida la disposición hasta que este tenga catorce años, ejercerán esta función conforme a lo dispuesto para la autoridad familiar; en su caso cumplirán lo ordenado válidamente por la persona de quien procedan los bienes por donación o sucesión...* 4. *El que no haya cumplido dieciocho años necesita, para aprobar las cuentas de administración de sus bienes y dar finiquito de las responsabilidades derivadas de la misma, la asistencia de la Junta de Parientes o autorización judicial.*

**G. Control de las situaciones de guarda de hecho.** El art. 159 CDFA apunta que el guardador de hecho limita su actuación al cuidado de la persona protegida *...y a realizar los actos de administración de sus bienes que sean necesarios.*

*La realización de estos actos comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal. Pues bien, como a continuación señala el precepto, para ...justificar la necesidad del acto y la condición de guardador de hecho será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes de la persona protegida. 3. El acto declarado necesario por la Junta de Parientes será válido; los demás serán anulables si no eran necesarios, salvo si han redundado en utilidad de la persona protegida.*

Ahora bien, lo que no puede la Junta es designar ella al guardador, pues no entra tal designación entre sus atribuciones (aparte que dejaría entonces de ser una figura fáctica). Así el Auto APZ 27/12/2011 recalca que estamos ante una situación enteramente fáctica sin que pueda ser designado ni por el Juez ni por la Junta de Parientes: “Que a tenor del art. 156 del CDFA *Guardador de hecho es la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado...* De donde se sigue que el nombramiento del guardador de hecho, como figura definida por las notas de iniciativa propia y transitoriedad, es cuestión ajena a la Junta de Parientes”.

**H. Intervenciones en la tutela.** Es éste un ámbito en el que la intervención de la Junta es bastante amplia. Se concreta en los siguientes casos:

*a) Autorizaciones para determinadas actuaciones de tutela. Aparecen en el art. 16 CDFA, que exige que el tutor del menor que no ha cumplido los catorce años obtenga autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para: a) Hacer gastos extraordinarios en los bienes. b) Presentar demanda judicial o arbitral en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. c) Ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado. d) Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título. e) División del patrimonio o cosa común (en cuanto a esto último, ver punto B-c, anteriormente expuesto).*

*b) Para la remuneración del que desempeña el cargo tutelar. Aparece regulado en el art. 105 CDFA: 1. El derecho a remuneración por el desempeño de una función tutelar, así como la cuantía y forma de percibirla, podrán ser establecidos, siempre que el patrimonio de la persona protegida lo permita y sin exceder del veinte por ciento de su rendimiento líquido, en la delación voluntaria. En otro caso, podrán hacerlo en todo momento la Junta de Parientes o el Juez, en atención a la dedicación que suponga el ejercicio de la función tutelar. 2. La Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez podrán modificar en cualquier momento la remuneración prevista si han cambiado las circunstancias de la institución tutelar...*

*c) En la pluralidad de disposiciones tutelares a favor de la misma persona. Caso que disciplina el art. 113 CDFA: Si se produce una pluralidad sucesiva de disposiciones de una misma persona, prevalece la posterior en cuanto fueren incompatibles. 2. Cuando existieren disposiciones de varios titulares de la autoridad familiar, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueren compatibles. De no serlo, la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez adoptarán las que consideren más convenientes para el menor o incapacitado. 3. Si los titulares de la autoridad*

*familiar hubiesen designado distintas personas para el ejercicio de los cargos tutelares, la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez elegirán al designado o designados por uno de ellos. A los no elegidos como tutores de la persona por la Junta o el Juez, corresponde la administración y disposición de los bienes que quien les designó haya atribuido por donación, herencia o legado al menor o incapacitado.*

*d) Para decidir la prestación de fianza e intervenir en la formación de inventario. Supuestos del art. 140 CDFA (Fianza): Antes de darle posesión del cargo, el Juez, si no lo ha hecho ya la Junta de Parientes, podrá exigir a cualquier tutor, salvo si es persona jurídica pública, la constitución de fianza, y determinará la modalidad y cuantía de la misma. El Juez, motivadamente, podrá también exigirle en cualquier momento, así como dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la que se hubiera exigido antes. Y para el inventario, el 141.2, que precisa que en el inventario notarial ...intervendrá la Junta de Parientes y el tutor depositará una copia en el Juzgado que haya constituido la tutela...*

*e) Para fijar la contribución de los tutores personal y real a las cargas. Señala el art. 143.2 CDFA que cuando los distintos administradores ...no logren un acuerdo sobre su contribución a las cargas de la tutela, la Junta de Parientes, o, en su defecto, el Juez, acordará la proporción en la que según la importancia y rendimiento de los bienes han de contribuir cada uno de ellos, incluido el tutor de la persona que también administre.*

**I. Intervenciones en la gestión de régimen económico matrimonial.** Señala el art. 230.d) CDFA que para justificar la necesidad del acto de disposición necesario para satisfacer las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio... *será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes del otro cónyuge.* Y según el art. 242, la gestión del patrimonio común ...*corresponderá al cónyuge del incapacitado o declarado ausente. Necesitará, no obstante, autorización del Juez o de la Junta de Parientes de su cónyuge para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.*

Comenta DELGADO que el 230.d) introduce una novedad absoluta cuyo acierto juzgará la práctica: "No basta con admitir que para realizar gastos necesarios sea suficiente el consentimiento de uno solo de los cónyuges (cfr. art.1386 Cc.), pues el problema no está en la validez del contrato obligacional, sino en cómo pagar cuando para ello es necesario enajenar o gravar bienes comunes. Puede hacerlo un cónyuge cuando la disposición es necesaria para atender a las necesidades más estrictamente familiares (art. 218.1.a), en circunstancias que pueden ser muy variadas (ausencia, incapacidad, abandono o noluntad de un cónyuge...) ...La declaración de la Junta de Parientes del cónyuge que no consiente evita la intervención judicial, a la que cabe acudir siempre". Y BAYOD LÓPEZ, en relación al precepto original (el 48 Lrem) estima que tal intervención de la Junta, más que un requisito de validez, cumple las funciones de legitimar el acto, controlándolo, y el acceso del mismo al Registro de la propiedad.

**J. Actuaciones en el ámbito sucesorio.** a) *Aceptación y repudiación de la herencia.* Hay intervenciones puntuales de la Junta en el art. 346.2: *La aceptación y la repudiación de las atribuciones deferidas a menores de catorce años o a incapacitados sometidos a tutela o a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada corresponde a sus representantes legales; pero para repudiarlas necesitan autorización de la Junta de Parientes o del Juez. Denegada la autorización se entenderá automáticamente aceptada la atribución sucesoria.*

b) *Prestación de asistencia al curatelado en la partición de la herencia.* Intervención que aparece en el art. 367.2: *El sometido a curatela, si la sentencia de incapacitación no dispone otra cosa, puede, asistido por el curador, solicitar la partición e intervenir en ella. Cuando exista oposición de intereses con el curador, la asistencia será suplida por la Junta de Parientes o un defensor judicial.*

c) *Fiducia sucesoria: Disposición de bienes con legitimarios menores o incapaces.* Es el supuesto del art. 454: *Si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo todos los legitimarios menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente.*

d) *Liquidación y división del patrimonio consorcial.* Afirma el art. 258.3 CDFR que el cónyuge viudo fiduciario, para realizar la liquidación y división, ... *necesitará la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente; y no habiendo legitimarios, precisará de la autorización del Juez. Dichas autorizaciones no serán necesarias cuando se limite a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio.*

**BIBLIOGRAFÍA:** AGUSTÍN BONAGA, F.: "La Junta de Parientes en la nueva regulación de la Ley del Derecho de la persona: composición y funcionamiento", en *Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 7-54; "Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de agosto de 2019", RDCA-2019-XXV, pp. 215-218; ARBUÉS AÍSA, David: "Junta de Parientes: artículo 166 LDP: Cauce procesal", en *Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 83-94; ARGUDO PÉRIZ, José Luis: "Junta de Parientes y resolución de conflictos familiares y sucesorios", en *Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 55-82; BAYOD LÓPEZ, Carmen: "La disposición inter vivos de los bienes del consorcio conyugal", *Actas XVI Encuentros Foro*, El Justicia de Aragón, 2006; BERNAD MAINAR, Rafael: *La Junta de Parientes en el Derecho Civil Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997; PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup>. Ángeles: *Manual de Derecho civil aragonés*, 2012, pp. 267-277; SAMANES ARA, Carmen: "Disposición de bienes inmuebles de menores e incapacitados en Aragón", *Actas VIII Encuentros Foro*, El Justicia de Aragón, 1999; SAPENA TOMÁS, Joaquín: en *Comentarios a la Compilación del DC de Aragón*, DGA, T.I, Zaragoza, 1988, pp. 573

y ss.; SERRANO GARCÍA, José Antonio (y Bayod López, M<sup>a</sup> del Carmen), Lecciones de Derecho Civil: Familia, Kronos editorial, Zaragoza, 2<sup>a</sup> Edición, 2019, pp. 538 y ss.; VVAA. Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia, Jesús Delgado Echeverría (Director) María Del Carmen Bayod López, José Antonio Serrano García (Coordinadores), Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, 2015; VV.AA., 25 Años De Jurisprudencia Aragonesa, Coordinadores: Carmen Bayod López, José Antonio Serrano García, Tirant lo Blanch, Valencia 2020.



### **III. DERECHO DE LA FAMILIA**



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

José Antonio SERRANO GARCÍA  
*Catedrático de Derecho civil*

### 1. El Derecho de la familia

**A. Competencias legislativas: uniformidad y pluralidad en la legislación española.** El Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil, incluidas las materias de Derecho de familia, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, buena parte de su contenido es Derecho de familia. Hay materias de Derecho de familia que tienen una regulación plural, tanto estatal como autonómica foral. Pero hay también un Derecho de familia uniforme para toda España, el de las *relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio*, que el art. 149.1.8ª CE, en su segundo inciso, reserva, en todo caso, a la competencia exclusiva del Estado. El término “formas del matrimonio” se emplea en sentido amplio, como equivalente a régimen personal de la celebración y disolución del matrimonio. La regulación del vínculo matrimonial y sus vicisitudes es de competencia en todo caso del Estado. La STC 93/2013, de 23 de abril, en su FJ 5 ha dicho que *la competencia del Estado, en todo caso, sobre las “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio”, puede definirse por su relación con el art. 32.2 CE: se extiende al sistema matrimonial (requisitos materiales y formales y causas de extinción) y al contenido personal del matrimonio, esto es, el régimen de derechos y deberes de los cónyuges con exclusión del régimen económico matrimonial en los territorios con competencias propias en derecho civil especial o foral, lo que, por otra parte, coincidiría con lo dispuesto en el art. 13.1 del Código civil.*

Las consecuencias económicas del matrimonio y también las de su disolución, separación o nulidad pueden ser abordadas tanto por el Estado como por las Comunidades forales. La economía del matrimonio es materia tradicional de los Derechos forales; en la actualidad también los efectos personales han sido regulados en Cataluña y Aragón (contra STC 93/2013); las consecuencias personales y económicas de la ruptura de la convivencia de los padres (casados entre sí o no) se regulan también por varios Derechos forales (Aragón, Cataluña, Navarra y País Vasco —la regulación de Valencia ha sido declarada inconstitucional en 2016—), de entre ellos el aragonés fue el primero en hacerlo (Ley 2/2010, llamada “de custodia compartida”). La regulación autonómica de las parejas de hecho no vulnera el art. 149.1.8ª CE, pues no son una nueva forma de matrimonio distinta de la ya existente, y es incluso acorde con lo dicho en el art. 32 CE que permite establecer regímenes de convivencia *more uxorio* paralelos al régimen matrimonial, pero con un reconocimiento jurídico diferenciado (FJ 10 STC 93/2013).

**B. El Derecho de la familia en el Libro II CDFa y en esta obra.** El Libro Segundo del CDFa, *Derecho de la familia* (arts. 183 a 315), incluye, en primer lugar y en el mismo orden que tienen en la Ley de procedencia, los cinco Títulos de que consta la Ley 2/2003, de 12 de febrero, *de régimen económico matrimonial y viudedad* (modificada por la Ley de Derecho de la persona de

2006, de la que procede la redacción de los actuales arts. 199, 242 y 245), referidos todos ellos a la familia matrimonial (I. *Efectos generales del matrimonio*, II. *De los capítulos matrimoniales*, III. *Del régimen económico matrimonial de separación de bienes*, IV. *Del consorcio conyugal*, y V. *De la viudedad*) y añade como Título VI, rubricado *De las parejas estables no casadas*, el articulado procedente de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, *relativa a parejas estables no casadas* (modificada por las Leyes 2/2004, de 3 de mayo, 2/2010, de 26 de mayo, y 18/2018, de 20 de diciembre).

En esta obra nos ha parecido oportuno exponer a continuación de la regulación relativa al matrimonio y las parejas de hecho, los *Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*, regulados desde la refundición de 2011 en los arts. 75 a 84 (el art. 80.2 ha sido modificado por la Ley 6/2019, de 21 de marzo), como una Sección del Cap. II, *Deber de crianza y autoridad familiar*, del Título *De las relaciones entre ascendientes y descendientes*. Es una regulación que procede, salvo la modificación de 2019, de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de *igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, conocida como “Ley de custodia compartida”, que tiene como presupuestos la ruptura de la convivencia matrimonial o de pareja de los padres y la existencia de hijos a cargo. La esencia de la relación paterno-filial no cambia, lo que cambia es el modo de vida familiar de los hijos con sus padres. Tanto desde el punto de vista sistemático como desde el docente nos parece mejor tratar aquí, en Derecho de la familia, estas cuestiones.

**C. El Derecho de la familia matrimonial en el Libro II CDFA.** a) *Preámbulo y Disposiciones transitorias*. Como dice el núm. 15 del Preámbulo del CDFA, la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, desarrolla y pone al día la regulación de las relaciones patrimoniales en la familia matrimonial, incluida la institución de la viudedad. La mayor parte de las normas de Derecho de familia de la Compilación, basadas en la experiencia histórica de siglos, quedan incorporadas a la nueva regulación que proporciona a las mismas un marco general que sirve de contexto sistemático y hace más fácil su interpretación, evitando las dudas sobre la pertinencia de acudir al Código civil para darles respuesta. El Código civil, como Derecho general del Estado, sigue siendo supletorio del Derecho civil de Aragón, pero la nueva regulación tiene buen cuidado de incluir normas propias en todos los casos en que el hipotético recurso al Código civil era más claramente perturbador, así como de construir un sistema cuyos principios sean siempre preferentes a los enunciados de aquél, de acuerdo con el artículo 1 del Código del Derecho Foral (*vid.*, entre otras, SS TSJA 8/3/2005, 27/2/2006, 15/3/2007).

Es, por tanto, una regulación moderna y extensa, completa y autosuficiente, sin remisiones ni lagunas, que ya no necesita del Derecho supletorio.

La DT 8ª CDFA parte del principio de aplicación inmediata de las normas de los Títulos Primero, II, III, IV y V del Libro Segundo, desde el 23 de abril de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2003, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo viudal, con las excepciones señaladas en las DDTT 9ª, 10ª y 11ª (sobre Derecho transitorio *vid.* entre otras, SS TSJA 1/6 y 8/7 2005, 27/2/2006, 28/9/2007, 14/5/2010).

b) *Contenido principal: Régimen económico matrimonial y viudedad.* La mayor parte del Derecho de la familia matrimonial del CDFA es de contenido económico. El matrimonio constituye una comunidad de vida entre los cónyuges (art. 183.1) que origina, junto a los efectos personales, unas relaciones económicas entre ellos y con los terceros que necesitan de una regulación que atienda a la titularidad de los bienes, que señale los poderes de administración y disposición, las posibilidades de endeudarse y responsabilizar a los bienes del matrimonio, las causas de disolución del régimen, las reglas para su liquidación, división y adjudicación. Este es el contenido propio de los regímenes económicos del matrimonio, que los cónyuges pueden ordenar por sí mismos en capitulaciones matrimoniales, pero que, en su defecto o para completar lo pactado en tanto lo permita su respectiva naturaleza, es la ley la que lo disciplina (art. 193); el régimen económico matrimonial legal aragonés se llama oficialmente “consorcio conyugal” desde 2003 y es un régimen de comunidad parcial, de fuerte impronta comunitaria, regulado en el Título IV.

Los capítulos matrimoniales (Tít. II), el régimen de separación de bienes (Tít. III) y el consorcio conyugal (Tít. IV) son tres importantes elementos del sistema de economía del matrimonio en Aragón, a los que hay que añadir un cuarto, original y característico de esta tierra, que es la viudedad (Tít. V).

El núm. 16 del Preámbulo del CDFA dice que el artículo 192 señala que *la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca*, con independencia del régimen económico de su matrimonio y como efecto de la celebración de éste en todo caso. Este criterio, acorde con el Derecho tradicional y vivido así en nuestros días, armoniza con la declaración contenida en el artículo 271, según el cual el derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen matrimonial, y con la referencia que hace el artículo 205 a la conservación del derecho de viudedad también cuando resulta aplicable el régimen de separación, único caso en el que podría suscitarse alguna duda y en el que, naturalmente, cabe la renuncia a la viudedad si los cónyuges así lo desean.

c) *Características de la economía del matrimonio en Aragón.* Junto a la viudedad como parte integrante de la economía del matrimonio, son características tradicionales del sistema aragonés, algunas de ellas hoy ya asumidas por muchos otros sistemas:

a') *La libertad de capitular antes y durante el matrimonio* (art. 197.1).

b') *La libertad de los cónyuges para contratar entre sí*, hacerse donaciones y celebrar toda clase de contratos. Ahora, mudado el contexto prohibitivo del Código civil, estas dos libertades se reconocen como parte del principio general de libertad de regulación de los cónyuges (art. 185), que pueden otorgar entre sí, fuera o dentro de capítulos (art. 199.2), los actos y contratos que crean convenientes.

c') *La libertad para acordar la condición jurídica de los bienes de los cónyuges*, consorcial o privativa (la fórmula clásica era la de *muebles por sitios o sitios por muebles*), que tiene ahora su formulación general en el art. 215 (*Ampliación o restricción de la comunidad*).

Entre las nuevas características derivadas de la regulación vigente pueden citarse:

a') La regulación de los *efectos generales del matrimonio* en un Título en el que se abordan cuestiones como los efectos personales, el domicilio familiar, la dirección de la vida familiar, la satisfacción de las necesidades familiares, el deber de información recíproca, la vivienda familiar, los mandatos entre cónyuges o los derechos de terceros.

b') La regulación del *régimen económico matrimonial de separación de bienes*.

c') La regulación, bastante completa, de *la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal* (arts. 250 a 257) y que existirá hasta la división y adjudicación de los bienes del patrimonio común, cualquiera que haya sido la causa de la disolución, aunque con las tradicionales normas específicas para el caso de disolución por muerte (art. 253); en cambio desde 2003 ya no existe la regulación de la especial "comunidad conyugal continuada" que había introducido, sin mucho éxito, la Compilación de 1967.

d') La *adecuada combinación de los principios de igualdad y libertad* en la gestión de los bienes comunes. Ambos cónyuges son iguales (art. 183.1), pero ello no impide que pueden pactar sobre la gestión del patrimonio común sin otros límites que los genéricos del *standum est chartae* (arts. 195 y 229).

**D. Otras legislaciones que inciden en la economía del matrimonio en Aragón.** Fuera del Código aragonés, habrá que tener en cuenta la legislación hipotecaria, en cuanto sea de aplicación general, sobre inscripción de bienes de los cónyuges y del consorcio conyugal (arts. 89 a 96 Rh.), así como sobre anotación de embargo en bienes de los cónyuges (art. 144 Rh.).

También es de aplicación la legislación procesal civil general, en especial el art. 541 Lec., sobre ejecución en bienes gananciales (el art. 225.1 remite a él), y el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 a 811 Lec.). También en la legislación concursal (TRLRCA aprobado por RDL 1/2020, de 5 mayo) hay múltiples referencias a las personas casadas: arts. 7, 33, 38, 41, 52, 107, 123, 125, 193, 194, 195, 198, 251, 282, 286, 413, 472, 501, 635.

**E. Ley aplicable a la economía del matrimonio.** Todo matrimonio tiene necesariamente un régimen económico matrimonial, el pactado en capitulaciones matrimoniales por los cónyuges y, en su defecto o para completarlo, el régimen establecido como legal en la Ley aplicable, a estos efectos, a ese matrimonio. Desde el 29 de enero de 2019 es de aplicación preferente a los conflictos con elemento de extranjería el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016, en materia de regímenes económico matrimoniales. Pero su art. 35 dispone que *Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente*. Como España no ha establecido dicha obligación, los conflictos en materia de régimen económico matrimonial que se planteen exclusivamente entre leyes españolas quedan al margen del RUE y se rigen por las normas del Derecho interregional privado español.

a) *Derecho interregional privado de la economía del matrimonio.* El establecimiento de las normas para resolver los conflictos entre leyes españolas es materia de competencia exclusiva, en todo caso, del Estado (art. 149.1.8<sup>a</sup>); en la actualidad tales normas son las contenidas en los arts. 16.1, 16.3, 9.2 y 9.3 Cc. El art. 16.1 Cc. dispone que *los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV [Normas de Derecho internacional privado: arts. 8-12] con las siguientes particularidades: 1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil. 2.ª No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.*

Teniendo en cuenta esas particularidades, el art. 16.3 especifica que *Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 (i) y, en su defecto, por el Código Civil (ii). / En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contratantes hubiera de regir un sistema de separación (iii). Vid. SS TSJA 10/3/1999, 1/6/2005.*

i) *La Ley española que resulte aplicable según los criterios del art. 9.2 Cc.* Dice el art. 9.2 Cc.: *Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.*

ii) *A falta de ley española aplicable, por el Código civil (art. 16.3.1 Cc.).* Si los cónyuges son de distinta vecindad civil, no eligen en documento auténtico antes de casarse una de las leyes de su vecindad civil o residencia, no tienen una residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y celebran el matrimonio en algún lugar de un país extranjero, los criterios del art. 9.2 no nos sirven para hallar una ley española aplicable a dicho matrimonio; pero la Ley aplicable al caso no puede ser extranjera, tanto el 12.6 Cc. como el 33.1 RUE remiten a la ley española. Para este caso, es el art. 16.3.1 Cc. el que dice que el matrimonio se rige por el Código civil, por lo que tendrán como régimen legal el de la sociedad de gananciales.

Como dije en su momento y ahora reitero con palabras de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, la solución de remitirse en último extremo al Código civil es poco afortunada. De hecho, podría haber sido declarada inconstitucional con buen criterio, aunque no fue así. La STC 226/1993, de 8 de julio de 1993 (BOE núm. 183, de 2 de agosto de 1993) declaró cons-

titudinal dicho precepto y desestimo el recurso promovido por la Diputación General de Aragón, pero lo hizo con una argumentación no del todo convincente, como se puede apreciar en el voto particular del Magistrado don Julio Diego González Campos que acompañó al fallo. Había otras alternativas que el legislador estatal pudo haber manejado en vez de preferir discriminatoriamente al Código civil.

iii) *Regla especial del art. 16.3.2 Cc.* En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación [catalán uno y balear otro]. Solución igualmente criticable por discriminatoria de las leyes civiles territoriales.

b) *Aplicación del RUE.* Si los conflictos no son exclusivamente entre leyes españolas, se aplica el Reglamento UE que, en primer lugar, permite elegir la ley aplicable (art. 22): *Los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de una de las siguientes leyes: la ley de la residencia habitual de los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, en el momento de la celebración del acuerdo, o la ley nacional de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.*

*En defecto de un acuerdo de elección,* el art. 26.1 establece que *la ley aplicable será la del Estado: a) de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o, en su defecto, b) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto, c) con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.* La internacionalidad de cualquiera de estas conexiones (junto a la falta de vecindad civil de los cónyuges de nacionalidad extranjera) determina automáticamente la aplicación del RUE en sus arts. 33 y 34.

## 2. El Título Primero del Libro II: *Los efectos generales del matrimonio*

El Título Primero, bajo la rúbrica *Efectos generales del matrimonio*, incluye doce artículos (del 183 al 194) de disposiciones generales sobre efectos personales y patrimoniales de la familia matrimonial, aplicables a todo matrimonio regido por el Derecho aragonés cualquiera que sea su régimen económico, por tanto, con independencia de si su economía se rige por un estatuto de comunidad, de separación o de cualquier otra clase. Las normas generales sobre la economía del matrimonio suelen conocerse también como “régimen económico matrimonial primario”.

Con estas disposiciones generales, como dice el Preámbulo, se proporciona al conjunto de la regulación de la economía del matrimonio un marco general que sirve de contexto sistemático y hace más fácil su interpretación, evitando las dudas sobre la pertinencia de acudir al Código civil para darles respuesta. Una parte de estas disposiciones se encontraba, sustancialmente, en la Compilación, en las normas sobre el régimen legal (*Satisfacción de las necesidades familiares, Dirección de la vida familiar, Vivienda familiar*), y, por tanto, con vocación de aplicarse en todos los casos; otra parte se hallaba en otros lugares de la Compilación (*Libertad de pacto, Régimen paccionado y régimen legal, Contratación entre cónyuges, Derechos de terceros, Derecho de viudedad*); y



algunas proceden del Derecho supletorio (*Efectos personales del matrimonio, Domicilio familiar, Deber de información recíproca, Mandatos entre cónyuges*).

Son disposiciones generales pero bastante heterogéneas en su contenido. Reunir en un mismo Título todas estas normas contribuye a dibujar los rasgos que el legislador considera fundamentales en toda comunidad de vida matrimonial y permite señalar expresamente el carácter imperativo de buena parte de ellas, en contraste con el principio de libertad de regulación propio de la economía del matrimonio. En efecto, el art. 185.2 indica que las normas de los arts. 183 (*Comunidad de vida*), 184 (*Domicilio familiar*), 186 a 190 (*Dirección de la vida familiar, Satisfacción de las necesidades familiares, Deber de información recíproca, Responsabilidad frente a terceros y Vivienda familiar*) y 194 (*Derechos de terceros*) son imperativas; solo no lo son, por tanto, las de los arts. 191 (*Mandatos entre cónyuges*), 192 (*Derecho de viudedad*) y 193 (*Régimen económico matrimonial*).

### 3. Los efectos personales del matrimonio

**A. Concepto de matrimonio.** Como dice el art. 183.1, *el matrimonio constituye una comunidad de vida entre los cónyuges, del mismo o distinto sexo (hasta la reforma de 2005, lo fue necesariamente entre marido y mujer), en la que ambos son iguales en derechos y obligaciones*. De forma más completa, la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9, señala que el matrimonio es “una comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución, manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento”.

La *igualdad* de los cónyuges, la *libre voluntad* de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la *manifestación expresa de esa voluntad* en la forma requerida por el ordenamiento, son las notas esenciales del matrimonio.

**B. Enlace con la regulación estatal sobre el vínculo matrimonial.** El matrimonio origina entre los cónyuges, sean del mismo o de diferente sexo (art. 44 Cc.), una relación de carácter sumamente complejo que tiene su reflejo tanto en la esfera personal como en la patrimonial de los cónyuges. El art. 183 enlaza con las determinaciones legales sobre el vínculo matrimonial contenidas en el Código civil (arts. 42 a 65), dentro del ámbito de la competencia exclusiva que al Estado reserva el art. 149.1.8ª Const. en materia de *relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio* (núm. 16 del Preámbulo CDFR). Las normas del art. 183 (*Comunidad de vida*) son imperativas (art. 185.2) y, por tanto, son un límite a la libertad de los cón-

yuges para regular sus relaciones familiares: no podrán pactar la supresión o modificación de los efectos personales que la ley deriva del estado de casado.

**C. El principio de igualdad.** La proclamación constitucional de la *plena igualdad jurídica* del hombre y la mujer en el matrimonio (art. 32.1 Const.) tiene su concreción en el art. 183.1 al decir que *ambos* (cónyuges) *son iguales en derechos y obligaciones*. En consecuencia, los dos cónyuges, sean del mismo o de diferente sexo (art. 44 Cc.), son personas absolutamente en pie de igualdad, ambas tienen los mismos poderes y los mismos límites y, por otra parte, al no estar ninguna de ellas en posición de superioridad, entiende el legislador que tampoco lo está en situación de ser especialmente protegida (Preámbulo, núm. 22).

En la actualidad el matrimonio ya no restringe la capacidad de obrar de la mujer casada y ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le haya sido conferida (art. 71 Cc.); no obstante, sí es frecuente, por la relación de confianza que hay entre ellos, que uno sea representante voluntario del otro y que se confieran mandatos expresos o tácitos (cfr. arts. 191 y 243). Por otra parte, el matrimonio tampoco altera ya la nacionalidad ni la vecindad civil de la mujer casada (arts. 14 y 15 Cc.).

Hoy día el principio de igualdad entre cónyuges es un límite imperativo tanto para el legislador ordinario como para la libertad de autorregulación de los cónyuges (art. 185.2). Así, el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges de forma imperativa (arts. 186 y 227.1), y también son imperativos los deberes de información recíproca (arts. 188 y 227.3), de contribución a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 187.1) y de actuación con la debida diligencia y teniendo en cuenta el interés de la familia (art. 227.2).

No obstante, junto al principio de igualdad está el de libertad de regulación. Los cónyuges pueden, por ejemplo, pactar sobre su respectiva contribución a la satisfacción de las necesidades familiares, acordando el "reparto de papeles" que crean más adecuado para su matrimonio (art. 187.2 (art. 187.2; cfr. arts. 68 *i.f.* Cc., 231-2.2 Cc. Cat.), o sobre la gestión del patrimonio común (art. 229), sin otros límites que los genéricos del principio *standum est chartae*.

**D. Los derechos y obligaciones de los cónyuges.** *a) Deberes de contenido fundamentalmente ético.* Los cónyuges tienen los mismos derechos y obligaciones. La enumeración la hace el art. 183.2, coincidiendo sustancialmente con la contenida en los arts. 67 y 68 Cc.: *Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente, vivir juntos, guardarse fidelidad y actuar en interés de la familia*. Son derechos y obligaciones recíprocos, cuyo contenido, aunque de difícil coercibilidad, constituye un mínimo imperativo para los cónyuges que no

pueden suprimirlos o alterarlos, aunque es posible el pacto para concretar la forma de su cumplimiento en el caso concreto.

Son deberes de contenido fundamentalmente ético, sin posibilidad de exigir el cumplimiento en forma específica, de modo que normalmente el incumplimiento carece de una sanción distinta de la separación o el divorcio (SSTS de 22 y 30 de julio 1999, 14 julio 2010), rechazándose como regla la posibilidad de pedir indemnización de daños y perjuicios. Como para la separación y el divorcio ya no se requiere desde 2005 causa alguna, el incumplimiento de estos deberes conyugales genera escasas consecuencias jurídicas (causa de desheredación, de indignidad, de extinción del derecho de alimentos). No obstante, el incumplimiento del deber de fidelidad y la consiguiente atribución de la paternidad al marido engañado, que mucho tiempo después se entera de la verdad e impugna su paternidad, ha ocasionado en algunos casos resueltos por las Audiencias Provinciales el deber de indemnizar los daños morales causados al marido. Pero la STS 629/2018, de 13/11 (del Pleno de la Sala de lo Civil) niega que este daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro sea indemnizable, al tener su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio (el deber de fidelidad), que son deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles con medidas distintas de la separación o divorcio. Tampoco hay posibilidad de reclamar la devolución de los alimentos pagados al hijo que finalmente se prueba que no lo es.

*b) El deber de respeto mutuo. Los cónyuges deben respetarse mutuamente (arts. 183.2, 67 Cc., 231-2 Cc. Cat.).* La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE tienen aquí su concreción en el ámbito matrimonial. La comunidad conyugal no supone una merma de la dignidad personal de los cónyuges, ni autoriza una conducta desconsiderada o irrespetuosa por razón de la mayor intimidad o confianza. Un cónyuge debe respetar la personalidad y los derechos individuales del otro, su esfera privada, su actividad profesional o política, sus creencias, religión, amistades, etc. No propagar noticias de la vida matrimonial, ni siquiera tras la ruptura de la convivencia entra dentro del deber de respeto mutuo. En definitiva, el respeto requiere una conducta considerada y cortés para con el otro. Son infracciones graves de este deber la violencia de género, los delitos de malos tratos, injurias o calumnias, etc.

*c) El deber de ayuda mutua.* Debe ser entendido en sentido amplio y flexible: cada cónyuge debe ayudar en la medida de sus posibilidades y de las necesidades del otro. Comprende no sólo lo que materialmente pueda entenderse como alimentos en sentido amplio, sino también toda clase de ayudas y cuidados de orden ético y afectivo. Según las circunstancias concurrentes, puede incluir la obligación de ayudar al otro en su negocio o profesión. De él deriva el deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares:

arts. 187 , 68, i.f., Cc. (ref. 2005). En última instancia, la ayuda mutua entre cónyuges podrá exigirse por la vía de los alimentos entre parientes de los arts. 142 y ss. del Código civil. La STC Sala 2ª, 45/1989, de 20 febrero, dice que la libertad de capitulaciones no puede dispensar a los esposos del deber de socorro mutuo ni de contribuir a los gastos comunes.

d) *El deber de convivencia.* El derecho y la obligación de los cónyuges de vivir juntos es algo connatural a la *comunidad de vida* que el matrimonio constituye entre ellos, de modo que lo normal es que la vida en matrimonio conlleve unidad de techo, lecho y mantel. No obstante, no se incumple el deber de convivencia cuando, por diversas circunstancias, los cónyuges viven separados, siempre que conserven la intención de vivir juntos en cuanto les sea posible. Por el contrario, puede faltar la convivencia conyugal aunque los cónyuges vivan en el mismo domicilio (como decía el art. 87 Cc.). Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos (art. 69 Cc.). No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda (de nulidad, separación o divorcio) o solicitud de medidas provisionales (art. 105 Cc.); esta solicitud le permite vivir separado otros treinta días hasta la presentación de la demanda (art. 104 Cc.). Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, los cónyuges pueden vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal (art. 102. 1º Cc.).

e) *El deber de fidelidad.* Comprende tanto el aspecto positivo (recíproca disponibilidad sexual entre los cónyuges, lo que no elimina la voluntariedad de las relaciones sexuales con el otro, pues puede existir delito de violación entre los cónyuges) y negativo (exclusividad de las relaciones sexuales, reprobación del adulterio). El adulterio, aunque despenalizado, es un ilícito civil (infracción grave del deber de fidelidad), pero no da derecho a reclamar indemnización de los daños morales que causa al otro, en especial cuando descubre que los hijos del matrimonio no son suyos (STS 629/2018, de 13/11). El deber de fidelidad es también imperativo y hace que no valgan los pactos de dispensa mutua o unilateral. No obstante, quien haya concedido la dispensa no podrá alegar infracción del deber de fidelidad.

f) *El deber de actuar en interés de la familia.* Éste, a diferencia de los otros deberes de los cónyuges, no es un deber recíproco, del uno para el otro, sino un deber de los dos, paralelo, de ambos en sus actuaciones con terceros. Se trata de una obligación poco definida. Tiene como presupuesto el deber de información recíproca (arts. 188, 227.3) y se manifiesta tanto en la gestión de los asuntos comunes como en los particulares (arts. 186, 227.2). En los asuntos particulares basta con no dañar el interés familiar, con tenerlo en cuenta (art. 227.2). Para cumplir este deber parece que, de entrada, hay que emplear la diligencia debida en la actuación o gestión que se realice, aunque ello puede no bastar. El incumplimiento puede originar desacuerdos en

materia económica y la solicitud del régimen de separación de bienes (art. 228) o la separación personal o el divorcio.

#### 4. El domicilio familiar

La comunidad de vida que el matrimonio constituye exige, para hacer posible, o al menos más fácil, el deber de convivencia entre cónyuges y el cumplimiento de los restantes deberes conyugales, disponer de una residencia o lugar de convivencia habitual de la familia. El art. 184, cuyas normas son imperativas (art. 185.2), indica en su ap.1 que *los cónyuges determinan de común acuerdo el domicilio familiar*; ninguno de ellos puede, por tanto, imponer su criterio al otro; pero el acuerdo puede ser expreso o tácito, y lo normal será que resulte de actos o conductas concluyentes. El cambio de domicilio familiar exige nuevo acuerdo de los cónyuges.

Añade el art. 184.2 que *se presume que el domicilio familiar es aquel donde los cónyuges conviven habitualmente o bien uno de ellos y la mayor parte de la familia*; de manera que viene a coincidir con el lugar de residencia habitual de la familia (art. 40 Cc.). También puede decirse que el domicilio familiar está localizado en la vivienda habitual de la familia. El domicilio familiar puede no ser el domicilio individual de alguno de los cónyuges o hijos, siempre que la mayor parte de la familia resida en dicho lugar. Por lo demás, la residencia en el domicilio familiar no impide, a efectos profesionales, laborales, etc., tener un domicilio individual distinto.

Tanto los desacuerdos sobre la fijación inicial como los que se produzcan a la hora de decidir un cambio de domicilio familiar permiten a cualquiera de los cónyuges pedir al Juez (mediante el procedimiento del art. 90 LJV) que determine el domicilio familiar, atendidas las circunstancias concretas de la familia y los discrepantes criterios de los cónyuges (*cfr.* art. 70 Cc.). Ahora bien, si los cónyuges están de acuerdo en que es mejor someter sus diferencias a la Junta de Parientes, pueden acudir a ella para que fije el domicilio familiar (art. 184.3); en tal caso la Junta estará integrada por un pariente de cada uno de ellos (art. 172.2) y su decisión tendrá la fuerza de obligar de un contrato (art. 178.3).

#### 5. El principio de libertad de regulación

*A. El doble ámbito del principio general.* La libertad de regulación de los cónyuges es una manifestación concreta del principio *standum est chartae* (art. 3). Comprende, por un lado, la libertad para regular las relaciones familiares en capítulos matrimoniales y, por otro, la libertad de contratación entre los cónyuges; ambas libertades tienen como únicos límites los del principio *standum est chartae*.

a) *Libertad de capitular, antes o después del matrimonio.* El art. 185.1 comienza diciendo que *los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer matrimonio.* Esta libertad de regulación se extiende tanto a los aspectos o cuestiones personales como a los patrimoniales. La finalidad de la regulación paccionada es evitar o modalizar la aplicación de la regulación legal supletoria.

Es tradicional en Aragón la libertad para regular la economía del matrimonio en capitulaciones matrimoniales, otorgadas antes del matrimonio o durante el mismo (*vid.* arts. 193.1 y 197.1). No se ha conocido en esta tierra el principio de inmutabilidad del régimen económico del matrimonio. Libertad de regulación que se extiende igualmente al derecho de viudedad (*vid.* art. 272).

b) *Libertad de contratación entre cónyuges.* Añade el art. 185.1 que, asimismo, los cónyuges *pueden celebrar entre sí todo tipo de contratos*, incluidas, por tanto, las donaciones, con sujeción a las reglas del Derecho de obligaciones y contratos. A los mandatos entre cónyuges alude, entre otros, el art. 191.

La libertad de contratación entre cónyuges ha sido tradicional en el Derecho aragonés, en contraste con las prohibiciones propias del Código civil y de otros territorios españoles. La posibilidad de que la compraventa esconda una donación al cónyuge, o la facilidad para provocar el fraude a los derechos de terceros, no son razones que justifiquen la prohibición de los contratos entre cónyuges. Así lo ha entendido finalmente también el legislador del Código civil (*cf.* art. 1.323).

En la actualidad, la libertad de contratación entre personas casadas hay que relacionarla con el principio de igualdad entre los cónyuges, con el hecho de que el matrimonio ya no modifica la capacidad de obrar de la mujer casada ni permite que ninguno de los cónyuges pueda atribuirse la representación del otro sin que le haya sido conferida, como ya hemos indicado antes.

Al lado de contratos como el de trabajo, mandato, sociedad y cualesquiera otros, son también posibles entre cónyuges los negocios traslativos de bienes y derechos singulares, tanto a título oneroso como gratuito. Si el régimen económico es de comunidad parcial, el trasvase de bienes y derechos entre las masas privativas no exige ningún requisito especial distinto de los generales del Derecho de obligaciones; en cambio, los negocios traslativos entre uno o ambos patrimonios privativos y el común, al objeto de ampliar o restringir la comunidad, exigen en todo caso escritura pública; y, salvo disposición en contrario, estos pactos darán lugar al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común (art. 215).

**B. Límites de la libertad de regulación.** Son los generales del principio *standum est chartae* (art. 3), por tanto:

1. Que la voluntad de los cónyuges no resulte de imposible cumplimiento.

2. Que no sea contraria a la Constitución, en particular que lo pactado respete el principio de igualdad entre cónyuges.

3. Que no sea contraria a las normas imperativas del Derecho aragonés. Lo que significa que las normas del Derecho civil estatal sobre materias —como el régimen económico matrimonial— de competencia exclusiva de Aragón, aunque sean imperativas en su ámbito de aplicación, no representan ningún límite a la libertad de los cónyuges aragoneses de capitular o contratar entre sí. Así sucede, por ejemplo, con la norma contenida en el art. 1.328 Cc.

Sabemos que el art. 185.2 indica que son imperativas las normas de los arts. 183, 184, 186 a 190 y 194. Por tanto, los pactos entre cónyuges, para ser válidos han de respetar éstas y cualesquiera otras normas imperativas del Derecho aragonés. Lo cual no impide, por ejemplo, pactar sobre la gestión de los bienes comunes (art. 229).

## 6. La dirección de la vida familiar

De conformidad con el principio de igualdad de los cónyuges (art. 32.1 CE, 183.1), *corresponden a ambos cónyuges el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar* (art. 186; cfr. art. 231-4.1 Cc. Cat.), cualquiera que sea su régimen económico matrimonial (lo reitera el art. 227.1 para el consorcio conyugal), y también si conviven con los padres hijos mayores de edad (art. 70). El número de hijos, su educación en centro público o privado, el nivel de vida y de ahorro, la determinación y cambio del domicilio familiar, las vacaciones familiares, etc., son asuntos que parecen propios de una dirección colegiada.

Pero que la dirección de la vida familiar corresponda imperativamente a ambos cónyuges no impide que los cónyuges puedan pactar válidamente, por ejemplo, su contribución personal a la satisfacción de las necesidades familiares (art. 187.2) o la gestión separada de todos o algunos bienes comunes (art. 229); son pactos que no eliminan ni alteran la dirección dual de la vida familiar, sino que se enmarcan dentro de las decisiones tomadas por ese gobierno colegiado y suponen la obligación del cónyuge legitimado para actuar por separado de respetar las decisiones de política familiar, así como las decisiones sobre la economía familiar.

Los desacuerdos graves o reiterados sobre el gobierno de la familia suelen conducir a la crisis del matrimonio; los que afectan a la gestión de la economía familiar permiten a cualquiera de los cónyuges solicitar del Juez la disolución y división del consorcio (art. 228.1).

## 7. El deber de información recíproca

*Cada cónyuge está facultado para exigir al otro información suficiente y periódica de la gestión de su patrimonio, de sus ingresos y de sus actividades económicas,*

en orden a la toma de decisiones sobre la economía familiar y la atención de las necesidades familiares (art. 188). La norma es imperativa y se aplica a todo matrimonio, cualquiera que sea su régimen económico matrimonial. No obstante, para el consorcio conyugal el art. 227.3 concreta que *los cónyuges deben informarse recíprocamente sobre la gestión del patrimonio común y de los suyos privativos, y sobre los resultados económicos de la profesión o negocio que ejerzan*. El incumplimiento reiterado de este deber de información es causa para solicitar la disolución y división del consorcio conyugal (art. 228.2).

Este deber se vincula, por tanto, a la toma de decisiones sobre la economía familiar (art. 186) y, entre ellas, las relativas a la atención de las necesidades familiares (art. 187); también cabe vincularlo con la obligación de los cónyuges de actuar en interés de la familia (art. 183.2).

La información ha de ser suficiente y con cierta periodicidad a fin de que la toma de decisiones sobre la vida familiar pueda hacerse con conocimiento del estado de la economía de los cónyuges en ese momento. Parece que ha de ser suficiente con informar de los resultados obtenidos o que se esperan obtener en la gestión del patrimonio común realizada por separado, en la del patrimonio privativo o de la profesión, negocio o actividad económica que ejerzan. La STC 20 (febrero 1989), dice que los cónyuges son libres para acordar mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas, y que el límite de tal reserva viene dado por las normas que determinan el régimen económico-matrimonial, no por la ley fiscal.

## 8. Satisfacción de las necesidades familiares y responsabilidad frente a terceros

*A. Aspectos interno y externo. Necesidades familiares o “cargas del matrimonio”.* Entre los efectos generales del matrimonio se halla el deber de los cónyuges de contribuir a la *satisfacción de las necesidades familiares* (art. 187) y la *responsabilidad frente a terceros* por las obligaciones contraídas para atenderlas (art. 189); es una regulación inspirada en la prevista en la Compilación para las cargas del matrimonio y su responsabilidad en sede de régimen legal (art. 41.1º, en relación con el 43.1 Comp.).

El art. 187 atiende al aspecto interno, establece el deber de contribución de los cónyuges, así como el de los hijos, precisa los criterios generales de contribución y también los que, en defecto de pacto, han de tenerse en cuenta para la determinación de la contribución de cada cónyuge. Por su parte, el art. 189 se ocupa del aspecto externo, es decir de la responsabilidad frente a terceros, para decir que los cónyuges responden solidariamente.

Toda la disciplina está referida a *las necesidades familiares*, que no se definen, pero que puede pensarse que coinciden con las llamadas *cargas del*



*matrimonio* de la letra a) del ap. 1 del art. 218: *atenciones de la familia* (nuclear, en principio) como grupo (incluidas las propias de la economía del hogar), *atenciones particulares de los cónyuges* y *atenciones propias de la crianza y educación de los hijos* comunes o de uno de ellos que convivan con el matrimonio, siempre que unas y otras sean *legítimas*, término que comprende no sólo las atenciones normales u ordinarias, sino todas las acordes a la fortuna, posición social, usos y costumbres de la familia, incluidos, obviamente, los gastos extraordinarios pero convenientes, urgentes o necesarios.

**B. El deber conyugal y paterno de contribución.** El art. 187.1 proclama expresamente que *ambos cónyuges tienen el deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares*; es un deber obvio de los cónyuges que deriva de la comunidad de vida que el matrimonio constituye, de la obligación de vivir juntos, ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia (art. 183); por otra parte, padres e hijos tienen *el deber de contribuir equitativamente, durante la vida en común, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares* (art. 58.2), como parte del deber mutuo de asistencia que comprende además la obligación de prestarse alimentos legales.

De acuerdo con los criterios generales precisados en el art. 187.1, la contribución de los cónyuges a la satisfacción de las necesidades familiares puede ser tanto personal como patrimonial: ambos contribuyen personalmente *con la atención directa al hogar y a los hijos*; y ambos contribuyen económicamente *con la dedicación de sus bienes al uso familiar* (aunque sean privativos o se trate de un régimen de separación de bienes), *la remuneración de su trabajo, los rendimientos de sus capitales y otros ingresos y, en último término, con su patrimonio*.

En los regímenes de comunidad, la remuneración del trabajo, los rendimientos de sus capitales y otros ingresos serán, salvo excepciones, bienes comunes, afectos todos ellos a la responsabilidad derivada de la satisfacción de las necesidades familiares. En los regímenes de separación de bienes habrá que decidir en qué medida o cuantía contribuye cada uno de los cónyuges con sus ingresos. Sólo en último término, es decir si los anteriores criterios no son suficientes para allegar los medios precisos para satisfacer las necesidades familiares, habrá que recurrir al patrimonio personal de cada cónyuge.

Las normas del art. 187 son imperativas (art. 185.2), de manera que los cónyuges no pueden pactar la supresión de este deber o la alteración de los criterios legales; pero sí pueden pactar, teniendo en cuenta dicha regulación y valorando como crean más conveniente los medios personales y económicos de que disponen, su respectiva contribución a la satisfacción de las necesidades familiares.

**C. La determinación de la contribución conyugal.** Del art. 187.2 resulta que la determinación de la contribución de cada cónyuge a la satisfacción de las necesidades familiares puede ser objeto de pacto. Puede tratarse de

un pacto expreso, incluso incluido en capitulaciones matrimoniales, pero también puede tratarse de un acuerdo tácito, que será lo más frecuente; el acuerdo tácito resultará de la dedicación, personal y económica, que de hecho cada uno de los cónyuges preste a la familia sin oposición del otro.

Entra dentro del principio de libertad de regulación la determinación de la concreta contribución de cada cónyuge a la satisfacción de las necesidades familiares, que puede realizarse dentro o fuera de capítulos y que no tiene más límites que los del principio *standum est chartae* (art. 185.1). En el reparto de papeles, dentro y fuera del hogar, y en la determinación de la contribución de cada cónyuge hay que partir del principio constitucional de igualdad, no pactar nada que sea de imposible cumplimiento ni contrario a las normas imperativas del Derecho aragonés. La contribución, por tanto, ha de ser de los dos, y en la determinación hay que valorar las necesidades familiares y las posibilidades de colaboración, personal y económica, también de los dos. Pero la valoración les corresponde hacerla a los propios cónyuges y también la determinación de su respectiva contribución.

El trabajo dedicado a la atención directa del hogar y los hijos cuenta siempre como contribución personal del cónyuge que lo ha prestado y, en principio, no da lugar a compensación alguna a la extinción del régimen económico, aunque se trate de un régimen de separación de bienes (contra, art. 1.438 Cc.). En caso de haberse producido un enriquecimiento injustificado podrá corregirse acudiendo a los remedios generales.

Los acuerdos de determinación de la contribución conyugal, válidamente adoptados, vinculan a los cónyuges a su cumplimiento; en principio, la modificación requiere un nuevo acuerdo, sin perjuicio de la incidencia que el cambio sustancial de las circunstancias pueda tener sobre lo pactado inicialmente.

*En defecto de pacto, para determinar la contribución de cada cónyuge se tendrán en cuenta los medios económicos de cada uno, así como sus aptitudes para el trabajo y para la atención al hogar y los hijos* (art. 187.2). Si los cónyuges no consiguen ponerse de acuerdo en la fijación de su respectiva contribución a la satisfacción de las necesidades familiares, o si el desacuerdo sobreviene por el cambio de las circunstancias y no son capaces de alcanzar un nuevo acuerdo, tendrán que acudir al Juez, si desean seguir manteniendo la comunidad de vida, para que sea éste quien determine la contribución que corresponde a cada uno. No se ha previsto en este terreno tan peligroso un llamamiento legal a la Junta de Parientes.

Fijada la contribución de cada cónyuge, por acuerdo o por decisión judicial, cuando uno de ellos incumpla su deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares, el Juez, a instancia del otro, dictará las medidas cautelares que estime convenientes a fin de asegurar su cumplimiento y los anticipos necesarios o proveer a las necesidades futuras, como dice el ap. 2 del art. 1.318 Cc.

**D. La contribución de uno no tiene que ser compensada por el otro, ni genera un derecho de reintegro contra el patrimonio común.** Con acierto explica la STSJA 15/2019, de 5 julio, en relación a un pago del tratamiento de fertilidad del matrimonio hecho con bienes privativos de la mujer, que se trató de un gasto basado en la comunidad de vida que define el matrimonio conforme al artículo 183 del CDFFA y que, en su equivalencia patrimonial, especialmente cuando se ha optado por el régimen de comunidad consorcial, supone que la toma de decisiones personales y económicas que los cónyuges vayan haciendo a lo largo de la convivencia ordinaria no darán lugar a que la posible aportación de un consorte genere una obligación sinalagmática en el otro que le obligue a una recíproca contraprestación o compensación. Ni, tampoco, a que las distintas aportaciones tengan que ser similares. Por el contrario, la regulación en ningún caso prevé que en el sistema económico matrimonial consorcial deba responder cada uno en proporción a lo que se ingrese por parte del otro. Es más, es perfectamente legítimo que un cónyuge haga aportaciones económicas y el otro no. Se parte, en fin, de que cada uno, de buena fe y para la mejor y más adecuada atención de las obligaciones familiares, irá obteniendo sus beneficios y haciendo sus gastos y aportaciones en la medida de sus posibilidades, sin esperar necesariamente compensación recíproca del otro, ya sea en el plano personal o en el económico.

En el caso de esta sentencia del TSJA, los padres de la mujer le donan 14.310,60 euros y, recibida la cantidad, la esposa la destina al pago del tratamiento de fertilidad de ambos cónyuges. Por tanto, está identificada la cantidad de que se trata y también probada su naturaleza privativa, pero su destino ha sido atender un gasto familiar. Al no haber habido lucro de la masa consorcial ni pago de deudas previamente contraídas por el común, el régimen aplicable al tiempo de decidir si nació o no crédito a favor de la esposa aportante no es el previsto en el artículo 226, sino la obligación general de satisfacción de las necesidades de la familia prevista en el artículo 187 del CDFFA, con reflejo en los apartados a) y e) del punto 1 del artículo 218 del CDFFA, pues el pago del tratamiento de fertilidad era atención legítima de la familia y de cada uno de los cónyuges, y generó una deuda por el ejercicio de una actividad en la persona de los esposos claramente útil para ambos, aun cuando no consiguiera, finalmente, el resultado deseado. Pero la liberalidad de la esposa cuando aporta libre y voluntariamente lo que considera oportuno para el tratamiento de fertilidad no generó crédito a su favor en el momento de liquidación del patrimonio común.

**E. El deber de contribución de los hijos.** Dispone el art. 187.3 que *los hijos, cualquiera que sea su edad y mientras convivan con sus padres, deben contribuir equitativamente, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares conforme a lo previsto en los arts. 66, 67 y 70.* Esta norma

es una aplicación a la familia matrimonial de lo dispuesto de modo más general en el art. 58.2. Ya hemos visto en el §4 que el art. 66 se ocupa de la *contribución personal del hijo*, el 67 de la *contribución económica* y el 70 de la *convivencia con hijos mayores de edad*. Este deber se impone a los hijos por el hecho de convivir con sus padres y formar parte de una comunidad de vida que satisface sus necesidades colectivamente; el deber se impone con independencia de la edad que tengan los hijos, que pueden ser tanto mayores como menores, y no depende de que los padres se hallen casados entre sí. El deber existe también si los padres no se hallan casados (art. 58.2).

La contribución es a las necesidades familiares (incluida la colaboración en las tareas del hogar y en los negocios familiares), y no se limita, si tiene medios sobrantes, a las generadas por el hijo que contribuye (gastos de su crianza y educación). La contribución del hijo, lo mismo que la paterna, puede ser tanto personal como económica. En todo caso, la contribución del hijo ha de ser equitativa, teniendo en cuenta tanto las necesidades familiares como las posibilidades y recursos del hijo y su familia.

**F. La responsabilidad de los cónyuges frente a terceros.** El art. 189 se ocupa de la relación externa y dice que *los cónyuges responden solidariamente, frente a terceros de buena fe, de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares*. Aunque la obligación haya sido contraída por uno solo de los cónyuges la responsabilidad que se establece es de ambos y solidaria. No obstante, parece que se trata de una solidaridad no paritaria, sino accesorio o dependiente, porque el cónyuge que contrajo la deuda es el deudor principal y el único obligado al cumplimiento específico, mientras que el otro cónyuge es un deudor solidario que responde si el deudor principal no cumple.

La responsabilidad solidaria se establece en beneficio de los acreedores, pero también para favorecer el mayor crédito de los cónyuges al endeudarse para satisfacer las necesidades de la familia. Para el nacimiento de la responsabilidad solidaria no es necesario que el acreedor pruebe que el gasto es efectivamente carga familiar, sino que basta con que sea de buena fe, es decir, con que crea que, según las apariencias y circunstancias conocidas por él, el gasto se ha hecho para satisfacer necesidades de la familia del deudor, con independencia de que en la relación interna la deuda no tenga esta naturaleza.

La norma del art. 189 es imperativa (art. 185.2) y aplicable cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio; en sede de régimen económico matrimonial de separación de bienes, el art. 209 la tiene en cuenta al señalar la responsabilidad por deudas. También en el régimen legal del consorcio conyugal se puede decir que los cónyuges responden solidariamente de estas deudas, si bien la presencia del patrimonio común permite al cónyuge que no contrajo la obligación hacer que la responsabilidad recaiga preferentemente sobre los

bienes comunes; junto a éstos responden los bienes privativos del cónyuge que contrajo la obligación (arts. 219.2 y 220.1); en defecto de bienes comunes, responde también el patrimonio privativo del otro (art. 220.2).

## 9. La vivienda familiar

**A. Concepto y protección.** La protección de la vivienda familiar habitual y el mobiliario ordinario de la misma guarda relación con la comunidad de vida que el matrimonio constituye y con la obligación de los cónyuges de vivir juntos y con sus hijos (art. 183). Determinar qué vivienda sea la habitual de la familia es lo mismo que determinar el domicilio familiar conforme a lo previsto a tal efecto en el art. 184. Por otra parte, el alojamiento de los cónyuges y los demás miembros de la familia es una de las necesidades familiares que ambos cónyuges tienen el deber de contribuir a satisfacer (art. 187.1).

En la Compilación, desde la reforma de 1985, la protección de la vivienda habitual de los cónyuges o del mobiliario ordinario de la misma se contenía, mejorando la redacción del art. 1320 Cc., en la parte final del art. 51, dedicado a la gestión de los bienes privativos de los cónyuges casados en régimen de consorciales o legal aragonés. Allí se decía, con vocación de aplicarse cualquiera que fuera el régimen económico del matrimonio (art. 23.2 Comp.), que el cónyuge titular necesitará el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial, para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual o el mobiliario ordinario de la misma, o para sustraerlos al uso común.

En el art. 190 (*cfr.* art. 1320 Cc.) se atiende a aspectos no regulados en el art. 51 de la Compilación, como la extinción del derecho de viudedad, proporcionando una regulación completa tan sencilla como permite la complejidad del importante supuesto que regula, sin olvidar la situación de los terceros adquirentes de buena fe (Preámbulo, núm. 16).

El art. 190.1 indica que *para realizar actos de disposición voluntaria de los derechos que a uno de los cónyuges correspondan sobre la vivienda habitual de la familia o el mobiliario ordinario de la misma, así como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial. En ambos casos, con la enajenación se extingue el derecho expectante de viudedad.*

Es una norma pensada para los casos en que los derechos sobre la vivienda habitual de la familia corresponden, aunque sea parcialmente, a uno sólo de los cónyuges (son privativos). Si los derechos sobre la vivienda habitual (propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.) son consorciales o pertenecen a ambos cónyuges en proindiviso, la realización de actos de administración extraordinaria o de disposición corresponde a ambos cónyuges conjuntamente o a uno de ellos con el consentimiento del otro (art. 233); la falta de consentimiento en actos a título oneroso produce las consecuencias previstas en el art. 235 (el acto de disposición no transmite la titularidad); los actos *inter vivos* a título lucrativo realizados por uno de los cónyuges son nulos

de pleno derecho (art. 237). Tampoco la sustracción del inmueble consorcial al uso como residencia habitual de la familia podría ser decidida unilateralmente por uno de los cónyuges (art. 184).

Por otra parte, si los derechos sobre el mobiliario de la vivienda son bienes muebles comunes, aunque las normas del consorcio conyugal permiten al cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren disponer de ellos a título oneroso (art. 232), parece que para realizar actos de disposición voluntaria y para sustraerlos al uso común será necesario el consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial, por aplicación del art. 190, que es norma general e imperativa.

El consentimiento del otro se podrá otorgar antes, de forma coetánea o después de realizarse el acto dispositivo, y tanto de forma expresa como tácita. En otro caso, si el cónyuge no titular no quiere o no puede consentir, para la validez del acto se requiere autorización judicial. Se ha añadido que en ambos casos (si hay consentimiento del otro o, en su defecto, autorización judicial), con la enajenación voluntaria se extingue el derecho expectante de viudedad. Este supuesto de extinción legal del derecho expectante viene a completar, en parte, la lista de casos de disposición de bienes inmuebles con extinción del expectante contenida en el art. 280.

**B. Sanción del incumplimiento.** Dice el art. 190.2 que *cada cónyuge o sus herederos estarán legitimados para instar judicialmente la nulidad de los actos de disposición realizados por el otro sin el debido consentimiento o autorización en el plazo de cuatro años desde que los conoció o pudo razonablemente conocer, y, en todo caso, desde la disolución del matrimonio o la separación conyugal.*

La sanción del art. 190.2 no es la inoponibilidad del acto en cuanto afecta al derecho de uso del resto de la familia, sino la anulabilidad del acto mismo; se trata de una anulabilidad especial, la misma que regula el art. 1.301 en su ap. final, con el que coincide sustancialmente al señalar la forma de computar el plazo de los cuatro años (salvo en la referencia a la separación conyugal).

Nada dice este apartado de las consecuencias de, sin haber dispuesto, haber sustraído al uso común la vivienda o el mobiliario ordinario de la misma sin el debido consentimiento o autorización. Este acto entrañará un desacuerdo sobre la fijación del domicilio familiar y un incumplimiento del deber de contribuir a la satisfacción de las necesidades familiares, que permitirá al otro cónyuge instar del Juez la adopción de las medidas cautelares oportunas (art. 1.318.2 Cc.), y a cualquiera de ellos plantear al Juez, o si lo prefieren a la Junta de Parientes, su desacuerdo para que lo resuelva de manera definitiva (art. 184.3).

**C. Actos de disposición anulables.** El art. 190.1 especifica que la protección que suministra está referida a los actos de disposición “voluntaria”, no,

por tanto, a los supuestos de ejecución o enajenación forzosa (STS 18 febrero 1995: bastando para realizar dicho embargo, cuando la vivienda habitual o una parte indivisa de la misma pertenezca a uno de los cónyuges, con que se notifique la demanda o el embargo practicado al otro cónyuge ex art. 144.5 Rh.).

En todo caso, para que la norma pueda ser aplicable es preciso que el acto de disposición sobre la vivienda familiar o el mobiliario de la misma sea de enajenación o gravamen, incluida la constitución de hipoteca, que implique, o pueda implicar, la privación del uso y disfrute por la familia (lo que no ocurre, por ej., si se dispone sólo de la nuda propiedad, pero sí ocurre si se dispone sobre el derecho de arrendamiento); no son actos dispositivos los obligacionales, como la fianza personal, que sólo pueden repercutir sobre la vivienda mediante la ejecución forzosa (acto de disposición no voluntaria no incluido en el art. 190). Sólo los actos o negocios que comprometan de una manera directa e inmediata los derechos sobre la vivienda familiar pueden entenderse incluidos en el ámbito del art. 190 (STSJA 24/2017, de 28 noviembre, SAPZ, Sec. 4ª, 213/2017, de 9 junio).

Los actos de disposición por causa de muerte, en cuanto no sean pactos sucesorios con transmisión actual de los bienes al instituido (arts. 389 a 391), al tener su eficacia condicionada a la muerte del disponente, producirán sus efectos cuando el matrimonio ya se ha disuelto y la vivienda ha dejado de ser conyugal; no parece, de entrada, que la protección que a la vivienda familiar dispensa el art. 190 esté pensada para los actos de disposición por causa de muerte; no obstante, en Aragón hay títulos de disposición por causa de muerte, como el testamento mancomunado y los pactos sucesorios, que permiten la intervención de ambos cónyuges. Ciertamente, tras el fallecimiento del cónyuge titular, el resto de la familia parece tener derecho a seguir residiendo habitualmente en la misma vivienda; pero para conseguir este efecto no es necesario limitar las facultades de disposición por causa de muerte del cónyuge titular, puesto que por derecho de viudedad el cónyuge sobreviviente tendrá el usufructo de tales bienes.

Cuando la vivienda se tenga en arrendamiento habrá que tener en cuenta, junto a la regulación del art. 190, lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamiento urbanos.

*D. Adquirentes protegidos.* No procede la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar (art. 190.3). La protección que a la vivienda familiar dispensa el art. 190, no implica que el cónyuge titular de una vivienda privativa que quiera venderla deba justificar que no es la habitual de su familia, ni le impone que al tiempo de la disposición deba negar que tiene tal carácter si falta el consentimiento del otro o la autorización judicial (R.

DGRN 13 julio 1998). Establece únicamente que si la vivienda es la familiar, su disposición sin contar con el debido consentimiento o autorización es anulable por el otro cónyuge o sus herederos.

Ahora bien, cuando el disponente manifiesta que no constituye vivienda o mobiliario familiar, y, además, se trata de disposición a título oneroso a favor de adquirente que lo es de buena fe, es decir a favor de persona que desconoce y no ha podido conocer con una diligencia media el carácter de vivienda o mobiliario familiar, no procede la anulabilidad del acto de disposición. Ese adquirente queda protegido aunque se trate de disposición de vivienda o mobiliario familiar. La buena fe del adquirente no tiene su base ni en el Registro de la Propiedad ni tampoco puede tenerla únicamente en función de las manifestaciones realizadas por el cónyuge titular.

Para la inscripción registral de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges será necesario, como dice el art. 91 Rh., que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia. Pero la inscripción no impedirá anular el acto de disposición si el adquirente era de mala fe.

## 10. Los mandatos entre cónyuges

Hemos visto que, tradicionalmente en Aragón y ahora de conformidad con el art. 185, los cónyuges pueden celebrar entre sí todo tipo de contratos, incluidas las donaciones, con sujeción a las reglas del Derecho de obligaciones y contratos. Uno de esos contratos posibles entre los cónyuges es el de mandato, regulado en los arts. 1.709 y ss. del Código civil.

El art. 191, inspirado en el art. 1.439 Cc., dice que *a los mandatos conferidos entre cónyuges les serán de aplicación las reglas del mandato, pero el mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo que se haya dispuesto otra cosa, y no podrá nombrar sustituto si no se ha otorgado facultad para ello.*

La norma aragonesa introduce en las reglas generales del contrato de mandato dos excepciones: que el cónyuge mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo que se haya dispuesto otra cosa (que excepciona lo previsto en el art. 1.720 Cc.), y que no podrá nombrar sustituto (excepción al art. 1.721 Cc.).

Las dos excepciones son lógicas tratándose de relaciones entre personas casadas. La primera, que no exime de la obligación de rendir cuentas de la gestión sino exclusivamente del destino de los frutos percibidos y consumidos, se explica porque los frutos de los bienes privativos se hacen comunes en el régimen legal del consorcio conyugal y, en cualquier caso, se hallan afectos a la satisfacción de las necesidades familiares, por lo que si han sido consumidos hay que presumir que lo han sido en beneficio común. La otra



excepción se justifica porque muchas veces la encomienda de una gestión al cónyuge se hace no porque sea un profesional en la materia sino porque se tiene confianza en él y se quiere que sea él mismo quien la realice; la posibilidad de nombrar sustituto en este tipo de encomiendas no parece lo más adecuado.

En sede de régimen económico matrimonial de separación de bienes se distingue entre la gestión de bienes del otro con mandato expreso, con mandato tácito (sin la oposición del otro) y contra su voluntad (arts. 207 y 208). De manera similar, la distinción aparece también en sede de consorcio conyugal al regular la gestión de los bienes privativos (art. 243).

## 11. El derecho de viudedad

Para poner de manifiesto desde el principio que el derecho de viudedad es parte del Derecho de la familia matrimonial y una pieza importante de la economía de los matrimonios regidos por el Derecho aragonés, se ha incluido entre los efectos generales del matrimonio un artículo referido al derecho de viudedad, el 192, que dice así: *La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, con las consecuencias y la regulación contenidas en el Título V de este Libro* (arts. 271 a 302).

El derecho de viudedad es un elemento de la economía del matrimonio original, tradicional y característico de esta tierra, que se adquiere con el matrimonio, cualquiera que sea el régimen económico de éste, y por tanto como un efecto patrimonial derivado de su celebración.

Este criterio, acorde con el Derecho tradicional y vivido así en nuestros días armoniza con la declaración contenida en el art. 271 según el cual el derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen matrimonial, y con la referencia que hace el art. 205 a la conservación del derecho de viudedad también cuando resulta aplicable el régimen de separación, único caso en el que podría suscitarse alguna duda y en el que, naturalmente, cabe la renuncia a la viudedad si los cónyuges así lo desean (Preámbulo, núm. 16).

Durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como derecho expectante (art. 271.2) a favor de cada uno de los cónyuges sobre los bienes del otro y los consorciales (art. 279). El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad (art. 283.1).

## 12. El régimen económico matrimonial y los derechos de terceros

**A. El régimen paccionado.** Todo matrimonio tiene un régimen económico matrimonial, por ello entre los efectos generales del matrimonio se han incluido unas normas generales sobre la ordenación paccionada o legal

y la publicidad del régimen económico del matrimonio (art. 193), así como sobre la salvaguarda de los derechos ya adquiridos por terceros cuando se modifica dicho régimen (art. 194).

El art. 193.1 establece que *el régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges*. Tal norma es una aplicación del art. 185 que, como parte del principio de libertad de regulación, permite a los cónyuges regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes del matrimonio como durante el mismo, sin más límites que los del principio *standum est chartae*. La misma idea reitera el art. 197.1.

El efecto principal de las capitulaciones es desplazar, en todo o en parte, el régimen económico matrimonial legal o, en su caso, modificar o cambiar el régimen anteriormente pactado. Todo régimen pactado debe respetar los límites del principio *standum est chartae* (art. 3): a) que lo pactado no resulte de imposible cumplimiento; b) que no sea contrario a la Constitución; y c) que no sea contrario a normas imperativas del Derecho aragonés como las de los arts. 183, 184, 186 190 y 194 (art. 185.2).

Si antes de contraer matrimonio no se hacen capitulaciones, el régimen aplicable será el del consorcio conyugal que es el régimen legal supletorio aragonés. Si se hacen capitulaciones, en ellas se puede establecer el régimen que los cónyuges quieran, ya regulándolo directamente, ya remitiéndose a uno ya regulado por cualquier ley, tanto si es aragonesa, española o extranjera. Con posterioridad a la celebración del matrimonio, los cónyuges podrán modificar el régimen por el que estuvieran rigiéndose, y adoptar cualquier otro.

El Código aragonés sólo regula como régimen electivo el de separación de bienes (arts. 203 y ss.).

**B. El régimen legal.** Dice el art. 193.2 que, *en defecto de pactos en capitulaciones sobre el régimen económico del matrimonio o para completarlas en tanto lo permita su respectiva naturaleza, regirán las normas del consorcio conyugal regulado en el Título IV de este Libro* (arts. 210 a 270).

La regulación de un régimen legal supletorio de primer grado es algo necesario porque todo matrimonio ha de tener un régimen económico, tanto para dar respuestas a su organización interna como para que los terceros sepan el tipo de responsabilidad y garantías que se generan cuando contratan o quedan relacionados jurídicamente con persona casada.

El régimen matrimonial aragonés de comunidad carecía de nombre propio con que designarlo y diferenciarlo. La nueva regulación del 2003 opta por el de "consorcio conyugal", siguiendo una práctica bastante extendida, que denomina asimismo "consorciales" a los bienes comunes. De esta manera, se pone de relieve la especificidad de este régimen matrimonial, que tiene sus propias raíces en los fueros más antiguos y una configuración doctrinal,

judicial y legislativa que le dota de un perfil propio entre los regímenes de comunidad limitada, como los de gananciales, que surgieron y se mantienen, puestos al día, en tantos países europeos (Preámbulo, núm. 19).

Con la nueva regulación el régimen legal aragonés ha dejado de ser de “muebles” y adquisiciones o ganancias y ha pasado a ser simplemente de consorciales. Los muebles ya no son llamados, por el mero hecho de ser muebles, a ingresar en el patrimonio común, y sobra, por tanto, la ficción de presumir como sitios (inmuebles) a los muebles que enumeraba el art. 39 Comp., que eran prácticamente todos los identificables y de algún valor, incluido el dinero. Con ello, el sistema adquiere mayor claridad, sin que, por otra parte, las consecuencias sean muy distintas de las que la Compilación previó con su rodeo.

El régimen matrimonial legal puede ser aplicado en dos circunstancias diferentes:

a) A falta de capítulos o cuando sean ineficaces, entonces se aplica en su plenitud.

b) En presencia de capítulos, para completarlos en tanto lo permita su respectiva naturaleza. Se trata, en todo caso, de completar lo válidamente pactado: si el pacto carece de lagunas y no necesita complemento alguno, el régimen legal queda enteramente desplazado. En cambio, si los esposos o cónyuges no han sido tan previsores, las capitulaciones pueden ser completadas con las disposiciones del régimen legal que se acomoden a la naturaleza del régimen pactado. Esta supletoriedad del régimen legal respecto de los pactados es una característica propia del Derecho aragonés que tiene una enorme trascendencia práctica.

El régimen económico matrimonial de separación de bienes (arts. 203 a 209) será aplicable *cuando así lo hayan acordado los cónyuges en capitulaciones matrimoniales* (régimen electivo), pero también *en todo caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otro régimen* (art. 203). Luego en estos últimos casos, el régimen de separación de bienes funciona como régimen legal supletorio de segundo grado.

**C. Publicidad del régimen económico matrimonial.** El art. 193.3 dice que *quienes, por razón de su cargo o profesión, intervengan en todo expediente matrimonial procurarán que se consigne en el Registro Civil el régimen económico de los contrayentes y les informarán previamente sobre las posibilidades y consecuencias en orden al régimen económico matrimonial de acuerdo con la legislación aplicable.*

Es una novedad de la regulación de 2003 la colaboración requerida en el art. 193 a quienes, por su cargo o profesión, intervienen en un expediente matrimonial. Como es sabido, el grave problema que para los derechos de los cónyuges y la seguridad jurídica de quienes con ellos se relacionan supone la indeterminación o ignorancia del régimen matrimonial aplicable a

aquéllos en razón de su distinta vecindad civil o de otras vicisitudes, ha sido señalado reiteradamente desde hace decenios, sin que se vislumbre una solución legislativa próxima. El art. 193 supone una aportación modesta que, si encuentra eco en la práctica, podrá servir para mitigar unos inconvenientes a los que sólo el legislador estatal puede hacer frente de manera directa y en su integridad (Preámbulo, núm. 16).

Se reconoce, con ello, que la regulación tanto del expediente matrimonial como de la publicidad del régimen económico matrimonial es competencia reservada en exclusiva al Estado. Pero la norma se formula en unos términos que dejan claro que no pretenden imponer ninguna obligación a quienes intervengan en todo expediente matrimonial, de manera que no hay invasión de competencias del Estado. Se dice simplemente por si encuentra algún eco, tanto en la práctica diaria como en el legislador competente que permanece ocioso. La aplicación de la satisfactoria regulación contenida en los arts. 58.6 y 60 de la LRC-2011, notablemente modificada en 2015, tendrá lugar con la completa entrada en vigor de dicha Ley (al escribir esto prevista para el 30 junio 2020).

**D. Derechos de terceros.** El art. 194 es el último del Título Primero y contiene la siguiente norma imperativa (art. 185.2): *La modificación del régimen económico del matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.*

La redacción del art. 194, que tiene como precedente un inciso del art. 26 Comp., coincide literalmente con la del art. 1.317 Cc., si bien dicha norma no se ha colocado entre las del Título II sobre capítulos matrimoniales sino que se ha convertido en una disposición del Título Primero de alcance, por tanto, más general.

Basta probar la anterioridad de los derechos, reales o de crédito, del tercero de buena fe a la inscripción o conocimiento de la estipulación, modificación, cambio o disolución del régimen matrimonial para que el nuevo régimen o situación no les perjudique (art. 60 LRc.-2011; STSJA 7 julio 2003). Siendo esto así no es necesario acudir a la rescisión de las capitulaciones matrimoniales, dado el carácter de acción subsidiaria que tiene la acción revocatoria (*vid.* STS 24 noviembre 1988 y las en ella citadas). Por lo demás, la responsabilidad legal que sigue pesando sobre los bienes del régimen modificado, en nada obsta a la validez de las capitulaciones, ni tampoco a la validez de las adjudicaciones realizadas tras la liquidación del régimen anterior.

El no perjuicio al que alude el precepto debe entenderse en el sentido de que los terceros que contrataron con los cónyuges o con alguno de ellos bajo un determinado régimen económico, tras la modificación o disolución o división y sustitución por otro o por una nueva situación, deben seguir contando con las mismas garantías que existieron en el momento de nacer

la obligación (*vid.* Ss. APZ 21 abril 1992, 15 junio 1999, 27 marzo 2002 y A. 17 julio 2000).

Disuelto el consorcio conyugal y hasta tanto no se divida la comunidad que continúa tras la disolución, el patrimonio común sigue respondiendo del pago de las deudas comunes contraídas con anterioridad (art. 252.1). Los derechos adquiridos por los acreedores privativos de los cónyuges tampoco se perjudican por la disolución del consorcio conyugal (art. 252.2).

*La división y adjudicación de los bienes del consorcio conyugal no modifica tampoco la responsabilidad por deudas que correspondía a los patrimonios privativos o al común. El cónyuge no deudor o sus herederos responderán solidariamente de las deudas comunes, pero exclusivamente con los bienes que les hayan sido adjudicados, aunque no se haya hecho inventario. Sin embargo, cuando dichos bienes no sean suficientes, responderán con su propio patrimonio del valor de lo adjudicado que hayan enajenado o consumido, así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes recibidos (art. 268.1 y 2).*

Como señala la STS 17 febrero 1986, para los arts. 1.317 Cc., 26 Comp. y ley 78 Fn. de Navarra, los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del estatuto patrimonial anterior ni por el establecimiento de nuevas pautas, siempre que los derechos hayan nacido en el momento del cambio, respecto de los cuales persistirá la situación originaria, con la responsabilidad consiguiente frente a las deudas que a los bienes gravaban; es incuestionable que la aplicación de este precepto veda todo posible éxito a la acción pauliana, siempre de condición subsidiaria por lo mismo que se asienta en el cardinal presupuesto de la imposibilidad de cobrar; sin echar en olvido el requisito de la anterioridad del crédito como hipótesis ordinaria, aunque no deban descartarse los nacidos con posterioridad a la enajenación impugnada si se demuestra que se llevó a cabo en consideración al crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia, como ya declaró esta Sala en S. 2 marzo 1981 (APTSJA 24 diciembre 1992).

La mujer interpuso tercería de dominio solicitando el levantamiento de los embargos sobre bienes a ella adjudicados en la partición e inscritos a su nombre en el Registro. Invocó el dominio de los bienes embargados, dominio acreditado con la escritura pública de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal, pero no se trata —dice el A. APZ 18 julio 2000— de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente consorciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial (arts. 12 y 86 Lrem.: 194 y 268), que no puede perjudicar en ningún caso tales derechos, y teniendo el marido facultades para obligar dichos bienes en el ejercicio de su profesión, era manifiesta la improcedencia de la tercería para liberar tales

bienes de las trabas a que están sujetos (en igual sentido, A. APZ 28 de marzo de 2006).

**BIBLIOGRAFÍA:** BAYOD LÓPEZ, Carmen: “Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés”, *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 10, 17 y 24 noviembre 1998), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 39-121; — “Efectos generales del matrimonio”, en *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 341-351; BIESA HERNÁNDEZ, María del Carmen: «De la familia del siglo XX a la familia del siglo XXI: cambios y permanencia», en *Cincuenta años de Derecho civil aragonés*, IFC, Zaragoza, 2018, pp. 177 a 212; CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGÓN: “El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón”, en VV. AA., *Regímenes Económico-matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial)*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, T. I, pp. 127-174. LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Comentario al art. 29 (muebles por sitios o viceversa) de la Compilación aragonesa”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. I, DGA., Zaragoza, 1988, pp. 724-743; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: “Comentario a los arts. 23 y 24 de la Compilación”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIII, vol. 1º: *Arts. 1 a 35 de la Compilación de Aragón y Ley de parejas estables no casadas* (Edersa, Madrid, 2000), pp. 363 y ss.; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*. Edición propia. Zaragoza, 2007, 414 pp.; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011; MOREU BALLONGA, José Luis, *Comentario al art. 23 (régimen paccionado y régimen legal) de la Compilación aragonesa*, en “Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón”, dirigidos por J. L. Lacruz, T. I, DGA., Zaragoza, 1988, pp. 605-613; RAMS ALBESA, Joaquín, *Comentario al art. 24 (contratación entre cónyuges) de la Compilación aragonesa*, en “Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón”, dirigidos por J. L. Lacruz, T. I, DGA., Zaragoza, 1988, pp. 614-637; SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo (ponente), GUTIERREZ CELMA, Gonzalo y CURIEL LORENTE, Francisco (colaboradores): “Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón”, en *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995; SAPENA TOMÁS, Joaquín: *La viudedad aragonesa, efecto primario del matrimonio*. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 28 de septiembre de 2001 y contestación de José Ignacio Jiménez Hernández, Zaragoza, 2001, 94 pp.; SERRANO GARCÍA, José Antonio: “El régimen económico matrimonial aragonés”, en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, pp. 3439-3488; — *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* ( J. Delgado, Dir., M<sup>a</sup> A. Parra, Coord.), 4<sup>a</sup> ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 281-309; SERRANO GARCÍA, José Antonio, con la colaboración de BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Familia*, Kronos Editorial, Zaragoza, 2019, pp. 185-225.

## §8. CAPÍTULOS MATRIMONIALES E INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS

Carmen BAYOD LÓPEZ  
*Catedrática de Derecho civil*

### 1. Los capítulos matrimoniales

**A. Concepto.** El Preámbulo del Código del Derecho foral de Aragón afirma que *Los capítulos son el instrumento en que, tradicionalmente, los particulares vierten sus pactos y determinaciones en orden a regular el régimen económico del matrimonio, hacer aportaciones en atención al mismo e incluso atender con efectos jurídicos a las más variadas incumbencias relativas a los derechos de los cónyuges y sus parientes en vida o para después de la muerte de alguno de ellos que pacta sobre la sucesión.*

Por su parte, el art.195 CDFA dispone que *Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones requieren, para su validez, el otorgamiento en escritura pública.*

En consecuencia, se denomina con el nombre de capítulos matrimoniales a la escritura pública notarial (*instrumentum*) en la que se establecen, modifican o sustituyen las normas que van a regular la economía del matrimonio (*estipulación capitular*) y cualesquiera otros pactos relativos a los bienes o la sucesión de los futuros o actuales cónyuges.

**B. Contenido.** *El régimen económico del matrimonio se ordenará por las capitulaciones que otorguen los cónyuges (art. 193.1 CDFA).*

En Aragón los capítulos matrimoniales no sólo tienen como contenido típico la determinación del régimen económico matrimonial. El art. 185 CDFA, con carácter general, dispone que *Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales.* Relaciones familiares que se concretan en el art. 195 al disponer que *Los capítulos podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurran a su otorgamiento sin más límites que el principio Standum es Chartae.*

La ordenación paccionada de la sucesión aparece también como contenido típico de los capítulos matrimoniales (arts. 195.1, 201 y 202 CDFA), y su adopción en los mismos ha venido posibilitando la estipulación de un *régimen familiar* creado en torno de la Casa aragonesa. Tradicionalmente, el titular de la Casa y su cónyuge instituían heredero de ambos al hijo/a que se iba a casar (o ya se había casado). Entre todos ellos, instituyentes e instituido y el cónyuge forastero (el que se casa con el heredero/a), establecían las reglas que gobernarán dicho patrimonio casal (cómo disponer de los bienes casales, de qué deudas respondían éstos, a quién pertenecían las adquisicio-

nes que se hagan en el futuro por alguno de los capitulantes), las causas de disolución del régimen o asociación familiar y las reglas de liquidación del consorcio familiar.

El negocio capitular no es sólo bilateral (la determinación del régimen matrimonial) sino que además puede ser plurilateral, como señalara la STS 5 junio 1901 *al lado de la sociedad conyugal se creó otra de distinta índole, ya se llame común, ya se llame consorcio familiar* (en este sentido SATZ 1 de junio de 1927; SATZ 3 de julio de 1961 y STSJA 29 septiembre 1992).

Todavía, y desde el punto de vista del *instrumentum*, las capitulaciones matrimoniales pueden adoptar un variado contenido: cualesquiera negocios susceptibles de ser otorgados en escritura pública (LACRUZ).

Por ejemplo, la estipulación de relaciones personales entre los cónyuges y otros otorgantes (vgr. Convivencia y asistencia en la Casa, exclusión o limitación de la viudedad —art. 272 CDFA.—); el establecimiento de negocios familiares patrimoniales (vgr. la dote —art. 201 CDFA.—, *donaciones propter nuptias*, pactos de ampliación o restricción de la comunidad —art. 215 CDFA—, acuerdos sobre la gestión del consorcio conyugal —art. 229 CDFA— ). E incluso, tal y como afirma la S JPII nº 2 de Jaca 22/12/1998: *pueden contener estipulaciones que sean ajenas al matrimonio: creación de derechos de crédito, y reconocimiento de deudas entre cónyuges, pactos sucesorios, e incluso estipulaciones que carezcan de contenido económico directo (el reconocimiento de un hijo, por ejemplo).*

**C. Los límites a la libertad de estipulación.** Las capitulaciones matrimoniales, en cuanto que son un pacto entre cónyuges (MOLINO), suponen una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, y por lo tanto están sometidas al límite general del *Standum est chartae* (art. 3 CDFA), como afirma con carácter general el art. 195 CDFA.

Entre ellos, y como ha señalado la jurisprudencia se encuentra la protección de los derechos de los terceros, ya que como se afirma en el art. 194 CDFA *La modificación del régimen económico del matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros*. En este sentido se pronuncia la APZ 9/12/1999.

**D. El idioma de los capítulos.** El art. 196 permite que los capítulos se redacten en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas aragonesas.

El fundamento de esta posibilidad se encuentra en el art. 7º EAA, desarrollado, en parte, por la Ley 3/2013, de 9 de mayo, de uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón, que establece, en su art. 21, *Instrumentos notariales*, que: *Los instrumentos notariales podrán redactarse en cualquiera de las lenguas propias o modalidades lingüísticas*



*de Aragón en los supuestos y con las condiciones previstas en la legislación civil aplicable.*

## 2. Antecedentes y regulación actual

LALINDE ABADÍA sitúa el término capítulos matrimoniales allá por el siglo XIV; si bien, el origen de los mismos (cartas nupciales, pactos, etc.) es tan antiguo como la propia historia del Derecho civil de Aragón.

En 1247, VIDAL DE CANELLAS hace referencia a los pactos matrimoniales, aunque no reciban tal denominación, en el Fuero *De Iure dotium* (VI, 3-3 y 6) que regula la economía matrimonial (lo que hoy llamaríamos régimen económico del matrimonio) y afirma que dicha regulación es supletoria de la voluntad de los particulares: «*empero, en cada caso de los anteditos, si en tiempo de bodas sobre aqueillas cosas otro paramiento fizieron, aqueil paramiento debe ser tenido*».

La regulación de los capítulos en Aragón ha respondido siempre a la tradición aragonesa y al *principio Standum est Chartae*.

El Apéndice de 1925, en los arts. 58 a 60, reguló de forma escasa e incompleta los capítulos matrimoniales. La regulación del Apéndice sólo tuvo en cuenta los capítulos otorgados en el ámbito de la familia extensa o patrivirolocal, de ahí que expresamente se refiriera a las capitulaciones que *se hayan otorgado por los padres u otros ascendientes de los cónyuges* (art. 58).

La Compilación, de forma más extensa, pero también incompleta, reguló las capitulaciones matrimoniales en los arts. 25 a 34. Esta regulación, tributaria del Código civil, necesitó en más de una ocasión de la aplicación supletoria del mismo, fundamentalmente en materia de capacidad de los otorgantes.

El CDFa, refunde lo previsto en ley aragonesa 2/2003 de 12 de febrero, y sin excluir la aplicación supletoria del Código civil (que no puede evitar) *tiene buen cuidado de incluir normas propias en todos los casos en que el hipotético recurso al Código era más claramente perturbador* (ap. 15 del Preámbulo) con lo que se consigue evitar la aplicación supletoria del mismo, puesto la regulación de las capitulaciones matrimoniales se presenta como una regulación autosuficiente.

Así lo afirma el punto 17 del Preámbulo al referirse a las principales novedades que se introducen en esta materia y que tienen que ver con la regulación de la capacidad y la modificación de los capítulos.

En todo lo demás, *su contenido coincide en gran medida con el de las normas derogadas, en ocasiones aprovechando su mismo texto, pero ha sido pensado de nuevo ... contrastándolo con los principios constitucionales, ... las enseñanzas de su aplicación por los jueces, la experiencia de los profesionales del Derecho y las sugerencias de la doctrina especializada* (Preámbulo punto 17 *in fine*).

### 3. Características y especialidades de los capítulos

Las capitulaciones matrimoniales presentan varias especialidades: su relación con el matrimonio, la pluralidad de sujetos que pueden intervenir en el otorgamiento y la pluralidad de negocios que puede albergar el *instrumentum*.

**A. Capítulos y matrimonio.** Característica principal de los capítulos es precisamente su relación con el matrimonio. No es que el matrimonio sea la causa de los capítulos, sino que es el presupuesto y base para la aplicación del negocio capitular: faltando el matrimonio las normas del régimen económico familiar o matrimonial no tienen sobre qué aplicarse. Es más, si el matrimonio no se celebra o celebrado se anula o se disuelve, no es que los capítulos sean inválidos, sino que su contenido habrá quedado ineficaz (LACRUZ).

En razón de ello, los capítulos son un negocio de Derecho de familia, y respecto de los esposos o cónyuges no es posible la representación.

**B. Pluralidad de sujetos y pluralidad de contenido.** En los capítulos matrimoniales junto a los esposos o cónyuges pueden intervenir otros sujetos: los padres, tutores, fiduciarios, parientes o extraños que intervienen para dar o prometer algo a los contrayentes o cónyuges, complementar su capacidad (art. 199 CDEFA) o, tratándose de terceros, aprovechar el escritura pública de capítulos para contratar con ellos (vgr., el vendedor del piso que enajena la vivienda familiar a los cónyuges).

Esta pluralidad de sujetos y de negocios que pueden albergar los capítulos matrimoniales, no los convierten ni en un negocio complejo o mixto ni en un contrato plurilateral.

Desde el punto de vista del instrumento, los capítulos son plurinegociales y plurisubjetivos: la intervención de los terceros está en relación con el negocio jurídico que otorguen en la escritura capitular, así se deduce ahora del art. 200 CDEFA, que distingue entre la *modificación de las estipulaciones que determinen el régimen económico matrimonial* y la *revocación de actos y negocios patrimoniales celebrados entre los esposos o cónyuges con terceros*, si acaso dicho negocio, pero sólo entonces, lo hizo depender el tercero del régimen matrimonial que con posterioridad se modifica por los cónyuges.

De ello se deriva que, en principio, los diversos negocios jurídicos que se documenten en los capítulos matrimoniales no son correspectivos ni están vinculados necesariamente con el régimen económico matrimonial adoptado por los cónyuges. Para ello sería necesario que de forma expresa establecieran las partes dicha vinculación, o que el régimen económico fuera familiar, pues entonces las dotes y donaciones están, por regla general, vinculadas al mismo.

Desde el punto de vista del negocio, la estipulación capitular no es exclusivamente bilateral (régimen económico matrimonial) sino que puede ser plurilateral (régimen económico familiar).

*C. Caracteres del negocio capitular.* Los capítulos matrimoniales son un contrato normativo de tipo asociativo (BAYOD) y de ello se derivan los siguientes caracteres:

1. El negocio capitular no es un acto de disposición, sino un acto normativo de calificación jurídica: a través de él se calificarán los bienes que individualmente adquieran los cónyuges en consorciales o privativos; se establecerá sobre ellos, por obra de la ley, una determinada responsabilidad y llegado el momento se distribuirán entre los cónyuges.

2. Debido a su naturaleza, no es posible calificar el negocio capitular en términos de gratuidad, onerosidad o liberalidad (art. 1274 Cc.) y por ello el negocio capitular escapa a la disciplina propia de los contratos gratuitos, onerosos o liberales. Si bien, el negocio capitular sí se puede calificar de típico al estar previsto en la ley.

3. En razón de lo anterior, el negocio capitular goza de una causa neutra (terminología de ENNIO RUSSO) o legal (tipicidad para mí).

Los cónyuges, como dijera LACRUZ, actúan a través de una delegación que les proporciona el legislador: les faculta para estipular, modificar o sustituir su régimen económico matrimonial sujetos a las normas cogentes del sistema (arts. 3 y 385 CDEFA), pero al igual que sucede con la legislación delegada a ellos sólo les corresponde el ejercicio y no la titularidad de esta facultad, que la sigue conservando el legislador. Por ello, si los particulares no cumplen con los límites impuestos, se inaplicará el régimen pactado y se sustituirá por el previsto por el legislador: consorciales.

4. La titularidad de los bienes que corresponda a los cónyuges en función del régimen económico matrimonial adoptado se produce por obra de la ley (efecto real de los regímenes económicos), y al margen de la teoría general del contrato: escapa a necesidad de título y modo.

5. Al negocio capitular le es inaplicable el régimen jurídico del incumplimiento: resolución del contrato, puesto que no hay sinalagma; ni tampoco tiene cabida la rescisión contractual (SAPZ 24/7/2000), ya que el negocio capitular carece de un programa de prestaciones.

6. Debido a su importancia no sólo para los cónyuges sino en especial para los terceros están sometidas a un doble sistema de validez y oponibilidad: su otorgamiento debe constar en escritura pública (art 195.2 CDEFA.) y ésta, y sus modificaciones, ser inscritas en el Registro civil (art. 1332 Cc). Por carecer de efectos dispositivos su inscripción en el Registro de la propiedad no es posible por sí sola sino únicamente cuando contenga respecto a bienes

inmuebles o derechos reales determinados alguno de los actos a que se refieren los arts. 2 Lh. y 7 del Rh., pero no de otra manera (art. 75 Lh).

7. El principio de relatividad de los contratos (art. 1257 Cc) carece de aplicación respecto a los capítulos matrimoniales debido a su naturaleza asociativa y a la posibilidad de afectar a terceros ajenos al contrato. Los efectos del contrato, de los capítulos, son *erga omnes*.

#### 4. Forma

*Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones requieren, para su validez, el otorgamiento en escritura pública* (art. 195.2 CDFA); «requisito de forma que no tiene mero carácter de prueba, sino *ad solemnitatem*, sin el cual carecen de toda validez y eficacia jurídica» (S. JPI nº 2 de Zaragoza 3/6/1996).

Ahora bien, de la pluralidad de negocios que se pueden documentar en la escritura pública de capítulos, *¿cuáles de ellos requieren escritura pública como requisito de validez?*

En primer lugar, *la estipulación capitular sea ésta bi o plurilateral* (arts. 193, 195, 201 y 215 CDFA); *los pactos sucesorios* (arts. 201 y 202 CDFA en relación con los arts. 378 y 381.2 CDFA); *la dote* (art. 201 CDFA); *los pactos sobre la gestión del consorcio conyugal* (art. 229.1 CDFA); *los pactos sobre exclusión o limitación del Derecho de viudedad* (art. 272-1 CDFA) y *los pactos de ampliación o restricción de la comunidad* (art. 210-1 en relación con el art. 215 CDFA).

En relación con la necesidad de escritura pública, la SAPZ de 16/12/2011 afirma que el convenio regulador no es un medio de forma hábil para contener este pacto de ampliación o restricción del consorcio, ya que “En este caso existe una comunidad ordinaria sobre un bien que no integraba el activo del consorcio, pero que ha sido calificado de consorcial en el convenio regulador y adjudicado en plena propiedad a la esposa. Por lo que podrían hacerse dos potenciales planteamientos sobre esa división, a saber, uno si las partes quisieron aportar sus mitades indivisas al consorcio y el segundo si simplemente aprovecharon el proceso liquidador del consorcio, integrando aquel bien común pero no consorcial, en el proceso liquidatorio, poniendo fin a la comunidad. La primera posibilidad *debe rechazarse*. No solo porque *no se utilizase el requisito de forma ad solemnitatem que se exige para atribuir la condición consorcial, esto es escritura pública* (art. 29 de la Compilación; y 33 de la Ley 2/2003, hoy 215 CDFA) sino porque es difícil entender que fuese su voluntad de aportar al consorcio con ocasión de un acto liquidatorio del mismo” (FD2º).

Ahora bien, *escritura pública de capítulos* (en la que constan datos específicos sobre la familia, el matrimonio y el Registro civil —ENCISO—) *ad validitatem* sólo se exige para la estipulación capitular sea bi o plurilateral y para aquellos supuestos en los que de forma expresa lo determina la ley: *Los pactos de ampliación o restricción de la comunidad y los pactos sobre la viudedad, si en ambos*

casos son anteriores al matrimonio (arts. 215 y 272 CDFA) así como los pactos sobre gestión del consorcio (art. 229-1 CDAF).

## 5. Tiempo y eficacia de los capítulos

Como ha sido tradicional en Aragón (Observancia 58 *De iure dotium*) Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse y modificarse antes del matrimonio y durante el mismo, así lo establece el art. 197.1 CDFA.

*Si se otorgan antes del matrimonio, no producirán efectos hasta la celebración de éste, salvo que prevean un momento posterior para su eficacia* (art.197.2 CDFA).

En Aragón, no se establece un plazo mínimo para celebrar las nupcias (no se aplica el art. 1.334 Cc.), de manera que lo pactado en capítulos matrimoniales no caduca, simplemente no producirá efectos bien hasta que el matrimonio se celebre bien, habiéndose celebrado las nupcias, hasta el momento designado por los capitulantes.

Ello posibilita, respecto de los parejas no casadas, que *el régimen de convivencia y de derechos y obligaciones de la pareja estable no casada, pactado en escritura pública, adquiera el valor de capitulaciones matrimoniales, si así lo hubieran acordado expresamente en la escritura* (art. 308 CDFA).

La modificación de capítulos, entendida ésta como sustitución o modificación del régimen económico matrimonial, no se producirá sólo en virtud de un nuevo otorgamiento, sino que puede haber estado prevista en unos capítulos matrimoniales anteriores, al poder sujetarse el régimen económico matrimonial a término o condición (vgr. pactándose inicialmente un régimen de separación se podría establecer que a partir del nacimiento del primer hijo, el régimen fuera el legal).

Esta previsión, y la posibilidad de que la modificación tenga efectos retroactivos (siempre admitida en Aragón y prohibida en el Código civil), la establece de forma expresa el punto 3 del art. 197: *En cualquier caso, los otorgantes pueden someter la eficacia de las estipulaciones a condición o término o incluso darles efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros; y así se aplica por los Tribunales aragoneses* (STSJA 23/6/2004).

## 6. Sujetos. Capacidad

**A. Los capítulos matrimoniales son un negocio jurídico plurisubjetivo.**  
a) *Sujetos esenciales e imprescindibles de los capítulos.* Son los esposos o cónyuges, sin ellos no hay capítulos, su presencia ha sido siempre necesaria en Aragón (MOLINO, SESSE, LA RIPA). Uno de los esposos, como mínimo, es siempre parte de todos y cada uno de los negocios que se celebren en los capítulos, y ambos son sujetos imprescindibles del negocio capitular.

b)  *Junto a los cónyuges pueden intervenir otros sujetos.* Que por regla general no serán parte del negocio capitular, sino tan solo *otorgantes* de los capítulos y *partes* del negocio jurídico que celebren con alguno o ambos de los esposos.

La razón de su intervención puede ser muy variada: i) complementar la capacidad de alguno de los esposos, ii) establecer negocios de aportación a favor de alguno de los contrayentes (dotes, donaciones, sometiendo o no dicha aportación a vínculo y condición: vgr. la donación de una finca, o de un valioso jarrón, que se hace a la novia “a propia herencia suya y de los suyos”, de manera que, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, dicho bien será privativo de ella) o iii) reconocer como hijo a uno de los esposos. En ninguno de estos casos son parte de la estipulación capitular.

Los otorgantes no contrayentes pueden también ser parte del negocio capitular: entre ellos y los futuros o actuales cónyuges se pacta una *sociedad familiar* (arts. 195, 201 y 202 CDFa).

**B. Capacidad y matrimonio.** Las capitulaciones matrimoniales han sido tradicionalmente consideradas en Aragón como un contrato (MOLINOS) por ello, en principio, basta con la capacidad para contratar, que en Aragón se alcanza a los 14 años (art. 23 CDFa), si bien contando con la debida asistencia y no estando el sujeto incapacitado.

No obstante, en los casos de minoría de edad (menores de 18 años no casados) se exigió, además, capacidad para contraer matrimonio: Si el mayor de 14 años, pero menor de edad, no había obtenido dispensa, carecía de capacidad para capitular (art. 27 Comp. Arag.).

**C. La capacidad para capitular.** Desde el año 2003, el legislador aragonés abandona la vieja máxima que relaciona capacidad para capitular y matrimonio (*habilis ad nuptia, habilis ad pacta nuptialia*) puesto que, en orden a la validez de los capítulos, aun cuando el menor no esté emancipado, serán válidos si ha cumplido 14 años y cuenta con la debida asistencia (art. 199.1.a CDFa); si bien, los capítulos válidamente otorgados no desplegarán su eficacia hasta que el menor una vez emancipado (art. 46-1 Cc., aplicable directamente en Aragón) contraiga matrimonio.

A lo anterior se refiere el Preámbulo del CDFa cuando afirma que el legislador aragonés, en uso de su competencia, regula *ex novo* y de forma completa la capacidad para otorgar capítulos matrimoniales, ya que no sólo regula los supuestos de minoría de edad sino que atiende a otras situaciones en la que el estipulante se encuentre incapacitado o bien tenga limitada su capacidad de obrar.

**D. Capacidad para otorgar capítulos matrimoniales: la estipulación capitular y otros negocios.** El art. 199 regula la capacidad necesaria para

otorgar capítulos matrimoniales, esto es la capacidad que se requiere para *consentir las estipulaciones que determinen o modifiquen el régimen económico de su matrimonio*, este es el objeto de dicho precepto.

En razón de ello, el punto 2 del art. 199 advierte que *Los demás actos y contratos que puedan otorgarse en capitulaciones requerirán la capacidad que las normas que los regulan exijan en cada caso*. Por ejemplo, para ordenar su sucesión o aceptar la institución de heredero, el mayor de 14 años tendrá que ser también mayor de edad (art. 378 en relación con el art. 23 del CDFa).

El art. 199 no se aplica a los otorgantes que no intervengan en la determinación del régimen económico matrimonial. Su capacidad se someterá a las reglas generales. Establecido lo anterior, la capacidad que exige la ley para otorgar capítulos matrimoniales se sitúa en los 14 años y sin perjuicio de la asistencia prescrita en aquélla.

**E. Los mayores de 14 años menores de edad.** La regulación de la capacidad para capitular en atención a la edad es coherente con la regulación de la capacidad de las personas por razón de la edad en Aragón (arts. 4 a 33 CDFa).

En razón de ello distingue en legislador entre mayores de 14 años menores de edad y mayores de 14 años emancipados o mayores de edad. Si el mayor de 14 años es mayor de edad (art. 4.b CDFa) o bien está emancipado podrá otorgar capítulos matrimoniales por sí solo, sin requerir la asistencia prevista en el art. 199.

El menor de edad pero mayor de 14 años requiere un complemento de capacidad: *La asistencia debida (art. 23CDFa)*.

**F. Incapacitados.** El Código regula también la situación del incapacitado. Con buen criterio nada se dice de los concursados, puesto que éstos no están incapacitados: podrán otorgar capítulos matrimoniales sin intervención de los administradores judiciales. Las estipulaciones capitulares, en su caso, serán inoponibles a los acreedores en el sentido del art. 194 y 198 CDFa.

En la medida en que a los incapacitados también se les reconoce el *ius conubii* (art. 32 Const. en relación con el art. 56 Cc.) se debe regular su capacidad para capitular. A ello atiende el art. 199.1.b): *Los incapacitados necesitarán la asistencia de su guardador legal, salvo que la sentencia de incapacitación disponga otra cosa*. Como regla general, el incapacitado requiere de la asistencia de su guardador legal (bien sea el tutor bien sea el curador) salvo que la sentencia de forma expresa establezca otra cosa.

Nada se dice en este precepto de los pródigos: en Aragón la prodigalidad por sí misma no es una causa de modificación de la capacidad de obrar de las personas (art. 38-3 CDFa).

**G. Efectos de la falta de asistencia.** Su omisión, en los casos en que la misma resulta prescrita, hará los capítulos anulables (art. 29 CDFA).

Una vez celebrado el matrimonio, sólo el menor, ahora mayor de edad (art.4 CDFA), podrá ejercitar la acción en los plazos señalados en los arts. 1.300 y ss. Cc.

## 7. Modificación de las estipulaciones capitulares

**A. Modificación de capítulos: otorgantes y partes: ¿quiénes deben intervenir?** a) Los capítulos pueden ser objeto de modificación tanto antes como después del matrimonio.

Si los capítulos se otorgaron únicamente por los esposos, bastara con su consenso para que se lleve a cabo la modificación.

En el caso de que junto a los esposos o cónyuges hayan intervenido otros sujetos, surge la duda sobre si todos ellos, y en todo caso, han de intervenir en la modificación, o bien su intervención sólo se hace depender de su participación en el negocio modificado.

b) De estas cuestiones se ocupa ahora el art. 200 CDFA., que en esta materia, y como señala su Preámbulo, ha seguido la formulación de la doctrina aragonesa, que distingue entre partes de la estipulación capitular y otorgantes de capítulos: sólo quiénes hayan sido parte en la estipulación capitular deben intervenir en su modificación: *Tanto antes como después de celebrado el matrimonio, la modificación de las estipulaciones que determinan el régimen económico familiar requiere únicamente el consentimiento de las personas que están o han de quedar sujetas a dicho régimen.*

**B. Modificación del régimen económico matrimonial y los otorgantes de capítulos.** Esta situación no se regulaba de forma expresa en la Compilación. La doctrina (BAYOD) afirmaba entonces que la modificación del negocio capitular bilateral es de exclusiva competencia de los cónyuges, nadie que no sean ellos está llamado a intervenir en ella. Ahora bien, si alguna liberalidad concedida en capítulos (o fuera de ellos) se ha hecho depender de dicho régimen, evidentemente, el donatario podrá revocar su liberalidad, pero su *concurrencia* no será necesaria para la modificación de los capítulos.

Estas afirmaciones se recogen desde 2003 en el párrafo 2º del art. 200 CDFA que establece: *La modificación del régimen económico matrimonial permite la revocación de los actos y negocios patrimoniales contenidos en los capítulos y que se otorgaron en atención al régimen que ahora se modifica, a no ser que sus otorgantes presten el consentimiento a la modificación. El notario que autorice la escritura de modificación notificará su otorgamiento a los intervinieron en las capitulaciones matrimoniales que se modifican dentro de los ocho días hábiles siguientes. Sin per-*



*juicio de las responsabilidades a que hubiera lugar, la falta de notificación no afecta a la modificación.*

La revocación de los actos o negocios patrimoniales estará sujeta a los plazos que para su ejercicio establezca el Código civil, aplicable a esta materia de forma supletoria. Por lo que respecta a los pactos sucesorios de forma expresa remite el legislador aragonés al art. 401 CDFa.

## **8. Oponibilidad, inoponibilidad y publicidad de las estipulaciones capitulares**

**A. Planteamiento.** La posibilidad de modificar el negocio capitular requiere un sistema de protección a los terceros que hayan podido contratar con los esposos o cónyuges confiados en un determinado régimen económico, lo que se consigue a través de la *inoponibilidad* y *publicidad* de la modificación. A lo primero, se refieren los arts. 194 y 198 CDFa., a lo segundo, el art. 193.3 CDFa.

Con carácter general el art. 194 (*Derechos de terceros*) dispone que *La modificación del régimen económico del matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos adquiridos por terceros*. Este régimen se completa con la previsión del art. 198 (*Inoponibilidad a terceros*) al declarar *1. Las estipulaciones capitulares sobre el régimen económico matrimonial son inoponibles a los terceros de buena fe*. Obsérvese que la inoponibilidad, y por tanto la protección a los terceros de buena fe, no sólo se afirma de las modificaciones del régimen económico matrimonial efectuadas constante matrimonio, sino de toda estipulación capitular: también sobre el primer otorgamiento de capítulos.

**B. Los terceros protegidos. La buena fe del tercero.** Los terceros protegidos en el texto de la ley no son sólo los que contrataron con los esposos, sino también a todos aquellos que ostentan un derecho legítimo merecedor de protección legal, que se ve alterado por la modificación capitular. Así lo ha afirmado el TS en diversas sentencias, doctrina forense aplicable también el Derecho civil aragonés (cfr. Ss. TS 6 diciembre 1989 y 25 septiembre 1999).

Al tercero protegido se le exige que sea de buena fe y, según el párr. 2 del art. 198. *La buena fe del tercero no se presumirá cuando el otorgamiento de los capítulos matrimoniales conste en el Registro civil*. Con esta fórmula acoge el legislador aragonés la doctrina del TS que ha venido estableciendo la prioridad del Registro civil en materia de publicidad del régimen económico matrimonial, sin perjuicio de la prevalencia de la publicidad registral en materia de bienes inmuebles (STS 10/3/1998 A. del Presidente del TSJA 14/12/1999; A.APZ 17/7/2000; A. APZ 18/7/2000 y STSJA 7/7/2003).

**C. Requisitos.** La modificación del régimen económico matrimonial, desde luego válida, no es oponible a los terceros, si concurren las siguien-

tes circunstancias: i) derechos adquiridos que pueden ser tanto reales como de crédito, ii) El derecho ha de haber sido *adquirido* con anterioridad a la modificación o a la publicación del régimen, iii) El tercero ha de ser de buena fe.

**D. Efectos.** Cumplidos dichos requisitos, los terceros «*si conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge no deudor responde con los bienes que le hubieran sido adjudicados* (se había modificado el régimen legal por el de separación), *porque la responsabilidad real de la masa común no desaparece por el hecho de que le hayan sido adjudicados*» (A. Presidente TSJA 24 diciembre 1992, en el mismo sentido SAPZ 10 mayo 1994 y S.JPI nº 14 de Zaragoza de 8 de mayo de 2008).

En consecuencia, la modificación del régimen económico matrimonial no perjudica en ningún caso los derechos subsistentes que los terceros hubieran adquirido (arts. 194 y 198 CDFa en relación con el art. 144 Rh. y 268 CDFa).

Cuando la modificación del régimen económico es inoponible a los terceros, los capítulos en la que ha sido acordada, tiene una eficacia limitada, pero no son nulos ya que han cumplido los requisitos de validez y por ello guardan su carácter vinculante entre los cónyuges. Si bien, la modificación, no atañe a los terceros, que podrán actuar frente a los cónyuges como si su régimen fuera el legal (BAYOD).

Se trata, en todo caso, de evitar situaciones de fraude, «*sin que, para la subsistencia y efectividad de dicha garantía legal, sea necesario acudir a la nulidad o rescisión de las capitulaciones en las que la modificación se instrumenta*» (STS 25 septiembre 1999 y SS. APZ 10 mayo 1999; 21 febrero 1996; 12 abril 1997 y 25 febrero 1998, y SAPZ de 28 de marzo de 2001).

**E. Publicidad de los capítulos y sus modificaciones.** De forma directa (art. 149.1.8ª Const.) se aplican los art. 77 LRc. y 226 RRc. Si la modificación de los capítulos afecta a bienes inmuebles o derechos reales o bien alguno de los cónyuges es comerciante, también serán inscribibles los capítulos en los registros de la propiedad y mercantil (art. 75 Rh. y 87 RRm.).

No obstante, el CDFa hace referencia a la publicidad de los capítulos en el Registro Civil a los efectos de valorar la buena fe del tercero, art. 198.2 CDFa y también en el párr. 3 del art. 193: *Quienes por razón de su cargo o profesión, intervengan en todo el expediente matrimonial procuraran que se consigne en el Registro Civil el régimen económico de los contrayentes y les informaran sobre las posibilidades y consecuencias en orden al régimen económico matrimonial de acuerdo con la legislación aplicable.*

**F. Modificación de los capítulos e insolvencia punible: alzamiento de bienes.** El alzamiento de bienes se configura en el Código penal como

una forma de insolvencia punible no concursal que se caracteriza por la ocultación de los bienes del deudor generando un estado de insolvencia patrimonial: *Será castigado con las penas de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1. El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores* (art. 257 1. Cpen.).

El párrafo 2º de ese mismo precepto, regula un alzamiento específico con la finalidad de eludir un embargo, de manera que incurrirá en la misma pena: *Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

Según la doctrina (GONZÁLEZ CUSSAC) y la jurisprudencia (STS 593/2019, de 20 de febrero) este delito, se configura como “de mera actividad o de riesgo que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en sus bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor”, por ello “para la consumación del delito no es necesario que el deudor quede en una situación de insolvencia total o parcial, basta con una insolvencia aparente, consecuencia de la enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes o de cualquier actividad que sustraiga tales bienes al destino solutorio al que se hallen afectos” (STS 5664/2013, de 28 de noviembre).

En atención a ello, el TS en diversos fallos viene afirmando que la alteración del régimen económico matrimonial con la finalidad de ocultar bienes a los acreedores incide en el Derecho penal, pues «es claro que lo dispuesto en el art. 1.317 Código Civil, no impide que concurra el delito de alzamiento de bienes, si la escritura capitular fue el mecanismo utilizado para realizar el «acto de disposición» delictivo en perjuicio de los acreedores, a que se refiere el art. 257 Cpen.» (Ss. TS, Sala de lo penal, 23 octubre 2001, 14 febrero 2003 y 6 de abril de 2010).

## 9. Invalidez e ineficacia de los capítulos matrimoniales

En aplicación supletoria del art. 1.335 Cc., la invalidez de los capítulos se registrará, en lo que sean aplicables, por las reglas generales de los contratos y sus consecuencias no perjudicarán a los terceros de buena fe, ello supone que los efectos de la invalidez van a tener respecto de terceros de buena fe efectos *ex nunc* (BAYOD).

En consecuencia, los capítulos son nulos en los casos de (i) la falta absoluta de consentimiento o error obstativo, y (iii) falta de forma.

Serán anulables en los supuestos de (i) falta de asistencia cuando es necesaria (art. 199) y (ii) vicios del consentimiento (RAMS).

## 10. Instituciones familiares consuetudinarias

El art. 201 CDFA, a modo de cajón de sastre, y sin establecer regulación jurídica alguna, enumera lo que según su rúbrica son *Instituciones familiares consuetudinarias*.

En relación a las instituciones consuetudinarias que nomina el art. 201 podemos realizar las siguientes observaciones: (i) Se ubican en sede de régimen matrimonial paccionado porque tradicionalmente se adoptaban en capítulos, respondiendo tales instituciones al mantenimiento de la familia y de la Casa Aragonesa, (ii) no forman un elenco cerrado, sino *ad exemplum* (SAPENA), (iii) las instituciones mencionadas son muy heterogéneas, pero todas, *ad validitatem*, han de constar en documento público, (iv) han de pactarse de forma expresa (S. JPII de Monzón 13 septiembre 1997), y una vez pactadas, la costumbre tiene valor interpretativo y (v) el fundamento y los límites de estas instituciones es el *Standum est chartae*.

El art. 202 CDFA establece el modo de liquidar las comunidades familiares cuando no se haya estipulado la forma de su liquidación (SAPENA, MERINO). En estos casos los beneficios obtenidos con el trabajo común (que no los bienes aportados por los asociados, y mucho menos el patrimonio casal) se dividirán entre los asociados en proporción equitativa, conforme a la costumbre y atendidas las diversas aportaciones en bienes o trabajo, los beneficios ya percibidos, las causas de disolución y demás circunstancias". El objeto de aplicación de esta norma son las comunidades familiares (el acogimiento, el pacto sucesorio, etc.) en las que se estipula un régimen económico familiar (STSJA 5/7/1995).

**A. Hermandad llana.** Es un régimen económico matrimonial paccionado, que consiste en hacer comunes todos los bienes aportados por los esposos al matrimonio, así como los adquiridos constante el mismo por cualquier título, (con excepción de los bienes adquiridos a título lucrativo —herencia o donación— en el caso de que presenten algún vínculo). A la disolución del consorcio, los bienes pertenecen por mitad a cada consorte (o a los herederos de uno de ellos, si acaso la disolución ha sido por fallecimiento) y a salvo la *viudedad* del cónyuge superviviente. A falta de otras reglas, la administración, disposición de bienes, cargas y deudas se regirá por los arts. 218 y ss. CDFA.

El pacto puede ser universal, pero también particular: hermanarse en determinados bienes o en porcentaje: vgr. la mujer en el 40% y el marido en el 60% (LA RIPA).

**B. Agermanamiento o casamiento al más viviente.** No estamos ante una institución familiar sino sucesoria. La circunstancia de que se halle en esta sede, no es otra que la posibilidad de pactar en capítulos matrimoniales la

sucesión *de los contrayentes o de quienes con ellos concurren al otorgamiento* (art. 195 CDFA)

El agermanamiento es un pacto sucesorio de institución recíproca de herederos, regulado en los arts. 395 y 396 CDFA.

**C. Casamiento en casa.** Es aquella modalidad consuetudinaria de la viudedad foral por la que al contrayente que quedare viudo se le concede en las capitulaciones matrimoniales la facultad de volverse a casar con prórroga del usufructo viudal y comunicación del mismo al nuevo cónyuge, siempre que las segundas nupcias fueren convenientes a la casa y a la familia, consintiéndolas por ello las personas prefijadas en la misma (SAPENA), por regla general, los instituyentes o, a falta de ellos, la Junta de Parientes. El usufructo se pierde, si abandonan la casa.

En este sentido se pronuncia la SAPH 6/7/2010 al afirmar que: *“El casamiento en casa (al que alude el artículo 19 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad como institución familiar consuetudinaria, en cuyo caso se estará a lo pactado, y se interpretará con arreglo a la costumbre y a los usos locales) era, según la doctrina, una modalidad consuetudinaria de la viudedad foral por la que los instituyentes —o la junta de parientes— autorizaban, en capitulaciones matrimoniales, a volverse a casar al contrayente que quedaba viudo, con prórroga del usufructo viudal y su comunicación al nuevo cónyuge, siempre que las segundas nupcias fueran convenientes a la casa, según ya refleja acertadamente la sentencia de primer grado. No consta que la costumbre del lugar reconociera otro alcance al pacto de casamiento en casa”*.

**D. Acogimiento o casamiento a sobre bienes.** El acogimiento o casamiento a sobre bienes es el acto o contrato por virtud del cual una familia heredada, con hijos o sin ellos, recibe en su compañía a otro u otras familias de parientes o extraños, en el acto de constituirse o ya constituida, y con hijos o sin ellos, formando entre todos una comunidad familiar, que es a un tiempo sociedad de producción, de consumo y de ganancias, y en ciertos límites de sucesión mancomunada. Es una imitación del heredamiento universal de padres en favor de sus hijos (COSTA).

La doctrina (SAPENA, MERINO) señalan como elementos esenciales:

a) *Elemento personal*, formado por los acogentes y acogidos. Los primeros son un matrimonio o un viudo, que no tienen hijos o teniéndolos son ineptos para regir el patrimonio. Los acogidos son un matrimonio joven con hijos (o posibilidad de tenerlos), pues alguno de ellos será heredero de la casa. Entre todos pactan un régimen familiar, que es efecto del acogimiento (SAPENA).

b) *Elemento real*, el patrimonio casual, perteneciente a los acogentes y, en su caso, los bienes aportados por los acogidos. Estos bienes no son objeto de cotitularidad, sólo de disfrute y disposición conjunta.

c) *Elemento formal*: Se adopta en la escritura capitular.

A esta institución se refiere la SAPZ de 9/11/1998, para negar su existencia, entre otras cosas por no haberse cumplido los requisitos de forma. “... la pretensión reiterada por el recurrente de que se reconozca la existencia de un contrato verbal de «acogimiento o casamiento a sobre bienes» concertado entre los hoy litigantes, como acogidos, y el matrimonio formado por los padres de su esposa, como acogentes, lo que constituye la base fundamental de su recurso, debe ser rechazada toda vez que para que nazca a la vida jurídica dicha institución familiar consuetudinaria, a que alude el art. 33 de la Compilación se requiere, tal como resulta del propio contenido de dicho precepto, ubicado dentro del capítulo destinado a la regulación del régimen matrimonial paccionado, que dicho contrato se plasme en escritura pública de capitulaciones, al tener por objeto la regulación de relaciones patrimoniales entre matrimonios, siendo de su esencia la fijación precisa de los derechos y obligaciones de los contratantes. Que ello es así lo tiene establecido de forma unánime la doctrina científica y así se desprende también de los antecedentes históricos constituidos por los Proyectos de Apéndice de 1904 y 1924, que al tratar de dicha institución en sus arts. 309 y 71, respectivamente, hacían expresa referencia a la capitulación como forma esencial de dicha modalidad contractual. El simple hecho de que el apelante y su esposa viviesen desde el inicio de su vida matrimonial en la casa de los padres de aquella, en Fuentes de Ebro, adonde se trasladó desde Zaragoza donde vivió de soltero, y de que se dedicase al cultivo y gestión de las fincas de sus suegros desde entonces, resulta insuficiente para establecer la existencia de tal pretendida institución familiar, máxime cuando ni tan siquiera se acredita la realidad del pacto, ni su plasmación en la correspondiente escritura pública de capitulaciones”.

**E. Consorcio universal o juntar dos casas.** Más que de una institución que tenga vida *per se*, nos encontramos ante un resultado: se produce cuando dos casas distintas se unen, de los que resulta una comunidad de explotación y disfrute a la par que de previsión hereditaria de la unidad (SAPENA) y STSJA de 29/9/1992.

Las causas pueden ser: (i) un acogimiento, cuando los acogidos tienen casa propia; (ii) el doble heredamiento: se casan entre sí dos herederos de sus respectivas casas.

**F. Dación personal.** Al igual que en el caso del agermanamiento, nos encontramos ante un pacto sucesorio: el donado *se da* a una familia para ser asistido y atendido hasta el fin de sus días, a cambio nombra heredero, por ejemplo, al hijo del matrimonio que lo acoge, o al dueño de la casa acogente (SJPII Monzón 13 septiembre 1997).

La STSJA 5 julio 1995 se refiere al origen histórico de esta institución en los siguientes términos: “Tanto el acogimiento cuanto la dación personal traen origen del derecho canónico altomedieval, cuya finalidad no fue otra

que la necesidad de recibir amparo y cobijo de por vida. La persona que se acogía o donaba a una institución, eclesiástica en sus orígenes y familiar después, según el Derecho consuetudinario aragonés, (...) solía poseer escasos bienes y a cambio de ellos y de su trabajo pactaba ser asistido en todo lo necesario hasta el fin de sus días, comprometiéndose a trabajar para la casa y hacienda que le recibía y dando con carácter irrevocable su pequeño peculio o patrimonio del que podía detraer una pequeña cantidad que quedaba a su libre disposición para distribuirla posmortem o post obitum por su alma o en lo que bien visto le pareciere. El "tión" no hacía sino permanecer en la casa y hacienda generalmente de sus padres, conservaba de por vida el derecho a permanecer en la casa trabajando a beneficio de la misma y recibiendo lo necesario para su vida hasta el fin de sus días. Instituciones estas que surgieron y se mantuvieron en la generalidad de los casos al amparo de la Casa que perpetuar o de un heredamiento que transmitir" (FD3º).

Respecto a los requisitos de forma, la SJPI de Fraga 4/5/1994, afirma la necesidad de que el este pacto conste en escritura pública, y la SAPH de 22 de febrero de 1995, seguida por otras, exige que el acogido ceda su peculio a la casa acogente; por ello la S.JPII de Monzón de 13/9/1999 niega la existencia del acogimiento en el caso de autos al afirmar "mal puede admitirse la existencia de una *dación personal* a la que se refiere la demandada, que supone la cesión de todo el patrimonio de la persona, soltera o viuda y sin descendientes, que pasa a insertarse en la familia a cambio de los cuidados que ésta se obliga a prodigar, cuando se mantiene un patrimonio inmobiliario propio" (en el mismo sentido SAPH 10/6/1998).

**G. La dote y firma de dote.** a) *¿Qué es la dote?* La dote es una aportación matrimonial de bienes que se efectúa a favor de uno de los cónyuges para que sea el otro el que los administre y goce de ellos con la consecuencia de que, a la disolución del matrimonio (o por separación), se ha de devolver el mismo bien (dote estimada), pues el aportante conserva su propiedad o su estimación (dote inestimada).

La dote no es una donación, sino la regulación de los derechos y deberes que median sobre determinados bienes que se llevan al matrimonio. No obstante tiene carácter lucrativo, y no oneroso (LACRUZ). Dichos bienes están sujetos al levantamiento de las cargas familiares, pero no responden por las deudas personales de los cónyuges, salvo que ambos hayan contraído dicha deuda de forma conjunta (LACRUZ).

b) *Firma de dote.* El derogado art. 30 Comp. definía la firma de dote de la siguiente manera: «Cada cónyuge puede otorgar dote o firma de dote al otro, reconociéndosela si es indotado o aumentando la que recibe».

Como afirma SAPENA el legislador asimiló la firma de dote a la dote romana proveniente del marido, sea como aumento de la aportada por la es-

posa o como dote única o en último término como garantía y aseguramiento. Esto mismo podemos seguir afirmando ahora.

**BIBLIOGRAFÍA:** BAYOD LÓPEZ, Carmen (2020): “De los capítulos matrimoniales” en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, dirigida por Carmen Bayod y José Antonio Serrano, ed. Tiran lo Blanch, pp. 637 a 654; (2018): “Comentario Título Primero, Efectos generales del matrimonio (arts. 183 a 194) y Título II. De los capítulos matrimoniales (arts. 195 a 2012) del Libro II Código del Derecho foral de Aragón”, *Código del Derecho foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y jurisprudencia*. Dirigidos por Jesús Delgado Echeverría. Coordinado por Carmen Bayod López y José Antonio Serrano García, ed. Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia y Justicia, Zaragoza, pp. 341 a 362; (2012): “De las capitulaciones matrimoniales” en *Manual de Derecho civil aragonés*. Conforme al Código del Derecho foral de Aragón, 4ª ed. Dirigido por Delgado y coordinado por Parra Lucán, ed. El Justicia de Aragón, pp. 311 a 327; (2007): “Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes”, en *ADC*, pp. 41 a 94; (2006): “Modificación de capítulos matrimoniales: Efectos retroactivos. (Comentario a la Sentencia del TSJA de 23 de junio de 2004)”, *RDCA*, XI-XII, pp. 235-255; (1995): *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, edit. Institución Fernando el Católico, DPZ, Zaragoza; (1996): “Las comunidades familiares atípicas y la aplicación a las mismas del art. 34 Comp. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de julio de 1995)”, *RDCD-II*, nº 2, pp. 131 a 151; COSTA MARTÍNEZ, Joaquín, *Derecho consuetudinario e economía popular de España*, Guara, Zaragoza, 1981; DIAGO DIAGO, Mª Pilar, “La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de los terceros en el Derecho Internacional Privado”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, LXII, Núms, 2067-68, 2008, pp. 2763 a 2787; MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (coordinador) (2007): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza; MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (coordinado) (2011): *Memento Experto Derecho Foral de Aragón*, Lefebvre; SEOANE PRADO, Javier (2017): «Tema 8. Régimen económico matrimonial. Capítulos matrimoniales» en *Derecho civil aragonés. Formación a Distancia 1 – 2017* (Director: Manuel Bellido Aspas), pp. 183 a 202; SERRANO GARCIA, J.A. y BAYOD LÓPEZ, C. (2019): *Lecciones de Derecho civil: Familia*, ed. Kronos, Zaragoza, pp. 186 a 226.



## §9. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES

Carmen BAYOD LÓPEZ  
Catedrática de Derecho civil

### 1. Caracteres y régimen jurídico

A. El CDFA regula en Título III del Libro Segundo el *régimen económico matrimonial de separación de bienes* que, como señala el Preámbulo, se perfila como i) un régimen completo: *las previsiones legales sobre el régimen de separación de bienes, se bastan así mismas cerrando el paso a la aplicación supletoria del Código civil* pues, en último término se aplicara en lo que proceda las normas del consorcio conyugal; y ii) supletorio de la voluntad de los particulares: *Si el régimen de separación de determinados cónyuges, acordado por ellos o consecuente a todo caso de disolución o exclusión del consorcio conyugal legal, no prevé determinadas consecuencias mediante pactos ni puede deducirse de los mismos, no habrán de producirse otras que las señaladas en este título.*

B. El art. 204 CDFA dispone: *El régimen económico de separación de bienes se registrará en primer término por lo convenido por los cónyuges en los capítulos que lo establezcan; en su defecto por las normas establecidas en el presente Título para este régimen y, subsidiariamente por las normas del consorcio conyugal en cuanto lo permita su naturaleza.*

Se configura así la separación de bienes regulada por el legislador aragonés como un régimen paccionado pero, a su vez, supletorio de la voluntad de los particulares. El legislador, al establecer la aplicación subsidiaria de las normas del consorcio conyugal al régimen de separación de bienes, cierra el paso a la aplicación supletoria del Código civil (SAPZ 24 de enero de 2005).

C. El régimen de separación de bienes se caracteriza por un dato negativo: la ausencia de comunidad de bienes, e incluso de cualquier participación de cada esposo en el resultado o actividad del otro (S. APZ 19 de mayo de 2003). Cada esposo gobierna y administra sus bienes, obtiene para sí sus ingresos y puede enajenar sus bienes libremente sin perjuicio, en su caso, de la viudedad del otro: *Salvo renuncia expresa, ambos cónyuges conservaran el derecho de viudedad* (art. 205-2 en relación con los arts. 192 y 271 y ss. CDFA). Todo ello, además, sin perjuicio de la responsabilidad los bienes de cada cónyuge al levantamiento de las necesidades familiares (art. 209 en relación con los arts. 187 y 189 CDFA).

### 2. Ámbito de aplicación del régimen: ¿cuándo tiene lugar?

*El régimen económico del matrimonio será de separación de bienes: a) Cuando así lo hayan acordado los cónyuges en capítulos matrimoniales. b) En todo caso de*

*exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otro régimen (art. 203 CDFA)*

El régimen de separación de bienes encuentra dos vías de aplicación: a través de la voluntad expresa acordada en capítulos matrimoniales o en defecto de tal voluntad, si no resulta de aplicación el régimen legal: bien porque se excluya bien porque se disuelva.

### **3. Contenido del régimen de separación de bienes. Titularidad y administración de los bienes propios**

*A. En general. En el régimen de separación de bienes, pertenecerán a cada cónyuge los bienes y derechos que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Así mismo corresponderán a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes (art. 205.1 CDFA).*

Como ya he señalado, el régimen de separación se caracteriza por la falta de patrimonio común: todos los bienes son propiedad del marido o de la mujer, ya los adquieran a título oneroso o gratuito tanto antes como después de celebrado el matrimonio, ya les pertenezcan a ambos en proindiviso.

En razón de ello, cada cónyuge administra, gestiona y dispone libremente de sus bienes, en este último caso, sin perjuicio de la viudedad, que conservarán ambos cónyuges, salvo renuncia expresa a la misma (art. 205.2 CDFA)

*B. Titularidad de los bienes. Presunciones.* Los bienes pertenecen a cada uno de los cónyuges. Pero debido a la naturaleza del matrimonio y a la vida en común que desarrollan los cónyuges, el CDFA establece en el art. 206 una afirmación seguida de unas presunciones para determinar la titularidad de los mismos.

*a) Con carácter general. La titularidad de los bienes pertenecerá a quien determine el título de adquisición (art. 206.1 CDFA). A falta del mismo, la ley establece una serie de presunciones iuris tantum para determinar la propiedad de los bienes.*

*b) Presunción de indivisión. Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges corresponde la titularidad de algún bien o derecho o en qué proporción, se entenderá que pertenece a ambos por mitades indivisas (art. 206.2 CDFA).*

Atiende el precepto a dos cuestiones diversas. Por un lado, a la determinación de la titularidad de los bienes: si no consta el título de adquisición (vgr. el contrato o la factura de compra en los bienes de consumo a nombre de alguno de los cónyuges), la ley atribuye a ambos la titularidad de los mismos proindiviso y a partes iguales (SAPZ de 19/5/ 2003).

Por otro lado, y partiendo de la premisa de que el bien es común ambos consortes, la duda versa sobre la proporción en que les perteneces e igualmente señala que por mitades indivisas.

c) *Los bienes muebles de uso personal o profesional.* La presunción de indivisión que establece el punto 2 del art. 206 presenta una excepción cuando se trata de bienes muebles de uso personal o profesional, pues sobre estos, aun cuando no conste el título de adquisición, y siempre que no sean de extraordinario valor, *se presumirá que pertenecen al cónyuge que los utilice.*

**C. La gestión de los bienes propios.** Como afirma la última proposición del art. 205.1 CDFa: *Corresponde a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes.*

Esta regla general cuenta con la posibilidad de que uno de los cónyuges, debido a la comunidad de vida que existe entre ellos, gestione los bienes del otro.

A ello se refiere el Código en los arts. 207 y 208, que distingue según la gestión se efectúe con o sin mandato expreso.

Al primer supuesto se refiere el art. 207: *Cada cónyuge podrá en cualquier tiempo conferir la otro mandato expreso para la administración de sus bienes, así como revocarlo, condicionarlo restringirlo.* Serán aplicables supletoriamente las reglas sobre el mandato del Cc. (art. 191 CDFa).

Por su parte, el art. 208 se refiere a la gestión realizada por un cónyuge sin mandato del otro, distinguiendo entre la gestión consentida y la realizada en contra de su voluntad.

En el primer caso, señala el art. 208.1 *el cónyuge administrador que gestiona los bienes del otro sin su oposición, tiene las obligaciones y responsabilidades de un mandatario, pero no está obligado a rendir cuentas de los frutos percibidos, salvo que se demuestre que los ha empleado en su beneficio* (cfr. art. 191).

Como señala LACRUZ MANTECÓN “todo el precepto se refiere a la administración de bienes, excluyéndose por tanto los actos de disposición (para los que se precisará mandato expreso —y posiblemente, poder—). Para el caso en que la gestión se efectúa sin conocimiento del otro cónyuge, hay supuestos (ausencia, enfermedad) en los que el cónyuge no titular está incluso obligado a actuar para que el interés de su cónyuge, y por tanto el interés familiar, no se vea perjudicado. En otros casos, la intervención del cónyuge puede ser precisa para evitar un daño, o se justifica por razones de oportunidad. Tales situaciones vendrían amparadas y legitimadas por la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato, sin embargo el 208.1 las somete al mismo régimen de mandato tácito. En estos casos hay que tener presente la obligación de información al cónyuge del art. 188, en cuanto sea posible”. Termina art. 208.1 señalado que: *El propietario de los bienes puede recuperar la administración de los bienes a su voluntad.*

El punto 2 del art. 208 atiende al supuesto de la administración que realiza un cónyuge sobre los bienes del otro en contra de su voluntad. En este caso, *el cónyuge administrador responderá de los daños y perjuicios que haya po-*

*didó ocasionar con su gestión pero de los mismos podrá descontar los lucros que el propietario haya obtenido con la gestión, responsabilidad que se deriva, como señala LACRUZ MANTECÓN del hecho de encontrarnos “ante una situación radicalmente distinta [a la del párrafo 1], que infringe la autonomía del otro cónyuge, careciendo el cónyuge infractor de título alguno que justifique y legitime su actuación, que tampoco ampara precepto legal alguno ni principio general del Derecho”.*

#### **4. Separación de bienes y vida en común. Responsabilidad por deudas. Los acreedores de los cónyuges**

*A. El uso común de los bienes.* La comunidad de vida entre marido y mujer que constituye el matrimonio (arts. 183 y 184 CDFa) conlleva la necesidad de que los bienes, aun siendo de propiedad individual, tengan un uso común y compartido.

Así sucede en relación a los bienes que componen el ajuar doméstico, que aun perteneciendo a uno solo de los cónyuges, tendrán un inevitable uso común.

Lo mismo acontece con la vivienda familiar, sin perjuicio de que sea esta propiedad de uno sólo de los cónyuges o el arrendamiento de la misma figure a nombre exclusivo de alguno de ellos.

En estos supuestos de bienes propios, pero destinados al inevitable uso común, pueden surgir dos cuestiones relevantes: i) en orden a la disposición de los mismos y ii) en relación a su depreciación o reposición: ¿cabe exigir algo al otro cónyuge?

a) Respecto a la primera cuestión, la disposición sobre el ajuar doméstico y los derechos sobre la vivienda familiar, encuentran solución en el art. 190 CDFa, que señala que tanto para disponer de ellos como para sustraerlos al uso común, será necesario el consentimiento del otro cónyuge o en su defecto autorización judicial (art. 190.1 CDFa).

La falta de consentimiento del cónyuge no propietario o en su defecto la preceptiva autorización judicial, le permiten a él o a sus herederos instar judicialmente la nulidad del acto de disposición en el plazo de 4 años, desde que conoció o pudo conocer la enajenación y, en todo caso, desde disolución del matrimonio o la separación conyugal (art. 190.2 CDFa).

No obstante, no procederá la anulación contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe cuando el disponente manifestó que no constituía vivienda o mobiliario familiar.

b) Se trata de establecer en qué medida el cónyuge que pone a disposición de la familia sus bienes tiene derecho a ser reintegrado por el uso o, en su caso, a que el destino de sus bienes al uso familiar sea tenido en cuenta como una contribución al levantamiento de las necesidades familiares. Esta

es, a lo que creo, la respuesta que se deriva del art. 187 CDFA: Una forma de contribución a las necesidades familiares consiste en la dedicación de sus bienes al uso familiar.

Ello también podría posibilitar que los gastos que pesen sobre los mismos (vgr. gastos de mantenimiento, reparaciones necesarias, y aun el pago del alquiler, de los bienes privativos aportados al uso familiar) puedan, tal vez, internamente repetirse sobre el patrimonio del otro cónyuge bien en la proporción pactada en capítulos bien, a falta de pacto sobre contribución, en la mitad por aplicación de los arts. 218. 1.a y 220 en relación con el art. 204 CDFA (BAYOD, MARTÍNEZ CORTÉS).

**B. El trabajo para la casa, una forma de contribución a la satisfacción de las necesidades familiares, pero no un supuesto de indemnización.** A diferencia de lo previsto en el Cc. español (art. 1438) así como en el Cc.Cat. (ar. 232-5) y en la Comp. Baleares (art. 4), en Aragón el trabajo doméstico para la casa no da derecho a obtener una indemnización por el mismo, sino que, por el contrario, la dedicación a la casa es una forma de contribución a la satisfacción de las necesidades familiares (BAYOD, MARTÍNEZ CORTÉS) y así lo han entendido también los tribunales de justicia (SAPZ 24/1/2005; SAPZ 20/5/2005 y SAPZ 24/6/2008).

Por lo demás, el art. 1438 Cc. en la actualidad no es aplicable de forma supletoria en Aragón, puesto que el art. 187 CDFA califica las atenciones al hogar y a los hijos como un medio de contribución a las necesidades familiares, sin derivarse por ello ningún tipo de indemnización al tiempo de la disolución. Con todo, a lo que creo, nada impide a los cónyuges pactar en capítulos una previsión semejante (art. 3 CDFA).

Vigente la Compilación, el régimen económico matrimonial de separación de bienes no estaba regulado en la misma, si bien, antes de recurrir a la supletoriedad del Código civil, era pertinente integrar este régimen a través de las normas del régimen legal previsto en la Compilación, tal y como establecía el art. 23.2. Con todo, al ser un régimen paccionado, y no estar regulado en la Compilación, en la práctica se interpretó que el régimen de separación pactado era el previsto en el Código civil y por esta vía, el pacto, se daba entrada a la aplicación el art. 1438 Cc., siempre y cuando (*Standum est chartae*) no fuera esta norma excluida por la voluntad de los particulares (SAPZ 24/6/2008 y STSJA 26/2/2013).

Por último advertir que, a mi juicio, y frente a algunas opiniones que reclaman para Aragón una norma semejante al art. 1438 Cc., no es necesaria en nuestro Derecho; el CDFA, al igual que otras legislaciones europeas (vgr. Francia, Italia y Alemania), considera que el trabajo doméstico es sólo un medio de contribución al sostenimiento de las necesidades familiares y no un "título" que la atribuya a los cónyuges el derecho a una compensación

económica por el mismo y, como ya he advertido nada impide a los esposos o cónyuges pactar en capítulos matrimoniales tal pretensión.

**C. Separación de bienes y derecho de viudedad.** El art. 192 CDFa afirma con carácter general que *El matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre los bienes del que primero fallezca* y el art. 205.2 CDFa declara que *salvo renuncia expresa, ambos cónyuges conservarán el derecho de viudedad*. El legislador aragonés cierra así el paso a ciertas dudas forenses (cfr. voto particular del Presidente del TSJA a la S. de 30/10/1996) sobre la compatibilidad de la viudedad con el régimen de separación de bienes.

En razón de esta compatibilidad habrá que tener en cuenta que la disposición de los bienes propios de cada cónyuge es en Aragón menos individualista ya que habrá que contar con el derecho expectante del otro cónyuge (arts. 190, 280, 281 y 282 CDFa).

**D. Responsabilidad por deudas.** *El régimen de separación de bienes atribuye a cada cónyuge la responsabilidad exclusiva de las obligaciones por él contraídas, salvo en los casos previstos en el art. 189.* (art. 209 CDFa).

Establece este precepto una regla general: cada cónyuge responde de sus deudas con su propio patrimonio, ya que no hay bienes comunes.

Ahora bien, ello no significa que no existan deudas comunes, de estas (necesidades familiares del art.187 CDFa) evidentemente responde ambos cónyuges de forma solidaria, aun cuando la haya contraído uno solo de ellos: *Los cónyuges responden solidariamente frente a terceros de buena fe, de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares*. La contribución a las mismas la determina el art. 187-2 CDFa.

Las atenciones legítimas a la familia no son otras que las previstas en el art. 218.1. CDFa, referidas en el art. 187 y cuya responsabilidad frente a terceros es solidaria (art.189) por ello la SAPZ de 2/3/2000 afirma que la responsabilidad por deuda alimenticias de hijos no comunes que no conviven en la casa "en ningún caso puede ser reclamado al cónyuge no progenitor en los regímenes de separación absoluta en el que cada cónyuge tiene la exclusiva responsabilidad por sus deudas".

**E. El régimen de separación de bienes y los acreedores.** En el Derecho romano y en el estatal, a través de la llamada presunción muciana de pertenencia de los bienes al marido, trató de reprimirse el fraude del marido, que con la connivencia de su esposa, realizaba frente a sus acreedores. Una suerte de aplicación de esta idea contuvo el art. 1442 del Cc., que en la actualidad, se remite directamente a la legislación concursal.

La CADC, de forma voluntaria, como señalara MARTÍNEZ CORTÉS, no quiso introducir en la Lrem. una norma equivalente al 1442 Cc. que en aquél

momento regulaba dicha presunción, “por considerar que era un precepto extraño y ajeno a nuestro Derecho histórico”.

Con todo, MARTÍNEZ CORTES, afirmó que dado el alcance la ley concursal, el art. 78 de la misma podía ser aplicable en Aragón, y por esta vía dar entrada la presunción de donaciones.

En la actualidad, regula esta cuestión el art. 195 de Texto Refundido de la Ley concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal) que modifica la redacción del anterior art. 78, pero no su finalidad y alcance.

El art. 195 del Texto refundido de la Ley concursal dispone, bajo la rúbrica de *Presunción de donaciones*, lo siguiente:

1. *Si el concursado estuviera casado en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa activa, salvo prueba en contrario, que el concursado había donado a su cónyuge la mitad de la contraprestación satisfecha por este durante el año anterior a la declaración de concurso para la adquisición a título oneroso de bienes o derechos.*

2. *Si se acreditara que la contraprestación procedía directa o indirectamente del patrimonio del concursado, se presumirá, salvo prueba en contrario, la donación de la totalidad de la contraprestación.*

3. *Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando en el momento de la realización del acto los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho.*

En contra de la aplicación de este precepto concursal en Aragón se manifestó SORO DOMINGO al afirmar que el art. 78 de la Ley concursal (ahora 195 Texto refundido) tiene naturaleza civil y no mercantil.

Con todo, el art. 78 Ley concursal, ahora el 195 del Texto refundido, como en su momento el art. 1442 Cc., parecen regular la composición de la masa activa del concursado, de ahí que en la actualidad este precepto del Código civil (modificado por la LJV) afirme que “Declarado el concurso, serán de aplicación las disposiciones de la legislación concursal”.

## 5. Disolución y liquidación del régimen de separación

Al igual que el consorcio conyugal, el régimen de separación de bienes se extingue: i) por pasar a otro régimen matrimonial, ii) por disolución del matrimonio, iii) cuando sea declarado nulo o iv) medie separación de los cónyuges (art. 244 CDFA).

Llegado a este punto será precisa una liquidación, si bien restringida al pago de contribuciones o gastos comunes y a las compensaciones que procedan entre los patrimonios del marido y de la mujer.

**BIBLIOGRAFÍA:** BAYOD LOPEZ, Carmen (2016): “La (in)aplicación en Aragón del art. 1438 CC (Reflexiones sobre la jurisprudencia del TS en relación al trabajo doméstico) en *Indret*, N° 2, abril; (2016): “Reflexiones sobre la STSJA 12/2013 de 26 de febrero y el art. 1348 Cc.” en *RDCA-XXI-XXII*, pp. 199-231; (2012): “El régimen de separación de bienes” en *Manual de Derecho civil aragonés*, 4ª ed., pp. 329-334; (1997): “El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho”, *RDCA-III*, n° 2; LACRUZ MANTECÓN, Miguel (2020): “El régimen económico matrimonial de separación de bienes” en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, ed. Tiran lo Blanch, pp. 655 a 673; (2019): “Comentarios a los artículos 203 a 209 CDFa” en *Código del Derecho foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, pp. 363 a 371; (2004): “Régimen de separación de bienes” en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 144 a 152; MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús (2004): “El régimen económico matrimonial de separación de bienes”, en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 89 a 143; SORO DOMINGO, José Luis (2004): “El régimen económico matrimonial de separación de bienes”, en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 153 a 162. MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (coordinador) (2011): *Memento Experto Derecho Foral de Aragón*, Lefebvre; (2007): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, Zaragoza; SERRANO GARCÍA, José Antonio y BAYOD LÓPEZ, Carmen (2019): *Lecciones de Derecho civil: Familia*, ed. Kronos, Zaragoza.



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

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA  
y José Antonio SERRANO GARCÍA  
*Catedráticos de Derecho civil*

## 1. Régimen legal de comunidad parcial de bienes

El régimen económico matrimonial legal del Derecho civil de Aragón, actualmente llamado “consorcio conyugal”, está regulado en el Tít. IV, del Libro II, *Derecho de la familia*, del *Código del Derecho Foral de Aragón* (CDFA), arts. 210 a 270. En las legislaciones civiles españolas, hay régimen legal de comunidad de bienes en el Código civil (sociedad de gananciales), Derecho de Navarra (sociedad de conquistas), Derecho vasco (comunicación foral de bienes) y Fuero del Baylío (comunidad universal de bienes). En el Derecho catalán se regula la comunidad de bienes como régimen electivo. Salvo en el Fuero del Baylío, la comunidad de bienes es parcial. La regulación actual del consorcio conyugal aragonés es completa y autosuficiente, de modo que no está necesitada de la aplicación supletoria de normas de la sociedad de gananciales del Código civil.

El consorcio conyugal es un régimen matrimonial donde coexisten, o pueden coexistir, los bienes comunes con los privativos de cada uno de los cónyuges; es, pues, un régimen de comunidad parcial (no universal). El consorcio conyugal comenzará en el momento de la celebración del matrimonio si no se ha pactado otro régimen económico que deba surtir efectos desde el principio, o en el momento señalado en las capitulaciones matrimoniales o cuando se cumpla la condición o el término previsto a estos efectos en ellas; por otra parte, de conformidad con el artículo 197.3 CDFa, la constitución del régimen legal mediante estipulación capitular puede producirse incluso con efecto retroactivo.

Como en otros regímenes de comunidad parcial, los bienes comunes o consorciales (las adquisiciones o ganancias) existen como tales desde que ingresan en el patrimonio común, aunque no representen aún una ganancia en sentido económico, porque se debe todavía su precio o hay que reembolsar su valor al patrimonio privativo de donde proceden o existe un pasivo superior al activo. Por otra parte, producida la disolución, lo que se divide y adjudica por mitad o en la proporción pactada (art. 267 CDFa) son bienes determinados, objetos ciertos integrantes del patrimonio común, no el mayor valor o el aumento de valor de los patrimonios privativos: el consorcio conyugal es una comunidad de bienes, no de valores al estilo del régimen de participación en las ganancias.

## 2. La primitiva comunidad aragonesa de muebles y ganancias

A. *En los Fueros y Observancias del Reino de Aragón.* a) *En los Fueros.* Desde que lo conocemos, el Derecho aragonés establece entre los cónyuges una comunidad de muebles y ganancias o adquisiciones, de probable origen consuetudinario, con influencias del Derecho romano vulgar y de los principios cristianos, similar en sus rasgos esenciales (al menos, en la existencia de unos bienes comunes de los cónyuges) a la que, desde principios de la Edad Media, se va abriendo paso en muy diversos países europeos. No hay que olvidar, de otra parte, que en la Edad Media la comunidad entre cónyuges no da razón por sí sola de la mayor parte de las relaciones patrimoniales entre los casados. Son, más bien, las arras (el *Wittum* germánico, que obligadamente ha de aportar el marido) el centro del sistema originario; flanqueadas luego por la dote de la mujer (axovar cuando es constituido por sus padres), el *escreix* y la firma de dote.

En un principio, podría ocurrir que la comunidad excluyera tan sólo los inmuebles aportados al matrimonio: es decir, que fueran comunes todos los bienes adquiridos luego, incluidos los inmuebles que advienen por herencia o donación a uno de los cónyuges. Hay asimismo indicios (las “arras muertas” de la mujer franca y de la villana) de que la comunidad pudo comenzar con el nacimiento del primer hijo, y no con la celebración del matrimonio. Sin embargo, ambos extremos estaban definitivamente fijados en 1247 en la forma en que, en esencia, se practicó en los siglos posteriores: comunidad de muebles y ganancias (adquisiciones a título oneroso) desde que el matrimonio produce efectos.

Los inmuebles aportados y los adquiridos luego a título lucrativo por un cónyuge son de su propiedad exclusiva. No es de creer, sin embargo, que tenga la misma posición, respecto de ellos, la mujer que el varón, aun en ausencia de textos explícitos en la Compilación de Huesca: la idea de subordinación de la mujer al marido era tan propia de los Derechos germánicos como de la tradición cristiana. Ahora bien, en el texto de 1247 (Fueros *Ne vir sine uxore*) se subraya la equiparación de una y otro al menos en la disposición de sus inmuebles privativos, pues cada uno de los consortes necesita el consentimiento del otro para disponer de ellos.

Puede decirse, con LACRUZ, que el sistema más antiguo se basaba en principios tan sencillos como la dirección del marido, la disposición conjunta de los bienes y la capacidad de la mujer restringida al ámbito de la administración doméstica. El marido tiene una especial potestad sobre todos los bienes de la mujer, en cuya virtud los contratos celebrados por la mujer sin el asentimiento de aquél no afectan al patrimonio común, ni al propio que se encuentra bajo el poder del marido. Fuera del ámbito de la administración del hogar, la mujer no está legitimada para contratar ni para obligarse, y a lo más se le permite el aceptar donaciones simples y testar.

b) *En las Observancias*. En siglos posteriores, aunque nunca hubo ley que sujetara genéricamente a la mujer a la licencia marital (como las de Toro hicieran con la mujer castellana), la situación patrimonial de la mujer casada se deteriora. No por nuevas restricciones en el ámbito de su actuación independiente, sino limitando su intervención en las actuaciones de su marido. De la regla de codisposición de los Fueros *Ne vir sino uxore* se pasa a otra (Obs. de la misma rúbrica) por la que la enajenación de inmueble operada por el marido vale, si bien queda a salvo el derecho de viudedad que pueda corresponder a la mujer (origen del «derecho expectante»). Al tiempo, se considera al marido *dominus et administrador bonorum mobilium*, así como *administrador bonorum sedentium*, en cuyos conceptos puede enajenar tanto muebles como inmuebles, sin apenas límites efectivos al fraude de los intereses de la esposa; correlativamente, la responsabilidad de los bienes comunes por deudas del marido es muy intensa, en daño de los derechos de la esposa, a la que nunca le quedan salvos los bienes muebles. De este modo, la mujer no siempre es considerada como condueña actual de los bienes comunes, sino titular de una expectativa o de un derecho expectante (*non est domina, sed speratur fore*).

Otra Observancia (la Obs. 7.<sup>a</sup> *Declarationes monetatici*) sienta que en Aragón la mujer no puede tener bienes parafernales (por lo que no ha de pagar impuestos en razón de ellos), de modo que los autores razonan de los bienes propios de la mujer como si estuvieran constituidos en dote en el sentido romano: dote sobre la que escriben ampliamente en los moldes del Derecho común, por más que sus perfiles (los de la inestimada) sean realmente confusos en Aragón: por la mencionada ausencia de parafernales, el destino de los frutos de todos los bienes de los cónyuges al fondo común que el marido gestiona omnímodamente y los poderes genéricos de éste sobre todos los bienes uxorios.

**B. En el Apéndice.** Aflora en muchos autores, así como en el Apéndice de 1925 y aun en la Compilación (sobre todo, en su versión de 1967, arts. 48 a 51), un doble sentido de ‘consorcio’, ‘sociedad’ o ‘comunidad’ conyugal: en el estricto, se refiere a los bienes comunes; pero en el amplio abarca todos los bienes y derechos de los cónyuges (incluidos los propios del marido, los propios de la mujer y los dotales), todos los cuales se consideran “aportados al matrimonio”, por lo que es el marido su administrador. Estas últimas son precisamente las palabras utilizadas en el Apéndice de 1925 (art. 49: *El marido es el administrador y el representante, así en juicio como fuera de él, de la sociedad conyugal, sin que a la mujer le quede atribuido, salvo pacto en contrario, el manejo de bienes algunos en concepto de parafernales...*). Hay que reconocer a los redactores del Apéndice, al menos, el acierto de haber admitido los parafernales por pacto —cerrando de este modo una vieja polémica—; así como recordar, en su descargo, que la recepción de la licencia marital cas-

tellana (en último término, a través del art. 61 (derogado) del Código) era ya absolutamente inevitable.

También puede observarse en el Apéndice la concepción, heredera de las Observancias y de los clásicos aragoneses, de la comunidad como formada por una pluralidad de condominios “romanos”, por mitades sobre cada uno de los bienes inmuebles adquiridos constante matrimonio. Sin embargo — como ocurría ya con los textos de los Fueros y Observancias—, otros aspectos de su regulación presuponen la existencia de una masa de bienes o patrimonio separado y relativamente autónomo, sobre el que ambos cónyuges tienen derechos sin reflejo en cuotas determinadas. Este aspecto se subraya en la Compilación, como veremos.

El Apéndice plasma la amplia posibilidad de pactos entre cónyuges (art. 46), en particular el de “muebles por sitios” o “sitios por muebles” (art. 48, i.f.).

### 3. La comunidad de muebles y ganancias en la Compilación

*A. Comparación con la sociedad de gananciales del Código civil.* Cuando se redacta la Compilación aragonesa aprobada en 1967, el régimen legal del Código civil, siguiendo la tradición castellana, sigue siendo inmutable, rígido, presidido por normas de orden público, con prohibición de donaciones y contratos entre cónyuges. Sus normas, de otra parte, eran técnicamente muy deficientes y anticuadas. Es claro que el legislador aragonés no tuvo la menor tentación de redactar una especie de adaptación de la sociedad de gananciales del Código, ni se inspiró en sus preceptos. Tenía una propia tradición legislativa y doctrinal, que plasmó en preceptos de excelente factura, para cuya redacción se sirvió también de los mejores ejemplos y doctrina europeos de la época.

Todo lo anterior es obvio, pero conviene recordarlo pasados los años, en situación en que el Código civil ha sido reformado varias veces y contiene, desde 1981, una regulación de los regímenes matrimoniales de indudable calidad y sentido actual, mucho más cercana que la derogada a la de la Compilación aragonesa. Puede, desde 1975, capitularse después del matrimonio y se ha suprimido la prohibición de donaciones y contratos entre cónyuges. En general, ahora sus preceptos sobre determinación de los bienes comunes y los privativos, las relaciones entre los patrimonios y la responsabilidad por diversas clases de deudas se parecen más a las reglas aragonesa; así como determinadas innovaciones y expresiones se inspiran palmariamente en su texto (vgr., ‘aventajas’ del art. 1.406; art. 1.346.5º). Nada de esto impide que la comunidad legal aragonesa y la sociedad de gananciales del Código sean dos regímenes distintos, con indudables similitudes, pero no mayores que las que pueda tener cada uno de ellos con el régimen legal del código francés o del italiano.

**B. Fuerte influencia doctrinal en los textos legales aragoneses.** En el seno del Seminario de la Comisión Compiladora aragonesa, la influencia de su Director, el Prof. LACRUZ, acaso es en esta parte del texto donde se dejó sentir más directamente. De hecho, redactó la Memoria correspondiente a los bienes comunes y privativos así como muchos artículos del Proyecto del Seminario, mientras su discípulo G. ALBALATE elaboraba bajo su dirección una excelente tesis doctoral sobre el pasivo. Lacruz había investigado desde los años cuarenta, con método y resultados muy superiores a los entonces comunes, el régimen conyugal en los Fueros y Observancias, así como su desarrollo posterior y su naturaleza jurídica; mientras que, por su dedicación también al régimen de gananciales del Código, era considerado uno de los mejores especialistas españoles del Derecho de bienes en el matrimonio. Esta excelente base doctrinal ha dejado fuerte impronta en los textos legales aragoneses, el de la Compilación y el de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad que ha venido a sustituirlo en 2003.

**C. La presunción legal de muebles por sitios.** Desde el punto de vista de la política legislativa, en 1967 no se pretendió sino verter en moldes actuales la regulación multiseular, prescindiendo de lo accesorio y de algunas fórmulas tradicionales para mejor recoger su sustancia. Con esta finalidad se tomó una decisión que, discutida en su momento, el tiempo ha mostrado que fue un pleno acierto: la presunción de muebles por sitios (art. 39) a los efectos de excluir del consorcio los muebles de mayor importancia e identificabilidad (cuando no han sido adquiridos con cargo a bienes comunes).

Art. 39 Comp.: *A los efectos del artículo anterior [ser considerados como bienes privativos] se considerarán aportados al matrimonio o adquiridos como sitios, salvo pacto en contrario:*

*Primero. Las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras.*

*Segundo. Los vehículos y máquinas cuya titularidad debe constar en documentación intervenida por oficina pública.*

*Tercero. Los valores mobiliarios, las participaciones en sociedad y cuentas de asociación, los capitales colocados en negocios y los créditos consignados en documento público.*

*Cuarto. Los derechos de propiedad intelectual e industrial.*

*Quinto. Los archivos de familia, así como las alhajas, obras artísticas y demás objetos preciosos.*

*Sexto. El dinero aportado o adquirido cuya existencia conste por documento público, bancario o de institución de crédito o ahorro.*

Con esta presunción legal no se pretende sino volver a la composición que, en realidad, tenía la comunidad conyugal en los Fueros y Observancias: los bienes ganados constante matrimonio más algunos objetos muebles —como ajuar de casa, instrumentos de labranza y artesanía y, luego, unos pocos valores incorpóreos— cuya importancia económica era relativamente escasa. Dada la importancia muy superior que hoy tienen los bienes muebles

(vgr. dinero, títulos valores, propiedad intelectual e industrial...) en la composición de las fortunas, el mantener la literalidad de la vieja fórmula significaría dejar al azar de la concreta composición del patrimonio de los que se casan desplazamientos desequilibrados e injustos a la masa común, que así podría enriquecerse con todos los bienes —muebles— antematrimoniales de uno de los esposos al tiempo que respetaría totalmente las fincas heredadas por el otro.

En esta tesitura, cabía al legislador configurar una comunidad legal de gananciales, prescindiendo totalmente de los muebles como criterio de atribución al patrimonio común: así hizo el legislador francés por aquellas fechas (1965), respecto de un régimen legal histórico (de muebles y adquisiciones) de notable paralelismo con el aragonés; y tal fue la sugerencia del Informe del Colegio Notarial de Zaragoza y de los Registradores del territorio en trámite de información pública (1962). Pero se temió que el camino de la equiparación entre el activo de la comunidad castellana y la aragonesa pudiera llevar a las instancias madrileñas a imponer la aplicación total del Código civil. Para evitar este peligro, que hubiera supuesto una grave mutilación para el Derecho aragonés, se optó por mantener la configuración tradicional de comunidad de muebles y adquisiciones, pero excluyendo de la categoría de bienes muebles, a efectos de su atribución a la comunidad, a los más importantes. Se aceptó, pues, en sustancia, la fórmula propuesta (para el Proyecto del Seminario) por José LORENTE SANZ.

*D. La reforma de 1985.* Tras la proclamación constitucional del principio de no discriminación entre los cónyuges —y la reforma del Derecho de familia del Código civil en las dos leyes de 1981— era evidente la necesidad de modificar la regulación aragonesa de la comunidad legal, al menos en el aspecto concreto de la gestión, encomendada en 1967 preferentemente al marido. La reforma —y es el único caso en la Ley de 21 mayo 1985— se materializó en la redacción totalmente nueva del art. 42 y de los arts. 48 a 51; mientras que algunos otros retoques responden al principio de no discriminación por razón de filiación (art. 41) o a la existencia del divorcio vincular y la debida coordinación con algunos preceptos del Código (arts. 52 y 54; cfr. también arts. 55 y 59).

Ni se planteó ni era necesaria ni oportuna una revisión completa del régimen matrimonial legal (como había hecho, por el contrario, el legislador del Código civil en 1981 sobre la sociedad de gananciales). Más aún, el texto originario de la Compilación estaba calculado, hasta cierto punto, para que pudiera darse entrada en él a la igualdad entre los cónyuges cuando tal cosa fuera posible —se entendió en 1967 que no lo era entonces, pues la licencia marital constituía una exigencia del Código que se entendía impuesta en todos los territorios forales por el art. 12 (derogado) del mismo— sin necesidad de modificar el resto del sistema. En consecuencia, pudo lograrse en

1985 que los nuevos arts. 48 a 51 sobre gestión de la comunidad encajaran sin tensiones en el resto del sistema, que siguió constituyendo, tras la reforma, un todo armónico.

#### 4. El consorcio conyugal en (y tras) la reforma de 2003

La regulación que del régimen matrimonial legal hizo la Compilación de 1967 era, en aquella fecha, tanto por su sustancia como por su factura técnica, la más acabada de las vigentes en España. Siguió siéndolo tras la reforma del Código civil en 1981, que en algún punto se inspiró en las normas aragonesas.

El núm. 19 del Preámbulo del CDFA da cuenta de la incidencia de la reforma de 2003 (*Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad*) sobre el texto de la Compilación, así como de las principales novedades y rasgos definitorios de la actual configuración del consorcio conyugal, ahora contenida, tras la refundición operada en 2011, en el Título IV del Libro Segundo del Código aragonés (arts. 210 a 270).

El Título IV, *Del consorcio conyugal*, está dividido en cuatro Capítulos. El Primero se ocupa de los *Bienes comunes y privativos*, el II de las *Deudas comunes y privativas*, el III de la *Gestión del consorcio* (que separa en tres Secciones la gestión *De la economía familiar*, *Gestión de los bienes comunes* y *Gestión de los bienes privativos*) y el IV de la *Disolución, Liquidación y División del consorcio*, dividido a su vez en tres Secciones que tratan sucesivamente de la *Disolución del consorcio*, *La Comunidad que continúa tras la disolución* y la *Liquidación y División*.

**A. La reforma de 2003 completa y perfecciona el texto compilado.** La reforma de 2003 pretende, en esta materia, completar y perfeccionar la regulación de 1967, atender a algunos problemas surgidos al aplicarla, prever supuestos nuevos que ha traído el paso del tiempo y, en general, desarrollar conforme a sus propios principios consecuencias más explícitas, lo que lleva, especialmente en materia de disolución, liquidación y división, a una exposición más pormenorizada. En consecuencia, como dice la STSJA 16/2019, de 6 septiembre, el régimen económico matrimonial aragonés del consorcio conyugal se rige por las normas establecidas en el CDFA, y esas normas tienen “completud”, de forma que no resulta necesario ni conveniente hacer aplicación de preceptos del Código civil que regulan el régimen de gananciales.

Introduce la regulación, bastante completa, de *la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal* (actuales arts. 250 a 257 CDFA), que existirá hasta la división y adjudicación de los bienes del patrimonio común, cualquiera que haya sido la causa de la disolución, aunque con las tradicionales normas específicas para el caso de disolución por muerte (art. 253); en

cambio desde 2003 ya no existe la regulación de la especial “comunidad conyugal continuada” que había introducido, sin mucho éxito, la Compilación de 1967 (arts. 60 a 67).

*En el activo*, se mantienen los criterios para distinguir los bienes comunes de los privativos, se precisa con más detalle la categoría de los bienes patrimoniales de carácter personal, se introduce, como novedad, la “presunción de privatividad” (art. 213) y se regula con caracteres propios el “reconocimiento de privatividad” (art. 214).

**B. Llama consorcio conyugal al régimen legal aragonés.** El régimen matrimonial aragonés de comunidad carecía de nombre propio con que designarlo y diferenciarlo. La reforma de 2003 opta por el de «consorcio conyugal», siguiendo una práctica bastante extendida, que denomina asimismo «consorciales» a los bienes comunes. De esta manera, se pone de relieve la especificidad de este régimen matrimonial, que tiene sus propias raíces en los fueros más antiguos y una configuración doctrinal, judicial y legislativa que le dota de un perfil propio entre los regímenes de comunidad limitada, como los de gananciales, que surgieron y se mantienen, puestos al día, en tantos países europeos.

**C. Suprime la regla de comunicación de los bienes muebles.** Una de las decisiones de política legislativa más aparentes, aunque probablemente de escasas consecuencias prácticas, que ha adoptado el legislador en 2003 es la supresión de la regla de comunicación residual de los bienes muebles mantenida en la Compilación para los casos en que, por no ser bienes de los incluidos en su lista, no resultaba aplicable la presunción de muebles por sitios de su art. 39. Asumida por la Comunidad Autónoma la competencia legislativa exclusiva sobre nuestro Derecho civil, es claro que han desaparecido los motivos que llevaron a aquella ficción de presumir inmuebles a los principales bienes muebles para que pudieran ser considerados bienes privativos. El legislador de 2003 ha suprimido directamente la inapropiada regla de comunicación de los bienes muebles del art. 37.4º de la Compilación, lo que hace innecesaria también la presunción legal de muebles por sitios que contenía el art. 39 Comp. a efectos de excluirlos de dicha regla de comunicación.

Ahora los bienes muebles ya no son llamados, en ningún caso, a ingresar en el patrimonio común por el mero hecho de ser muebles. Serán bienes comunes si han sido adquiridos a título oneroso después del matrimonio, en las mismas condiciones que los inmuebles. Con ello el sistema adquiere mayor claridad, sin que, por otra parte, las consecuencias sean muy distintas de las que la Compilación previó con su rodeo.

Suprimida la presunción legal de muebles por sitios y la regla general de comunicación de los bienes muebles restantes, la vieja y entrañable fórmula



de “muebles por sitios” o viceversa del art. 29 Comp. deja de ser útil en su tenor literal, pero se conservan y potencian todas sus virtualidades, en particular recogiendo en el actual art. 215 su contenido principal: la posibilidad de los cónyuges de pactar en escritura pública la ampliación o restricción de la configuración legal del activo del consorcio conyugal.

## 5. Libertad para modificar la configuración legal del consorcio conyugal

*A. Régimen supletorio.* Rasgo definitorio y clave para entender y aplicar el régimen del consorcio conyugal es el papel predominante que en el mismo tiene la voluntad de los particulares, de manera que más puede considerarse subsidiario de ella que propiamente legal. El Derecho aragonés nunca consideró fundados los temores de otros legisladores desconfiados, que prohibieron las donaciones y contratos entre cónyuges y que solamente les permitieron capitular antes de celebrar su matrimonio. Los aragoneses han configurado en cada caso el contenido del patrimonio común y los privativos con total libertad, obligándose también entre sí y reconociéndose derechos actuales o futuros según su propio criterio.

De este modo, la comunidad de muebles y ganancias convive desde tempranos tiempos con otros regímenes, como la comunidad universal (*germanitas*, hermandad llana) y es configurada a su arbitrio por los cónyuges, previendo aportaciones con régimen específico, derechos viduales, cautelas y eventos sucesorios muy variados, que pueden implicar a personas distintas de los cónyuges y sus descendientes.

Con instrumentos de esta índole, bien se comprende que el régimen supletorio, por más que sea, verosímelmente, el vivido por la gran mayoría de los matrimonios, esta penetrado de la idea de aceptación voluntaria, más que de imposición del legislador; pues a los cónyuges esta abierta la posibilidad de modificarlo, poco o mucho, en cualquier momento en que les parezca adecuado. No es, por tanto, un régimen único en la práctica, ni inmutable, ni rígido en su estructura, ni dominado por la idea del Derecho necesario y las prohibiciones legales.

*B. Libertad de pactar la ampliación o restricción de la comunidad.* Una manera de configurar libremente el régimen legal de comunidad encontró cauce tradicional en las fórmulas de «llevar muebles por sitios», o la inversa, que la Compilación recibió en su artículo 29. El actual artículo 215 CFDA, sobre ampliación o restricción de la comunidad, recoge el contenido principal de aquél artículo, pero se ocupa además de indicar con claridad muchas de las consecuencias del principio general que el precepto encierra en otros lugares, como en la letra b) del apartado 2 del artículo 210 y en las letras a) y d) del artículo 211.

Dice el art. 215.1 CDFA que, *a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges podrán, mediante pacto en escritura pública, atribuir a bienes privativos el carácter de comunes o, a éstos, la condición de privativos, así como asignar, en el momento de su adquisición, carácter privativo o común a lo adquirido*. Como señala S. GASPAR, los cónyuges pueden ajustar por este cauce la aplicación de las reglas existentes a las circunstancias de su matrimonio, dando curso a ciertos intereses familiares (en alguna ocasión se ha usado para lograr o facilitar la inmatriculación del bien por la vía del art. 205 LH). Además de en escritura pública, estos pactos pueden formalizarse en convenio regulador o pacto de relaciones familiares aunque la DGRN suele poner dificultades para su inscripción registral (salvo en caso de vivienda en comunidad ordinaria).

Dos son, por tanto, las posibilidades: a) cambio de la condición de bienes ya adquiridos como comunes o privativos; b) atribución paccionada de la condición común o privativa a bienes que al ser adquiridos (ahora o en el futuro: J. DELGADO) no les correspondería tal condición. Ambas modalidades requieren acuerdo de los cónyuges que conste en escritura pública.

Añade el art. 215.2 CDFA que *salvo disposición en contrario, los pactos regulados en este precepto darán lugar al correspondiente derecho de reembolso o reintegro entre los patrimonios privativos y el común*. En efecto, si no se acuerda otra cosa por los cónyuges, la atribución de privatividad a un bien común (o de consorcialidad a un bien privativo) o la consideración como privativo de lo adquirido con bienes comunes (o viceversa) origina un derecho de reembolso (o reintegro) a favor del patrimonio común (o del privativo) por el importe actualizado de los bienes comunes (o privativos) empleados en la adquisición de bienes privativos (o comunes) (art. 226) para así restablecer el equilibrio roto. La gratuidad de la transmisión no se presume por lo que, salvo disposición en contrario, no será de aplicación el impuesto de donaciones (SS STSJA, Sala de lo C.A., de 24/1/2005, 7/10/2008, APZ 14/6/2016, 21/6/2009).

Y es que, como bien indica S. GASPAR, la obligación de los reembolsos o reintegros en estos pactos no solo interesa desde la perspectiva del equilibrio de los patrimonios conyugales sino, señaladamente, desde el punto de vista fiscal que, en caso de aportaciones onerosas a la masa común, cuentan con importantes ventajas impositivas (siempre que haya verdadera aportación al consorcio, que por esencia es duradera, y no un mero fraude fiscal): están exentas del ITP y AJD, así como de la llamada “plusvalía municipal” (arts. 45.I.b.3 RDLeg. 1/1993, de 24/9; 104.3 RDLeg. 2/2004, de 5/3). Por lo demás, la no exención de las atribuciones gratuitas a la masa común (y su tributación como donación del 50% del valor del bien aportado) es una interpretación de la Dirección General de Tributos pues las normas tributarias citadas no discriminan entre pactos onerosos y gratuitos.

Estos pactos son inscribibles en el Registro de la Propiedad, sin necesidad de hacer constar una causa específica de la atribución, porque —como dice

LACRUZ— los preceptos del Código civil que exigen una causa al contrato no rigen en Aragón frente a la «carta» (*standum est chartae*), porque si el legislador los ha regulado es por considerar que tienen una finalidad digna de protección, y, además, porque expresamente presume que no son atribuciones gratuitas. En cambio, para el art. 1.355 Cc. las RR. DGRN suelen exigir para practicar la inscripción la existencia de una causa; si bien en este último decenio admiten como causa el hacer constar que la atribución de ganancialidad es onerosa y se satisfará con el correspondiente reembolso al tiempo de la liquidación (RR. 16/10/1998, 17/4/2002, 20/2/2014; la STS 8/12/2015 habla de que tienen una *causa matrimonii*; *vid.* S. GASPAR).

El cambio de naturaleza de los bienes de los cónyuges no modifica la responsabilidad por deudas a que estuvieran afectos con anterioridad (*cf.* art. 268.1) y, por tanto, no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 194).

## 6. Naturaleza jurídica del consorcio conyugal

El problema de la naturaleza jurídica del consorcio conyugal se plantea, hasta cierto punto, de forma semejante al de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales del Código civil (o del Derecho francés, o del italiano), al menos mientras lo que nos cuestionemos sea, como suele hacerse, la naturaleza del patrimonio común (o de los bienes comunes, o de las titularidades sobre ellos). La cuestión no es gratuita ni irrelevante, sino que tiene, como todas las cuestiones teóricas bien planteadas, importantes consecuencias prácticas; la más obvia de ellas: ¿puede disponerse de —o pueden embargarse— mitades indivisas de los bienes comunes de los cónyuges?

Siguiendo al Prof. LACRUZ, puede decirse que la comunidad aragonesa pertenece al grupo amplio e impreciso de las que se denominan “en mano común” o “germánicas” (lo que nada tiene que ver, en realidad, con un supuesto origen “germánico” de la comunidad conyugal aragonesa), y se caracteriza por su estricto carácter personal y por constituir la masa común un patrimonio dotado de cierta autonomía, de modo que titular de cada uno de los bienes comunes no es una —inexistente— persona jurídica, sino ambos cónyuges, sin cuotas concretas.

Este consorcio sólo es posible entre cónyuges y por serlo; no es susceptible de ampliación voluntaria, ni las participaciones en él son alienables mientras dura (como no lo es el patrimonio en sí), ni embargables. Sólo son embargables los bienes singulares que lo componen (así ocurre también en el caso del art. 224).

La relativa autonomía del patrimonio común, destinado a la satisfacción de las cargas familiares, se manifiesta, sobre todo, en la atribución al mismo de la responsabilidad (*erga omnes* o *inter partes*) por determinadas categorías

de deudas, mientras que no responde de otras. El patrimonio común, sin ser un nuevo objeto de derecho (mucho menos un sujeto), puede entrar en relación de crédito (o de derecho real) con los patrimonios privativos de los cónyuges. En particular, puede ser acreedor o deudor de reintegros o reembolsos, debidos, en general, siempre que uno de los patrimonios se lucra sin causa a costa de los otros (vid. art. 226).

Titulares de los bienes consorciales —propietarios, acreedores, etc.—, puesto que no surge una nueva persona jurídica, son ambos cónyuges en mano común. Los diversos objetos no pertenecen proindiviso a los cónyuges, sino sin cuotas concretas: la cuota se determina por relación a la masa conjunta (habida cuenta también del pasivo). Pero ello no excluye que ambos cónyuges sean los propietarios de cada cosa —titulares, en general, de cada derecho—, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total.

La atribución de la condición de deudor de las deudas comunes responde a principios más complejos, pero, en cualquier caso, toda deuda común es también deuda personal de, al menos, uno de los cónyuges (que contrató, o causó el daño, o heredó la deuda, etc.).

Como se ha dicho, la indicada forma de atribución de las titularidades sobre los bienes comunes tiene dos consecuencias prácticas especialmente importantes y hoy, al parecer, ya no discutidas. En primer lugar, que los acreedores particulares de un cónyuge no pueden embargar mitades de bienes consorciales, como si tales mitades pertenecieran a su deudor, sino que embargan —dadas ciertas premisas— bienes consorciales en atención a la participación de su deudor en los bienes comunes (tampoco su participación, al menos mientras la comunidad no se disuelve, por su carácter personal). En segundo lugar, que los cónyuges y sus sucesores, mientras el consorcio no se liquida, no pueden disponer sobre mitades indivisas de bienes consorciales, ni inscribir así los inmuebles a su favor.

Tanto la regulación aragonesa de 1967 como la de 2003 está redactada partiendo de las indicadas premisas y manteniendo con plena coherencia sus consecuencias lógicas.

**BIBLIOGRAFÍA:** BIESA HERNÁNDEZ, María: “Bienes comunes y privativos”, en *25 años de jurisprudencia aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los Tribunales (1995-2019)* (Coords. C. Bayod y J.A. Serrano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 675-770; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* (J. Delgado, Dir., M<sup>a</sup> A. Parra, Coord.), 4<sup>a</sup> ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 335-346; GASPAR LERA, Silvia: «Bienes comunes o privativos por voluntad de los cónyuges en el régimen matrimonial legal de consorciales», *RDCA*, 2018, pp. 55-87; SERRANO GARCÍA, José Antonio, con la colaboración de BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Familia*, Kronos Editorial, Zaragoza, 2019, pp. 227-237.

## §11. LOS BIENES DE LOS CÓNYUGES

José Antonio SERRANO GARCÍA  
*Catedrático de Derecho civil*

### 1. El Capítulo sobre bienes comunes y privativos

El núm. 20 del Preámbulo CDEFA, que aquí nos limitamos a reproducir de forma algo resumida, nos informa de que en el Capítulo Primero dedicado a determinar qué bienes sean comunes y cuáles privativos (arts. 210 a 217), se mantienen, salvo lo dicho sobre los muebles, los criterios ya bien asentados en la Compilación, subrayando la libertad de los cónyuges de atribuir en todo momento carácter consorcial o privativo a los bienes que deseen y añadiendo reglas para casos muy variados que hasta la aprobación de la nueva regulación en 2003 tenían solución poco segura como, por ejemplo, las adquisiciones a título oneroso con precio aplazado o las indemnizaciones por despido, determinando su carácter consorcial en las condiciones en cada caso consideradas, en atención a la fuerte caracterización comunitaria que tiene el consorcio aragonés. La seguridad que proporciona el pronunciamiento directo por parte del legislador parece ventajosa, incluso en algún supuesto en que la opinión doctrinal contraria sería también defendible en ausencia de ley.

Correlativamente, puede decirse que los bienes adquiridos durante el matrimonio, distintos de los que tengan carácter personal, sólo son privativos —salvo voluntad distinta de los cónyuges— cuando se adquieren a título lucrativo y en determinados supuestos en que la adquisición está relacionada de algún modo con el patrimonio privativo, como el de la compra celebrada antes del matrimonio por precio aplazado pagado en parte con dinero privativo. Se mantiene, naturalmente, la categoría de los bienes patrimoniales privativos por su carácter personal.

Al objeto de hacer posible en la práctica una verdadera subrogación de bienes en el patrimonio privativo mediante utilización de dinero de aquella procedencia, se ha introducido una “presunción de privatividad” que permite la subrogación sin necesidad de que intervenga el cónyuge del adquirente. Pero se regula, asimismo, para los casos en que no pueda operar aquella presunción o se prefiera no acudir a ella, el reconocimiento de privatividad por el cónyuge del adquirente tanto en la manera de producirse como en sus consecuencias.

El capítulo se cierra con una precisión sobre bienes de origen familiar y con la formulación de la presunción de comunidad en términos sustancialmente idénticos a los que acuñó la Compilación, referida tanto a los bienes como a la procedencia de la contraprestación que, por su adquisición, se pagó.

Aquí nos ocuparemos primero de la presunción de comunidad (art. 217), después de la lista de bienes comunes (art. 210) y de la precisión sobre los bienes comunes de origen familiar (art. 216), para luego exponer la lista de bienes privativos de los arts. 211 y 212, pero dejando para el final la categoría de los bienes privativos por subrogación real para así poder relacionarla mejor con la presunción de privatividad (art. 213) y el reconocimiento de privatividad (art. 214). De la ampliación o restricción de la comunidad (art. 215) ya hemos tratado en el § anterior.

## 2. La presunción de comunidad

**A. Presunción doble. Naturaleza puramente fáctica.** El capítulo dedicado a los bienes comunes y privativos se cierra con la formulación, en el art. 217, de la presunción de comunidad en términos sustancialmente idénticos a los que acuñó el artículo 40 de la Compilación. En Aragón, la presunción de comunidad está referida tanto a los bienes como a la procedencia de la contraprestación que, por su adquisición, se pagó.

La primera presunción es una regla general universalmente aceptada en los regímenes de comunidad parcial (*cf.* arts. 1361 Cc., 88 Comp. N) según la cual *se presumen comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo, con arreglo a los artículos anteriores, no pueda justificarse* (art. 217.1 CDFA). Indica la STSJA 15/2019, de 5/7, que el principio de presunción de consorcialidad, sancionado ahora en el artículo 217.1 del CDFA, ha sido tradicional en la regulación aragonesa (en prueba de ello cita la STSJ de 25/11/1988, con referencia a la Compilación, la Observancia 16 «De jure dotium», y las SS. ATZ de 27/6 y 8/2 de 1915). Esta presunción elimina la necesidad de una enumeración de bienes comunes: lo son todos los no privativos. Por tanto, para que un bien sea privativo el interesado ha de probar que, de conformidad con las previsiones legales, le corresponde este carácter (SS TSJA 11/5/2005, 27/2/2006). En otro caso, lo normal es que el bien sea común con arreglo al art. 210.

Pero cuando la condición privativa o común del bien es confusa porque se desconoce el título, tiempo y el origen que sirvieron de contraprestación para su adquisición por parte de los cónyuges (J.I. MEDRANO), se presume que el bien es consorcial. La presunción de comunidad tiene *naturaleza puramente fáctica* pues sirve sólo para resolver en favor de la comunidad las dudas sobre el origen, la forma y las circunstancias de la adquisición de un determinado bien, que no se sabe a ciencia cierta si es privativo o común; no se aplica, en cambio, a las cuestiones o dudas jurídicas que las normas vigentes sobre qué bienes son comunes o privativos puedan suscitar en su aplicación a un bien concreto.

La segunda presunción de comunidad es la que facilita el juego del principio de subrogación real al desplazar la carga de la prueba y hacerla recaer sobre quien niega la subrogación. Dice así: *La adquisición de bienes de cualquier*

*clase a título oneroso, durante el consorcio, se considerará [se presumirá] hecha a costa del caudal común* (art. 217.2 CDFA).

**B. *Ámbito de aplicación. Destrucción.*** La presunción se aplica, durante la vigencia del consorcio, tanto en las relaciones entre los cónyuges como frente a terceros, tanto respecto de bienes como de derechos, reales o de crédito, incluso la posesión de un bien por uno de los cónyuges se presume coposesión de ambos. Todos los bienes y derechos de los cónyuges, por la sola pertenencia a uno de ellos, mientras no se pruebe que son privativos, se tienen por comunes interna y externamente: a los terceros o al otro cónyuge, para probar la condición consorcial de un bien, les basta con demostrar que es de titularidad de uno de los cónyuges, correspondiendo a éste destruir la presunción de comunidad probando que tiene carácter privativo por haber sido adquirido de alguna de las maneras previstas en los arts. 211 y 212, sin que basten meras conjeturas o probabilidades. La presunción deja de operar una vez disuelto el consorcio, aunque no se haya liquidado todavía.

Sirva como ejemplo de su aplicación entre cónyuges el caso de la STSJA 15/2019, de 5 julio: desde que los litigantes celebraron el matrimonio en el año 2009 la esposa convirtió en consorcial la cuenta corriente en la que constaba como única titular, pues ingresó en ella la nómina consorcial y la utilizó constantemente para atención de diversos gastos familiares; producida la disolución del matrimonio siete años después, para determinar si los 7.666,79 euros que había en dicha cuenta en el momento de la disolución eran finalmente parte del dinero privativo que había cuando se celebró el matrimonio o, por el contrario, era dinero consorcial, a falta de prueba que indique otra conclusión, prima el principio de presunción de consorcialidad.

Para la destrucción de la presunción de comunidad se precisa prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad (Ss. TSJA 25 noviembre 1998 y 11 mayo 2005). Tras la reforma de 2003 será suficiente con que se pruebe que se dan los requisitos para que opere la presunción de privatividad (art. 213) o que el otro cónyuge reconozca el carácter privativo de la contraprestación pagada (art. 214).

**C. *La presunción de comunidad y la subrogación real.*** Dice el art. 210.2.c CDFA que, *durante el consorcio, ingresan en el patrimonio común los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común*. Con la combinación de esta regla de subrogación y la presunción de comunidad de la contraprestación del 217.2 resulta que lo adquirido a título oneroso, durante el consorcio, por un cónyuge a nombre propio y para sí se presume pagado con bienes comunes y, si no destruye dicha presunción, aunque tenga la posesión del bien mueble (art. 464 Cc.) o haya inscrito a su nombre en el Registro de la Propiedad el bien inmueble adquirido, éste será común (y no privativo) por la regla de subrogación real del art. 210.2.c.

En realidad lo dicho por el art. 217.2 y la letra c) del 210.2 no es lo mismo, aunque sí son normas complementarias: una cosa es presumir que los fondos destinados a la adquisición de bienes, durante el consorcio, son comunes (art. 217.2), y otra conseguir que lo sean también los bienes adquiridos con ellos por un cónyuge como privativos, resultado que no se produciría sin una regla específica al respecto (art. 210.2.c): sin ella, el bien sería privativo del cónyuge adquirente que tendría, eso sí, la obligación de reembolsar a la masa común el valor de los fondos comunes empleados.

El juego de la subrogación real se facilita enormemente por la presunción de que la contraprestación pagada es común, de modo que un cónyuge no puede adquirir para sí, como privativo, un bien si no demuestra que la contraprestación es también privativa o que opera la presunción de privatividad. Salvo acuerdo en contrario de los cónyuges, no rige durante el consorcio el principio de que “lo que compré con tu dinero (mejor: con dinero común) es mío, y no tuyo (mejor: y no de los dos)”: la presunción de consorcialidad de la contraprestación y el principio de subrogación real prevalecen sobre la voluntad unilateral de un cónyuge. Si el bien es privativo por voluntad de ambos cónyuges, lo será, salvo si pactan otra cosa, con la obligación de reembolsar el importe al consorcio (art. 215.2 CDFa).

### 3. Sistema de doble lista de bienes. Patrimonio común inicial.

*A. Sistema de doble lista.* Aunque la presunción de comunidad del art. 217 hace que todos los bienes de los cónyuges se consideren comunes mientras no se demuestre que son privativos, haciendo con ello que la lista de los bienes que se consideran privativos tenga una gran trascendencia, es tradicional el sistema de doble lista de bienes (comunes y privativos), con mutuas interrelaciones y conexiones, de manera que hay que atender a lo dicho en ambas listas para decidir si un bien es común o privativo. Lo dicho en el art. 210 sobre los bienes comunes hay que entenderlo sin perjuicio de lo dispuesto para los bienes privativos en los arts. 211 y 212, y a la inversa.

La lista del art. 210 es mucho más larga y completa que la de su precedente en la Compilación, el art. 37. Ha desaparecido de él la regla que hacía comunes, en general, a los bienes muebles. Ahora se distingue, en apartados separados, los bienes que constituyen el patrimonio común al iniciarse el régimen (ap. 1) y aquéllos que ingresan en él durante el consorcio (ap. 2).

*B. Patrimonio inicial.* Al iniciarse el régimen, constituyen el patrimonio común los bienes aportados por los cónyuges para que ingresen en él y los que les son donados por razón del matrimonio con carácter consorcial (art. 210.1 CDFa). Como dice el Prof. DELGADO, ambos sucesos son excepcionales, de manera que es normal, desde la reforma de 2003 que suprime la regla general de



comunicación de los bienes muebles no afectados por la presunción legal de muebles por sitios, que al iniciarse el régimen no haya bienes comunes.

Tanto la aportación de bienes por los prometidos para que ingresen en el patrimonio común como la donación de bienes por terceros por razón de matrimonio y con carácter consorcial pueden contenerse en capítulos o fuera de ellos y han de realizarse conforme a las reglas de las donaciones, pero hay que especificar expresamente en ambos casos que son aportaciones o donaciones para que ingresen en el patrimonio consorcial. Sin esta especificación de la voluntad del cónyuge aportante o tercero donante, que puede plantear evidentes problemas de prueba, los bienes aportados al matrimonio por un cónyuge son bienes privativos suyos y las donaciones de terceros por razón de matrimonio son bienes privativos del cónyuge o cónyuges donatarios (*cfr.* art. 211.c CDFA). Decidir en cada caso concreto si ha habido o no una disposición expresa del *tradens* a favor del consorcio conyugal, es algo que genera una notable conflictividad judicial y para resolverla hay que estar a las circunstancias de cada supuesto (J.I. MEDRANO). S. GASPAR aborda los posibles perjuicios a acreedores y legitimarios, así como el tratamiento fiscal, de la aportación de bienes de un cónyuge al patrimonio común.

#### **4. Bienes comunes por disposición del donante o causante. Bienes comunes por pacto**

En la enumeración del art. 210.2 CDFA de los *bienes que ingresan en el patrimonio común durante el consorcio* se citan, en los dos primeros lugares, *los adquiridos por título lucrativo cuando así lo disponga el donante o causante* (letra a), y *los que los cónyuges acuerden que tengan carácter consorcial* (letra b). El causante ha de ser un tercero; pero la donación en favor del patrimonio común puede ser tanto de tercero como de los cónyuges o alguno de ellos. La letra b) es aplicación del art. 215. En ambos supuestos, como en los del art. 210.1, se necesita especificación expresa de la voluntad del donante o causante o de los cónyuges de que los bienes ingresen en el patrimonio común (SAPZ 14/2/2005).

#### **5. Bienes comunes por adquisición onerosa a costa del caudal común**

**A. Regla general, aplicable también a las adquisiciones con precio aplazado.** Según la letra c) del art. 210.2, *durante el consorcio también ingresan en el patrimonio común los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común* [lo mismo dice el art. 1347.3º Cc.]. *Si el precio ha quedado aplazado en todo o en parte, serán comunes, salvo que la totalidad del precio se satisfaga con dinero privativo.*

En el caso del 210.2.c los bienes no ingresan de modo originario en el patrimonio común, sino que llegan a él en sustitución (*subrogación real*) de otros

que ya eran comunes y han servido para adquirirlos, subrogación que se facilita por la presunción de que las adquisiciones a título oneroso han sido hechas a costa del caudal común (art. 217.2), como ya hemos comentado. No obstante, podrá probarse que la adquisición onerosa y a costa del caudal común ha originado la adquisición de un bien privativo por aplicación de alguna de las letras de los arts. 211 y 212 (por ejemplo, letras e, f, g o h del art. 211).

Desde la reforma de 2003, para resolver las dudas existentes con anterioridad, la calificación de comunes se aplica también, como regla, a las *adquisiciones a plazos*, tanto si se ha pagado todo el precio con fondos comunes, como si se ha pagado parte con dinero privativo, en este caso con derecho de reintegro a favor de ese patrimonio privativo; sólo el pago íntegro de todo el precio con dinero privativo (en su caso, no sólo el aplazado) hace que el bien sea privativo. En el sistema aragonés, tanto en las adquisiciones a plazo como en cualquier adquisición onerosa, el bien entero o es común o es privativo, no propiciándose la aparición de bienes en parte comunes y en parte privativos (comunidad compleja). Criterio distinto es el del art. 1.356 Cc. para las adquisiciones a plazos, y el del art. 1354 para las adquisiciones onerosas complejas.

**B. Especificaciones de la regla general.** a) *Contratos de arrendamiento.* Una primera especificación de la regla general del art. 210.2.c es la que indica que *ingresan en el patrimonio común los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio* (art. 210.2.i) por cualquiera de los cónyuges; estos derechos son bienes adquiridos a título oneroso (hay que pagar la renta) y a costa del caudal común, lo cual se presume (art. 217.2). La naturaleza consorcial de los derechos del cónyuge arrendatario, tanto entre los cónyuges como frente al arrendador, debería hacer que no fueran de aplicación las previsiones de los arts. 12.3 y 16.3 de la Ley de arrendamientos urbanos, como defiende el voto particular de la STSJA 14/5/2010 y la mejor doctrina (GARCÍA CANTERO, BAYOD LÓPEZ); sin embargo, la mayoría de la Sala ha entendido que el carácter consorcial del arrendamiento produce sus efectos dentro del matrimonio pero no para quien contrató con uno de los cónyuges (para él los derechos del arrendatario son privativos) y que, por tanto, no hay incompatibilidad entre la regulación aragonesa y la LAU, pues operan en ámbitos distintos perfectamente compatibles, de manera que el arrendador puede exigir que la subrogación se haga conforme al art. 12 LAU.

b) *Fundación de empresas y explotaciones económicas.* Como las adquisiciones a plazo, también *ingresan en el patrimonio común las empresas y explotaciones económicas fundadas por uno cualquiera de los cónyuges durante el consorcio*, salvo que sea totalmente a expensas del patrimonio privativo de uno solo de ellos (art. 210.2.j CDFa). El sistema aragonés intenta evitar la existencia de bienes en parte comunes y en parte privativos. Distinto es el criterio de los arts. 1347.5º y 1354 Cc.

c) *Acciones o participaciones sociales*. El art. 210.2.k CDFa especifica que también ingresan en el patrimonio común *las acciones o participaciones en sociedades de cualquier clase adquiridas a costa del patrimonio común, aunque sea a nombre de uno solo de los cónyuges; pero, en este caso, en las relaciones con el ente social, se estará a lo dispuesto en las normas [legales o estatutarias] porque se rija*. El art. 267.2.d CDFa establece, si se dan las circunstancias que previene, un derecho de adjudicación preferente a favor del cónyuge adquirente en la partición del patrimonio común. En la SAPT 11/10/2013 se dice que, aunque las participaciones sociales pertenezcan a la comunidad conyugal, el ejercicio de los derechos derivados de las mismas corresponde al copropietario que figure como socio, tal y como se desprende de los arts. 104 de la Ley de Sociedades Anónimas, 49 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 232 CDFa, y ello porque el hecho de ser cónyuge del socio, no atribuye al mismo dicha condición, sino únicamente el derecho a percibir los derechos económicos que se les pueda atribuir por las participaciones sociales derivadas de la cuota consorcial, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir respecto del otro copartícipe, que podrá ejercitar las facultades previstas en los arts. 228 y 241 CDFa.

## 6. Bienes comunes obtenidos del trabajo o actividad de los cónyuges

El art. 210.2.d CDFa recoge la regla tradicional de los regímenes de comunidad según la cual *ingresan en el patrimonio común los bienes que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad*. En primer lugar, de su “trabajo” o industria (cfr. art. 1347.1º Cc.) en sentido amplio (manual, intelectual, aficionado, etc.): salarios y honorarios (en metálico o en especie), propinas, donaciones remuneratorias, incrementos y ganancias obtenidos por los cónyuges; los créditos salariales son comunes aún antes de cobrarlos. Pero también los obtenidos de su “actividad”, no laboral o industrial, como lo adquirido por ocupación, especificación o usucapión, las ganancias en juegos de suerte o azar (cfr. art. 1.351 Cc.), las ganancias por razón de un delito prescrito, las derivadas de la invención o hallazgo, etc.

En particular, para aclarar posibles dudas, el art. 210.2.e CDFa añade que son comunes *las indemnizaciones concedidas a uno de los cónyuges por despido o cese de actividad profesional*. Son indemnizaciones que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad y nunca integran un derecho por razón de la persona; no cabe distribuir el “quantum” indemnizatorio en proporción al tiempo de trabajo de soltero y de casado, considerando privativo el primero y común el segundo (SS. TSJA 25/11/1998 y 24/5/1999; en contra: SAPZ (2.ª) de 8/7/2014). Si el despido o cese se produce con posterioridad a la disolución del consorcio, ninguna parte de la indemnización puede entenderse que tiene carácter común, como tampoco el salario que se cobre tras la disolución (SS. AP Zaragoza 13/4/1998 y 27/9/1999).

## 7. Frutos, rendimientos o beneficios obtenidos de los bienes comunes o privativos

**A. Frutos de los bienes comunes o privativos. Regla general.** Otra regla universal en toda comunidad de ganancias o adquisiciones es la que considera que *ingresan en el patrimonio común los frutos y rendimientos de los bienes comunes o privativos, así como el beneficio obtenido por las empresas y explotaciones económicas* (art. 210.2.f). Tanto los frutos naturales e industriales como los civiles se hacen comunes; si bien no puede afirmarse que la comunidad sea verdadera usufructuaria de los bienes privativos.

El legislador aragonés, al hablar de “rendimientos” y “beneficio obtenido” junto a “frutos”, da a entender que en la comunidad ingresan los frutos líquidos, es decir, deducidos los gastos de producción (art. 218.1.c), cualquiera que sea el título por el que han sido adquiridos por los cónyuges (propietario, usufructuario, arrendatario, poseedor, acreedor, etc.).

Como dice la STSJA 16/2019, de 6 septiembre, el apartado f) del artículo 210.2 del CDFA se refiere a beneficios, frutos o rendimientos, y no a un pretendido aumento del valor del negocio privativo, que el precepto no prevé en modo alguno: la sociedad de la que el marido era cotitular (30% de participaciones sociales) nunca repartió beneficios; no existen, por consiguiente, frutos en sentido jurídico, como algo separable del capital, y las hipotéticas ganancias no repartidas a que se refiere la parte recurrente forman parte del patrimonio de la sociedad, que los socios pueden dedicar a reservas o a otra finalidad; no puede el socio minoritario exigir el reparto de unos beneficios ni tampoco su cónyuge demandar por este concepto.

**B. Especificaciones de la regla general.** *a) Cantidades devengadas por pensiones.* Una primera aplicación de esta regla general contiene el art. 210.2.g CDFA que considera que *ingresan en el patrimonio común las cantidades devengadas por pensiones cuya titularidad corresponda a cualquiera de los cónyuges, salvo lo dispuesto en el art. 212.* Aunque las titularidades de pensiones de cualquier clase son siempre bienes privativos (art. 212.1.c), las cantidades devengadas por ellas durante el consorcio son frutos de los bienes privativos que se hacen comunes como regla (SAPZ 14/2/2005). Como excepción, son bienes privativos las cantidades cobradas en forma de pensión por el resarcimiento de daños y la indemnización de perjuicios causados a la persona de cualquiera de los cónyuges (art. 212.1.b) y las cantidades percibidas como pensión por uno de los cónyuges en concepto de beneficiario de seguros sobre la vida (art. 212.1.d).

*b) Plusvalías de los productos financieros.* Otra aplicación de la regla general es la contenida en el art. 210.2.h CDFA, según la cual *ingresa en el patrimonio común la diferencia positiva entre el importe actualizado del valor al ingresar en el patrimonio privativo y el que tengan al producirse el reembolso o disolverse el con-*

*sorcio conyugal* [plusvalía] *de los productos financieros cuya rentabilidad consiste en la plusvalía obtenida al tiempo de su reembolso, como los fondos de inversión acumulativos*. No se trata de frutos sino más bien de accesiones o incrementos de los bienes privativos, pero a su vez es una forma habitual de remunerar el dinero privativo que se invierte en estos fondos. Por esta última razón, el legislador aragonés ha preferido decir que estas plusvalías son comunes. El art. 300 CDFA contiene el régimen del usufructo de viudedad sobre este tipo de fondos de inversión.

## 8. Bienes comunes de origen familiar

Las consecuencias del ingreso de un bien de origen familiar en el patrimonio común de los cónyuges eran inciertas en el Derecho anterior. En la reforma de 2003 el legislador aborda el problema en el actual art. 216 CDFA y le da respuesta segura optando por una de las posibles alternativas: *Cuando por cualquier título ingrese en el patrimonio común algún bien procedente de la familia de uno de los cónyuges, se considerará que el bien ha salido de la familia de procedencia y que ningún otro bien o derecho ha adquirido por subrogación su condición de bien de origen familiar*. Así queda claro que tales bienes pueden ingresar en el patrimonio común como cualesquiera otros (por cualquier título), que en tal caso el bien sale de la familia de origen, por lo que sobre él no podrá haber recobro de liberalidades, sucesión troncal o derecho de abolorio, y que la pérdida de la condición familiar del bien no conlleva tampoco que el cónyuge por la línea de procedencia adquiera o conserve la condición familiar sobre otro derecho por subrogación real. No obstante, el derecho de adjudicación preferente previsto en el art. 267.2.a facilita que el bien pueda volver a la familia de origen, sin que por ello recupere la condición de bien de origen familiar perdida. *Vid.* la STSJA 31/2012, de 5 de octubre, que contiene interesantes consideraciones sobre el ingreso de un bien familiar en el patrimonio común ocurrido en 1966.

## 9. La lista de bienes privativos

La enumeración de bienes privativos es más necesaria que la de los comunes, por la presunción de comunidad de los bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse; se contiene en los arts. 211 y 212 CDFA, el primero titulado *bienes privativos* y el segundo *bienes patrimoniales de carácter personal*. En el art. 211, junto a bienes privativos sin relación con los comunes, hay otros que son privativos aún adquiridos con fondos consorciales y, por ello, constituyen excepciones a la regla general de subrogación real del art. 210.2.c; en tales casos, los bienes comunes empleados en su adquisición o producción sólo originan un derecho de reembolso a favor de la masa común. La doble enumeración de bienes comunes y privativos sirve, pues, para aclarar el sistema en su conjunto.

En el art. 212 se mantiene la categoría de los bienes patrimoniales de carácter personal, introducida por la Compilación y luego adoptada por otros legisladores (cfr. art. 1346.5° Cc.). En la nueva regulación se precisan con mayor detalle los bienes y derechos que entran en esta categoría, distinguiendo, cuando procede, entre la titularidad de los bienes y sus posibles rendimientos y señalando algunas consecuencias de los seguros sobre la vida (Preámbulo, núm. 20).

Los bienes adquiridos durante el consorcio conyugal, distintos de los que tengan carácter personal, sólo serán privativos cuando los cónyuges así lo acuerden o establezcan, cuando se adquirieran a título lucrativo y en determinados supuestos en que la adquisición está relacionada de algún modo con el patrimonio privativo de alguno de los cónyuges.

La reforma de 2003, además de suprimir la regla de comunicación de los bienes muebles y la presunción legal de muebles por sitios, ha introducido la presunción de privatividad, formulada en términos bastante estrictos, con la finalidad de hacer posible en la práctica una verdadera subrogación de bienes en el patrimonio privativo mediante utilización de dinero de aquella procedencia, y ha añadido también el reconocimiento de privatividad para cuando no pueda operar aquella presunción o se prefiera no acudir a ella.

## 10. Bienes privativos adquiridos antes del consorcio o por título anterior

**A. Bienes de los cónyuges al iniciarse el consorcio.** Ya sin distinción entre los bienes muebles o inmuebles, comienza el art. 211 CDFA diciendo que *son bienes privativos de cada cónyuge los que le pertenecieren* [tanto si son derechos reales o de crédito] *al iniciarse el consorcio*.

Todos los bienes o derechos, reales o de crédito, adquiridos por uno o ambos cónyuges antes de iniciarse el consorcio conyugal (incluida la vivienda familiar), tanto si los han adquirido a título gratuito (donación, herencia, legado) u oneroso (título y modo, para los derechos reales) y tanto si están ya enteramente pagados o falta alguna parte, son bienes privativos del cónyuge o cónyuges adquirentes (Ss. TSJA 29/11/1996, 27/2/2006). Si adquirentes son los dos, les pertenece el bien en comunidad ordinaria y sus cuotas respectivas son bienes privativos (*vid.* Ss. TSJA 29/11/1996 —con voto particular— y 28/9/2007). Los bienes donados a ambos esposos antes del inicio del consorcio son privativos, por mitad o en la proporción adjudicada a cada uno, salvo si el donante ha dispuesto que sean consorciales (art. 210.1 CDFA; *cfr.* 1.339 Cc.)

En su caso, la parte pagada durante el consorcio con fondos comunes (por ejemplo, para terminar de pagar la vivienda adquirida antes) dará lugar a un derecho de reembolso a favor del patrimonio común (*vid.* Ss. APZ 28/6/1999 y 18/3/2002). No obstante, si la totalidad del precio es satisfecha

con fondos comunes, queda la duda de si el bien así adquirido y pagado es común por aplicación de lo dispuesto al final de la letra b) del art. 211.

**B. Bienes adquiridos durante el consorcio en virtud de títulos anteriores.** En la letra b) del art. 211 se alude a una serie de supuestos en los que el bien o no llegó a ser adquirido antes de iniciarse el consorcio o se adquirió, pero de forma provisional o claudicante, o el bien se enajenó antes y se recupera ahora por la invalidez o ineficacia del título, o el bien comprado antes se ha pagado luego en parte con fondos comunes, etc.

Dice el art. 211.b que *son bienes privativos los adquiridos por usucapión comenzada antes de iniciarse el consorcio [y consumada luego], así como los adquiridos en virtud de títulos anteriores cuando la adquisición se consolide durante su vigencia [por ej., los adquiridos antes a carta de gracia que finalmente no hay que devolver, o los adquiridos antes bajo condición resolutoria que decae durante el consorcio; pero también los bienes recuperados o recobrados durante el consorcio por invalidez o resolución de contrato anterior, revocación de donación previa, recuperación del precio pagado por el bien adquirido a carta de gracia que luego se pierde, etc.] y los comprados antes con precio aplazado [en general, los adquiridos durante el consorcio (por *traditio*) cuando el contrato traslativo (título) se perfeccionó con anterioridad], salvo que la totalidad del precio sea satisfecha con fondos comunes.*

En el inciso final parece que caben tanto bienes adquiridos (título y modo) a plazo antes de iniciarse el consorcio como bienes simplemente comprados a plazo antes (título) y entregados durante el consorcio (modo). El bien es privativo si todos o al menos alguno de los plazos se pagan con dinero privativo. Hay regla especial para el caso de que la totalidad del precio sea satisfecha con fondos comunes: en tal caso el bien será común. En todo caso, se evita la situación de comunidad compleja (bien en parte común y en parte privativo), también cuando el bien sea la vivienda habitual de la familia (contra: 1.357 Cc.).

Art. 1357 Cc. *Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial. / Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354 [que establece una comunidad compleja en proporción al valor de las aportaciones gananciales y privativas].*

## 11. Bienes privativos por voluntad común

La posibilidad del acuerdo para atribuir a bienes comunes la condición de privativos como expresión de la libertad de autorregulación de los cónyuges aparece —como indica la STSJA 7/201, de 13 febrero— tanto en el art. 211.a) y d) como en el 215.1, precepto este último que formula el principio

general, como lo hacía el artículo 29 de la Compilación (Muebles por sitios o viceversa).

En efecto, dispone el art. 211 que son bienes privativos:

a) *Los que, durante el consorcio, ambos cónyuges acuerden atribuirles carácter privativo.*

d) *Los adquiridos en escritura pública a costa del patrimonio común si en el título de adquisición ambos cónyuges establecen la atribución privativa a uno de ellos.*

Ambas modalidades, de conformidad con el art. 215.1, requieren el acuerdo de los cónyuges y que conste en escritura pública; pero, como señala la STSJA 7/2019, de 13 febrero, en modo alguno puede considerarse que la firma por la esposa de la escritura en la que se expone que el esposo ha construido un edificio con recursos propios (expresión esta que no equivale a «recursos privativos» sino más bien a falta de financiación ajena), comporta una atribución del carácter privativo o un pacto por el que los cónyuges han querido dar carácter privativo al bien o un reconocimiento o declaración de privatividad. Y tampoco tiene ese significado la referencia que se hace en las escrituras a la renuncia al derecho expectante de viudedad que sobre lo vendido pudiera corresponderle. Por lo demás, de haberse producido la atribución del carácter privativo a un bien inicialmente común, daría lugar a un reembolso al patrimonio común.

En la segunda modalidad, el acuerdo ha de constar en el propio título de adquisición, por lo que también éste ha de formalizarse en escritura pública. Por otra parte, la segunda modalidad está limitada a las adquisiciones a título oneroso a costa del patrimonio común, pero la atribución de privatividad a favor de uno de los cónyuges dará también lugar, salvo disposición en contrario, al correspondiente derecho de reembolso a favor del patrimonio común (arts. 215.2 y 226.3.a CDFa).

## 12. Bienes privativos adquiridos a título lucrativo

Durante el consorcio la principal fuente de bienes privativos son las adquisiciones lucrativas o gratuitas. El art. 211.c CDFa dice que *son bienes privativos los adquiridos a título lucrativo* [por donación, herencia o legado], hay que entender que siempre que el donante o disponente por causa de muerte no haya establecido el carácter consorcial (art. 210.2.a). *Si hubieran sido adquiridos por ambos cónyuges sin designación de partes, corresponderán a cada uno de ellos por mitad* (contra: art. 1.353 Cc.), *y no se dará* [entre ellos] *el derecho de acrecer salvo que lo hubiera dispuesto el transmitente* [contra art. 637.2 Cc.] *o que, tratándose de una adquisición por causa de muerte, procediera según la regulación de la sucesión.*

Por aplicación del inciso final, en las donaciones hechas conjuntamente a los cónyuges no se dará entre ellos el derecho de acrecer salvo que lo hubiera



dispuesto el donante (contra: art. 637.2 Cc.). En cambio, si la liberalidad por causa de muerte se rige por el Derecho aragonés resultarán aplicables los arts. 481 a 483 CDFa, y habrá derecho de acrecer si, habiendo sido llamados los cónyuges conjuntamente a la totalidad de una herencia o legado o porción de ellos, alguno no quiere o no puede suceder, salvo que el disponente hubiera nombrado sustituto o excluido el derecho de acrecer o procedieran la sustitución legal o el derecho de transmisión regulado en el art. 387 CDFa.

*Art. 637 Cc. Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa. / Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.*

Los bienes adquiridos a título lucrativo con carga o gravamen (modo) son también privativos siempre que la carga sea una mera prestación accesoria o complementaria, y ello, aunque ésta se satisfaga con cargo a los bienes comunes, pero nacerá entonces el oportuno derecho de reembolso.

### 13. Bienes privativos por accesión

*Son bienes privativos las accesiones o incrementos de los bienes propios* (art. 211.h CDFa). El principio de accesión atribuye al dueño del objeto principal la propiedad de cuanto accede a él, hay que entender que sin perjuicio de los reembolsos a que hubiere lugar si se han empleado fondos comunes (art. 226.3.a; no es aplicable el art. 1359.2 Cc.).

La regla es aplicable a una variada gama de supuestos. En la accesión inmobiliaria los incrementos de los inmuebles privativos por edificación, plantación u otra mejora, aun realizados con fondos comunes, son privativos (*cf.* art. 1.359.1 Cc.). Lo edificado con dinero consorcial sobre terreno de un tercero debe calificarse como consorcial según la STSJA 3/12/2010. Aunque hay casos dudosos, en principio los inmuebles por destino (*cf.* art. 334.5 Cc.) afectos a un inmueble propio son también privativos, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho con bienes comunes. La STSJA 9/5/2000 considera que el fondo de comercio de una farmacia privativa es un elemento afecto o integrado en ella y, por tanto, también de naturaleza privativa.

Igualmente son privativas aquellas adquisiciones accesorias a un bien privativo y carentes de autonomía, como las servidumbres prediales.

En el supuesto de tesoro oculto descubierto por tercero en finca privativa de un cónyuge, aunque hay varias soluciones posibles, parece preferible entender que el cincuenta por ciento corresponde privativamente por accesión al cónyuge propietario del terreno; si lo descubre éste, el tesoro le pertenece por entero (*cf.* art. 351 Cc.).

Finalmente, la letra h) es aplicable también a los incrementos jurídicos producidos en los bienes propios, es decir, a la extinción por consolidación

de un derecho real limitado que gravaba el bien privativo, aunque el cónyuge titular haya empleado bienes comunes para ello; en cambio, la consolidación no se produce si es la comunidad la que adquiere el derecho real limitado sobre el bien privativo.

#### 14. Bienes patrimoniales privativos por su carácter personal

*A. Los bienes patrimoniales inherentes a la persona y los intransmisibles entre vivos.* Comienza diciendo el art. 212.1.a CDFa que *son también privativos los bienes y derechos inherentes a la persona y los intransmisibles entre vivos, mientras conserven estos caracteres. Pero serán comunes los rendimientos de bienes de esta clase, como el derecho de autor sobre obra propia o el derecho a la propia imagen, devengados durante el consorcio.*

Pueden considerarse igualmente bienes o derechos de este tipo *las titularidades de pensiones de cualquier clase y las de los contratos de seguros* (art. 212.1.c CDFa).

*a) Los bienes patrimoniales inherentes a la persona.* Son siempre de titularidad privativa del cónyuge con cuya personalidad están relacionados porque hay en ellos un interés moral que sólo a su titular corresponde gestionar. La titularidad de estos derechos no es fungible y, aun siendo susceptibles de tráfico, no pueden ser embargados por los acreedores (art. 1.111 Cc.). Como ejemplos cita el Código el derecho de autor sobre obra propia y el derecho a la propia imagen; suelen señalarse también el derecho de alimentos, los derechos potestativos basados de modo principal en consideraciones morales (revocación de donaciones), la renta vitalicia, etc.

*b) Bienes intransmisibles entre vivos.* La intransmisibilidad *inter vivos* de un bien perteneciente a uno de los cónyuges, tanto si deriva de disposición voluntaria de las partes como de la ley, crea también una inherencia del bien a su titular que impide su comunicación al consorcio. Así sucede, por ejemplo, con la condición de socio en las sociedades personalistas, los derechos de pensión derivados de condecoraciones, pensiones de jubilación, prestaciones de la Seguridad Social, etc.

*c) Carácter consorcial de los rendimientos de estos bienes.* La titularidad del bien o derecho, por su condición de personalísimo o por ser intransmisible *inter vivos*, es bien privativo, pero el *emolumentum* (los frutos, productos o rendimientos del bien o derecho) devengado durante el consorcio es bien común pues se trata de frutos de un bien privativo (art. 210.2.f). Así, por ejemplo, al ser la titularidad del derecho a pensión de jubilación bien privativo del pensionista, cuando se quede viudo no tendrá que compartir las pensiones con los herederos del cónyuge premuerto, pero las devengadas durante el consorcio ingresan en el patrimonio común.

**B. Resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios personales.** Según la letra b) del art. 212.1 CDFa son también privativos el resarcimiento de daños y la indemnización de perjuicios causados a la persona de cualquiera de los cónyuges [en el mismo sentido, art. 1346.5º Cc.], tanto si se cobra en forma de capital como de pensión (SAPZ 28/1/2018).

Estos bienes o derechos guardan una clara relación con el cónyuge que ha sufrido el daño o perjuicio en su persona, y por ello tienen la condición de privativos; también pueden ponerse en relación con la regla de subrogación real: los bienes recibidos en compensación de los daños o perjuicios personales son privativos porque compensan la pérdida o disminución de bienes no patrimoniales, pero obviamente privativos. De modo que, en estos casos, no sólo es privativa la titularidad del derecho al resarcimiento o indemnización sino también el importe recibido, tanto si se cobra en forma de capital como de pensión. Lo dicho concuerda con la salvedad introducida en el art. 210.2.g.

**C. Cantidades percibidas como beneficiario de seguros de vida. Son también bienes privativos.** Según la letra d) del art. 212, las cantidades percibidas como capital o como pensión por uno de los cónyuges en concepto de beneficiario de seguros sobre la vida. La privatividad de estas cantidades devengadas como pensión se deja a salvo también en el art. 210.2.g. L.C. MARTÍN OSANTE defiende que el régimen de los seguros de vida se debe aplicar también a los planes de pensiones y figuras asimiladas.

Añade la letra d) que, *por excepción, en el seguro de supervivencia contratado durante el consorcio por uno de los cónyuges en su beneficio, serán comunes las cantidades devengadas antes de la disolución de aquél. En este caso, se reintegrará al patrimonio privativo el valor actualizado de las primas satisfechas a su costa.*

Los seguros sobre la vida, tanto para caso de muerte como de supervivencia, de los que uno de los cónyuges sea beneficiario han podido ser contratados por terceros o por el otro cónyuge; en este caso pueden constituir un acto de previsión acorde con las circunstancias de la familia y en tal caso las primas serán de cargo del patrimonio común (art. 218.1.a); también pueden tener esta consideración los contratados por uno de los cónyuges a favor de los hijos; pero cuando estén contratados a favor de persona distinta del otro cónyuge y no constituyan acto de previsión acorde con las circunstancias familiares, dice el art. 212.2 que *deberá reembolsarse al patrimonio común el valor actualizado de las primas que se hayan satisfecho a costa de dicho patrimonio.*

**D. Bienes no considerados de carácter personal.** El Derecho aragonés no considera privativos los bienes de uso personal o profesional (contra: art. 1.346, 7º y 8º Cc.) pero, cuando son de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial, constituyen ventajas que los cónyuges pueden detraer de los bienes comunes, sin que sean computados en su lote (art. 266 CDFa).

Art. 1346 Cc. Son bienes privativos de cada uno de los cónyuges:

7.º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

8.º Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

Los bienes mencionados en los apartados 4.º y 8.º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

## 15. Bienes privativos por subrogación real

*A. El principio de subrogación real.* La formulación del principio de subrogación real en relación con los bienes privativos ha experimentado notables modificaciones en la reforma de 2003. En la Compilación podían considerarse manifestaciones de tal principio los apartados 4º, 5º y 6º del art. 38. La nueva regulación, por una parte, ha refundido en la letra e) del art. 211 los principales contenidos de los núms. 4º y 5º del art. 38 Comp., sin aludir a la voluntad expresa de subrogar de ambos cónyuges, y, por otra, ha añadido la presunción de privatividad del art. 213, así como nuevos supuestos concretos de subrogación real en las letras f) y g) del art. 211, con supresión de la excepción relativa al retracto arrendaticio de viviendas del art. 38.6º Comp. Se ha hablado también de accesión respecto de la letra h) y de fundamentos de adquisición privativos de la letra b).

*Ahora son bienes privativos, de conformidad con la letra e) del art. 211, los que vienen a reemplazar a otros propios, y ello aunque se adquieran con fondos comunes, así como el dinero obtenido por la enajenación o privación de bienes propios y el resarcimiento de los daños inferidos a los mismos.*

Como dice el Prof. DELGADO, “la ley pretende evitar, en lo posible, la erosión de los patrimonios privativos en beneficio del común. La subrogación real es el instrumento principal: son privativos los bienes que reemplazan a otros privativos, automáticamente (transformación material o jurídica, indemnización de daños materiales, dinero obtenido por la enajenación de bienes propios, bienes adjudicados en partición o división [letra g], permuta) o por decisión de uno o de ambos cónyuges debidamente manifestada mediante operaciones de empleo o reemplazo. Los arts. 213 y 214 ofrecen medios para hacer posible en la práctica estas subrogaciones.”

*B. Subrogaciones automáticas. a) Permutas.* La subrogación puede producirse de forma automática cuando se trata de una operación de intercambio de un bien o derecho privativo por otro bien o derecho que viene a reemplazarlo (por ejemplo, en caso de *permuta* de un bien privativo). La STSJA 5/2019, de 21 enero, entiende que los 55.590 euros percibidos por el marido como socio de una Sociedad Limita deben ser calificados como

cuota de liquidación anticipada (irregularmente practicada por la SL) de la participación social privativa del marido (art. 211.e CDFA), de modo que, lejos de ser un dividendo o un beneficio social, era el adelanto de la cuota de liquidación (bien privativo por subrogación).

Salvo voluntad en contrario, los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte privativo de un cónyuge y en parte privativo del otro, corresponden “pro indiviso” a ambos cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas, siempre que se pruebe oportunamente la subrogación real pues en otro caso opera la presunción de comunidad (contra: art. 1.355.2 Cc.).

En la letra e) del art. 211 caben también los bienes adquiridos “en sustitución” de otros privativos (cfr. art. 1.346.3º Cc.) gastados o deteriorados por el uso común, y aun pagados con fondos comunes, pues se trata de bienes que vienen a “reemplazar” a otros propios.

b) La subrogación no sólo se produce por negocios jurídicos, también puede resultar de *transformaciones jurídicas o materiales de los bienes privativos*

Así, parece que son privativos los objetos muebles que provienen de un bien inmueble privativo del que eran parte integrante o constitutiva (transformación jurídica); y parece que, por ejemplo, los escombros de una casa privativa demolida son también privativos (transformación material).

c) Otros supuestos de subrogación, también contemplados en la letra e) del art. 211, son los del *dinero obtenido por la enajenación o privación de los bienes propios y el resarcimiento de los daños inferidos a los mismos*. Junto a la enajenación, se atiende a la privación o menoscabo (daños) de bienes privativos que originan un justiprecio o una indemnización (aunque sea debida a la existencia de seguros).

d) Los *bienes adquiridos en virtud de un derecho de adquisición preferente privativo* puede considerarse también como un caso especial de subrogación real (aunque hay otras alternativas posibles para la calificación de este supuesto). El art. 211.f considera bienes privativos de cada cónyuge *los recuperados en virtud de carta de gracia, así como los adquiridos por derecho de retracto, opción, suscripción preferente o cualquier otro de adquisición preferente o de acceso a la propiedad que pertenezca con carácter privativo a uno de los cónyuges*. La fórmula es mucho más amplia que la del núm. 6º del art. 38 Comp.; se ha suprimido, sin embargo, la excepción que este precepto contenía respecto del retracto arrendaticio de viviendas, porque los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio (por ej., el derecho de retracto) son bienes comunes (art. 210.2.i), y porque, si el contrato de arrendamiento era anterior al consorcio, la vivienda adquirida por derecho de retracto arrendaticio parece bien que sea privativa.

La subrogación opera en relación a la condición privativa del derecho de preempción, sin que importe de donde ha salido la contraprestación pagada

que, en su caso, originará simplemente derecho a reembolso (como en el caso de que las nuevas acciones hayan sido emitidas con cargo a beneficios no repartidos: art. 1.352.2 Cc.). Prevalece, pues, la condición del derecho ejercitado sobre la procedencia de los fondos empleados para la adquisición.

e) *Los bienes adjudicados en la partición por cuota privativa.* Un último supuesto de subrogación real introducido en la reforma de 2003 es el de la letra g) del art. 211 que *considera bienes privativos los adjudicados a un cónyuge en la partición o división de cualquier comunidad cuando la cuota que le correspondía fuera privativa, y ello aunque reciba un exceso de adjudicación que se abone con cargo al caudal común.* En este último caso habrá derecho de reembolso a favor del patrimonio común (art. 226.3 a).

**C. Subrogaciones por empleo o reemplazo.** La subrogación no será automática si los bienes se adquieren con dinero de los cónyuges (sacado de fondos comunes) que el adquirente dice que le pertenece privativamente, bien por confusión de dinero originariamente privativo (empleo), bien por confusión del dinero obtenido con la enajenación de un bien privativo (reemplazo). Aunque el bien se adquiere con dinero sacado del fondo común, es un dinero privativo que, por voluntad expresa de ambos cónyuges en tal sentido o por el juego de la presunción de privatividad, sirve a la vez para satisfacer al cónyuge adquirente el crédito que tenía contra la comunidad. Si no existiera esta operación interna de cobro de un crédito privativo, lo adquirido con bienes comunes sería consorcial (SAPH 9 noviembre 2006). La subrogación no automática exige, en principio, un convenio entre los cónyuges para que el cónyuge titular del derecho de crédito contra el patrimonio común (derecho de reintegro) pueda cobrarlo antes de la disolución (art. 226.5), así como la intención de subrogar al nuevo bien en la condición privativa de la contraprestación pagada (Ss. TSJA 9 septiembre 2005, 9 enero y 14 junio 2007). No se necesita el acuerdo de los cónyuges si opera la presunción de privatividad.

## 16. La presunción de privatividad

El principio de subrogación real tiene una gran importancia aplicado a los bienes privativos porque la demostración de que determinada cantidad procede de la venta de un bien privativo o que determinado bien ha sido adquirido con dinero privativo destruye la presunción de comunidad y justifica la condición privativa de dicho bien (*subrogatum sapit naturam subrogati*). Pero la prueba de que la contraprestación se ha pagado con fondos privativos es muy difícil, salvo si media la voluntad expresa de ambos cónyuges en tal sentido, como decía el art. 38.4º Comp. Por ello, al objeto de hacer posible en la práctica una verdadera subrogación de bienes en el patrimonio privativo mediante utilización de dinero de aquella procedencia, se ha introducido

una «presunción de privatividad» que, en los términos bastante estrictos en que está formulada, permite la subrogación sin necesidad de que intervenga el cónyuge del adquirente (Preámbulo, núm. 20).

En efecto, dice el art. 213.1 que *adquirido bajo fe notarial dinero privativo, se presume que es privativo el bien que se adquiera por cantidad igual o inferior en escritura pública autorizada por el mismo notario o su sucesor, siempre que el adquirente declare en dicha escritura que el precio se paga con aquel dinero y no haya pasado el plazo de dos años entre ambas escrituras*. Si se dan todos estos requisitos la subrogación real se produce y el bien adquirido se tiene por privativo tanto entre las partes como frente a terceros, y podrá conseguirse la inscripción en el Registro de la Propiedad al existir escritura pública que hace prueba, por lo dicho en este precepto, del carácter privativo del precio o contraprestación (art. 95 Rh.). La presunción es *iuris tantum*, pero sólo admite en juicio prueba en contrario (art. 213.2), luego en el tráfico jurídico produce mientras tanto plenos efectos.

## 17. El reconocimiento de privatividad

Ahora bien, como la presunción de privatividad se ha formulado en términos bastante estrictos, serán muchos los casos en los que, al no poder operar o simplemente por preferir no acudir a ella, seguirá siendo precisa la intervención unilateral del otro para acreditar la subrogación real y la condición privativa del bien. Por estas razones la reforma de 2003 regula asimismo el reconocimiento de privatividad, tanto en la manera de producirse como en sus consecuencias.

El art. 214.1 dice que *se considerará privativo un bien determinado cuando la atribución por un cónyuge de tal carácter al dinero o contraprestación con que lo adquiera sea confirmada por declaración o confesión del otro, que habrá de constar en documento público si ha de acceder al Registro de la Propiedad*. El reconocimiento requiere declaración o confesión expresa (SAP Zaragoza de 17/4/2018) y que sin ella la naturaleza del bien sea incierta. Es decir, si el bien es inequívocamente consorcial, no es posible a través de una simple confesión de un cónyuge que pase a ser privativo del otro, para conseguir esto es preciso un pacto *ex* art. 215. Y si el bien es consorcial por pacto (lo que implica el consentimiento o declaración de ambos), no se podrá consignar en el Registro de la Propiedad «la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona» (art. 95.5 Rh.).

Como bien dice S. GASPAR, el reconocimiento no es un negocio jurídico de eficacia traslativa sino que constituye un medio de prueba para acreditar que la adquisición se realizó por el patrimonio privativo del cónyuge del confesante, destruyendo así el juego de la presunción de comunidad, lo que resulta especialmente útil cuando han pasado muchos años de matrimonio y es complicado demostrar su condición.

Añade el art. 214.2, dotando al reconocimiento de privatividad de una mayor eficacia que el art. 1324 Cc., que *la titularidad y libre disposición del bien así adquirido, aun fallecido el otro cónyuge, no puede quedar afectada o limitada sino por el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a acreedores y legitimarios en defensa de su derecho*. En consecuencia, si el reconocimiento consta en documento público (escritura pública o, en los casos en que lo admite la DGRN, pacto de relaciones familiares) podrá acceder al Registro de la Propiedad (214.1), la inscripción se practicará a nombre del cónyuge favorecido, pero lo dicho en el art. 214.2 hace que no sea aplicable la limitación prevista en el art. 95.4 Rh., según el cual, el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión *necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia*. Los acreedores y legitimarios, si resultan perjudicados por el reconocimiento de privatividad realizado por su deudor o causante, sólo pueden defender su derecho mediante el ejercicio de las oportunas acciones judiciales (D. VIGIL DE QUIÑONES) para, mediante prueba fehaciente y suficiente de que el bien es consorcial o privativo del cónyuge confesante, destruir la fuerza del reconocimiento de privatividad a favor del otro.

Tanto la presunción como el reconocimiento de privatividad se presentan, de acuerdo con su naturaleza, como fenómenos diferentes de los verdaderos pactos por los que los cónyuges atribuyen en escritura pública a bienes comunes la condición de privativos (art. 211.a) o asignan, en el momento de su adquisición, carácter privativo a lo adquirido (art. 215.1), tanto si la adquisición se ha hecho a costa del patrimonio común (art. 211.d) y entonces con derecho a reembolso a favor de la comunidad, como si ha sido a costa de derechos privativos, caso en el que no habrá lugar a reintegro.

**BIBLIOGRAFÍA:** BAYOD LÓPEZ, Carmen: “La oficina de farmacia en el régimen económico matrimonial legal aragonés. (A propósito de la STSJA 9 mayo 2000), *RDCA*, 2000-1, pp. 237-263; — “Bienes comunes y privativos en el consorcio conyugal aragonés. (ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad), *Libro Homenaje al Dr. Lluís Puig i Ferriol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 275-297; — “La compra de bienes inmuebles anterior al matrimonio con dinero en parte privativo y en parte común (STSJA 6 octubre 2000), *RDCA*, 2000-2, pp. 151-162; — *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho civil aragonés*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2011, 63 pp.; — “Accesión, sucesión y régimen económico matrimonial (reflexiones a la luz de la STSJA de 3 de diciembre de 2010)”, *RDCA*, 2012, pp. 257-277; BIESA HERNÁNDEZ, María: “Bienes comunes y privativos”, en *25 años de jurisprudencia aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los Tribunales (1995-2019)* (Coords. C. Bayod y J.A. Serrano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 675-770; CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGÓN: “El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón”, en *VV. AA., Regímenes Económico-matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial)*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, T. I, pp. 127-174; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Bienes



comunes y privativos”, en *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 373-384; GARCÍA CANTERO, Gabriel: “Comentario de la S. de 14 de mayo de 2010 del TSJ de Aragón: arrendamiento y consorcio foral”, *RDCA*, 2010, pp. 253-266; GASPARELERA, Silvia: «Bienes comunes o privativos por voluntad de los cónyuges en el régimen matrimonial legal de consorciales», *RDCA*, 2018, pp. 55-87; LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Comentario de los arts. 36 a 40 de la Compilación (Fuentes del régimen matrimonial legal y bienes comunes y privativos)”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. II, DGA, 1993, pp. 15-87; LÓPEZ AZCONA, Aurora, “Acerca de la pérdida de la condición de abolorio de un inmueble por su ingreso en el patrimonio consorcial”, *RDCA*, XVIII, 2012, pp. 245-253; MARCO ARCALÁ, Luis Alberto (ponente), ALONSO ANDRÍO, Fernando Félix (aspectos civiles), y MONTÓN DEL HOYO, José Antonio (cuestiones relativas a su tributación): “Seguros de vida, fondos de pensiones e instrumentos de previsión en el régimen económico matrimonial y la sucesión por causa de muerte”, en VV.AA.: *Actas del los XXV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2015), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2016, pp. 235 a 293, 295 a 310 y 311 a 326, respectivamente; MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: “El seguro de vida en el marco del régimen económico del matrimonio en Aragón. Breve referencia a planes de pensiones y figuras afines en el consorcio conyugal aragonés”, *RDCA*, 2008, pp. 9-60; MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: “Activo y pasivo del consorcio conyugal legal. Gestión”, en *Derecho civil aragonés (2017)*, Manual de Formación a Distancia 1-2017 (Director: Manuel Bellido Aspás), CGPJ-CENDOJ, Madrid, 2017, pp. 219-260; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*. Edición propia. Zaragoza, 2007, 414 pp.; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011, 605 pp.; MURILLO Y GARCÍA-ATANCE, Mauricio, «Bienes comunes y privativos», en *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, cit., 2007, pp. 109-126; SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa. (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal)*, Centro de Estudios Registrales de Aragón, Madrid, 2000, 112 pp.; SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* ( J. Delgado, Dir., M<sup>a</sup> A. Parra, Coord.), 4<sup>a</sup> ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 347-366; SERRANO GARCÍA, José Antonio, con la colaboración de BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Familia*, Kronos Editorial, Zaragoza, 2019, pp. 237-255; VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego, «El Derecho civil de Aragón, la seguridad del tráfico y el Registro de la Propiedad», en *RDCA*, 2014-XX, pp. 155-179.



## §12. DEUDAS DE LOS CÓNYUGES<sup>1</sup>

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA  
y José Antonio SERRANO GARCÍA  
*Catedráticos de Derecho civil*

### 1. Responsabilidad universal de los cónyuges y consorcio conyugal

**A. Deuda y responsabilidad.** Puesto que las personas casadas, varones o mujeres, conservan íntegra su capacidad de obrar, es obvio que pueden obligarse libremente y que también quedan vinculadas y responden en razón de causas no voluntarias de nacimiento de obligaciones. A diferencia de lo que ocurre para la disposición de bienes comunes, en ningún caso se exige el consentimiento de ambos cónyuges para la validez y eficacia de las deudas por ellos contraídas.

Ahora bien, no importa sólo saber que la obligación existe, sino, cuando nació en cabeza de una persona casada, también con qué bienes se responde. Hay que partir del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 Cc.), que no es excluido por la presencia del régimen de comunidad entre cónyuges. Puesto que no surge una persona jurídica a quien considerar sujeto pasivo de las obligaciones, sólo uno u otro cónyuge (o ambos) pueden ser deudores, y responden, al menos, con todos sus bienes presentes o futuros (los privativos y el valor de su participación en los comunes). Pero como la participación consorcial es indisponible e inembargable, se permite para el pago de deuda privativa embargar limitadamente bienes comunes, hasta agotar el valor de la participación del deudor en el patrimonio común.

**B. Ampliación de la responsabilidad.** Puede ocurrir, además, que respondan ilimitadamente bienes que no pertenecen en exclusiva al deudor (los comunes), por ser una deuda de responsabilidad común, y, en casos de deudas comunes especiales, que respondan también bienes de otra persona, es decir, los privativos del otro cónyuge no deudor. Esta ampliación de la responsabilidad se explica como sustitutivo de la imposibilidad de embargar, vigente el consorcio, la participación del cónyuge en los bienes comunes (la posición de consorte es intransmisible), o cuotas de cada uno de estos bienes (no las tiene un cónyuge).

Para la ampliación de la responsabilidad se tienen también en cuenta otras consideraciones. Así, la necesidad o utilidad de ampliar el crédito de las personas casadas, especialmente para operaciones que redundan en beneficio del consorcio o de la familia; también, que el patrimonio que recoge

---

<sup>1</sup> Los apartados 1 y 2 son obra del Prof. Delgado, con algún pequeño añadido, los restantes del Prof. Serrano.

los ingresos del capital y del trabajo de los cónyuges no puede quedar ajeno a la responsabilidad por sus deudas, pues muchas veces no tendrán otros bienes.

Desde un punto de vista pragmático, tiene alguna fuerza el temor de que las relaciones de confianza entre los cónyuges lleven, en muchos casos, a configurar la consistencia, al menos aparente, de sus patrimonios según su conveniencia, en perjuicio y fraude de sus acreedores, por lo que puede ser proporcionado dotar a éstos de medios de agresión sobre bienes que no aparecen exclusivamente como de su deudor.

*C. Libertad e igualdad de los cónyuges.* Las anteriores consideraciones, vistas en abstracto, podrían aplicarse lo mismo a la regulación actual que al Derecho histórico. Sin embargo, hay un cambio esencial en esta materia, quizás todavía no suficientemente advertido en la teoría y en la práctica.

Históricamente, es el marido el administrador único de la comunidad (en su sentido más amplio, comprendiendo los bienes dotales y los demás de la mujer), con poderes omnímodos; mientras que la mujer apenas puede contraer deudas sin su consentimiento. Los bienes comunes (con mayores reparos, los de la mujer) funcionan, al menos frente a terceros, como patrimonio del marido, por lo que responden, en principio, por todas sus deudas: la excepción la constituyen los casos en que se demuestre que actúa en fraude de la mujer.

Hoy, por el contrario, el marido no es el administrador de la comunidad, ni la representa, ni representa a su mujer. Cualquiera que sea la habitualidad y frecuencia con que son los varones casados, y no sus mujeres, quienes contratan, ejercen profesiones o se relacionan con terceros, las reglas que determinan qué bienes de los cónyuges responden en cada caso no hacen diferencia entre actuaciones del varón o de la mujer. Por más que estas reglas configuren latamente los supuestos en que por la sola actuación de uno de ellos quedan comprometidos los bienes comunes —y el Código aragonés lo hace con gran amplitud—, no se puede olvidar que los bienes no pertenecen en exclusiva a uno de ellos, y que son ambos los llamados a gestionarlos, tomando también conjuntamente las decisiones sobre la economía familiar.

Ahora, por tanto, el punto de partida no es cómo proteger frente a las decisiones del administrador único a su mujer (pasiva a la fuerza), sino hasta dónde conviene llevar, en atención a la seguridad del tráfico y a la libertad de participación de cada uno de los cónyuges en el mismo, las desviaciones del principio de gestión conjunta, que, por sí, llevaría a exigir el consentimiento de ambos cónyuges para todo compromiso voluntario que hubiera de recaer sobre bienes comunes. Contraer deudas es también un acto de gestión del consorcio o una consecuencia suya.

## 2. Sistema de los arts. 218 a 226 CDFa

**A. Responsabilidad interna (pasivo definitivo) y responsabilidad externa (pasivo provisional).** La Compilación aragonesa fue, en 1967, la primera ley española que introdujo claramente la distinción entre los criterios de atribución definitiva de las deudas a uno u otro patrimonio (pasivo definitivo, contribución a la deuda o responsabilidad interna) y los que determinan la responsabilidad de estos mismos patrimonios frente a los terceros acreedores (pasivo provisional, responsabilidad por la deuda o responsabilidad externa). En su 'sistema externo' se apreciaba la distinción y contraposición en los mismos titulillos de los preceptos ("cargas y deudas comunes", en el art. 41, frente a "responsabilidad por deudas de gestión" y "responsabilidad personal por deudas comunes" en los que le siguen).

La nueva regulación procedente de la reforma de 2003 refleja el mismo esquema, aunque atiende en general con mayor cuidado que la Compilación al pasivo y a la situación de los acreedores. El art. 218 regula las *deudas comunes*: aquellas que *son de cargo del patrimonio común* (pasivo definitivo común), cuya regulación se completa con lo dicho sobre la *contribución en defecto de bienes comunes* en el art. 221; mientras que el pasivo definitivo *privativo* está contemplado en los arts. 223 (*deudas privativas*: las que no son de cargo del patrimonio común) y 224.2 (imputación del valor de las pagadas con bienes comunes en la participación consorcial del deudor). El art. 219 se ocupa de la *responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros*, y el 220 de la *responsabilidad de los bienes privativos*.

En otras sedes, se ocupan también del pasivo y de los acreedores arts. como el 194 (derechos de terceros), el 198 (inoponibilidad a terceros) y, en el capítulo dedicado a la disolución, liquidación y división del consorcio, los arts. 251 (deudas comunes), 252 (responsabilidad de los bienes comunes), 263 (pasivo del inventario), 264 (liquidación concursal), 265 (liquidación ordinaria) y 268 (las deudas comunes tras la división).

**B. Criterios básicos de la regulación del pasivo.** Pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) Todas las deudas (también las definitivamente comunes) nacen, necesariamente, en cabeza de uno de los cónyuge, o de los dos. Los bienes privativos del cónyuge deudor responden siempre; aunque, en ciertos casos, previa excusión de los comunes (art. 220).

b) De las deudas contraídas conjuntamente por los cónyuges, cualquiera que sea su finalidad, responden siempre todos los bienes comunes además de los de cada uno de ellos (art. 219.3).

c) La responsabilidad de (todos) los bienes comunes frente a terceros acreedores de buena fe es muy amplia, pues se produce siempre que las obli-

gaciones nacen de la actuación de uno cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de sus facultades legales de administración, en la explotación de sus negocios o en el desempeño de su profesión (art. 219.1).

d) En un caso muy señalado, el de las cargas familiares en el sentido más estricto (las del art. 218.1.a), la solvencia de quien se compromete con terceros por acudir a su levantamiento se ve ampliada con la responsabilidad del patrimonio privativo del otro cónyuge en defecto de bienes comunes, y entonces por la totalidad de la deuda (art. 220.2).

e) Siempre que la deuda sea de las que definitivamente han de recaer en el patrimonio común (es decir, las de la amplia enumeración del art. 218), el acreedor, demostrando aquello, podrá satisfacer su crédito sobre la totalidad de los bienes comunes (219.2).

f) Si, definitivamente, se trata de deudas privativas posteriores al matrimonio por las que no se produce siquiera responsabilidad provisional de los bienes comunes, no por ello le está vedado al acreedor el acceso a tales bienes, sino que, en aplicación del principio de responsabilidad universal, puede satisfacerse sobre ellos en la medida en que su valor corresponde a su deudor; dejando a salvo, correlativamente, el valor que en él corresponde al otro cónyuge (art. 224).

g) La diferencia entre responsabilidad provisional y definitiva (es decir, la posibilidad de deudas reclamables sobre los bienes comunes que deben recaer definitivamente en los propios de uno de los cónyuges, y viceversa) lleva a la necesaria regulación de los reintegros y reembolsos entre masas patrimoniales, al objeto de restablecer el equilibrio. Regulación que abarca otros muchos supuestos en que uno de los patrimonios se enriquece sin causa a costa de otro, y que en la actualidad recoge el art. 226.

### **3. Deudas de cargo del patrimonio común (pasivo definitivo común)**

Como casi todo lo que adquieren los cónyuges durante el consorcio es común por las reglas del activo, también son definitivamente comunes muchas de las deudas que contraen juntos o por separado (M. BIESA).

El art. 218, que enumera las deudas que constituyen el pasivo definitivo del consorcio, carece de significación para los terceros salvo a través de lo dispuesto en los aps. 2 y 3 del art. 219 y en el art. 220, que son los que establecen la responsabilidad de los bienes comunes y privativos frente a terceros. Al tratarse de deudas internamente comunes, siempre que no hayan sido pagadas a los acreedores con bienes comunes se originará el derecho al reintegro del importe actualizado de los bienes privativos empleados en su pago (letra b) del art. 226.2).

**A. Cargas del matrimonio.** En la letra a) del art. 218.1 se dice que *son de cargo del patrimonio común* [tanto si han sido contraídas por uno de los cónyuges o por ambos] *las atenciones legítimas de la familia* [como grupo humano, incluidas las propias de la economía del hogar] *y las particulares de cada cónyuge* [incluidas las llamadas “litisexpensas”: STSJA 23/3/1993, SAPH 20/4/2007; cfr. art. 1318.3 Cc.], *incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio* [con mayor motivo la de los hijos comunes]. La formulación coincide con la del art. 41.1º Comp. excepto en un punto: se han situado en la letra d) los gastos de crianza y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges que no convivan con el matrimonio. Es un cambio de gran importancia porque implica que de tales deudas ya no responde solidariamente el patrimonio privativo del cónyuge no progenitor (art. 220.2), lo cual era una clara extralimitación del texto anterior.

Esta letra está referida a las denominadas “cargas del matrimonio” o deudas contraídas en la satisfacción de las necesidades legítimas de la familia (arts. 187 y 189). Son “legítimas” no sólo las atenciones normales u ordinarias, sino todas las acordes a la fortuna, posición social, pactos, usos y costumbres de la familia, incluidos, obviamente, los gastos extraordinarios pero convenientes, urgentes o necesarios.

La crianza y educación de los hijos dura hasta la mayoría de edad o emancipación, pero como excepción, si se dan las circunstancias del art. 69 (que no hayan completado su formación y que no tengan recursos propios), el deber de los padres de costearla puede mantenerse más allá de la mayoría de edad (cuando ello sea razonable y por el tiempo normal para completarla) pero se extinguirá, en todo caso, cuando el hijo cumpla los 26 años, a no ser que convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta (Ss. TSJA 12/5/2010 y 30/11/2011). Que la crianza y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges que convivan con el matrimonio sea de cargo del patrimonio común no supone, obviamente, la extinción de la obligación de alimentos del progenitor no custodio: STSJA 12/5/2008.

**B. Cargas usufructuarias.** Las deudas comunes enunciadas por el art. 218.1 en las letras b) (*réditos e intereses normales devengados durante el consorcio por las obligaciones de cada cónyuge*) y c) (*las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario*) suelen agruparse por la doctrina bajo la sugerente denominación de “cargas usufructuarias” para dar a entender que son gastos comunes en justa correlación con la atribución al patrimonio común de los frutos de los bienes privativos y de lo ganado por los cónyuges con su trabajo o actividad (en especial, letras d) y f) del art. 210.1).

Junto a los *réditos* (renta o contraprestación por la posesión y disfrute de bienes ajenos) e *intereses* (precio del capital prestado), hay que incluir las *pensiones en los censos*, el *canon en las minas*, el pago de *impuestos y contribuciones*

*periódicas* que gravan el rendimiento de los bienes privativos o las ganancias obtenidas por los cónyuges; en todo caso, la comunidad sólo soporta este tipo de gastos cuando son *normales* (proporcionados a los beneficios obtenidos por el consorcio) y *devengados durante el consorcio*.

Entre las *atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario* de la letra c) están los gastos de producción de frutos, los necesarios para la guarda y conservación (cfr. arts. 356, 474 y 500 Cc.), pero además las reparaciones extraordinarias y las mejoras que acometería, aún sin obligación, un usufructuario diligente (SJPII 2 Huesca 14/4/1997). La SAPZ (2.ª) 21/4/2015 considera consorcial el IBI y el seguro de hogar de la vivienda familiar privativa.

**C. Alimentos legales. Crianza y educación no incluida en el art. 218.1.a.** En la letra d) del art. 218.1 se dice que son de cargo del patrimonio común los alimentos legales entre parientes debidos por cualquiera de los cónyuges, así como la crianza y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges no incluida en el apartado a).

En comparación con el núm. 4º del art. 41 Comp., la nueva fórmula precisa que se trata de los alimentos legales “entre parientes”, es decir, los regulados en los arts. 142 y ss. Cc. a favor de descendientes, ascendientes y hermanos; Los alimentos legales a los hijos considerados aquí son los debidos, cualquiera que sea su edad, pero en todo caso después de finalizada su crianza y educación.

La letra d) establece también la oportuna conexión con la letra a) y deja claro que la crianza y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges cuando no conviven con el matrimonio, no es deuda de las de la letra a), pero sigue siendo en todo caso deuda a cargo del patrimonio común, sin la excepción que la Compilación estableció en 1985 respecto de los hijos adulterinos, de cuya constitucionalidad cabía dudar.

De las deudas de la letra d), a diferencia de las de la letra a), no responde también el patrimonio privativo del cónyuge no deudor (art. 220.2).

**D. Ejercicio de actividades útiles o beneficiosas.** La letra e) del art. 218.1, que mejora la redacción del núm. 5º del art. 41 Comp. y añade la remisión a la letra a) del art. 219.1, contiene un apartado residual de gran amplitud en el que tiene cabida *toda deuda del marido o la mujer contraída en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aunque no haya redundado en beneficio común, o en el ejercicio de cualquier otra actividad, pero en éste caso sólo hasta el importe del beneficio obtenido con ella por el consorcio. Son actividades objetivamente útiles al consorcio las de la letra a) del apartado 1 del artículo siguiente.*

Y, por tanto, si desarrollamos la remisión, son ejemplos de actividades objetivamente útiles a la comunidad, de las que resultarán deudas de cargo del patrimonio común, aunque la actividad no haya redundado en ese ejerci-



cio u ocasión en beneficio común, *el ejercicio por cada cónyuge de sus facultades de administración y disposición de los bienes comunes o de administración ordinaria de los suyos propios, así como la explotación regular de sus negocios o el desempeño corriente de su profesión. Vid. Ss. TSJA 6/10/1999, 9/5/2000 —reversión de parte de los beneficios de la farmacia privativa en su mejora— y 11/12/2006; Ss. APZ 17/9/1996 y 22/7/2005.*

El inciso segundo de la letra e) incluye toda deuda de un cónyuge contraída en el ejercicio de cualquier actividad, pero si no es de las objetivamente útiles a la comunidad, *solo será de cargo del patrimonio común hasta el importe del beneficio obtenido con ella por el consorcio.* Así, por ejemplo, si en el juego se ha gastado por valor de 50 pero se ha ganado por valor de 30, sólo 20 podrán ser considerados deuda privativa (salvo que pueda calificarse esa pérdida como atención legítima de la letra a) del art. 218.1). *Cfr. art. 1371 Cc.*

**E. Daños a terceros. Dolo o culpa grave.** La letra f) del art. 218.1, inexistente en la Compilación, hace de cargo del patrimonio común *las indemnizaciones debidas por daños a terceros [por responsabilidad contractual, extracontractual o legal], si bien los causados con dolo o culpa grave, únicamente hasta el importe del beneficio obtenido con la actividad en la que se causó el daño.* Sólo si hay dolo o culpa grave (y en cuanto la actividad donde se causó el daño no redunde, pese a ello, en beneficio común) no serán de cargo del patrimonio común. No obstante, los daños causados a terceros con dolo o culpa grave son de responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros de buena fe si se han causado en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad (art. 219.1. b).

**F. Buena fe y diligencia debida.** Todas las deudas del art. 218.1 pueden proceder tanto de supuestos de responsabilidad contractual como extracontractual o legal (*cfr. art. 1.366 Cc.*). La responsabilidad definitiva del patrimonio común por los daños causados a terceros se produce siempre que la intervención del cónyuge deudor haya sido de buena fe y guardando la diligencia debida. El art. 218.2, de aplicación general a todas las deudas del art. 218.1, lo dice así: *no son, sin embargo, de cargo del patrimonio común las deudas del apartado anterior contraídas por un cónyuge con intención de perjudicar al consorcio o con grave descuido de los intereses familiares.* Salvo si, pese a ello, se ha obtenido un beneficio para el consorcio con la actividad de la que deriva la deuda: en tales casos la deuda es de cargo del patrimonio común sólo hasta el importe de dicho beneficio.

#### 4. Contribución a las deudas comunes en defecto de bienes comunes

Las deudas enunciadas en el art. 218.1 son de cargo del patrimonio común al que los cónyuges contribuyen con la remuneración de su trabajo, los

rendimientos de sus capitales, los frutos de sus bienes y con otros ingresos que tengan la consideración de bienes comunes de conformidad con lo dicho en el art. 210. Mientras haya bienes comunes, por tanto, no hay problema de contribución pues ésta viene determinada por las reglas del activo que indican qué bienes son comunes o privativos.

¿Cómo es la contribución a las deudas de cargo del patrimonio común cuando no hay bienes comunes? La respuesta que se deduce del art. 221, titulado *contribución en defecto de bienes comunes*, es doble y depende del tipo de deuda común de que se trate.

a) Para las deudas del art. 218.1.a) y para aquellas otras que el cónyuge que las contrajo demuestre que proceden de una actividad que, efectivamente, haya redundado en beneficio común, dice el art. 221 que, *en defecto de bienes comunes, en la relación interna, los cónyuges contribuirán por mitad, o en la proporción pactada*. La posibilidad de pacto concuerda con el art. 187.2, pero en su defecto la contribución no es proporcional sino por mitad.

b) Para las restantes deudas del art. 218.1 nada dice el art. 221, por ello hay que entender que, en defecto de bienes comunes, es el cónyuge deudor quien tiene que soportar definitivamente el gasto, si bien conservará el derecho de reintegro contra el patrimonio común si algún día recupera la solvencia.

## **5. Responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros (responsabilidad externa)**

Aquí nos ocupamos de las deudas que generan, junto a la responsabilidad de los bienes privativos del deudor, la responsabilidad ilimitada de los bienes comunes frente a los acreedores conforme a lo dispuesto en el art. 219. Además, esa responsabilidad externa del patrimonio común puede coincidir con la responsabilidad interna o ser una responsabilidad externa meramente provisional porque la deuda es internamente privativa, lo que, en tal caso, origina un derecho de reembolso.

**A. La responsabilidad externa de los bienes comunes puede ser meramente provisional.** Las deudas del art. 219.1, en sus dos letras, en muchos casos serán también deudas internamente de cargo del patrimonio común, de manera que pagadas con bienes comunes, bien pagadas están y no dan derecho a ningún reembolso (art. 219.2); pero la responsabilidad externa de los bienes comunes en él prevista se extiende asimismo a las deudas sólo aparentemente comunes e internamente privativas; en este caso, cuando la deuda internamente privativa pero aparentemente común se paga con bienes comunes, se genera el derecho al correspondiente reembolso contra el patrimonio privativo del deudor (art. 226.2.b). Con esta técnica, la

responsabilidad de los cónyuges frente a los acreedores queda ampliada notablemente.

El art. 219.1 tiene su precedente en el art. 42 Comp. (SAPZ 27/3/2002), cuyo texto conserva sustancialmente, con algunos añadidos clarificadores, en la letra a); en cambio la letra b) es enteramente nueva. *Vid.* Ss. TSJA 20 diciembre 1996 y 6 octubre 1999.

a) *Deudas de gestión.* El art. 219.1, letra a), dice así: *Frente a terceros de buena fe, los bienes comunes responden siempre del pago: a) De las deudas que cada cónyuge contrae en el ejercicio, incluso solo aparente, de sus facultades de administración o disposición de los bienes comunes o de administración ordinaria de los suyos propios, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño corriente de su profesión.* SAPZ 8/2/2017.

Se trata de las llamadas “deudas de gestión” (art. 42 Comp.) o de ejercicio de actividades que son objetivamente útiles al consorcio, según dice ahora el art. 218.1.e) al final (SS TSJA 25/3/1992, 20/12/1996, 6/10/1999, 7/7/2003).

Las deudas contraídas en el ejercicio del comercio por persona casada no se rigen por lo dispuesto en los arts. 6º a 12 del Ccom., que son normas meramente complementarias de las de la sociedad de gananciales del Código Civil (cfr. art. 1.365, i.f.), sino que se les aplica la regulación aragonesa y se rigen por lo dispuesto en el 219.1 para los terceros de buena fe, o por la letra e) del art. 218.1 en relación con el 219.2 cuando se prueba que son deudas definitivamente comunes; en última instancia, por lo previsto en el art. 224 cuando son privativas y falta la buena fe de los acreedores, por lo que ya no procede la responsabilidad provisional de los bienes comunes (STSJA 14/6/2009).

Las deudas de comercio —que comprenden toda deuda que esté relacionada con la actividad mercantil del cónyuge deudor o pertenezca al giro o tráfico de su empresa, como son las derivadas de compras a los proveedores— procedentes de un ejercicio ordinario, normalmente redundan en beneficio común, o, al menos son deudas que proceden de actividades tendencialmente útiles a la comunidad, por lo que también son a cargo del consorcio conyugal (art. 221); pero, en defecto de bienes comunes, la responsabilidad definitiva es, si no demuestra que la actividad redundó efectivamente en beneficio común, exclusiva del cónyuge que contrajo la deuda (SAPZ 22/6/1998).

b) *Daños a terceros.* Art. 219.1.b): *Frente a terceros de buena fe, los bienes comunes responden siempre del pago: b) De las indemnizaciones por daños a terceros causados en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aun por dolo o culpa grave.*

Letra b) del art. 219.1 hay que coordinarla con lo dicho en el art. 218.1.f). Si en el ejercicio de una actividad cualquiera un cónyuge causa sin culpa grave daños a terceros, responden definitivamente los bienes comunes de

la indemnización debida, pero cuando han sido causados con dolo o culpa grave responden únicamente hasta el importe del beneficio obtenido por la actividad en la que se causó el daño (letra f) del art. 218.1 y art. 219.2). Cuando el daño se ha causado en una actividad de las objetivamente útiles a la comunidad, lo que tendrá que demostrar el tercero de acuerdo con las apariencias, responden ilimitadamente los bienes comunes aunque el daño se haya causado por dolo o culpa grave. Así que, aunque la actividad sea objetivamente útil a la comunidad, el dolo o culpa grave hace que la indemnización sea deuda internamente privativa en cuanto exceda del importe del beneficio obtenido con ella y, si se ha pagado con bienes comunes, genera el correspondiente derecho al reembolso del exceso.

c) *Terceros de buena fe*. Los bienes comunes responden siempre, aunque la deuda sea internamente privativa, pero para ello se requiere que los terceros sean de buena fe y la deuda una de las enunciadas en las letras a) o b) del art. 219.1 (STSJA 14/6/2009).

Respecto de terceros de buena fe, tanto en la letra a) como en la b), se amplía considerablemente la responsabilidad patrimonial del deudor cuando está casado en régimen de consorcio, pues pueden cobrarse, en definitiva, sobre bienes que sólo en parte son de su deudor, la mayor parte de las deudas contraídas ordinariamente por las personas casadas, aun aquéllas que en la relación interna resulten ser privativas de acuerdo con los arts. 218 y 223.

Los terceros serán de buena fe cuando, confiados en la apariencia, crean en la regularidad y legitimidad de la actuación del cónyuge contratante, sin que hayan apreciado o podido apreciar que actuaba con intención de perjudicar al consorcio, con grave descuido de los intereses familiares o con extralimitación de facultades (art. 218.2). Cuando lo creído por los terceros de buena fe (la apariencia), coincida con la realidad, la responsabilidad de los bienes comunes será definitiva, porque la deuda será de cargo del patrimonio común (art. 219.2). El tercero ha de probar que, al menos aparentemente, la deuda contraída es de las enunciadas en las letras a) o b) del art. 219.1 para poder cobrarla sobre los bienes comunes.

**B. Responsabilidad externa de los bienes comunes coincidente con la responsabilidad interna.** Dice el ap. 2 del art. 219 que *también responden los bienes comunes frente a terceros por las deudas enunciadas en el apartado 1 del art. 218 contraídas por uno solo de los cónyuges*. Pero aquí, a diferencia de lo que sucede en el 219.1, no basta con ser tercero de buena fe y haber confiado en la apariencia de que la deuda, incluida en la letra a) o b), es de las comunes del art. 218.1: hay que probar que, efectivamente, lo es.

Los bienes comunes responden frente a terceros por las deudas del art. 218.1 siempre que éstos prueben que la deuda es de cargo del patrimonio común, por ser una de las deudas en él enunciadas y no resultar de aplica-

ción lo previsto en su ap. 2, es decir que no se trata de deuda contraída con la intención de perjudicar al consorcio o con grave descuido de los intereses familiares. La buena fe del tercero sólo evita tener que demostrar que la deuda es de cargo del patrimonio común en los supuestos del ap. 1 del art. 219, no en cualquier otro.

*C. Responsabilidad por deudas conjuntas.* Dice el art. 219.3 que *de las deudas contraídas por ambos cónyuges responden siempre los bienes comunes junto a sus privativos* (cfr. art. 1367 Cc.). Los tres patrimonios conyugales quedan afectos por igual frente a terceros, sin que la reforma de 2003 haya establecido preferencia alguna entre ellos en función de la naturaleza interna de la deuda. Los terceros tienen la máxima garantía patrimonial posible. Al haber dos deudores, su responsabilidad podrá ser solidaria o mancomunada según los criterios generales. Internamente, aunque la deuda haya sido contraída por ambos cónyuges, puede ser privativa de uno de ellos, en cuyo caso éste tendrá que reembolsar lo pagado con bienes comunes o privativos del otro. Cfr. SAPZ (Sec. 4ª) 19/6/2017.

## **6. Ejecución sobre bienes comunes por deudas de responsabilidad externa consorcial**

*A. Aplicación del art. 541 Lec. a) Ejecución singular.* A efectos procesales es de aplicación, con las necesarias adaptaciones terminológicas, lo dispuesto en el art. 541 Lec. Así, no se despachará ejecución frente al consorcio conyugal (ap. 1), que carece de personalidad jurídica, y la Ley de enjuiciamiento civil no le ha dotado de legitimación procesal. No se puede presentar una demanda contra el consorcio.

Cuando la ejecución singular (de sentencia o de otro título ejecutivo) se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deban responder [a juicio del acreedor] los bienes comunes, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor (lo que no excluye la posibilidad de demandar a ambos: art. 538 Lec.), pero el embargo de bienes consorciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución [también del consiguiente decreto acordando los concretos embargos de bienes del consorcio] a fin de que, dentro del plazo ordinario (diez días siguientes a la notificación de dicho auto: art. 556 Lec.), pueda oponerse a la ejecución. La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes comunes no deben responder (ilimitadamente) de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes comunes de conformidad con el art. 219 (carga de la prueba que en muchos casos se conciliará mal con la mayor

disponibilidad y facilidad probatoria de los cónyuges: art. 217.6 Lec.). Si no se acredita esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá hacer uso de cualquiera de las alternativas previstas en el art. 225 para la ejecución por deudas privativas.

Por tanto, el art. 541.2 Lec. permite al acreedor operar en el proceso de ejecución como si la deuda fuera presuntamente consorcial e impone al cónyuge que no aparece como deudor en el título ejecutivo la carga de reaccionar en defensa de sus derechos en el patrimonio común cuando se le notifica el embargo; si reacciona dentro de plazo corresponde al acreedor probar el carácter consorcial de la deuda. Pero si la conclusión a la que se llega en ese incidente contradictorio (que se resolverá por medio de auto: art. 561.1 Lec.) es que la deuda es consorcial, o si el cónyuge no deudor no ha reaccionado ante la notificación del embargo (o, en su caso, ante la demanda ejecutiva), el art. 219 autoriza una agresión al patrimonio consorcial sin más límites que el principio de suficiencia para la satisfacción del crédito del acreedor ejecutante. El incidente de oposición a la ejecución basado en títulos judiciales sólo suspende la ejecución del bien embargado perteneciente al consorcio —art. 556 Lec.—, mientras que si está basado en título no judicial provoca la suspensión de toda la ejecución —art. 557 Lec.

MEDRANO SÁNCHEZ ha señalado que este contradictorio sobre la consorcialidad de la deuda, pese a ser una cuestión civil, también podrá darse en la ejecución de resoluciones de las otras jurisdicciones sobre bienes consorciales; asimismo, que su inserción en la fase de ejecución tiene como consecuencia negativa la pérdida del recurso de casación (*cfr.* art. 477.2 Lec.); y que está pensado para el embargo ejecutivo, no siendo aplicable cuando se trate de un mero embargo preventivo.

*b) Concurso de acreedores.* Por otra parte, en caso de concurso de persona casada (el consorcio conyugal no puede ser declarado en concurso de acreedores), la masa activa comprenderá todos los bienes y derechos del cónyuge concursado (arts. 47.2 y 192 TRLC), por tanto, comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado (art. 193.1 TRLC) y, si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado (art. 193.2 TRLC), lo que sucederá siempre: ilimitadamente, si la deuda es de cargo o responsabilidad común; subsidiariamente y de forma limitada, si la deuda es privativa. El art. 194 TRLC concede al cónyuge del concursado el derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes gananciales o comunes incluidos en la masa activa satisfaciendo a la masa la mitad de su valor, con indicaciones sobre la forma de fijar el precio (el pactado o, en otro caso, el de mercado), en especial para la vivienda habitual

del matrimonio. Forma de reducir la comunidad conyugal sin pacto entre cónyuges, pero sí con la administración concursal.

En la masa pasiva, por su parte, se integran todos los créditos contra el deudor concursado, pero también los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal (art. 251 TRLC). El art. 125.1 TRLC, con notable mejora sobre la redacción del art. 77 LC-2003, dice ahora que *el cónyuge del concursado tendrá derecho a solicitar del juez del concurso la disolución de la sociedad o comunidad conyugal* [a tal efecto, el LAJ le habrá notificado el auto de declaración de concurso: art. 33.2 TRLC] *cuando se hubieran incluido en el inventario de la masa activa bienes gananciales o comunes que deban responder de las obligaciones del concursado*. Lo que, como se ha dicho, sucederá siempre. La opción por la disolución se le concede al cónyuge del concursado en todo caso, también si las deudas son de cargo o responsabilidad común o privativas. Añade ahora el art. 125.2 TRLC que *presentada la solicitud de disolución, el juez acordará la liquidación de la sociedad o comunidad conyugal, el pago a los acreedores y la división del remanente entre los cónyuges. Estas operaciones se llevarán a cabo de forma coordinada, sea con el convenio, sea con la liquidación de la masa activa*.

La necesaria coordinación del art. 125 TRLC con el 541 Lec. hace pensar que, si el cónyuge del concursado no pide la disolución del consorcio pero se opone luego a la ejecución por entender que los bienes comunes no deben responder de algunas deudas, la ejecución directa e ilimitada sobre los bienes comunes deberá limitarse a las deudas que los acreedores prueben que son de cargo o responsabilidad consorcial; para las restantes deudas, el cónyuge del concursado podrá hacer uso de cualquiera de las alternativas del art. 225 (en relación con el art. 541.3 Lec.). Desde 2015, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, existe el *beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho* por el cónyuge concursado de buena fe (arts. 472, 486 y ss. TRLC), que puede extenderse al cónyuge no concursado “en tanto la sociedad o comunidad conyugal no haya sido liquidada» (art. 501 TRLC), lo cual incidirá en la decisión de éste de solicitar o no la disolución del consorcio conyugal, puesto que ésta va seguida de la liquidación (I. LLORENTE).

**B. Derecho expectante de viudedad.** Por otra parte, hay que recordar que la enajenación de bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas no extingue el derecho expectante de viudedad del otro cónyuge, salvo renuncia expresa o que concurra alguno de los supuestos del art. 280.1. El derecho expectante de viudedad se extingue en la ejecución forzosa (aunque dice judicial, parece extensible a otros supuestos) por deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sean de cargo o responsabilidad común, así como por deudas contraídas con ante-

rrioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones (art. 281.1). Corresponde al acreedor, si el cónyuge titular del expectante manifiesta en el proceso de ejecución su deseo de conservarlo, probar que la deuda es de las enumeradas en el ap. 1, en los términos previstos en [el art. 541 de] la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución en bienes gananciales (art. 281.2).

## 7. Responsabilidad de los bienes privativos

*A. Del cónyuge que ha contraído la deuda.* Frente a los acreedores de una persona casada (responsabilidad externa), cualquiera que sea la calificación interna de la deuda (común o privativa), *los bienes privativos de cada cónyuge responden en todo caso de las deudas por él contraídas* (art. 220.1). Igualmente, como ya hemos visto, si la deuda ha sido contraída por ambos cónyuges, responden siempre los bienes privativos de los dos (art. 219.3). Pero si la deuda pagada con bienes privativos del deudor era de cargo del consorcio, tendrá derecho al reintegro de su importe actualizado (art. 226.2 b).

En consecuencia, de las deudas de cargo o responsabilidad del consorcio responden frente a terceros, en todo caso y junto a los bienes comunes (art. 219.1 y 2), los bienes privativos del cónyuge que las ha contraído (art. 220.1). La reforma de 2003 suprime la responsabilidad preferente de los bienes comunes que establecía el art. 43.2 Comp.

*B. Del cónyuge que no ha contraído la deuda: Responsabilidad subsidiaria por deudas de la letra a) del apartado 1 del art. 218.* Los bienes privativos del cónyuge no deudor no responden de las deudas contraídas por el otro, nunca si son privativas y tampoco, como regla, si son de cargo del patrimonio común. Hay, sin embargo, un supuesto especial de deudas de cargo del patrimonio común que, aún contraídas por uno solo de los cónyuges, generan también la responsabilidad subsidiaria de los bienes privativos del otro. Son las deudas contraídas por un cónyuge para satisfacer las atenciones señaladas en la letra a) del ap. 1 del art. 218 (*atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio*), de las cuales ya hemos visto que responden frente a terceros los bienes comunes (art. 219) y los privativos del cónyuge que las contrajo (art. 220.1); además, en defecto de bienes comunes, responde también el patrimonio privativo del otro (art. 220.2).

Esta responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge que no contrajo la deuda hay que ponerla en relación con lo dispuesto en el art. 189, que es norma general de carácter imperativo. En él se dice que *los cónyuges responden solidariamente, frente a terceros de buena fe, de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares*. Cabe entender que frente a terceros responden todos los bienes de los cónyuges sin



distinción, pero que el cónyuge que no contrajo la obligación puede evitar que la responsabilidad se haga efectiva sobre sus bienes privativos mientras existan bienes comunes suficientes, cosa que le corresponde probar a él; derecho del que carece el otro cónyuge.

Por otra parte, parece que si los terceros son de buena fe y, por ello, creen que se trata de deuda para la satisfacción de necesidades familiares, responden todos los bienes de los cónyuges, también los del otro, aunque internamente no se pueda considerar como carga del matrimonio.

En cualquier caso, se trata de una solidaridad no paritaria, sino accesorio o dependiente porque el cónyuge que contrajo la deuda es el deudor principal y el único obligado al cumplimiento, pudiendo hacerlo tanto con sus bienes privativos como con los comunes, mientras que el otro cónyuge es un deudor que sólo responde si el deudor principal no cumple y una vez agotados los bienes comunes.

## 8. Responsabilidad por deudas de adquisición de bienes comunes

La norma del art. 222 es una novedad de la reforma de 2003 inspirada en el art. 1.370 Cc. Dice esta norma que *el bien común adquirido por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro responde, en todo caso, del precio aplazado y demás gastos de adquisición pendientes de pago*. Es una previsión útil que viene a completar el sistema de responsabilidad de los bienes comunes frente a terceros.

Sin el consentimiento del otro, uno de los cónyuges puede obligarse válida y eficazmente, también tiene amplias facultades de administración y disposición de los bienes comunes, en particular del dinero y demás bienes muebles que posea o se hallen a su nombre. No hay duda, por tanto, de que, sin el consentimiento del otro, puede adquirir bienes y pagarlos con fondos comunes, en todo o en parte. Los bienes adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común ingresan en el patrimonio común. Y, como ha precisado la letra c) del art. 210.2, *si el precio ha quedado aplazado en todo o en parte, serán comunes, salvo que la totalidad del precio se satisfaga con dinero privativo*.

El supuesto de hecho de la norma del art. 222 es precisamente el de bienes comunes adquiridos a plazos o con gastos de adquisición pendientes de pago (cfr. art. 210.2.c). ¿Qué bienes responden de estas deudas?

Si se prueba que la adquisición del bien, aún producida sin el consentimiento del otro, es un gasto que puede ponerse a cargo del patrimonio común por hallarse incluido entre las deudas enunciadas en el art. 218.1, responden los bienes comunes (art. 219.2) y los privativos del que lo compró (art. 220.1); incluso podrían responder los privativos del otro si el bien se ha adquirido para satisfacer atenciones familiares de la letra a) del art. 218.1

(art. 220.2). En esta hipótesis, el bien adquirido, en cuanto bien común que es, responde siempre.

Pero la falta del consentimiento del otro puede ser debida a que la adquisición del bien no es necesaria o es contraria a las decisiones sobre la economía familiar (art. 186) o realizada con intención de perjudicar al consorcio o con grave descuido de los intereses familiares (art. 218.2), en cuyo caso los gastos pendientes, aunque el bien sea común, ya no serán deuda de cargo del patrimonio común y, por tanto, ya no será aplicable el ap. 2 del art. 219 que establece la responsabilidad definitiva de los bienes comunes frente a terceros. Por esta vía, no responderían los bienes comunes.

Ahora bien, si el acreedor es de buena fe, desconoce la falta de regularidad o legitimidad de la adquisición a nivel interno, y cree y prueba que esa adquisición es un acto propio del ejercicio, incluso sólo aparente, de las facultades de administración o disposición de los bienes comunes que tiene el cónyuge adquirente, o propio de otra actividad objetivamente útil a la comunidad, responden del pago los bienes comunes, incluido el bien adquirido, por aplicación del ap. 1 del art. 219. Si por ser la deuda privativa a efectos internos la responsabilidad de los bienes comunes es sólo provisional, habrá derecho a reembolso (letra b) del art. 226.3).

Según lo dicho hasta ahora, ninguna necesidad hay de una norma como la del art. 222; pero también puede suceder que los acreedores no sean de buena fe, por conocer la intención del cónyuge de perjudicar al consorcio o advertir el grave descuido de los intereses familiares que el acto representa, o que no puedan demostrar que el acto es propio de la explotación *regular* de sus negocios o del desempeño *corriente* de su profesión, etc. En tal supuesto, tampoco habría lugar a la responsabilidad provisional de los bienes comunes *ex art. 219.1*. La deuda sería privativa y de ella responderían frente a los terceros los bienes privativos del cónyuge deudor y bienes comunes hasta agotar el valor de su participación en el consorcio (art. 224). No habría una responsabilidad específica del bien común adquirido. Este pequeño hueco es el que viene a cubrir la norma del art. 222.

Por último, conviene tener presente lo que dispone el art. 239 para las adquisiciones de bienes comunes por uno solo de los cónyuges contra la voluntad del otro: *por solicitud de este último al liquidarse el consorcio el bien adquirido se integrará en el patrimonio privativo del adquirente, reembolsando al patrimonio común el valor actualizado del precio y demás gastos de la adquisición.*

## 9. Deudas de cargo del patrimonio privativo del cónyuge deudor

**A. Concepto.** Deudas privativas, en la relación interna, son todas las que no pueden encuadrarse en la enumeración de deudas de cargo del patrimonio común del art. 218.1 y, en particular, las anteriores al consorcio, así como las deudas y cargas por razón de sucesiones y donaciones (art. 223).

Ha desaparecido el especial tratamiento que la Compilación daba a las deudas anteriores al matrimonio y a las por razón de sucesiones y donaciones, que tenía su fundamento en el principio de comunicación al consorcio de los bienes muebles, fundamento que ha desaparecido con la reforma de 2003. Desaparecida la especialidad, estas deudas pasan a ser ejemplo típico de deudas privativas.

Otros ejemplos de deudas privativas pueden ser: las atenciones de la familia y las particulares de los cónyuge y los hijos que no puedan considerarse *legítimas*; los réditos o intereses *anormales* de las obligaciones de cada cónyuge; las atenciones de los bienes privativos *impropias* incluso de un diligente usufructuario; las deudas derivadas de actuaciones dolosas, gravemente negligentes o fraudulentas; las derivadas del ejercicio de facultades de administración o disposición de los bienes comunes contrario a las decisiones sobre la economía familiar; los gastos de la administración extraordinaria de los bienes propios; los gastos *irregulares, no corrientes* o extraordinarios de los negocios o del desempeño de la profesión; las pérdidas no moderadas del juego, lícito o ilícito (STSJA 25/11/1998); las expensas del enterramiento, etc.

Opuestamente a lo que sucede en el activo, donde todos los bienes que no se justifique que son privativos tienen la consideración de comunes, en el pasivo todas las deudas de los cónyuges que no se pruebe que son de cargo del patrimonio común serán internamente privativas. Frente a los terceros, toda deuda que no genere la responsabilidad, incluso sólo provisional, de los bienes comunes, será externamente privativa. No hay, por tanto, una presunción de comunidad de las deudas conyugales (pero recuérdese el tratamiento procesal del art. 541 Lec.).

### ***B. Imputación subsidiaria en la participación consorcial del deudor.***

En la relación interna, estas deudas son de cargo del patrimonio privativo del cónyuge deudor y, faltando o siendo insuficiente, si se pagan con bienes comunes disminuyen su participación en el consorcio, porque el valor actualizado de los bienes comunes empleados en su pago se imputa en la participación del cónyuge deudor hasta que los reembolse, y se tiene en cuenta para ulteriores reclamaciones de acreedores privativos, como dice el ap. 2 del art. 224 (cfr. art. 1373.2 Cc.). Por esta imputación acumulativa puede llegar un momento en que el valor de todos los bienes consorciales que queden corresponda ya al otro cónyuge. Al pago del reembolso, si se hace, será de aplicación lo previsto en el art. 226.5, y puede entenderse que hay justa causa para exigirlo desde que el deudor tenga bienes privativos.

## **10. Responsabilidad frente a terceros por deudas privativas**

**A. El sistema aragonés.** Para los terceros sólo tienen la consideración de privativas las deudas distintas de las enunciadas en el art. 219, y ya se ha dicho que tanto por las deudas del ap. 1 como por las del 3 de este

artículo se genera siempre la responsabilidad de los bienes comunes, aunque la deuda pueda ser internamente privativa, originándose en tal caso el correspondiente derecho de reembolso a favor del patrimonio común. Por tanto, sólo aquéllas deudas que no generen la responsabilidad, incluso sólo provisional, de los bienes comunes serán externamente privativas.

Es un ámbito notablemente reducido, en que no se aprecia razón alguna para favorecer los intereses de los acreedores en perjuicio de los del cónyuge no deudor. Los acreedores cuentan como mínimo con las mismas garantías patrimoniales que tendrían si contrataran con persona no casada o casada en régimen de separación de bienes.

La Compilación, en las huellas de una tradición histórica que dejaba a salvo la parte correspondiente a la mujer cuando las deudas de su marido habían sido contraídas *en su propio provecho, con ocasión de vicios, afianzando a favor de otros o con propósito conocido de perjudicar a aquélla*, previó en su art. 46 un mecanismo por el que había de quedar siempre a salvo el valor que en el patrimonio común corresponde al cónyuge no deudor (SAPZ 4/2/1995, 19/1/1999, 20/4/1999, 28/7/2000).

Dicha norma ha sido sustancialmente mantenida por la reforma de 2003, con alguna pequeña modificación con finalidad clarificadora, en el ap. 1 del art. 224 que dice así: *De las deudas contraídas por un cónyuge distintas de las enunciadas en el art. 219 responden en primer lugar los bienes privativos del cónyuge deudor y, faltando o siendo éstos insuficientes, los bienes comunes, a salvo siempre el valor que en ellos corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes (cfr. art. 1373 Cc.)*. La responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge deudor es preferente, mientras que la de los bienes comunes es subsidiaria y limitada.

**B. Responsabilidad subsidiaria y limitada de los bienes comunes.** Faltando o siendo insuficientes los bienes privativos del deudor, es decir, subsidiariamente, la responsabilidad se extiende a los bienes comunes, pero de forma limitada, porque hay que dejar siempre a salvo el valor que en el patrimonio común corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores consorciales.

La carga de la prueba de la insuficiencia de los bienes privativos del deudor no puede hacerse recaer sobre los acreedores privativos, pues no existe un derecho previo de excusión en favor de la masa consorcial, ni la afección de ésta viene condicionada a una previa demostración de la insuficiencia de los bienes privativos (insolvencia del deudor) por parte del acreedor, para quien la mitad del valor de los bienes consorciales forma parte del valor de los bienes presentes del deudor sometidos a la responsabilidad patrimonial universal sentada por el art. 1.911 Cc., y nada parece impedir que el embargo se extienda desde el principio a los bienes comunes si resulta razonablemente seguro que el valor de los privativos del deudor es insuficiente. El acreedor puede exigir que el embargo tenga la extensión necesaria y suficiente para

satisfacer su crédito. El señalamiento de los bienes privativos y la prueba de su suficiencia es carga que corresponde al cónyuge no deudor que se oponga a la traba de bienes comunes (*vid.* S. APZ 7/4/1998, que cita en relación al art. 46 Comp. las Ss. TS 2/7/1984 y 13/7/1991, y A. APZ 28/7/2000).

El art. 224.1 permite dejar a salvo siempre el valor de la participación consorcial del otro cónyuge; pero este principio queda modalizado o corregido, aunque sea limitadamente, en el art. 225, que traslada al cónyuge no deudor la carga de reaccionar frente a la ejecución de bienes consorciales por deudas privativas. Los acreedores sociales también tienen preferencia sobre el acreedor privativo para cobrar de los bienes comunes y pueden hacerla valer normalmente mediante la tercería de mejor derecho o en procesos concursales.

## 11. Ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas

**A. La norma procesal aragonesa.** Son conocidas las dificultades procesales que obstaculizaron la adecuada aplicación del art. 46 Comp., tanto antes como después de la reforma del Cc. de 1981, pues el nuevo art. 1.373 de este cuerpo legal tampoco contó con un cauce procesal adecuado (*cf.* STS 29 abril 1994).

Como dice el núm. 21 del Preámbulo, es de creer que el cauce que la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 ha previsto para la ejecución en bienes gananciales resulte suficiente y expedito. Por ello, la nueva regulación se remite al mismo en su art. 225, con las necesarias adaptaciones sustantivas, entre las que destaca la posibilidad de dejar a salvo el valor que en el patrimonio común corresponda al cónyuge no deudor sin necesidad de disolución del consorcio, salvo que opte por ella, pero siempre mediante liquidación del mismo a los efectos de constatar el valor que ha de quedar a salvo.

En efecto, el art. 225, titulado *ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas*, dispone:

1. *Cuando en una ejecución sobre bienes comunes [singular o en concurso de acreedores], seguida a causa de deudas distintas de las enunciadas en el art. 219, el cónyuge del deudor quiera, en el procedimiento previsto por la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución en bienes gananciales [art. 541], hacer valer su derecho a que quede a salvo el valor que en el patrimonio común le corresponde, podrá pedir la liquidación del mismo al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo, sin disolución del consorcio. En este caso, la ejecución proseguirá tan pronto se constate la existencia de bienes que sobrepasen el valor que ha de quedar a salvo y sólo sobre aquellos bienes, alzándose en todo caso el embargo sobre los demás.*

2. *El cónyuge del deudor podrá también optar por la disolución del consorcio y división de los bienes comunes. Producida la disolución, el matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes.*

**B. En la ejecución singular. Coordinación con el procedimiento de ejecución en bienes gananciales.** Ya sabemos que es el art. 541 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil.

ciamiento civil el que regula la ejecución singular en bienes gananciales; aunque la remisión que se hace en el art. 225 es a la ejecución por deudas privativas, contenida en el art. 541.3 Lec., no hay duda de que, como se ha indicado antes, también el resto del contenido de ese precepto procesal es de aplicación en Aragón, con las necesarias adaptaciones sustantivas cuando las haya. En realidad el trámite del 541.3 Lec. está funcionalmente vinculado al prevenido en el 541.2 Lec. y a lo resuelto en el mismo, salvo cuando el título sea jurisdiccional y contenga pronunciamiento sobre el carácter privativo de la deuda.

Ya hemos visto que, de acuerdo con el ap. 2 del art. 541 Lec., cuando la ejecución (de sentencia o de otro título ejecutivo) se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deban responder los bienes comunes (incluso sólo subsidiariamente), la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor (cabe, por tanto, despachar ejecución también contra el no deudor), pero el embargo de bienes consorciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que, dentro del plazo ordinario (diez días siguientes a la notificación de dicho auto: art. 556 Lec.), pueda oponerse a la ejecución (es más un emplazamiento que una mera notificación). La oposición a la ejecución podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al ejecutado y, además, en que los bienes comunes no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, corresponderá al acreedor probar la responsabilidad (principal y plena) de los bienes comunes. Si no se acredita esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá optar por cualquiera de las alternativas previstas en el art. 225 CDFa.

En definitiva, el art. 541.2 Lec. instaura un procedimiento destinado a clarificar si la deuda contraída por uno sólo de los cónyuges es o no de responsabilidad externa del consorcio. Si el carácter privativo de la deuda consta en el título ejecutivo, se puede pasar directamente al trámite del ap. 3 del art. 541 Lec; en otro caso, hay que empezar por el trámite del art. 541.2 Lec. y seguir luego, en su caso, por el del 541.3 Lec.

Pues bien, acreditado de una u otra manera que la deuda no es de responsabilidad de los bienes comunes, dice el art. 541.3 Lec. que, si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos (art. 224.1), el embargo de aquéllos habrá de notificarse al cónyuge no deudor (duplicidad de notificaciones si ha habido incidente de privatividad conforme al art. 541.2 Lec.). En tal caso, éste puede optar (a falta de plazo, mientras resulte todavía posible) por pedir la liquidación del patrimonio común al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo, sin disolución del consorcio conyugal, o puede optar por pedir la disolución del consorcio y división de los bienes comunes (art. 225.1).

a) *Liquidación del patrimonio común sin disolución del consorcio.* Pedida por el cónyuge no deudor la liquidación del patrimonio común, sin disolución del consorcio, el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre liquidación del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en la Lec. (arts. 808 y 809), suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes (art. 541.3 Lec.; la suspensión será de toda la ejecución si el título es no judicial, mientras que si es judicial se suspende solo en lo relativo al bien común embargado). Es una liquidación, por tanto, puramente provisional, virtual, esencialmente contable, que no finalizará con la división del patrimonio, la formación de lotes y su adjudicación por mitad (art. 267), sino con la mera determinación del porcentaje y el valor que corresponde a cada uno de los cónyuges en el patrimonio común.

La ejecución proseguirá tan pronto se constate (en el inventario aprobado judicialmente) la existencia de bienes que sobrepasen el valor que ha de quedar a salvo y sólo sobre aquellos bienes, alzándose en todo caso el embargo sobre los demás (art. 225.1). Hay que alzar el embargo de bienes comunes en lo necesario para respetar el valor de la participación consorcial del no deudor.

b) *Disolución, liquidación y división de los bienes comunes.* Pedida por el cónyuge no deudor la disolución del consorcio y la división de los bienes comunes (art. 225.2), el tribunal, oídos los cónyuges (no se cita al acreedor), resolverá lo procedente sobre división (mejor: disolución) del patrimonio (no parece que pueda negar la disolución pese a que esta opción es una de las causas de disolución por decisión judicial: art. 245.e) y, en su caso, acordará que (la división) se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en la Lec. (arts. 806 a 810), suspendiéndose entre tanto la ejecución en lo relativo a los bienes comunes (art. 541.3 Lec.; si el título es no judicial la suspensión es de toda la ejecución). La liquidación judicial es siempre subsidiaria de la consensuada por los cónyuges (arts. 259 CDFA y 806 Lec.), pero como pueden dilatarla en exceso, hay que reconocer al acreedor la facultad de instar, y al juez la de ordenar, lo pertinente para hacer efectiva la liquidación.

Habrà que aprobar primero el inventario y avalúo de todas las partidas y luego las operaciones de liquidación del caudal común, su división y adjudicación a cada uno de los cónyuges. La ejecución proseguirá sobre los bienes adjudicados en el lote del cónyuge deudor. Producida la disolución, el matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes, habiendo descartado el legislador la atípica opción prevista en el art. 1.374 Cc. que, además, resulta del todo innecesaria en un sistema como el aragonés que permite pedir la liquidación sin disolución del consorcio.

Este procedimiento, debidamente adaptado en lo necesario, ha de seguirse también en toda ejecución no judicial en bienes consorciales.

**C. En el concurso de acreedores de persona casada. Coordinación con el procedimiento concursal.** En caso de concurso de acreedores de persona casada en régimen de consorciales, aunque la deuda sea privativa del cónyuge concursado, la masa activa comprende también los bienes comunes. Pero la necesaria coordinación del art. 125 TRLC con los arts. 225 CDFA y 541.3 Lec. hace pensar que el cónyuge del concursado puede oponerse a la ejecución en bienes comunes y, en relación a las deudas que resultan ser privativas del cónyuge concursado, puede hacer uso de cualquiera de las alternativas del art. 225 (en relación con el art. 541.3 Lec.) y no sólo de la posibilidad de pedir la disolución del consorcio que prevé el art. 125.1 TRLC.

**D. El derecho expectante de viudedad.** Por otra parte, hay que recordar que el derecho expectante de viudedad, también el del cónyuge no deudor, se extingue en la ejecución forzosa (aunque dice judicial, parece extensible a otros supuestos) de bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas por deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sean de cargo o responsabilidad común, así como por deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones (art. 281.1).

En los restantes supuestos de ejecución por deudas privativas de un cónyuge, el derecho expectante del otro no se extingue, salvo que, notificado el embargo del bien común o privativo al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta al otro cónyuge, éste no manifieste en el citado plazo su voluntad de conservarlo por no ser deudas de las enunciadas en el apartado anterior. Corresponde al acreedor probar que la deuda es de las enumeradas en el apartado 1, en los términos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución en bienes gananciales (art. 281.2).

Con lo cual, el procedimiento del art. 541 Lec. hay que seguirlo también a efectos de dejar a salvo el derecho expectante de viudedad y, lo que es más importante, también en el embargo de bienes privativos del deudor. En otro caso, el expectante no se extinguirá salvo si está acreditado que la deuda es una de las enunciadas en el ap. 1 del art. 281. El art. 541 constituye el cauce procesal, tanto para la defensa de la parte del bien consorcial que le pueda corresponder al cónyuge no deudor, como para la defensa de su derecho expectante sobre los bienes comunes o privativos del otro embargados para el pago de deudas externamente privativas.

## 12. Relaciones entre patrimonios

**A. La regla general.** El último precepto del Capítulo es el art. 226 referido a las relaciones entre patrimonios, cuyo ap. 1 dice así: *Los patrimonios de los cónyuges y el común deben reintegrarse entre sí aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de los otros.* Es un precepto general que tiene algunas



aplicaciones concretas en diversos preceptos del Código (*cf.* arts. 212, 215.2, 224.2, 239, 250, 262, 263, 264, 265 y 269) y, en algunos otros, la posibilidad de reintegro o reembolso está implícita.

En general, todo desplazamiento patrimonial entre la masa común y una de las privativas, o viceversa, que no esté justificado por las reglas del activo o pasivo definitivo de la comunidad legal y no tenga causa gratuita (lo que no hay que presumir), da lugar a un crédito en favor de la masa que ha aportado el dinero, crédito o bienes, para así restablecer el equilibrio roto y evitar el enriquecimiento sin causa entre las masas conyugales (STSJA 11/12/2006). El importe a pagar coincide siempre con el valor actualizado de lo lucrado (que los aps. 2 y 3 del art. 226 identifican con el importe actualizado de los bienes de un patrimonio empleados en beneficio de otro), que debe pagarse íntegramente, es decir sin que opere la extinción parcial por confusión al ser uno de los cónyuges simultáneamente acreedor y deudor del reembolso (*vid.* A. APZ 14/6/1999).

**B. Los casos principales de reintegros y reembolsos.** Los aps. 2 y 3 del art. 226 fueron añadidos en la reforma de 2003 para aludir a los casos más importantes y frecuentes de reintegros (derecho de un patrimonio privativo frente al común) y reembolsos (derecho del patrimonio común frente a un patrimonio privativo). Dicen así:

2. *En particular, los patrimonios privativos tienen derecho al reintegro del importe actualizado:*

a) *De los bienes privativos confundidos en la masa consorcial o empleados en la adquisición de bienes comunes.* Un ejemplo de lo primero es el ingreso del dinero de la venta de las acciones privativas del marido en la única cuenta común, lo que supone la confusión de ese dinero con el de la masa consorcial y, como consecuencia ha de ser reintegrado al marido (SAPT 8/1/2019). Un ejemplo de lo segundo suministra la STSJA 15/2019, de 5/7: los padres de la esposa le donaron 6.100 euros (bien privativo, por tanto), y ella decidió utilizar ese dinero para posibilitar la compra de un vehículo consorcial. En el caso de autos resulta indudable que la masa patrimonial consorcial aumentó con la inclusión en ella del vehículo comprado a costa de dinero privativo de la esposa, de modo que, en aplicación tanto de la doctrina señalada por la Sala en la S 11/12/2006 como del artículo 226.1, el patrimonio común debe resarcir al privativo de la esposa.

b) *De los bienes privativos empleados en el pago de deudas que fueran de cargo de la comunidad.*

3. *En particular, el consorcio tiene derecho a ser reembolsado del importe actualizado:*

a) *De los bienes comunes empleados en la adquisición de bienes privativos* (SAPZ 16/1/2018).

b) *De los bienes comunes empleados en el pago de deudas que fueran de cargo de los patrimonios privativos.*

**C. Indemnización de los daños causados al patrimonio común.** El ap. 4 del art. 226 también fue añadido por la reforma de 2003 para dar entrada a un supuesto que no es de reintegros y reembolsos sino de daños al patrimonio común: *Los patrimonios privativos deben indemnizar al común el importe*

*actualizado de los daños y perjuicios que uno u otro cónyuge le hayan causado por acción dolosa o gravemente negligente.*

**D. Momento del pago de las obligaciones entre el patrimonio consorcial y los privativos.** Con una ligera mejora en la redacción, el ap. 5 del art. 226 coincide con el art. 47.2 Comp.: *El pago de las obligaciones existentes entre el patrimonio consorcial y los privativos [reintegros y reembolsos, indemnización de daños y perjuicios, etc.], aunque válido en cualquier momento por acuerdo entre los cónyuges, sólo puede exigirse antes de la liquidación de la comunidad cuando así se hubiera pactado o cuando medie justa causa. Es siempre justa causa la disposición abusiva de capital común en beneficio propio.*

En la liquidación ordinaria del patrimonio consorcial los reintegros y reembolsos entre la masa común y los patrimonios privativos se pagan, en primer lugar, por vía de compensación; el saldo acreedor favorable a la comunidad que no haya podido compensarse, se imputa en la participación del cónyuge deudor, hasta agotar su importe, salvo que opte por el reembolso en metálico o se acuerde el pago mediante dación de bienes de su patrimonio privativo; el saldo acreedor que no haya podido ser objeto de esta imputación, debe ser reembolsado por el cónyuge deudor a la comunidad, salvo que se acuerde que se haga mediante dación de bienes privativos; por último, si de la operación inicial de compensación resultó un saldo favorable a los patrimonios privativos, en la liquidación hay que proceder al reintegro que, a falta de metálico suficiente, podrá hacerse mediante dación en pago de bienes consorciales (*cf.* art. 265.1). Añade el art. 265.2 que los reembolsos y reintegros se harán por su importe actualizado al tiempo de la liquidación.

**BIBLIOGRAFÍA:** ACHÓN BRUÑÉN, M<sup>a</sup> José: *La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge*. Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1996, 124 pp. ALBALATE GIMÉNEZ, Germán: «Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal», Zaragoza, 1957. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996 (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 2<sup>o</sup>, pp. 133-348; — “El pasivo de las masas patrimoniales en la comunidad conyugal aragonesa”, *ADA*, IX, 1957-58, pp. 11-299; BIESA HERNÁNDEZ, María del Carmen: “La regulación de la ejecución de bienes inmuebles consorciales en el CDFA”, *RDCA*, XIX, 2013, pp. 43-85; — “Deudas comunes y privativas”, en *25 años de jurisprudencia aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los Tribunales (1995-2019)* (Coords. C. Bayod y J.A. Serrano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 771-846; CURIEL LORENTE, Francisco: «Las exigencias del principio de tracto sucesivo para la publicidad registral del embargo judicial de bienes inmuebles de personas casadas», en *Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004), pp. 68 a 82. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario a la S. TS de 2 de julio de 1984 (art. 46 Comp.)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 6, septiembre/diciembre 1984, pp. 1935-1942; — “Deudas comunes y privativas”, en *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 385-226; LLORENTE

SAN SEGUNDO, Inmaculada: “Segunda oportunidad del deudor persona natural y consorcio conyugal aragonés. La extensión de la exoneración al cónyuge del concursado”, *RDCA-2019-XXV*, pp. 157-197; MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: “La responsabilidad del patrimonio común por deudas [aparentemente] privativas de uno de los cónyuges. La posición y derechos del cónyuge no deudor”, *RDCA*, 1995, pp. 11-46; — “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón”, *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2004, pp. 9-68; — “El pasivo del consorcio conyugal aragonés”, en *Revista jurídica del notariado*, núm. 86-87, 2013, pp. 665-731; — “Activo y pasivo del consorcio conyugal legal. Gestión”, en *Derecho civil aragonés (2017)*, Manual de Formación a Distancia 1-2017 (Director: Manuel Bellido Aspás), CGPJ-CENDOJ, Madrid, 2017, pp. 219-260; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*. Edición propia. Zaragoza, 2007, 414 pp.; — *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011; PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A., *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Civitas-Thomsom-Reuters, Pamplona, 2009; RAMS ALBESA, Joaquín: «El pasivo del régimen matrimonial legal aragonés», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 598, 1990, pp. 911-1007; — “Comentario de los arts. 41 a 59 Comp. (Pasivo, gestión, disolución, liquidación y división de la comunidad conyugal legal)”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, DGA, vol. II, 1993, pp. 97-213 y 221-380; — “Gestión y Pasivo de la Comunidad Aragonesa”, en *Actas de los II Encuentros del “Foro de Derecho Aragonés”*, cit., 1993, pp. 35-40; SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: “El peculiar régimen de responsabilidad de los bienes comunes frente a tercero”, *RDCA*, 1996, núm. 2, pp. 153-172; SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ DE RIOBOO, Javier, “Comentario a los arts. 41 a 47 Comp. (pasivo de la comunidad)”, en *Comentarios al Cc. y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, T. XXXIII, vol. 1<sup>o</sup>, Edersa, Madrid, 1986, pp. 454-515; SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Las deudas de los cónyuges: pasivo de la comunidad legal aragonesa*, J. M. Bosch Ed. S.A. (con el patrocinio del Justicia de Aragón), Barcelona, 1992, 638 pp.; — «Liquidación de la comunidad conyugal legal: la indemnización por despido, el mobiliario y la presunción de comunidad, la responsabilidad por las deudas de juego y otras cuestiones al hilo de la S. TSJA de 25 noviembre 1998», *RDCA*, 1999, V (n<sup>o</sup> 1), pp. 157-182; — “El concurso de acreedores y los regímenes forales de comunidad de bienes: especial referencia al consorcio conyugal aragonés”, Cap. VIII de Matilde CUENA CASAS y José Luis COLINO MEDIÁVILLA (Coordinadores): *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*, Civitas, 2009, pp. 223-258; ISBN: 978-84-470-3239-6 (= *RDCA*, XV, 2009 (Zaragoza, 2010), pp. 73-107); — *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* (J. Delgado, Dir., M.<sup>a</sup> A. Parra, Coord.), 4<sup>a</sup> ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 387-412; SERRANO GARCÍA, José Antonio, con la colaboración de BAYOD LÓPEZ, M.<sup>a</sup> del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Familia*, Kronos Editorial, Zaragoza, 2019, pp. 270-289.



## §13. LA GESTIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL

Carmen BAYOD LÓPEZ  
*Catedrática de Derecho civil*

### 1. La gestión del consorcio conyugal

**A. Regulación actual y Derecho transitorio.** Los arts. 227 a 243 del CDFa regulan la gestión del consorcio conyugal. Estos preceptos, ubicados en el capítulo III del Título IV del Libro II están en vigor desde el 23 de abril de 2003, ya que su contenido normativo procede de la Lrem. Estas normas, desde su entrada en vigor, se aplican a todos los matrimonios que estén sujetos a la ley aragonesa y presenten un régimen de comunidad, cualquiera que sea la fecha de la celebración de su matrimonio o del inicio del régimen de consorciales (DT 8ª CDFa en relación con el art. 9.2 Cc. y arts. 22 y 26 RUE 2016/1103).

Sistemáticamente, el legislador ha agrupado estos preceptos en tres secciones; la primera, *Reglas generales*, (arts. 227 y 228), contiene los principios que informan la gestión de los bienes de los cónyuges; la segunda y la tercera, regulan, respectivamente, la *Gestión de los bienes comunes* (arts. 229 a 242) y la *Gestión de los bienes privativos* (art. 243).

**B. Reglas Generales en materia de gestión.** Los arts. 227 y 228 CDFa reiteran las previsiones del art. 188 CDFa, en sede de *Efectos Generales del matrimonio*, para recordar el principio de igualdad de los cónyuges y su deber recíproco de información, tal y como establece el art. 227 al disponer que *la gestión sobre la economía familiar corresponde a ambos cónyuges*, debiendo gestionar, tanto el patrimonio común como el privativo *con la debida diligencia y teniendo en cuenta el interés de la familia*, sujetos ambos consortes al deber recíproco de información sobre la gestión tanto de los bienes comunes o privativos así como de los resultados económicos de la profesión o negocio que ejerzan.

El incumplimiento de los anteriores deberes se sanciona, *en los supuestos graves y reiterados de desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar, con la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges pueda solicitar del juez la disolución y división de consorcio conyugal, rigiéndose en su caso y para lo sucesivo, por el régimen de sedación de bienes*. La misma decisión podrá adoptar uno de los cónyuges cuando el otro incumpla de forma reiterada su deber de información.

**C. Principios en materia de disposición de bienes consorciales.** La actual regulación está presidida por dos principios: el de igualdad absoluta de los cónyuges (arts. 183.1, 186 y 227 CDFa) y el de libertad de pacto o de regu-

lación (arts. 185 y 229 CDFA), con un régimen legal de gestión supletorio de lo pactado válidamente; la igualdad no impide a los cónyuges pactar sobre la gestión del consorcio y atribuírsela de forma conjunta o separada.

a) *Libertad de pacto*. La vigente regulación en materia de gestión apuesta decididamente por la libertad de pacto entre los cónyuges: la gestión de los bienes conyugales *corresponde a los cónyuges conjuntamente o por separado en la forma pactada en capítulos matrimoniales* (art.229.1 CDFA). Los únicos límites a los acuerdos sobre la gestión serán los derivados de *Standum est Chartae: Sólo en defecto de pactos válidos o para completarlos se aplicará lo dispuesto en los artículos siguientes* (art. 229.2 CDFA), por lo tanto estas normas (arts. 230 a 242 CDFA) son supletorias de la voluntad de los particulares y sólo serán aplicables a falta de acuerdo o para completar el pactado.

b) *Actuación individual y actuación conjunta: ¿cuándo procede cada una?* La disposición de los bienes consorciales en sede de gestión se trata por legislador aragonés desde una nueva perspectiva, primando la regla de la gestión individual frente a la gestión conjunta. Esta opción legislativa es consecuencia del principio de igualdad entre los cónyuges y de la premisa cierta de que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de los casados.

Como en su momento advirtiera LACRUZ, en un sistema de comunidad donde ambos cónyuges son iguales en derechos y obligaciones, la disposición de los bienes del consorcio admite dos opciones: sólo actuando conjuntamente marido y mujer pueden administrar los bienes e intereses comunes y disponer de ellos, o bien cada uno de los esposos puede por sí, regir y enajenar los mismos.

La posición del CDFA está a mitad de camino entre una y otra; si bien más cercana, quizás, a la segunda, pues ahora sólo para ciertos actos la actuación será conjunta: *En los supuestos no comprendidos en los artículos anteriores, la realización de actos de administración extraordinaria o de disposición de bienes comunes corresponde a ambos cónyuges o a uno de ellos con el consentimiento del otro* (art. 233 CDFA).

En efecto, el legislador aragonés opta por unas reglas de actuación indistinta, individual o disjunta por parte de los cónyuges de manera que la disposición de bienes comunes por cualquiera de ellos será válida y eficaz frente a terceros de buena fe sin perjuicio, acaso, de responsabilidades internas; teniendo, en todo caso, como consecuencia la extinción del derecho expectante de viudedad (arts. 280 y 282 CDFA)

El límite a los actos de disposición individual (*indistinta, separada o disjunta*) de los cónyuges sujetos a la Ley aragonesa será el fraude de los derechos del otro (art. 236 CDFA).

Fuera de los casos de legitimación individual, la disposición (o actos de administración extraordinaria) de bienes consorciales será conjunta (o de uno con el consentimiento del otro).

La disposición individual de bienes comunes cuando la misma debiera estar sujeta a codisposición, se aborda con nuevos criterios: no hay invalidez del negocio jurídico, sino inoponibilidad de la actuación de un cónyuge frente al otro, siempre que la disposición haya sido a título oneroso y el adquirente sea de buena fe; si la enajenación por parte de uno sólo de los cónyuges hubiera sido a título lucrativo (donación), será inválida: nula de pleno derecho.

El legislador, aborda también situaciones especiales en que la gestión conjunta por ambos cónyuges no resulta posible, habilitando mecanismos para que el Juez o la Junta, según los casos, pueda suplir la voluntad del cónyuge impedido de prestar su consentimiento, así como supuestos en los que de manera automática se concentren las facultades de gestión en un solo cónyuge —con necesidad de autorización judicial para ciertos actos— cuando el otro cónyuge haya sido incapacitado o declarado ausente. El juez, con las cautelas que estime oportunas, y a petición de uno de los cónyuges, puede privar al otro total o parcialmente de sus facultades de gestión, cuando por sus actos haya puesto en peligro repetidamente la economía familia.

c) *Gestión y concurso de uno de los cónyuges.* En esta materia se ha de tener en cuenta el Texto refundido de la Ley concursal. El art. 175 del TRLC, al igual que el art. 245.f CDFA permite, al cónyuge del concursado solicitar la disolución de la comunidad conyugal, pero mientras la comunidad no esté disuelta, como indica LLORENTE las reglas de administración y disposición de los bienes comunes y privativos de los cónyuges siguen siendo, hasta la disolución de la comunidad conyugal, las previstas en su respectivo régimen económico matrimonial. En nuestro caso los arts. 227 y ss. del CDFA y, desde luego, los pactos sobre gestión que válidamente hayan acordado los esposos. Con todo, como también señala LLORENTE, en lo que atañe a los actos de disposición o administración extraordinaria sobre bienes comunes, habrá que tener en cuenta la intervención de los administradores del concurso, quienes podrán intervenir y recabar, en su caso, el auxilio judicial para llevar a cabo estos actos de disposición. (art. 204 y ss TRLC).

## 2. Disposición de bienes consorciales: Actuación indistinta

A. *Regulación.* El art. 230 del CDFA enumera una serie de actos que cada uno de los cónyuges puede realizar por sí solo de forma válida y eficaz, de manera que tiene lugar la extinción del derecho expectante de viudedad de su consorte, lo que garantiza la seguridad y agilidad del tráfico jurídico (art. 280. 1. b CDFA).

**B. Actos que puede realizar por sí sólo uno de los cónyuges.** El art. 230 CDFA contiene la relación de aquellos actos que *Cada uno de los cónyuges está legitimado para realizar por sí sólo sobre los bienes que integran el patrimonio común.* Buena parte de estas acciones ya estaban previstas en la Compilación o habían sido admitidas por la práctica forense. Como veremos, la novedad aparece en la letra d) al permitir la disposición indistinta de cualesquiera bienes consorciales, también los inmuebles, para satisfacer atenciones legítimas de la familia.

a) *Actos de administración ordinaria.* Los actos de administración ordinaria (art. 230 a CDFA) ya estaban contemplados en la Compilación (art. 48.2.1º) y pueden afectar tanto a bienes muebles como a inmuebles, con posibilidad de incluir actos de disposición que sean de administración ordinaria (SERRANO).

b) *Actos de modificación inmobiliaria de fincas inscritas expresamente para el consorcio conyugal, como agrupaciones, segregaciones, divisiones, declaraciones de obra nueva o constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal. Si estuvieran inscritas con carácter presuntivamente consorcial, para su inscripción dichos actos deberán ser otorgados por el cónyuge que las hubiera adquirido*

Los actos de modificación inmobiliaria (art. 230. b CDFA) fueron sugeridos por la doctrina (DELGADO) y admitidos, vigente la Compilación, por la práctica forense (SJPI núm. 13 de Zaragoza 8/3/1996; S.JPI Zaragoza nº 3 19/7/1995; SAPZ 13/10/1993).

Estos actos de modificación inmobiliaria (modificaciones formales de los folios del Registro de la Propiedad sobre fincas consorciales) citados como ejemplo y cualesquiera otros análogos (art. 94.2 Rh.) pueden ser realizados tanto por el cónyuge titular registral como por el otro, siempre que las fincas estén inscritas expresamente para el consorcio conyugal (art. 93.4 Rh.) o inscritas como presuntivamente comunes (art. 94.1 Rh.). La inscripción de tales actos no puede realizarla por sí solo el cónyuge no titular registral (art. 94.2 Rh.).

c) *Actos de defensa, judicial o extrajudicial.* Como afirma SERRANO estamos ante una especificación que ya podía entenderse incluida en las facultades de realizar actos de administración ordinaria.

De hecho, los tribunales aragoneses han conocido de estas actuaciones reconociendo la legitimación indistinta para el ejercicio de acciones desahucio (SJPI núm. 13 de Zaragoza 8/3/1996); reclamación de daños (SJPI Núm. 14 de Zaragoza 18/11/1996) o reclamación de cantidad (S JPI núm. 14 de Zaragoza 22/5/2007). Por el contrario, afirma la jurisprudencia que el ejercicio de acciones reales o de invalidez (nulidad) contractual requiere el ejercicio conjunto de ambos cónyuges (SAPZ 6/11/1999 y SJPI núm. 14 de Zaragoza 16/5/2005).

d) *Actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones señaladas en la letra a) del ap. 1 del artículo 218. Para justificar la necesidad del acto, será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes del otro cónyuge.*



Es esta la principal novedad que presenta la nueva regulación al permitir que cada uno de los cónyuges puede enajenar por sí solo de forma válida y eficaz bienes consorciales (art. 210 CDFA) cuando el acto de disposición sea necesario para satisfacer las atenciones señaladas en la letra a) del apartado 1 del art. 218 CDFA.

Son *las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio*, reguladas con carácter general en el art. 187 CDFA, y calificadas de pasivo definitivo del consorcio conyugal (art. 218.1.a CDFA), lo que fundamenta y da validez al acto de disposición llevado a cabo por uno de los esposos.

El acto de disposición realizado por uno de los cónyuges debe ser a título oneroso y comprende tanto la enajenación (venta, permuta, etc.) como el gravamen (hipoteca, usufructo, servidumbre, etc.) de los bienes consorciales, sean estos muebles o inmuebles.

Al requerir el CDFA que el acto de disposición sea *necesario* implica, a su vez, que el mismo sea *urgente* y, posiblemente, aunque no necesariamente, derivado de la imposibilidad de prestación de consentimiento por parte del otro cónyuge.

Para justificar la necesidad del acto de disposición será suficiente *la declaración en tal sentido, de la Junta de Parientes del cónyuge no disponente*. Esta declaración puede realizarse en cualquier momento: antes de la realización del acto de disposición, simultáneamente al mismo o con posterioridad.

La intervención de la Junta de Parientes no juega como requisito de validez del acto de disposición, este será válido si era necesario para satisfacer las necesidades familiares. La intervención de la Junta es, por lo tanto, un mecanismo de prueba habilitado por el legislador a los efectos de legitimar la actuación del cónyuge disponente sobre los bienes comunes que, a su vez, posibilita que el acto de disposición o gravamen sobre inmuebles inscritos como consorciales tenga acceso al Registro de la propiedad a pesar de estar realizado por uno solo de los cónyuges (arts. 93 y 94 Rh.).

Actuando cada uno de los cónyuges dentro de la legitimación prevista en la norma, el acto de disposición extinguirá el derecho expectante de viudedad del cónyuge no disponente, al ser válida la enajenación (arts. 280.1.b y 282 CDFA). De lo contrario, serían aplicables las reglas generales sobre la disposición de bienes comunes y, en su caso, la sanción de los actos de disposición realizados sin el necesario consentimiento del otro (arts. 235 y 237).

### **3. Actuación individual sobre bienes comunes en el ejercicio de profesión o negocio: art. 231 CDFA**

**A. Regulación.** El art. 231 CDA contempla en su párrafo primero, como ya lo hacía el derogado art. 48 Compilación, la legitimación individual de

cada cónyuge *para realizar los actos de administración o disposición incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio.*

La novedad, respecto al Derecho anterior, se encuentra en que esta legitimación no solo tiene efectos frente a terceros, como decía el derogado art. 48, sino también en la relación interna y frente al otro cónyuge. La disposición individual de uno de los cónyuges sobre los bienes afectos al tráfico habitual de su profesión o negocio, será válida y por ello extinguirá el derecho expectante del cónyuge no disponente sobre los bienes consorciales enajenados (arts. 280.1.b y 282 CDFa).

En segundo lugar, y con efectos similares a los señalados respecto a la intervención de la Junta de Parientes en el art. 230 CDFa, se incluye la aseveración notarial con la finalidad de *probar en el tráfico que un acto está incluido en el giro habitual del que lo realiza, bastará que así resulte de la aseveración por el Notario de que le consta por notoriedad.* Esta intervención no estaba prevista en el texto de la Compilación.

**B. Bienes incluidos en el tráfico habitual.** Lo son tanto bienes muebles como inmuebles consorciales, bien porque sea común el negocio, aun cuando gire a nombre de uno de los cónyuges (vgr. empresa o explotación fundada durante el consorcio: art. 210.2. j CDFa) bien por afectar a frutos de la explotación, si ésta es privativa (vgr. empresa o explotación fundada antes de iniciarse el consorcio: art. art. 211.1 en relación con el art. 210.2.f CDFa), siempre que éstos pertenezcan al tráfico habitual de la profesión o negocio del disponente.

Lo normal será que los actos de disposición afecten a los bienes o productos conseguidos de la actividad profesional (no al negocio en sí) que, aún valiosos, generalmente serán bienes muebles, permitiéndose la utilización de estos bienes comunes por parte del cónyuge profesional para percibirlos y enajenarlos, tomando sobre ellos las decisiones oportunas. Las mismas facultades tendrá el cónyuge si los productos obtenidos a través de su actividad profesional son bienes inmuebles, como ocurre en el caso arquetípico del contratista de obras, respecto de los edificios que va construyendo y vendiendo a terceros.

Aun cuando lo normal será que el acto de disposición sea título oneroso, no impide el art. 231 CDFa la posibilidad de disponer a título lucrativo en la medida en que tal actuación esté incluida en el tráfico habitual de su profesión o negocio, como puede ser el caso de regalos o premios de promoción o ventas (DELGADO).

La norma comprende, como se desprende de su texto (*profesión o negocio*), a comerciantes, el caso referido del constructor o promotor, a los agricultores y a todos los profesionales en general.

**C. La aseveración notarial.** El art. 231 CDFA presenta una novedad más que evidente respecto al Derecho anterior al incluir en su párrafo 2 un medio de prueba (de legitimación) en lo que atañe a que el acto de disposición esté incluido en el giro habitual del que lo realiza: *bastará que así resulte de la aseveración del Notario de que le consta por notoriedad*. Como decía anteriormente respecto de la intervención de la Junta de Parientes, aquí tampoco estamos ante un requisito de validez: la disposición será válida, si la misma está incluida en el tráfico habitual del cónyuge disponente, lo aseveré o no el notario. Lo que aporta la aseveración notarial es la posibilidad de inscribir en el Registro el acto de disposición.

Por ello, en el supuesto de que la enajenación del bien, sea este mueble o inmueble, no esté incluida en el tráfico habitual de la profesión o negocio del disponente (Vgr. uno de los cónyuges vende la vivienda familiar consorcial como si fuera un piso de una de sus promociones), el acto de disposición será ilegítimo, aun cuando el mismo tuviera a su favor la aseveración notarial (ella no es requisito de validez del acto transmisión, tan sólo es requisito de inscripción), que evidentemente sería errónea o falsa. En este caso, el cónyuge no disponente tendrá a su favor las acciones previstas en el art. 235 (o 237, si el acto hubiera sido gratuito) y el tercero contratante, si es buena fe, las acciones derivadas de su contrato, que es válido. El notario quedará, en su caso, sujeto a responsabilidad. No tendrá lugar la extinción del derecho expectante respecto del bien enajenado al ser ineficaz el acto transmisivo (salvo, que medie usucapión o adquisición en virtud de las reglas de protección de los terceros de buena fe).

#### 4. Actuación frente a terceros: el art. 232 CDFA

**A. Regulación.** El art. 232 CDFA legitima la actuación de unos de los cónyuges frente a terceros de buena fe *en cuanto a los bienes que figuren a su nombre exclusiva o indistintamente, o se encuentren en su poder, para realizar actos de administración, así como los de disposición a título oneroso de dinero, valores mobiliarios, derechos de crédito y cualesquiera otros bienes muebles*.

El antecedente de este precepto es el art. 48.2.2º de la Compilación, si bien el CDFA amplía los poderes de disposición a título oneroso de los cónyuges respecto de los bienes muebles consorciales: dinero, valores mobiliarios, derechos de crédito *y de cualesquiera bienes muebles* en general, que estén a su nombre o figuren de forma exclusiva o indistinta, o estén en poder de alguno de los cónyuges.

**B. Legitimación ad extra.** La legitimación que establece el art. 232 CDFA, como en su momento hiciera el art. 48.2.2º de la Compilación es *ad extra*: frente a terceros de buena fe. Esto significa que, en todo caso, frente a terceros de buena fe, el acto dispositivo realizado por uno sólo de los cónyuges sobre

los bienes muebles que se encuentren en el supuesto de hecho del art. 232 CDFA es válido y eficaz: transmitirá, en su caso, la propiedad al adquirente (art. 464 Cc.) y se extinguirá el derecho expectante de viudedad, salvo que la enajenación se haya efectuado en fraude de este derecho (art. 282 CDFA).

*C. Efectos en la relación interna.* Ahora bien, la legitimación *ad extra* que prevé el art 232 CDFA no tiene como consecuencia necesaria que en la relación interna el acto sea eficaz.

La disposición de los bienes muebles consorciales que estén en poder o adscritos a la titularidad de uno de los cónyuges, internamente sigue sujeta a una gestión conjunta, informada y, desde luego, leal (art. 227 CDFA).

La gestión de bienes muebles comunes por uno sólo de los cónyuges frente a terceros debe relacionarse también con su capacidad para endeudar al consorcio conyugal (art. 219.1.a CDFA) que, igualmente, se refiere a una actuación legítima *ad extra*: de esas deudas responderán los bienes comunes frente a terceros de buena fe, pero no necesariamente en la relación interna (la deuda podrá ser calificada de privativa y procederá el reembolso a favor del consorcio: art. 226.3.b CDFA).

Pues bien, relacionando ambas normas (art. 219.1 a y art. 232 CDFA), imaginemos que un cónyuge dispone de dinero consorcial (o vende el coche o la cosechadora, que consta en el Registro a su nombre) para adquirir un inmueble (u otro coche o un negocio) con el desconocimiento (acaso con la oposición) de su consorte. ¿Qué consecuencias tiene esta actuación tanto respecto del otro cónyuge como respecto de la masa consorcial?

Frente a terceros de buena fe, el acto de disposición es válido y eficaz; y en cuanto tal oponible al otro cónyuge; por ello, del endeudamiento (vgr. hay que seguir pagando la adquisición: el coche o el piso comprado) responden siempre los bienes comunes (así como el bien adquirido: art. 222 CDFA), puesto que el acto de disposición es legítimo en virtud de la regla de gestión contenida en el art. 232 CDFA; por ello debe extinguirse respecto del bien dispuesto el derecho expectante, pero el acto tendrá las siguientes consecuencias:

*a)* si uno de los cónyuges ha actuado de forma desleal, la deuda deberá ser reembolsada al patrimonio consorcial (art. 226.3.b CDFA) manteniendo, en teoría, el bien adquirido su calificación de consorcial a efectos de liquidación. Si este es el caso, se tendrá en cuenta el beneficio que la adquisición haya podido reportar al consorcio (art. 218.1.e CDFA).

*b)* si dicha adquisición se hizo en contra de la voluntad del otro cónyuge; el art. 239, de nueva factura y sin antecedentes en el Derecho aragonés, permite al cónyuge adscribir el bien así adquirido al patrimonio privativo del otro, reembolsando al patrimonio común el valor actualizado del precio y demás gastos de adquisición.

c) Por último, si la actuación de uno de los cónyuges, en lo que atañe a la disposición de bienes comprendidos en el art. 232, pone en peligro repetidamente la economía familiar o bien provoca de forma grave y reiterada desacuerdos en la gestión o bien incumple reiteradamente sus deberes de información, podrá el cónyuge no disponente: i) *pedir al juez que prive al otro, en todo o en parte de sus facultades de gestión* (art. 241 CDFa) o incluso ii) *solicitar del Juez la disolución y división del consorcio, rigiendo en su caso, y para lo sucesivo, la separación de bienes* (art. 228 CDFa.)

**D. Terceros de buena fe.** Todo lo explicado anteriormente, y en relación con los actos de disposición previstos en el art. 232 CDFa, tiene como premisa la buena fe del tercer adquirente.

Como explica SERRANO GARCÍA, los terceros serán de buena fe cuando, confiados en la apariencia, crean en la regularidad y legitimidad de la actuación del cónyuge, contraten sin que hayan podido apreciar que actuaba con intención de perjudicar al consorcio, con grave descuido de los intereses familiares o con extralimitación en sus facultades.

Ahora bien, si el tercero es de mala fe y la actuación del cónyuge disponente, aun aparentemente legítima por venir amparada por el art. 232 (o por cualquier otra norma que legitima la actuación indistinta o separada: arts. 230 y 231 CDFa) es fraudulenta, no va a impedir que la enajenación pueda ser objeto de rescisión: *El acto de disposición realizado a título oneroso por uno de los cónyuges sobre el patrimonio común en fraude los derechos del otro cónyuge podrá rescindirse a solicitud de éste último, si el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude* (art.236 CDFa)

Si la actuación del cónyuge disponente causa daños y perjuicios al patrimonio común, el patrimonio privativo de aquél deberá indemnizar al patrimonio común de los daños y perjuicios que le haya causado por acción dolosa o gravemente negligente.

En estos casos, la actuación fraudulenta del cónyuge disponente podrá ser valorada, al menos, como *gravemente negligente* a los efectos de alcanzarse la indemnización frente al patrimonio consorcial (art.226.4 CDFa).

## 5. Actuación conjunta de ambos cónyuges

**A. Regulación.** El art. 233 se presenta como norma de cierre del sistema: los cónyuges son iguales y libres para gestionar individualmente los bienes consorciales de forma válida y eficaz en los casos en los que lo establece la ley (arts. 230, 231 y 232 CDFa), haciendo responder de su gestión a los bienes gananciales, además, de a los suyos propios (art. 219 CDFa).

Fuera de estos supuestos, la disposición para ser eficaz y oponible al cónyuge no disponente, debe contar con su consentimiento: bien disponiendo

ambos a la vez bien disponiendo uno de ellos con el consentimiento del otro, tal y como establece el art. 233: *En los supuestos no comprendidos en los artículos anteriores, la realización de actos de administración extraordinaria o de disposición de bienes comunes corresponde a ambos cónyuges conjuntamente o a uno con el consentimiento del otro.*

**B. Actos que requieren la actuación conjunta.** Los cónyuges para disponer de bienes muebles o inmuebles pertenecientes al consorcio conyugal deben actuar conjuntamente (o uno con el consentimiento del otro) cuando: i) la disposición para satisfacer las necesidades familiares no sea necesaria ni urgente; ii) los bienes no se hallen incluidos en el tráfico habitual de la profesión u oficio del cónyuge disponente; iii) tratándose de bienes muebles, se hallen inscritos a nombre de ambos cónyuges o se hallen en el poder de los dos o bajo una titularidad compartida; iv) la disposición de los bienes comunes, sean estos muebles o inmuebles, sea a título gratuito (art. 237 CDFA), salvo que pueda ser incluida en el giro habitual de la profesión o negocio del cónyuge disponente (art. 231 CDFA) o se trate de una liberalidad usual según las circunstancias de la familia.

**C. Efectos de la intervención conjunta.** Esta tiene lugar cuando actúan ambos a la vez o uno de ellos con el consentimiento del otro. En estos casos el no interviniente habrá otorgado previamente un poder o mandato a su cónyuge para efectuar dichas actuaciones. Es posible, que hayan previsto esta posibilidad en capítulos matrimoniales (art. 229.1 CDFA).

En estos supuestos ambos cónyuges quedan vinculados contractualmente frente al tercero (ambos esposos son parte en el negocio jurídico) y, por consiguiente, quedan sujetos a responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones tanto los bienes consorciales como los privativos de cada uno de ellos (art. 219.3 CDFA en relación con el art. 1.2 CDFA y los arts. 1.717 y 1.727 Cc.).

La prestación del consentimiento conjunta o simultánea a través del poder así como del consentimiento prestado con posterioridad, provocará la extinción del derecho expectante de viudedad (arts. 280. 1. b y 282 CDFA)

## 6. Autorización judicial

Cuando el acto de disposición (o de extraordinaria administración) sobre bienes consorciales requiera el consentimiento del otro cónyuge, *y éste se halle impedido para prestarlo o se niegue a ello injustificadamente*, prevé el legislador que el consentimiento del cónyuge no disponente pueda ser sustituido por la autoridad judicial: *resolverá el juez*; dice para estos casos el art. 234 CDFA.

**A. Casos en los que el cónyuge disponente puede requerir la autorización judicial.** De forma cumulativa se requiere:

1. Sólo cuando la disposición sea título oneroso. (art. 234 CDFa). No es posible la autorización judicial para la disposición a título gratuito: o consenten ambos cónyuges (o uno con el consentimiento del otro) o la disposición por uno sólo de ellos será inválida: nula de pleno derecho (art. 237 CDFa).

2. La intervención judicial puede ser requerida por el cónyuge disponente tanto antes del acto de disposición como después haberlo realizado.

3. Es necesario que la no intervención del otro cónyuge se deba a uno de estos dos supuestos:

a) *Que el otro cónyuge se halle impedido para prestar el consentimiento.* El impedimento para prestar el consentimiento, como indica SERRANO, habrá que ponerlo en relación con los arts. 242 y 240 CDFa. De manera que ese impedimento no puede responder a ninguna de las situaciones reguladas por dichos preceptos. Por ello, como afirma el profesor SERRANO, la causa del impedimento no ha de ser permanente y ha de tratarse de la imposibilidad de prestar el consentimiento para un acto concreto.

Serían casos en los que el cónyuge está imposibilitado de hecho (vgr. lo acaban de operar y está en la UCI inconsciente; se halla de viaje y no se puede comunicar con él, etc.) y, a mi juicio, habría que añadir también que el acto de disposición no admite demora: al menos la suficiente para que el cónyuge se reponga y pueda consentir.

b) *Que el otro cónyuge se niegue injustificadamente a ello.* La negativa al acto de disposición habrá que relacionarla con una actuación contraria al interés de la familia (art. 227.2 CDFa).

**B. Consecuencias de la autorización judicial respecto del patrimonio responsable en relación al acto dispositivo y a la viudedad.** Si el juez autoriza la enajenación, se extinguirá el derecho expectante de viudedad del cónyuge no disponente (arts. 280.1 b y 282 CDFa) supuesto que, vigente la Compilación, era dudoso.

La autorización judicial legitima la disposición individual de uno de los cónyuges y hace eficaz, en su caso, la transmisión de la propiedad así como la inscripción en Registro, en el caso de que el acto dispositivo afecte a bienes inmuebles.

Por lo demás, y como para la sociedad de gananciales recuerda DE LOS MOZOS en el orden de responsabilidad, la autorización judicial únicamente suplente el consentimiento en cuanto al patrimonio común, de manera que, si como consecuencia del acto de disposición o administración se siguen responsabilidades patrimoniales, responderán únicamente los bienes comunes

y los bienes del cónyuge del que partió la iniciativa del acto, y no los bienes propios del cónyuge en desacuerdo (art. 219 en relación con el art. 234 CDFA).

## 7. Consecuencias de la falta de consentimiento de uno de los cónyuges: inoponibilidad y nulidad. Arts. 235 y 237 CDFA

*A. Premisas de las que partir: negocio obligacional y negocio transmisor: Título y modo.* La Compilación no regulaba el régimen jurídico a que debía quedar sometido el acto de disposición realizado por uno solo de los cónyuges cuando era necesario el consentimiento de ambos.

Como recuerda el Preámbulo del CDFA, existían serias dudas por parte de la doctrina, no tanto de la jurisprudencia (SAPZ 14/6/1999; S.JPII La Almunia 16/11/1998; STSJA 5/7/1995) acerca de si eran o no aplicables al consorcio conyugal aragonés las reglas que en el Código civil señalaban la anulabilidad como forma de invalidez de los actos de disposición a título oneroso realizado por uno sólo de los cónyuges sin el necesario consentimiento del otro (art. 1.322 Cc.).

Recuerda también, como la técnica de la anulabilidad respecto de estos actos de disposición por uno solo de los cónyuges ha recibido, en el ámbito del Código civil, numerosas y fundadas críticas por parte de sus comentaristas, razones por las cuales, termina por decir el preámbulo, *responden a una tradición doctrinal y jurisprudencial que no hay por qué aplicar en Aragón.*

En razón de ello el legislador aragonés ofrece una respuesta expresa para estas actuaciones diferenciado según la disposición sea a título gratuito o a título oneroso.

En el primero de los casos, y como viene siendo tradicional, la consecuencia es la invalidez del acto de disposición del tipo nulidad de pleno derecho. A este supuesto se refiere el art. 237 CDFA.

Respectos de los actos a título oneroso, —como explica el Preámbulo—:

“La nueva regulación aborda el problema de la venta de cosa común por uno solo de los cónyuges cuando es necesario el consentimiento de ambos con criterios nuevos, inspirados en un análisis jurídico más depurado y que atienden mejor al complejo conflicto de intereses entre tres partes que estos casos suponen. (...). Partiendo de la validez del contrato —título— y de que la propiedad no se transmite al entregar la cosa una solo de sus dueños, se señala la inoponibilidad del contrato al cónyuge que no consintió, así como las acciones que éste puede ejercitar, al tiempo que se muestra también el cauce para la defensa de los intereses del comprador a través de las acciones nacidas de la compraventa contra su vendedor incumplidor».

En efecto, el legislador aragonés, siguiendo a la mejor doctrina, considera que el régimen aplicable en estos supuestos debe ser la inoponibilidad del acto de disposición frente al cónyuge preterido manteniendo el tercero



cocontratante las acciones que se deriven del contrato frente al cónyuge disponente.

**B. Actos a título oneroso.** El art. 235 CDFA regula las consecuencias de la falta de consentimiento de uno de los cónyuges en los actos de disposición a título oneroso. Va ofrecer nuevos criterios para dar respuesta a los efectos que se derivan de la falta de consentimiento de unos de los cónyuges en los actos de disposición a título oneroso. Situación que desarrolla el legislador a lo largo de cuatro párrafos en los que regula los efectos de la omisión del consentimiento de uno de los cónyuges (párrafos 1 y 4); las acciones a favor del cónyuge preterido (párrafo 2) y del tercero contratante (párrafo 3).

a) *Validez del contrato ineficacia del negocio transmisivo.* El legislador aragonés, con buena técnica, ofrece un tratamiento correcto sobre la disposición de bienes (en parte) ajenos en atención a la teoría del título y el modo que rige en el ordenamiento jurídico español y aragonés (arts. 609, 1.095 Cc. en relación con el art. 1.2 CDFA), diferenciando entre la validez del negocio obligacional e ineficacia del negocio transmisivo, en los casos de falta de prestación del consentimiento de alguno de los propietarios.

En efecto, si la venta de cosa ajena no es nula en nuestro Derecho en razón de las premisas anteriores, no tiene sentido que lo sea la venta de bienes consorciales, que son propiedad del disponente, aún cuando también pertenezcan a su cónyuge.

En razón de ello podemos afirmar que la venta (el acto de disposición a título oneroso) será válido, si concurren los requisitos necesarios para su validez (art. 1.261 Cc.); no habrá transmisión de la propiedad al tercero, porque nadie puede transmitir lo que no tiene. Si la disposición debe ser conjunta o de uno con el consentimiento del otro, la disposición individual por uno de los cónyuges no transmite la propiedad. Como dice el art. 235.1 CDFA: «*en cualquier forma que se realice*», haciendo un guiño al art. 1.462 Cc. Por ello, la venta será inoponible frente al cónyuge no contratante (art. 235.2 CDFA).

En efecto, ningún contrato puede crear obligaciones (ser oponible) para quien no ha sido parte en él (art. 1.257 Cc.) fuera de los casos de representación (art. 1.259 Cc); principios que siguen vigentes aún cuando medie vínculo matrimonial (art. 183 CDFA).

Esto es lo que dispone el art. 235. 1: *La venta de cosa común por uno solo de los cónyuges cuando es necesario el consentimiento de ambos es válida y produce sus efectos obligacionales exclusivamente entre las partes contratantes y sus herederos, pero la entrega de la cosa, en cualquier forma que se realice, no transmite la propiedad al comprador.*

Por ello, mientras la enajenación no se consolide, no se extinguirá el derecho expectante del cónyuge no contratante, al no producirse “la válida

enajenación (transmisión) del bien" prevista en el art. 280.1.b CDFA (BIESA, BAYOD).

b) *Situación del cónyuge preterido: inoponibilidad del contrato.* La situación del cónyuge cuyo consentimiento se omitió, se regula en el párrafo 2 del art. 235. El titular de derecho que ha sido objeto de un contrato en el que no ha intervenido no necesita de ninguna acción para atacar ese contrato, que como tal no le vincula, lo que debe hacer, en su caso, es oponerse al acto de disposición (*exigir la restitución de la cosa vendida y entregada*, dice el CDFA en el párrafo 2 del art. 235) y *pedir*, (al Juez y frente al comprador), *que se declare que la venta en que no ha sido parte le es inoponible.* (SAPH 31/1/2008).

Estas acciones no están sujetas a plazo, pero como también señala el precepto todo ello es posible *salvo que el comprador haya adquirido la propiedad por usucapión o, si es el caso, en virtud de las reglas de protección de terceros de buena fe*, casos estos referidos a las adquisiciones *a non domino* (34 Lh, 464 Cc. 85 Ccom., 61 LOCM).

El cónyuge preterido también puede *prestar el consentimiento expresa o tácitamente con posterioridad* al acto dispositivo llevado a cabo por su consorte, pero *en ningún caso se presumirá su consentimiento*; presunción que era admitida por los tribunales (STSJA de 5 de julio de 1995; S. del JPII de la Almunia de Doña Godina de 16 de noviembre de 1998), por ello era conveniente advertirlo expresamente en el texto de la ley.

En estos casos, la prestación del consentimiento no afecta, en principio, a la relación contractual que media entre su consorte y el adquirente, sino que afecta al acto dispositivo: legitima la transmisión de la propiedad a favor del tercero, que adquiere la propiedad del bien consorcial e impide hacer valer la inoponibilidad. Del cumplimiento del contrato responden, tanto en la relación interna como en la externa, los bienes consorciales (art. 219 CDFA), pero no los privativos del cónyuge que no se obligó contractualmente, a pesar de consentir la enajenación. Se extingue el derecho expectante de viudedad, al ser la enajenación válida y eficaz en lo que respecta al aspecto transmisivo (art. 280.1.b CDFA).

Si el cónyuge no consiente, su consentimiento no se presumirá, y el acto le seguirá siendo inoponible, pero su pasividad puede provocar que el tercero consolide el dominio por usucapión.

c) *El tercero contratante.* Tomando como premisa la validez del contrato, se atienden legítimamente también a los intereses del tercero.

En efecto, al no declararse nulo el vínculo contractual, el comprador conserva incólumes todas las acciones frente al vendedor: i) acción de cumplimiento, en forma específica o por equivalente, ii) resolución (art. 1124 Cc.), y en ambos casos podrá exigir la indemnización de daños y perjuicios (art. 1.124 en relación con los art. 1.106 y 1.107 Cc.) y también, si se ve privado la

posesión de la cosa, iii) podrá demandar la evicción. Así lo afirma ahora el párrafo 3 del art. 235: *El comprador tiene contra el vendedor las acciones de cumplimiento y la demás que se deriven de la compraventa.*

En efecto, el tercero conserva todas las acciones derivadas del contrato, por ello puede exigir de su vendedor todas las partidas que integran el art. 1.478 Cc., además, en su caso, de los daños y perjuicios derivados de la pérdida de su expectativa contractual (art. 1.902 Cc.).

*d) Situación del cónyuge disponente. Responsabilidad y patrimonio responsable.* Tratándose de un acto dispositivo que no cuenta con el consentimiento de su consorte; la indemnización, consecuencia de las acciones ejercidas por el comprador, correrán a cargo del patrimonio privativo del cónyuge disponente (arts. 223 y 224 CDFA). Acaso, y de forma subsidiaria, podría responder el patrimonio consorcial, en el supuesto de haberse enriquecido a consecuencia del acto de disposición (arts. 218.1.e y 219.1 b. CDFA).

Frente a su consorte, el cónyuge disponente queda sujeto a la indemnización que proceda a su favor y frente al consorcio por todos aquellos daños que se hayan podido derivar en virtud del acto de enajenación (vgr. pérdida de frutos, uso etc. art. 226.3 CDFA.)

*e) Ámbito de aplicación de la norma.* El art. 235 CDFA es aplicable a cualesquiera actos de disposición (no sólo la venta) de bienes comunes, muebles o inmuebles, cuando de ellos se deba disponer en forma conjunta *ex art.* 233 CDFA, ya que como establece el párrafo 4 del art. 235: *Las mismas reglas se aplicarán en los demás casos de transmisión o disposición de bienes comunes a título oneroso.*

Los actos de disposición más habituales y, respecto de bienes inmuebles serán los consistentes en compraventas en documento privado, que darán lugar a pleitos y a problemas, cuando el adquirente pretenda que el mismo se eleve a escritura pública, y allí aparezca el cónyuge no disponente. Serán también supuestos, ahora no muy habituales incluso en el ámbito rural, en los que no hay inscripción en el Registro, o habiéndola, el bien, aun cuando sea común, aparezca inscrito a nombre de uno solo de los cónyuges, tal vez porque lo adquirió el disponente antes del matrimonio, pero ha sido aportado al consorcio conyugal con ese carácter, por ejemplo.

Más raro, pero no imposible, es que estos actos se lleven a cabo en escritura pública y constando en el Registro que el bien es consorcial; no muchos se arriesgarán a comprar así, advertidos por el notario (art 169 Rnot.) de esta situación, y sin posibilidad de inscripción (art. 93 y 94 Rh).

Todos estos supuestos en general responderán a promesas de hecho ajeño que haya podido llevar a cabo el cónyuge disponente o a través de la figura del *falsus procurator* (vgr. le dice que consentirá su cónyuge cuando eleven a escritura pública el documento, o que cuenta con su consentimiento de su

cónyuge actuando también en su nombre, no siendo nada de ello cierto, etc.), pero también a esos otros casos en los que el bien aparece inscrito a título privativo habiendo variado sobre él la calificación (vgr. hubo una aportación al consorcio y la misma no se inscribió; el supuesto de bienes comprados antes del matrimonio, pero que se pagan totalmente constante el mismo).

En todos estos casos la consecuencia será la misma: inoponibilidad frente al cónyuge no disponente y validez del contrato (salvo vicio del consentimiento por parte del contratante no cónyuge: error o dolo, principalmente) del que nacerán a favor del adquirente las acciones derivadas del mismo.

## 8. Actos intervivos a título lucrativo

Su regulación se encuentra en el art. 237 CDFA: *Será nula de pleno derecho la donación de un bien consorcial realizada por uno de los cónyuges. Se exceptúan las liberalidades usuales según las circunstancias de la familia.*

Como explica SERRANO GARCÍA la sanción establecida es la nulidad de pleno derecho porque al ser la donación un contrato traslativo de dominio no se puede predicar la validez del contrato y la ineficacia de la transmisión.

En general, y como afirma RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, la doctrina no discute la sanción de nulidad en los casos de actos a título gratuito porque i) para los actos gratuitos la ley exige la intervención de ambos cónyuges, constituyendo este tipo de actos una manifestación absoluta del principio de cogestión; y ii) porque sale del patrimonio ganancial un bien sin contrapartida.

## 9. Disposiciones de bienes en situaciones especiales

**A. Los casos.** Los arts. 240 a 242 CDFA regulan unos supuestos en los que no es posible la gestión conjunta o conviene poder privar a uno de los cónyuges de todas o parte de las facultades de gestión.

El Código foral habla de atribución de la gestión a uno sólo los cónyuges (art. 240), de privación de la gestión (art. 241) y de concreción automática de las facultades de gestión en uno solo de los cónyuges (art. 242). En todos estos supuestos, la disposición efectuada de acuerdo a sus previsiones extingue el derecho expectante de viudedad. El procedimiento a seguir será el previsto en el art. 90 LJV.

**B. Concreción automática de facultades.** A ella se refiere el art. 242: *La gestión del patrimonio común corresponderá al cónyuge del incapacitado o declarado ausente. Necesitará, no obstante, autorización del Juez o de la Junta de Parientes de su cónyuge para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles.*

En estas situaciones de incapacitación o ausencia de uno de los cónyuges, que precisan de la correspondiente resolución judicial que las declare, se pro-

duce automáticamente la concreción de todas las facultades de gestión del patrimonio común en el otro cónyuge, por su simple condición de cónyuge; no es necesario, por tanto que sea tutor, curador o representante legal del incapacitado o ausente.

También, en su caso, el cónyuge capaz o presente si le interesa, podrá pedir la disolución judicial del consorcio conyugal, al igual que la persona que represente al incapacitado o ausente y, en el caso de incapacitado sujeto a curatela, la disolución se producirá cuando lo pida éste con asistencia del curador (art. 245.a CDFa).

**C. Atribución de la gestión al otro cónyuge.** Como señala el art. 240: *El cónyuge cuyo consorte se encuentre imposibilitado para la gestión del patrimonio común podrá solicitar del Juez que se la confiera a él solo. El Juez podrá acceder a lo solicitado y señalar límites o cautelas a la gestión concedida, según las circunstancias.*

La imposibilidad es meramente de hecho (cfr. art. 242), pero afecta de modo general a la gestión del patrimonio común y, hay que pensar, que de forma duradera (no es el caso del art. 234). En esta situación el otro cónyuge puede pedir al Juez que le confiera la gestión a él solo. La solicitud no es vinculante para el Juez, puede denegarla o señalar límites o cautelas a la gestión concedida, atendidas las circunstancias del caso.

**D. Privación de la gestión.** Como señala el art. 241: *cuando por actos de uno de los cónyuges se haya puesto en peligro repetidamente la economía familiar, el otro cónyuge puede pedir al Juez que prive a aquél en todo o en parte de sus facultades de gestión.*

Como señala SERRANO no es imprescindible que haya existido actuación dolosa o gravemente negligente (art. 226.4 CDFa), ni que el acto de disposición haya sido realizado en fraude de los derechos del otro (art. 236 CDFa), sino simplemente que, de hecho, por actos de uno de los cónyuges se haya puesto en peligro repetidamente la economía familiar por impericia o mala suerte.

El peligro reiterado deriva de actos de uno de los cónyuges realizados en supuestos de actuación separada, de conformidad con lo pactado o lo dispuesto en los arts. 230, 231 y 232 CDFa.

En tal supuesto, lo que se puede pedir al Juez no es que confiera al otro toda la gestión del patrimonio común (art. 240 CDFa), sino que prive al que con su gestión pone en peligro la economía familiar de todas o parte de sus facultades de gestión separada. Éste, si no está de acuerdo, podrá pedir la disolución del consorcio con fundamento en el art. 228 CDFa, alegando "graves o reiterados desacuerdos" sobre la gestión (DELGADO).

## 10. Disposición por causa de muerte

**A. Antecedentes y regulación actual.** Como afirma SERRANO, las previsiones del art. 238 CDFA sobre disposiciones por causa de muerte relativas a la participación en el patrimonio común (párrafo 1), a bienes determinados del patrimonio común (párrafo 2) o a los derechos que sobre un bien consorcial determinado corresponden al disponente (párrafo 3), y suponen una novedad, al menos formal, introducida en el Derecho aragonés por la reforma de 2003.

Esta regulación, como señala el Preámbulo (núm. 22) están inspiradas en opiniones doctrinales solventes y en sugerencia de los profesionales del derecho que tienen a facilitar este tipo de disposiciones bastante frecuentes entre los cónyuges.

La existencia expresa de esta regla va a evitar la aplicación supletoria de los arts. 1379 y 1380 Cc., cuya aplicación fue constante hasta la entra en vigor de este precepto normativo el 23 de abril de 2003 (STS 28/9/1998; SJPII núm. 2 de Huesca 25/5/2000; SAPH 25/6/2005; STSJA 26/11/2007)

**B. Relativas a la participación en el patrimonio común.** A ello se refiere el art. 238.1 CDFA: *Cualquiera de los cónyuges podrá disponer por causa de muerte de su participación en el patrimonio común.*

Este acto de disposición se puede ordenar en pacto sucesorio, testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio *standum est chartae* (art. 318 CDFA).

**C. Relativas a bienes determinados del patrimonio común.** El art. 238.2 CDFA indica que *a la disposición por causa de muerte de bienes determinados del patrimonio común, en defecto de otra previsión, le serán de aplicación las siguientes reglas:*

a) *Si la realizara un cónyuge a favor del otro, éste adquirirá su propiedad directamente al deferirse la herencia de aquél, sin necesidad de liquidación del consorcio.*

b) *Si fuera hecha por ambos cónyuges conjuntamente, al deferirse la herencia del que primero fallezca, el legatario tendrá derecho a que en la liquidación del consorcio la mitad indivisa de los indicados bienes se adjudique a la parte correspondiente al causante.*

c) *Cuando se realice por uno solo de los cónyuges a favor de persona distinta del otro, sólo producirá sus efectos si al liquidarse el consorcio los bienes fueran adjudicados a la herencia del disponente; en caso contrario, se entenderá legado el valor que tuvieran al tiempo de la delación.* Entre vivos la disposición a título lucrativo realizada por uno solo de los cónyuges es nula de pleno derecho (art. 238 CDFA) porque el bien no pertenece en exclusiva al donante.

Aquí se dispone asimismo de bienes comunes, pertenecientes también al otro cónyuge, pero se hace por causa de muerte, bien a título de heredero o de legatario, la disposición vale y surte efectos, si bien éstos tienen en cuenta que el bien común objeto de la disposición sucesoria, tras la muerte del cónyuge disponente (o el primero de ellos), puede adjudicarse por entero a uno de los dos lotes o dividirse, en su caso, entre los dos.

No obstante, la disposición sucesoria de uno a favor del otro es bastante para que, sin necesidad de liquidación del consorcio, éste adquiera ya su propiedad al deferirse la herencia: mitad por su condición de comunero y mitad por legado del otro, pero sin perjuicio de los preferentes derechos de los acreedores consorciales, de los acreedores personales del causante y de los legitimarios.

Hecha la disposición conjuntamente y en favor de tercero, al morir el primero de los cónyuges el tercero tiene asegurado el derecho a recibir una mitad indivisa del bien, la otra mitad la recibirá al fallecer el otro o, en su defecto será de aplicación el art. 422 CDFA.

**D. Relativas a derechos sobre un bien común determinado.** Por último, el art. 238.3 CDFA dice que *si un cónyuge lega los derechos que le corresponden en un bien determinado del patrimonio común, el legado se limitará a una mitad indivisa del mismo o, si todo él se adjudica al otro cónyuge, al valor de la mitad al tiempo de la delación.*

La naturaleza jurídica del consorcio conyugal, sin cuotas sobre cada uno de los bienes comunes, no impide la validez de la disposición sucesoria sobre los derechos en un bien consorcial determinado, si bien, a resultas de lo que suceda en la liquidación del consorcio, el legatario adquirirá una mitad indivisa del bien o el valor de esa mitad o lo que falte para completarla (STSJA 26/11/2007).

## 11. Gestión de los bienes privativos

**A. Consideraciones Generales.** El Código sólo dedica a la gestión de los bienes privativos un solo precepto, el artículo, el 243, en términos coincidentes el derogado art. 51 Comp.

En su párrafo 1, como no podía ser de otra manera, afirma que *corresponde a cada cónyuge la administración y disposición de sus propios bienes.*

Ello posibilita que, como se afirma en la SAPZ 9/6/2017, que *no se requiere el consentimiento del cónyuge no propietario para prestar una garantía personal, aun cuando su ejecución afecte a la vivienda familiar privativa del fiador.*

Con todo, debemos recordar que la gestión de los bienes privativos no queda desprovista de la responsabilidad de informar al otro cónyuge y actual en interés de la familia (art. 227 CDFA).

Por otra parte, los bienes privativos están afectos al derecho expectante de viudedad (art. 279), lo que en la práctica hace necesaria la intervención del otro cónyuge para renunciar al expectante y así posibilitar la enajenación de bienes inmuebles, empresas o explotaciones económicas sin la carga de tal derecho, salvo en los casos previstos en el art. 280 CDFA.

Ahora bien, como señala la jurisprudencia, en las relaciones con el cónyuge propietario de los bienes contra el que se dirige una acción procesal, aun cuando las resultas del proceso conlleven la ejecución sobre un bien privativo, no es necesario demandar al otro cónyuge titular del expectante, no hay litisconsorcio pasivo necesario (SAPH 10/7/1995; S APH 5/10/1995; SAPH 8/3/2002; STSJA 10/4/2003).

**B. Gestión con mandato, expreso o tácito.** A ello se refiere el párrafo 2 del art. 243 CDFA: *El cónyuge que administra bienes privativos de su consorte con su consentimiento o sin su oposición tiene las obligaciones y responsabilidades de un mandatario, pero no está obligado a rendir cuentas del destino de los frutos percibidos, salvo que se demuestre que los ha empleado en su propio beneficio. El propietario de los bienes puede recuperar la administración a su voluntad.*

Esta norma es una concreción de los art. 185 CDFA (*libertad de contratación entre cónyuges*) así como de la posibilidad de mandatos entre cónyuges (art. 191).

La gestión que se produce sin oposición del cónyuge titular de los bienes, presupone que es con su conocimiento y que se trata de un mandato tácito.

Con mandato expreso o tácito, el cónyuge que actúa tiene las obligaciones y responsabilidades de un mandatario, pero no está obligado a rendir cuentas del destino de los frutos percibidos, salvo que se demuestre que los ha empleado en su propio beneficio. En el art. 191 CDFA la no obligación de rendir cuentas es salvo que se haya dispuesto otra cosa: parece que lo razonable es sumar ambas salvedades (salvo que se haya dispuesto otra cosa o se demuestre que los ha empleado en su propio beneficio).

**C. Gestión contra la voluntad del otro.** Regulada en el párrafo 3 del art. 243 CDFA, se refiere a la administración de los bienes del otro contra su voluntad, no a la mera gestión de negocios ajenos sin conocimiento del cónyuge propietario (art. 1.889 Cc.), y obliga al gestor a responder de los daños y perjuicios que ocasione, parece que incluso en supuestos de caso fortuito, si bien descontados en todo caso los lucros que el propietario haya obtenido por la gestión (lo cual parece una aplicación de lo dispuesto en el art. 1.893 Cc.).

**BIBLIOGRAFÍA:** BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Rosa María y José Manuel (1990): "Gestión de la comunidad", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, T. XXXIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, pp. 1 a 50; BAYOD LÓPEZ, Carmen (2020): "Gestión del consorcio" en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés*



*aplicado por los tribunales (1995-2019)*, ed. Tiran lo Blanch, pp.; (2007): "La disposición intervivos de los bienes del consorcio conyugal", en *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 7 a 38; CRUZ GISBERT, Teresa (2007): "La disposición intervivos de los bienes del consorcio conyugal. Punto de vista notarial", en *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 39 a 42; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (2018): «Comentario a los artículos 227 a 243 CDFa» en *Código del Derecho foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, pp. 379 a 417; (1992): "La gestión de la comunidad conyugal aragonesa", en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. Dr. J. L. Lacruz*, vol. 1, Barcelona, Bosch, pp. 283-300; DE LOS MOZOS, J.L.; (1984): "Comentario a los arts. 1.375 a 1.377 Cc." en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XVIII, vol. 2, ed. Edersa, Madrid, pp. 338 a 367; DE LOS MOZOS, J.L.; (1984): José Luis de los Mozos, "Comentario a los arts. 1.384 a 1.386 Cc." en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XVIII, vol. 2, ed. Edersa, Madrid, pp. 383 a 402; GIMÉNEZ DUART, T. (1986): "Adquisición y disposición de bienes gananciales por un solo cónyuge. (Ensayo contra el art. 1.322)", en *AAMN*, T. XXVIII, Madrid, 1986, pp. 234-364; LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada (2019): "Segunda oportunidad del deudor persona natural y consorcio cónyugal aragonés. la extensión de la exoneración al cónyuge del concursado", *RDCA-XXV*, pag. 157-197; MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús (2007): *La gestión del consorcio en la Ley 2/2003, de 12 de febrero*. Núm. 32 de la Colección El Justicia de Aragón. Zaragoza; MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio (2017): "Tema 10. Activo y pasivo del consorcio conyugal legal. Gestión" en *Derecho civil aragonés Formación a Distancia 1-2017* (Director: Manuel Bellido Aspás), ed. CGPJ, Madrid; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador) 2007: *Manual de Derecho matrimonial aragonés*. Edición propia. Zaragoza, 2007, 414 pp.; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador), 2011: *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid; RAMS ALBESA, Joaquín (1993): "Comentario de los arts. 41 a 59 de la Compilación (Pasivo, gestión, disolución, liquidación y división de la comunidad conyugal legal)", en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. II, ed. DGA, pp. 97-213 y 221-380, respectivamente. RAMS ALBESA, Joaquín (1993): "Gestión y Pasivo de la Comunidad Aragonesa", en *Actas de los II Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, pp. 35 a 40; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Mª E. (2000): Rodríguez Martínez, *Disposición de bienes gananciales*, ed. Aranzadi, Navarra; SALAS MURILLO, Isabel de (2007): "Disposición intervivos de los bienes del consorcio conyugal: una visión desde el Registro de la Propiedad", en *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 43 a 46; SERRANO GARCÍA, José Antonio (2020): "Normas comunes a las sucesiones voluntarias" en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, ed. Tiran lo Blanch, pp.; (2012): "La gestión del consorcio" *Manual de Derecho civil aragonés*, 4ª ed., ed. EL Justicia de Aragón, Zaragoza, p. 367 a 386; (2008): "Legado de los derechos del cónyuge viudo en bienes determinados de la comunidad conyugal en liquidación (Comentario a la STSJA 26 noviembre 2007)", *RDCA-XIV*, pp. 145 a 169; (2007): "Legitimación activa de los cónyuges para pedir la nulidad de un contrato celebrado por ambos cónyuges con un tercero", *RDCA-XV*, pp. 135 a 138; (2006): "La gestión del consorcio conyugal aragonés", en *Homenaje al Prof. Lluís Puig i Ferriol*, Vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 2307 a 2328; SERRANO GARCÍA y BAYOD LÓPEZ (2019): *Lecciones de Derecho civil: Familia*, ed. Kronos, Zaragoza, pp. 257 a 289.



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

José Antonio SERRANO GARCÍA  
*Catedrático de Derecho civil*

### 1. Principales cambios y novedades introducidos en el Cap. IV por la reforma de 2003

La disolución del consorcio conyugal conlleva el nacimiento de la comunidad conyugal en liquidación, salvo si junto a la disolución ha tenido lugar también, simultáneamente, la liquidación y división del patrimonio común.

Una esquemática visión de los principales cambios y novedades que la reforma de 2003 introduce en el capítulo IV del Título IV del *consorcio conyugal* (arts. 244 a 270 CDFa) nos suministra el núm. 23 del Preámbulo, que aquí nos limitamos a transcribir con alguna pequeña modificación o añadido. El capítulo IV está dividido en tres secciones: *Disolución* (1ª), *La comunidad que continúa tras la disolución* (2ª) y *Liquidación y división* (3ª).

Las normas sobre disolución, liquidación y división del consorcio ocupan veintisiete artículos, multiplicando por casi cuatro su número en la Compilación. Las razones de este aumento de regulación son varias: se ha pretendido enumerar exhaustivamente las causas de disolución, evitando remisiones inciertas; asimismo, se detallan en lo necesario todas las fases e incidencias que pueden ocurrir, desde la disolución a la atribución de bienes a cada partícipe mediante la división, buscando un texto autosuficiente para cuya aplicación no sea necesario recurrir más que, en su caso, a la Ley de enjuiciamiento civil.

Hay innovaciones o modificaciones respecto del Derecho de la Compilación en buen número de artículos, como la posibilidad de que el Juez retrotraiga los efectos de la disolución hasta el inicio de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio (art. 247 CDFa), o las consecuencias de la disolución por nulidad del matrimonio (art. 249 CDFa). En general, se atiende con mayor cuidado al pasivo y a la situación de los acreedores, a la vez que se tiene en cuenta el usufructo universal del viudo, que pocas veces dejará de darse, y la figura del fiduciario, sea o no el viudo, de tan frecuente presencia, dando solución de forma que ha parecido a la vez sencilla y prudente a dudas surgidas en la práctica.

Un cambio notable es también la regulación en una Sección de este Capítulo, arts. 250 a 257 CDFa, y no en un Título independiente como en la Compilación, de *la comunidad que continúa tras la disolución*. Allí se incluyen, con pequeñas modificaciones, las normas contenidas en el art. 53 Comp., que recogen en lo esencial la llamada comunidad conyugal continuada tal como se conoció en el Derecho de los Fueros y Observancias. No ha parecido

conveniente, por el contrario, trasladar a la regulación de 2003 los preceptos que en 1967 construyó la Compilación (arts. 60 a 71) para una específica comunidad conyugal continuada en caso de fallecimiento del cónyuge titular de una explotación familiar.

## 2. La disolución del consorcio conyugal

En la Sección 1ª, dedicada a la *Disolución del consorcio*, se regulan las *Causas de disolución de pleno derecho* (art. 244 CDFA) o *por decisión judicial* (art. 245 CDFA), con una norma especialmente referida a la *Disolución por nulidad del matrimonio* (art. 249 CDFA), pero también se prevén las *Medidas provisionales* (art. 246 CDFA), el *Momento de eficacia de la disolución* (art. 247 CDFA) y el *Régimen subsiguiente* (art. 248 CDFA).

La reforma de 2003 ha pretendido enumerar exhaustivamente las causas de disolución, evitando tanto las remisiones internas inciertas como las externas y expresas a los arts. 1392 y 1393 del Código civil que contenía el art. 52 Comp. (SS APZ 4/9/1994, APH 18/9/1997).

El consorcio conyugal concluirá de pleno derecho, es decir automáticamente o sin necesidad de resolución judicial, por alguna de las causas que enumera el art. 244 CDFA; y concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges o de otra persona legitimada para ello, si concurre alguna de las causas del art. 245 CDFA. La disolución del consorcio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 194 CDFA).

## 3. Causas de disolución de pleno derecho

Dice el art. 244 CDFA que *el consorcio conyugal concluirá de pleno derecho*:

a) *Por voluntad de ambos cónyuges expresada en capítulos matrimoniales*. En *instrumento público* decía el art. 52.1º Comp. desde la reforma de 1985. Para evitar posibles dudas interpretativas, en la reforma de 2003 se ha precisado que, en todo caso, la voluntad de los cónyuges ha de constar en capítulos matrimoniales, no sirviendo a estos efectos otros instrumentos públicos, ni en particular el convenio regulador o pacto de relaciones familiares (homologado judicialmente, será la sentencia firme o el decreto firme lo que originará la disolución del consorcio). En la separación o divorcio ante Notario, es la escritura pública que formaliza el convenio regulador la que disuelve el consorcio conyugal. En todo caso, el convenio regulador, si hay acuerdo de los cónyuges al respecto, puede contener la liquidación y división del consorcio conyugal, que será aprobada por la sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador (art. 95.1 Cc., redacción de 2015).

En la escritura pública notarial de capítulos matrimoniales puede pactarse la disolución del consorcio conyugal o el establecimiento de un régimen

distinto; si los cónyuges disuelven el consorcio y no pactan otro régimen, habrá entre ellos régimen de separación de bienes (art. 248.1), que coexistirá con la comunidad que continúa tras la disolución hasta su división. La voluntad de los cónyuges de disolver el consorcio podía estar expresada en capítulos hace tiempo y sometida a plazo o condición que ahora se cumple y surte efectos (art. 197.3). También es posible dar efectos retroactivos a la disolución pactada y entenderla producida entre las partes en un momento anterior (197.3). Igualmente es posible pactar la disolución del consorcio con prohibición de dividir (365.2) o dar un régimen paccionado a la comunidad en liquidación que continúa tras la disolución. Y, por supuesto, si hay acuerdo al respecto, los capítulos pueden contener también la liquidación y división del consorcio.

b) *Cuando se disuelva el matrimonio.* No hay consorcio conyugal sin matrimonio en vigor. Según el art. 85 Cc., el matrimonio se disuelve por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. Cfr. art. 1.392.1º Cc.

c) *Cuando sea declarado nulo.* Cfr. art. 1.392.2º Cc. Hay que precisar que la disolución del consorcio sólo tendrá lugar cuando, por ser de buena fe uno o ambos contrayentes, la sentencia de nulidad no tenga efectos retroactivos (matrimonio putativo: art. 79 Cc.); en cambio, cuando los dos sean de mala fe, el matrimonio no producirá efecto alguno entre cónyuges y, por tanto, tampoco la existencia de un régimen económico matrimonial.

Es novedosa la regulación, contenida en el art. 249, de las consecuencias que en la liquidación tiene la disolución del consorcio por nulidad del matrimonio (declarada en proceso civil o canónico homologado civilmente) cuando uno de los cónyuges es de buena fe y el otro de mala. Como en el art. 95.2 Cc. (y 1395 para la sociedad de gananciales), hay también aquí una doble alternativa a elegir por el cónyuge de buena fe, pero en nuestro Derecho la opción es distinta a la del Código civil: *Si la sentencia de nulidad del matrimonio declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiera obrado de buena fe podrá optar por la liquidación del régimen matrimonial según las normas de este capítulo o por la aplicación retroactiva del régimen de separación de bienes* (art. 249).

Antes de la reforma del Código civil de 1981, el cónyuge que hubiera obrado de mala fe en la celebración del matrimonio, como sanción, no tenía derecho a los gananciales (arts. 72, 1417 Cc.). En esta reforma se introdujo en los arts. 95.2, 1395 y 1415 Cc. la opción para el cónyuge de buena fe que le permite privar al otro de su derecho a participar en sus ganancias cuando él ha ganado más que el de mala fe, pero éste mantiene sus ganancias. La sanción es menor.

En 2003, el legislador aragonés no considera justo dar en la liquidación del consorcio más derechos al cónyuge de buena fe (como sanción al de

mala), sin perjuicio de que se deba indemnizar el daño causado por la actuación de mala fe. La norma aragonesa no pretende sancionar al de mala fe y trata a ambos con igualdad: permite al de buena fe optar por liquidar como si hubieran estado válidamente casados o como si hubieran convivido de hecho; en este caso, los bienes comunes, una vez liquidados según las reglas del consorcio, no se reparten por mitad sino en la proporción que resulte de la aplicación retroactiva de las reglas del régimen de separación de bienes (porción proporcional a la contribución de cada uno), sin que ello afecte a los derechos adquiridos por terceros. Esta opción interesa al de buena fe si él es el que ha aportado más.

*d) Cuando [judicialmente: sobra] se conceda [mejor: declare] la separación [legal] de los cónyuges. Cfr. art. 1.392.3º Cc. La sentencia firme (separación contenciosa o con hijos menores o incapacitados) o decreto de separación del Letrado de la Administración de Justicia o el otorgamiento de la escritura pública notarial del convenio regulador que la determine (separaciones amistosas), producen la disolución del consorcio conyugal.*

Desde la separación legal, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y las relaciones con sus hijos serán las determinadas en la sentencia o, en su caso, las pactadas en convenio regulador homologado por la autoridad competente. La mera separación de hecho no produce la disolución automática del consorcio conyugal, pero es una circunstancia que puede ser tenida en cuenta por el Juez para fijar la fecha de eficacia de la disolución del consorcio (*cfr. art. 247.1*).

#### **4. Causas de disolución por decisión judicial**

El art. 245 CDFA se ocupa de las *causas de disolución por decisión judicial*. Las causas o supuestos de hecho en él contemplados no conllevan automáticamente la disolución del consorcio, sino que son causas que permiten a los legitimados, si así lo desean, pedirla al Juez. La disolución no es automática ni necesaria, sino judicial, y potestativa para los legitimados. Por lo demás, son supuestos muy heterogéneos entre sí, en los que es frecuente el deterioro de las relaciones entre los cónyuges. En unos casos el juez debe acordar necesariamente la disolución pedida, en otros tiene una mayor libertad. Su decisión es, en todo caso, constitutiva.

En la redacción resultante de la modificación introducida en 2006 por la Ley de Derecho de la persona, el art. 245 comienza diciendo que *el consorcio conyugal concluirá por decisión judicial, a petición de uno de los cónyuges, en los casos siguientes:*

*a) Haber sido un cónyuge judicialmente incapacitado o declarado ausente, cuando lo pida el otro; también cuando lo pida la persona que represente al incapacitado*

*o ausente y, en el caso de incapacitado sujeto a curatela, cuando lo pida éste con asistencia del curador.*

*b) Haber sido el otro cónyuge condenado por abandono de familia.*

*En los casos de las letras a) y b), para que el Juez acuerde la disolución bastará que quien la pida presente la correspondiente resolución judicial.*

En la letra a) se ha incluido también, como novedad de la reforma de 2003, la legitimación del representante legal, cuando éste no sea el otro cónyuge, así como la del propio cónyuge incapacitado sujeto a curatela con la asistencia del curador. En la reforma de 2006 se ha suprimido la referencia a la prodigalidad (inexistente en Aragón desde entonces) y a la quiebra (suprimida en 2003), además la referencia al concurso de acreedores se ha llevado al final del artículo para coordinarla con la Ley Concursal de 2003 (letra f).

Conviene recordar aquí que la gestión del patrimonio común corresponde al cónyuge del incapacitado o declarado ausente, aunque su representante legal o curador sea persona distinta (art. 242).

La condena por abandono de familia de la letra b) alude al delito de abandono de familia del art. 226 Cpen.: incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a los padres, tutores o guardadores o los derivados de la obligación de alimentos legales.

Las restantes causas de disolución por decisión judicial del art. 245, son las siguientes:

*c) Llevar separados de hecho más de un año.* No se dice nada, a diferencia del art. 1.393.3º, sobre si la separación es por mutuo acuerdo o por abandono del hogar, para así facilitar que, en cualquier caso, cualquiera de los dos cónyuges (también el que ha abandonado el hogar) pueda pedir la disolución del consorcio.

Cuando la separación de hecho se prolonga durante largos años sin que se tramite la disolución del consorcio, la permanencia de éste puede llegar a carecer de fundamento y, en particular, la regla de comunicación de los bienes ganados en ese tiempo; la separación de hecho de mutuo acuerdo, seria, prolongada y demostrada, excluye el principio de comunicación de las ganancias, y su reclamación en tales circunstancias ha dicho el TS que es acto contrario a la buena fe y constitutivo de abuso de derecho (*vid.* Ss. TS 2/12/1997, 14/3/1998, APZ 3/3/2009). Desde la reforma de 2003, el ap. 1 del art. 247 permite al Juez fijar la fecha de la disolución del consorcio en momento anterior al de la resolución en que se acuerde.

*d) Concurrir alguna de las causas a que se refiere el art. 228.* Esta letra alude a los supuestos de graves o reiterados desacuerdos sobre la gestión de la economía familiar y al incumplimiento reiterado del deber de informar al otro.

En el caso de los desacuerdos, ambos cónyuges tienen legitimación activa; en el del incumplimiento del deber de informar, *sólo el otro*. La fórmula empleada en el art. 228.1 es muy amplia (desacuerdos) y, al estar referida a la gestión de la economía familiar, que comprende tanto la del patrimonio común como la de los suyos privativos (art. 227.2), permite incluir en ella muchos y variados supuestos. En todo caso, habrá que probar que los desacuerdos son graves o reiterados, sin que sea necesario que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en el consorcio (contra, art. 1.393, 2º Cc.). El incumplimiento del deber de informar requiere simplemente que sea reiterado (art. 228.2), no hace falta que sea a la vez grave (contra, art. 1.393.4º Cc.), ni basta con que sea grave.

e) *Haber optado por la disolución del consorcio en caso de ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas del otro cónyuge, conforme a lo especialmente dispuesto en el apartado 2 del art. 225*. En el régimen de la Compilación era dudoso si podía considerarse causa para pedir la disolución del consorcio el embargo de bienes comunes por deudas privativas de un cónyuge. Desde la reforma de 2003, tal posibilidad está expresamente contemplada en el ap. 2 del art. 225. El cónyuge no deudor puede optar por pedir la liquidación del consorcio, sin disolución, al exclusivo fin de constatar el valor que ha de quedarle a salvo, o pedir la disolución y división del consorcio. Pero, en este caso, no puede decidir unilateralmente el comienzo de un nuevo consorcio (contra, art. 1.374), sino que el matrimonio se regirá por el régimen de separación de bienes mientras no estipulen en capitulaciones uno distinto. Si deseaba que continuara el consorcio le bastaba con haber pedido simplemente la liquidación sin disolución.

f) *Haber optado por la disolución del consorcio en caso de concurso de acreedores del otro cónyuge con inclusión de los bienes comunes en la masa activa, conforme a la legislación concursal*. La reforma de 2006 ha coordinado la disolución del consorcio conyugal en caso de concurso de acreedores con lo dispuesto en el art. 125.2 TRLC, del que resulta que en todo caso de concurso de persona casada en régimen de comunidad de bienes, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal, y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso. La declaración de concurso de acreedores es causa de disolución del consorcio siempre que se pida; si no se ha pedido inicialmente, pero en el concurso resulta que los bienes comunes van a responder de deudas privativas del concursado, podrá pedirse la disolución del consorcio por dicha causa.

La liquidación del consorcio conyugal hay que coordinarla con lo que resulte del convenio o la liquidación concursal; a tal fin, el concurso se suspende sólo en lo relativo a los bienes y deudas comunes, mientras que puede



continuar en lo relativo a bienes y deudas privativas del concursado; terminada la liquidación del consorcio, tendrá lugar la incorporación al concurso de sus resultados, positivos (aumento de la masa activa) o negativos (aumento de la masa pasiva).

En los supuestos de las letras e) y f) del art. 245, la disolución se tramita, en pieza separada, en el mismo procedimiento de ejecución o concursal, respectivamente. En las demás causas de disolución por decisión judicial, puede seguirse el procedimiento de jurisdicción voluntaria, mientras no surja controversia, pues en tal caso el procedimiento habrá de ser contencioso.

## 5. Medidas provisionales

Dice el art. 246 CDFA que *admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya solicitado la disolución del consorcio, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario y, a falta de acuerdo entre los cónyuges, el Juez señalará las reglas que deban observarse en la administración y disposición de los bienes comunes. En defecto de acuerdo entre los cónyuges, se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.*

Son medidas *provisionales*, previas a la disolución del consorcio, porque no se sabe si el proceso matrimonial o de disolución del consorcio conyugal terminará con sentencia estimatoria de la demanda o solicitud presentada. La formación judicial de inventario requiere solicitud, por no haberlo podido hacer los cónyuges de forma paccionada. El resto de medidas también presuponen la falta de acuerdo entre los cónyuges y vienen a reducir sus facultades ordinarias de gestión de los bienes comunes. La norma está inspirada en el art. 1.394 Cc. En los procesos matrimoniales, la norma aragonesa ha de integrarse con las de los arts. 102 y 103 Cc., 771-773 y 808-809 Lec.

## 6. Momento de eficacia de la disolución

*A. En las causas de disolución de pleno derecho.* La regulación del momento de eficacia de la disolución en el art. 247 es una de las novedades de la reforma de 2003, con el consiguiente desplazamiento del Derecho supletorio aplicable con anterioridad (STSJA 23/3/1993). Comienza diciendo que *la disolución, si es de pleno derecho, se produce desde que concurre su causa*, es decir, desde la eficacia de la estipulación capitular que la acuerda (art. 197.3, con posibilidad de retrotraer sus efectos, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros), desde la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 85 Cc.), y desde la firmeza de la sentencia (*cfr.* STSJA 8/7/2005) de nulidad, separación o divorcio, la firmeza del decreto de separación o divorcio o la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges en la escritura pública ante Notario (art. 83.2 y 95.1 Cc.).

**B. En las causas de disolución por decisión judicial.** Añade el art. 247.1 que *en los casos [de disolución] que requieren decisión judicial, [la disolución se produce] desde la fecha que en ella se fije o, en su defecto, desde la fecha de la resolución [firme] en que se acuerde.* Por tanto, la disolución se produce, en primer lugar, desde la fecha que se haya fijado en la resolución judicial, como por ejemplo la fecha de la declaración de incapacitación o ausencia de un cónyuge, la de la declaración del concurso de acreedores, la de la condena por abandono de familia, o la fecha de la efectiva separación de hecho (SAPZ 5/4/2006). En estos casos, el Juez es libre para fijar un momento de eficacia de la disolución del consorcio anterior al de la resolución en que se acuerde, cuando las circunstancias concurrentes así lo aconsejen. El momento señalado determinará la eficacia de la disolución entre los cónyuges, pero la anticipación de efectos no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Si no se ha fijado un momento anterior, la disolución se produce desde la fecha de la resolución en que se acuerde, la de su firmeza.

**C. Posibilidad de dar efectos retroactivos a la disolución.** Cosa distinta y también novedosa es la prevista en el art. 247.2: *En los casos de nulidad, separación o divorcio y en los de disolución de la comunidad conyugal por decisión judicial, el Juez podrá retrotraer los efectos de la disolución hasta el momento de admisión a trámite de la demanda, pero quedarán a salvo los derechos adquiridos por terceros.* Se pueden retrotraer los efectos de la disolución del consorcio hasta el momento de admisión a trámite de la demanda o hasta el momento del auto de medidas provisionales, en razón de que antes de la sentencia ya se ha producido el cese de la vida personal y económica común de los cónyuges, o la ruptura de la convivencia y la existencia de una administración económica independiente de las partes (STSJA 1/2019, de 4/1).

Es una posibilidad que concuerda con la que tienen los cónyuges de dar efectos retroactivos a sus estipulaciones capitulares, pero también sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros (art. 197.3). En estos casos la disolución se produce en el momento fijado conforme a lo dicho en el 247.1: ese es el momento de eficacia para los terceros de buena fe; pero para los cónyuges la disolución puede entenderse producida ya desde la admisión de la demanda o desde la fecha del auto de medidas provisionales, si así lo acuerda el Juez. En tal caso, durante la pendencia del proceso los ingresos y bienes adquiridos por los cónyuges, así como los frutos y rendimientos de sus patrimonios privativos, no se harán ya comunes porque, retroactivamente, hay que entender que ya no estaba vigente el consorcio conyugal. Es una solución muy equitativa que ya había apuntado LACRUZ. Cfr. STSJA 8/7/2005.

En el caso de la STSJA 16/2019, de 6/9, el matrimonio se disolvió por divorcio el 3 de mayo de 2017, fecha de la sentencia que así lo declaró y que produjo también la disolución de pleno derecho del consorcio conyugal; luego, en el procedimiento de inventario para la liquidación de los bienes

comunes, las partes acordaron, y las sentencias de instancia así fijaron, que la fecha de disolución del régimen ha de ser el 4 de enero de 2017, previsión que la Sala considera que es ajustada a lo dispuesto en el art. 247 CDFa.

## 7. Régimen subsiguiente

*Cuando el consorcio se disuelva constante matrimonio, existirá entre los cónyuges separación de bienes, salvo que pacten otro régimen (art. 248.1). Ya sabemos que, como dice la letra b) del art. 203, el régimen económico del matrimonio será el de separación de bienes en todo caso de exclusión o disolución del consorcio conyugal, si los cónyuges no han pactado otro régimen.*

La separación de bienes será de aplicación, como régimen legal supletorio de segundo grado, cuando los cónyuges pacten en capitulaciones, anteriores o posteriores al matrimonio, la exclusión del régimen legal de consorciales sin establecer uno que lo sustituya. El supuesto no será nada frecuente.

La ley establece también el régimen de separación, si los cónyuges no han pactado otro régimen, en todo caso de disolución del consorcio conyugal constante matrimonio. Lo dicen de forma general, aunque con algunas significativas diferencias entre sí, tanto la letra b) del art. 203 como el ap. 1 del art. 248, y lo señalan de forma particularizada los arts. 225 (disolución por ejecución sobre bienes comunes por deudas privativas) y 228 (disolución por desacuerdos graves o reiterados sobre la gestión de la economía familiar o incumplimiento reiterado del deber de informarse recíprocamente). Pero tras la disolución del consorcio conyugal sólo puede haber verdadero régimen de separación de bienes si sigue habiendo matrimonio (disolución del consorcio *constante matrimonio*: art. 248.1) y hay convivencia matrimonial. En tales circunstancias habrá régimen de separación de bienes si los cónyuges no han pactado otro régimen.

Si falta la convivencia de los cónyuges, bien porque están separados legalmente bien porque lo están de hecho (con o sin acuerdo), no parece que pueda decirse que en esa situación haya un auténtico régimen económico matrimonial de separación de bienes; al no haber comunidad de vida, ni domicilio conyugal, sólo la presencia de hijos comunes será fuente de necesidades familiares que ambos están obligados a satisfacer. Pero parece que, en tal caso, basta con la aplicación de las normas imperativas de las disposiciones generales y lo acordado o dispuesto en la sentencia. Hay, sin duda, separación de bienes, pero no propiamente un régimen de separación de bienes. Así lo da a entender el ap. 1 del art. 248. La separación de bienes concurrirá, normalmente, con la comunidad conyugal en liquidación y con el derecho de viudedad que existe desde la celebración del matrimonio.

Añade el ap. 2 del art. 248 que *la separación de bienes no se altera por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición*

*de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado.* En realidad, lo que se está diciendo es que la desaparición de la causa que motivó la disolución del consorcio conyugal no provoca su restauración automática; los cónyuges seguirán sin régimen de comunidad mientras no pacten uno nuevo. Cabe también entender que si lo que ha desaparecido es la separación conyugal, en situación de convivencia ya puede decirse que hay verdadero régimen de separación de bienes.

## 8. La comunidad que continúa tras la disolución. Introducción

**A. Novedad de la reforma de 2003.** Si la disolución del consorcio no ha ido acompañada de la liquidación y división, y persiste, por tanto, un patrimonio común con las dos participaciones consorciales, el consorcio se convierte en una comunidad en liquidación o “posconsorcial” que en Aragón se conoce tradicionalmente como “comunidad conyugal continuada” y ahora como “comunidad que continúa tras la disolución”.

No obstante, conviene recordar que, como dice el núm. 23 del Preámbulo, esta comunidad no es la que regulaba la Compilación en los arts. 60 a 71 con la intención de proporcionar a las pequeñas empresas familiares un cauce legal apto para continuar su actividad tras el fallecimiento del empresario sin más cambio estructural que la sustitución del difunto por sus herederos y la atribución de la dirección, en todo caso, al cónyuge viudo. Las grandes transformaciones operadas desde entonces en el entorno económico y legal de las actividades económicas, así como las exigencias administrativas que condicionan la vida de todas las empresas, incluidas las agrarias, han dejado fuera de uso, o acaso sólo para supuestos marginales que no es prudente propiciar, unas normas sin duda bienintencionadas y, entonces, innovadoras, pero que no han dado los frutos que cabía desear y, en todo caso, no resultan hoy de utilidad.

En los arts. 250 a 257, procedentes de la reforma de 2003, se regula *la comunidad que continúa tras la disolución*. Allí se incluyen (art. 253), con pequeñas modificaciones, las normas contenidas en el art. 53 Comp., que recogen en lo esencial la llamada comunidad conyugal continuada tal como se conoció en el Derecho de los Fueros y Observancias para el caso de muerte de uno de los cónyuges, que históricamente era el caso con mucho de mayor importancia. Pero ahora el origen de esta comunidad no está sólo en la muerte de uno de los cónyuges sino en la disolución del consorcio conyugal cualquiera que sea su causa, siempre que no vaya acompañada de su liquidación y división.

**B. Titulares.** Los titulares de esta comunidad son los cónyuges o ex-cónyuges (disolución en vida de ambos) o el viudo y los herederos del premuerto (disolución por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges); también, en su caso, los herederos de uno y otro cónyuge si

ambos han muerto. En caso de fiducia sucesoria pendiente de ejecución, el cónyuge viudo es titular de su participación consorcial y también es administrador y representante del patrimonio hereditario, mientras tenga la condición de administrador de la comunidad conyugal que continúa tras la disolución del consorcio (cfr. art. 449.1); para disponer de bienes comunes habrá que tener presente lo dispuesto en los arts. 453 y 454.

**C. Naturaleza jurídica.** El patrimonio común de los cónyuges se convierte tras la disolución del consorcio en una *comunidad universal ordinaria y estática, de naturaleza análoga a la de la comunidad hereditaria*, cuyo destino es ser liquidada y dividida entre los partícipes. Se trata de una comunidad en la que los partícipes no tienen cuotas individuales sobre cada uno de los bienes que componen el patrimonio común; los partícipes tienen acción para pedir la división (arts. 258, 366 CDFA y 400 Cc.); la disposición entre vivos, salvo excepciones (art. 253.3), exige la unanimidad (art. 397 Cc.); la cuota indivisa de cada partícipe, en cuanto medida de su participación en la comunidad, es una cuota independiente de la del otro, homogénea, alienable y embargable por deudas privativas de su titular tanto anteriores como posteriores a la disolución de la comunidad conyugal (pero la cuota pende de la liquidación y partición). Y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen (*vid.* SS. TSJA 8/7/2005, 20/3/2004, 20/12/2004).

No obstante, en el supuesto de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, esta comunidad mantiene el carácter familiar por el papel preponderante que en ella tiene el viudo (art. 253) y la preferencia de su derecho de viudedad, de manera que, como dice el art. 256, los derechos y obligaciones derivados de la viudedad son preferentes a los contenidos en esta sección. En caso de fiducia habrá que tener en cuenta también las normas antes citadas.

**D. Comunidad sujeta a nuevo régimen.** Producida la disolución del consorcio, por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa, dejan de aplicarse las normas que lo habían regido hasta entonces (cfr. STSJA 20/12/2004); la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal está sujeta a un nuevo régimen, el de los arts. 250 a 257, que contienen algunas normas que son comunes a cualquier clase de disolución y otras que son específicas de la disolución por muerte o de la disolución por otras causas.

Las normas aplicables a toda disolución, con independencia de cual sea su causa, son las contenidas en los arts. 250, sobre los bienes que ingresan en el patrimonio común, 251, sobre las deudas comunes, 252, sobre la responsabilidad de los bienes comunes frente a acreedores consorciales o privativos

de los cónyuges, y 255, sobre disposición de bienes comunes por causa de muerte. En su redacción se puede apreciar la inspiración en la letra de algunos preceptos de la comunidad conyugal continuada de la Compilación. En cambio, los arts. 253 y 256 son exclusivos de la disolución por muerte, mientras que el 254 lo es de la disolución por otras causas.

*E. Régimen supletorio.* Supletoriamente, y en cuanto no contradiga su naturaleza, a la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio se le aplica el régimen jurídico de la comunidad hereditaria (art. 257), contenido en parte en el Código aragonés (cfr. arts. 362 a 372), en parte en el Derecho supletorio (arts. 1051 a 1087 Cc.), y, sobre todo, en la doctrina construida sobre tales artículos. En última instancia, cabe recurrir a las normas de la comunidad ordinaria o copropiedad (arts. 392 a 406 Cc.). En cualquier caso, el régimen supletorio de la comunidad que continúa tras la disolución no es el del consorcio conyugal.

## 9. Bienes comunes en la comunidad que continúa

El activo de la comunidad postconsorcial está integrado por los bienes y derechos del patrimonio común en el momento de la disolución del consorcio conyugal, así como por los que ingresen en él con posterioridad, hasta tanto no se divida. A estos efectos, dice el art. 250, inspirado en la letra del art. 63.1 Comp., que, *disuelta la comunidad matrimonial y hasta tanto no se divida, ingresarán en el patrimonio común:*

*a) Los frutos y rendimientos de los bienes comunes.* Al igual que en la comunidad hereditaria, los frutos, rentas y demás rendimientos de la explotación de los bienes comunes, así como las ganancias de cualquier clase obtenidas con ellos, ingresan en el patrimonio común (*vid.* art. 1.063 Cc.) en los casos de disolución por causa distinta de la muerte (SAPH 6/9/2007); en cambio, en caso de disolución por muerte o declaración de fallecimiento de un cónyuge, los frutos y rendimientos de la totalidad del patrimonio común pertenecerán, en la inmensa mayoría de los casos, directamente al cónyuge sobreviviente, por su derecho de viudedad, que le convierte en usufructuario de los bienes del premuerto (art. 256, preferencia del derecho de viudedad).

*b) Los bienes y caudales procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes.* Al no existir tras la disolución del consorcio la presunción de comunidad de todos los bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse, y al no presumirse tampoco que, en las adquisiciones a título oneroso, la contraprestación ha sido hecha a costa del caudal común (art. 217), será más difícil probar la subrogación real y el carácter común de los bienes procedentes de sustitución o enajenación de bienes comunes. Tampoco hay una presunción de que los bienes adquiridos por los partícipes sean privativos. De manera

que lo decisivo será la prueba del carácter de la contraprestación o del hecho de la sustitución. Probado que la adquisición se ha hecho con fondos comunes o en sustitución de bienes comunes, lo adquirido será también común, sin necesidad de probar la intención de subrogar por parte del adquirente. La prueba de la subrogación corresponderá a quien la alegue.

*c) Los incrementos y accesiones de los bienes comunes, sin perjuicio de los reintegros que procedan.* Norma similar a la de la letra h) del art. 211, con la adición de la referencia a los reintegros que procedan si los incrementos o accesiones se han hecho, en todo o en parte, a costa de bienes privativos de los partícipes. El principio de accesión se aplica, por ejemplo, en el caso de edificación con bienes privativos en solar de la comunidad. Son igualmente comunes los bienes muebles que devienen “inmuebles por destino” cuando se hallen afectos a un inmueble común, así como los derechos accesorios a un mueble o inmueble de la comunidad; también los derechos que se consolidan en bienes de la comunidad. Los incrementos y accesiones pueden ser, por tanto, materiales o jurídicos.

Tras la disolución ya no se hacen comunes los frutos de los bienes que eran privativos de los cónyuges, ni las ganancias que obtengan los partícipes con su trabajo o actividad. Por lo demás, ya se ha indicado que deja de existir la presunción de comunidad (SAPZ 16/1/2006).

## 10. Deudas comunes en la comunidad que continúa

Es el art. 251 el que, con el epígrafe de *deudas comunes*, se ocupa tanto de las deudas de cargo del patrimonio común (responsabilidad interna) como de las que los acreedores pueden pretender cobrar sobre los bienes comunes, sin perjuicio de los reembolsos que procedan si la deuda pagada es privativa (responsabilidad externa). Lo dice así: *Además de las deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio conyugal, tras la disolución serán también de responsabilidad de los bienes comunes las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común.*

**A. Deudas y responsabilidades comunes originadas durante el consorcio.** Tanto el pasivo definitivo como la responsabilidad externa de los bienes comunes, ya originados al disolverse el consorcio conyugal, no desaparecen ni cambian de naturaleza. Las deudas de cargo del patrimonio común siguen siéndolo y las garantías de los acreedores por deudas de las que responden los bienes comunes, provisional o definitivamente, se conservan asimismo. La disolución del consorcio conyugal no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 194), puesto que no conlleva modificación alguna de la responsabilidad de los patrimonios privativos o del común por deudas comunes nacidas con anterioridad (*vid.* STS 19/4/2000). Si quien contrajo la deuda consorcial fue el cónyuge premuerto, junto a los bienes

comunes responden los herederos, pero exclusivamente con los bienes que eran privativos de aquél (responsabilidad limitada del heredero a los bienes del caudal relicto: *cfr.* art. 355).

**B. Deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común.** Tras la disolución, ya sólo se harán comunes, interna y externamente, las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común, con la importante excepción de los casos en que corresponda soportarlos al cónyuge sobreviviente como usufructuario. Ha de ser una gestión realizada por los partícipes legitimados para ello, de conformidad con lo previsto al efecto en los arts. 253 y 254, y con la diligencia debida. El término gestión comprende tanto las deudas y gastos de la administración como los de disposición. El resto de deudas que antes de la disolución del consorcio serían de cargo o responsabilidad del patrimonio común, ahora son particulares del partícipe que las contrae.

**C. Responsabilidad frente a terceros. Contribución interna.** Añade el art. 251.2 que *de las deudas comunes contraídas tras la disolución responde también el gestor que las contrajo, quien, en defecto de bienes comunes, podrá obligar a los demás partícipes a contribuir al pago en proporción a sus cuotas.* Así que, de las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común, junto a los bienes comunes, responden frente a terceros los bienes del gestor que los contrajo (*cfr.* art. 220.1). Los bienes de los restantes partícipes no responden frente a los acreedores. Ahora bien, el gestor que haya respondido de estas deudas con sus bienes, tiene derecho de reintegro contra el patrimonio común, porque la responsabilidad definitiva es común; y, en defecto de bienes comunes, la responsabilidad interna es de todos los partícipes, en proporción a sus cuotas; por ello, cuando no pueda hacer efectivo el reintegro sobre bienes comunes, se le permite obligar a los demás partícipes a contribuir al pago con su patrimonio personal y en proporción a sus cuotas.

**D. Incidencia del Derecho de viudedad.** En los casos de disolución por muerte, el régimen de las deudas y gastos derivados de la gestión del patrimonio común se verá alterado cuando el supérstite, como es habitual, tenga el usufructo de viudedad, pues, en tal caso, las obligaciones derivadas de la viudedad son preferentes sobre las contenidas en esta sección (art. 256). Pues bien, los arts. 294, 295 y 296 ponen a cargo del usufructuario los gastos de producción, conservación, mantenimiento y reparaciones ordinarias; también las reparaciones extraordinarias cuando los nudo propietarios fueran descendientes suyos, así como los tributos que graven los bienes usufructuados, incluso los de carácter extraordinario si los nudo propietarios fueran descendientes suyos.



## 11. Responsabilidad de los bienes comunes

Es el art. 252 el que se ocupa de esta cuestión y señala la legitimación pasiva cuando las deudas son de responsabilidad común, a la vez que impide la ejecución sobre bienes comunes cuando la deuda es de uno de los partícipes, pero permitiendo ahora el embargo de su participación en el consorcio.

*A. Ejecución en bienes comunes para cobro de deudas comunes.* El artículo comienza resumiendo lo ya dicho en el anterior, es decir, que *hasta la división, el patrimonio común responde del pago de las deudas comunes* contraídas antes o después de la disolución del consorcio. Añade que *los acreedores que pretendan cobrar una deuda de esta naturaleza* [de cargo o responsabilidad común] *sobre bienes comunes habrán de proceder contra ambos cónyuges o sus herederos.* Concuera con lo dispuesto por el art. 144. 4 del Rh. para la anotación del embargo sobre bienes comunes en el Registro de la Propiedad (*cfr.* arts. 397, 1.058 y 1.401 Cc.) y con lo que sobre responsabilidad de los coherederos antes de la partición previene el art. 369.

En principio, la norma parece dar a entender que tras la disolución del consorcio ya no es suficiente con demandar al deudor y notificar el embargo de bienes comunes al partícipe o partícipes no deudores; ahora, como en la comunidad hereditaria, parece requerirse demandar a todos los cotitulares de los bienes objeto de embargo. No obstante, MEDRANO SÁNCHEZ ha defendido, con argumentos convincentes, que tanto el art. 144.4 Rh. como el art. 252.1 CDFA deben, en cuanto exigen demanda conjunta, interpretarse a la luz del nuevo régimen jurídico-procesal de la Lec., y entender que queda satisfecha aquélla exigencia en tanto en cuanto el no deudor ha sido llamado al proceso de ejecución, bien como parte ejecutada (art. 538.2.3º Lec.), bien al amparo del procedimiento diseñado en el art. 541.2 Lec. En todo caso, la disolución del consorcio no debe perjudicar a los terceros de buena fe que, por serlo, desconozcan o no hayan podido razonablemente conocer la disolución.

Ya hemos dicho que hará falta, en todo caso, que la disolución del consorcio sea oponible al tercero de buena fe, lo que no sucederá si al tiempo de practicarse el embargo del bien común no hay constancia en el Registro de la Propiedad de la disolución del consorcio conyugal. Recordemos que en los casos de disolución del consorcio por sentencia de nulidad, separación o divorcio, así como en los de disolución por decisión judicial, la resolución judicial se inscribe en el Registro Civil (*cfr.* arts. 89, 1.333, 1.436 Cc. y 77 R.Rc.); y que en los casos de disolución por estipulación capitular la disolución es inoponible a los terceros de buena fe, si bien ésta ya no se presume desde que el otorgamiento de los capítulos conste en el Registro Civil (art. 198). Pero la publicidad del Registro Civil no puede prevalecer en materia de bienes inmuebles sobre la publicidad del Registro de la Propiedad (*vid.*

A. APZ 17/7/2000). En este Auto se dice que, mientras no haya constancia en el Registro de la Propiedad al tiempo del embargo de que el consorcio conyugal se ha disuelto (art. 140.1º Rh.), es suficiente con la notificación del procedimiento y embargo (amén del traslado de la demanda) al cónyuge no deudor, sin necesidad de demandar a ambos. Aunque el hecho modificativo (la disolución del consorcio) conste en el Registro Civil, si no figura en el Registro de la Propiedad, no perjudicará en cuanto al inmueble a los terceros de buena fe (arts. 32 y 34 Lh.). Por el contrario, si consta en el Registro de la Propiedad, la publicidad del mismo es suficiente, en cuanto al inmueble en cuestión, para perjudicar a los terceros (aunque sean civiles) a efectos de que no puedan alegar ignorancia.

**B. Embargo de la participación consorcial o de los derechos sobre un bien común, por los acreedores privativos.** Los acreedores privativos de los cónyuges o de sus herederos pueden, como antes de la disolución del consorcio, embargar los bienes privativos del deudor vivo o los bienes privativos recibidos por los herederos del premuerto, pero, como dice el art. 252.2, *ya no pueden* —ni siquiera subsidiariamente— embargar los bienes comunes indivisos hasta agotar el valor de la partición del deudor (o de sus herederos) en el patrimonio común; ahora, su participación en la comunidad en liquidación es disponible y embargable por los acreedores privativos (vid. A. APZ 14/2/2001): por ello dice el precepto que *pueden proceder contra los derechos que a su deudor puedan corresponder sobre los bienes de la comunidad en la liquidación de ésta*. Para embargar la participación del cónyuge difunto, habrá que demandar a todos los herederos (*cfr.* art. 369).

De manera que, como dice la R. DGRN 9/10/1998 (y otras como la de 23/12/2002), cabe el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en la masa común, embargo que, por aplicación analógica de los arts. 1067 Cc., 42.6 y 46 Lh., puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas sólo contra el cónyuge deudor (o sus herederos), y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor (*cfr.* art. 166.1 i.f. Rh.). Pero embargada la participación consorcial de un cónyuge (o de sus herederos), se suspenderá la ejecución en tanto no se practique la liquidación (*cfr.* art. 541 Lec.).

La Resolución citada añade que el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien consorcial, una vez disuelto el consorcio conyugal, carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (*cfr.* R. 8/7/1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los arts. 1º y 2º Lh. Entiende MEDRANO SÁNCHEZ que el legislador aragonés con la fórmula del art. 252.2 se ha apartado de este criterio de la DGRN y considera, por tanto,

que cabrá la anotación preventiva en el Registro. Cree que puede defenderse que es más determinado el embargo sobre los derechos que correspondan a uno de los cónyuges sobre un determinado bien (al menos este ésta determinado), que el embargo de la cuota ideal sobre la globalidad de un patrimonio, pues aquí ni se conoce el alcance de la cuota, al menos su valor, ni está precisado el patrimonio.

En ambos supuestos, que hay que entender exceptuados de la nulidad que el art. 588 Lec. declara para los embargos indeterminados, el apremio sólo puede desarrollarse en sus primeras fases, esto es en la afección y en la adopción de la medida de aseguramiento del embargo (depósito si se trata de bienes muebles, anotación preventiva del embargo si de inmuebles se tratase). Pero no podrá iniciarse la verdadera vía de apremio, porque estando todavía indeterminado el bien, no puede tener lugar aún la enajenación forzosa en que consiste la ejecución. Estamos ante embargos de bienes o derechos con una relativa indeterminación, que están en tránsito o en proceso de concreción.

La SAPZ 19/1/1999 dice que disuelta la sociedad conyugal los acreedores privativos no pueden hacer efectivo su derecho en tanto no se liquide la comunidad (se suspende la ejecución sobre el bien común embargado), lo que plantea el problema de qué hacer si ninguno de los cónyuges pide la liquidación o si ésta se prolonga indefinidamente; en tal caso debe sostenerse que los esposos están obligados a liquidar su sociedad dentro del plazo que, a petición del acreedor privativo ex. art. 541.3 Lec. (MEDRANO), prudencialmente fije el juez (*vid.* art. 1.128 Cc.), a determinar según las circunstancias del caso, con posibilidad de conceder las oportunas prórrogas; si los cónyuges no se ponen de acuerdo sobre como liquidar su sociedad, haciéndose necesario que se practique judicialmente, se habrá de esperar a que el proceso concluya; en todo caso, el pleito se deberá iniciar en el plazo que el Juez señale. Si se incumple el plazo fijado, se puede actuar conforme al art. 46 Comp. (224 CDF), o sea sobre el patrimonio común, "a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, así como los preferentes derechos de los acreedores por deudas comunes"; esto mismo se puede acordar por el Juzgador si se aprecian actitudes o maniobras abusivas para el deudor (así cuando se retrasa demasiado la liquidación por existir desacuerdo sobre el modo de llevarla a cabo, si está a salvo el valor que al cónyuge no deudor corresponde en el patrimonio común, de forma que el débito se pueda saldar sin esperar a la total liquidación; deuda insignificante en relación al valor del caudal común, con activo claramente superior al pasivo, etc.).

El A. APZ 14/2/2001 cree posible el procedimiento de apremio instado por uno de los cónyuges contra el otro, por deudas de éste con aquél, pero sobre bienes comunes del consorcio disuelto pero no liquidado. El dinero obtenido con la realización del bien común ocupa ahora su lugar en el patrimo-

nio común. No hay necesidad de paralizar el apremio para esperar al resultado de la liquidación del consorcio, pero el crédito ejecutado sólo quedará extinguido en la medida en que la posterior liquidación del consorcio confirme que ha sido pagado con dinero adjudicado al lote del cónyuge deudor.

## 12. Disposición por causa de muerte

Señala el art. 255 que *la disposición por causa de muerte mientras la masa común no haya sido dividida se regirá por lo dispuesto en el artículo 238*. La norma está formulada para que pueda operar en todo caso de disolución del consorcio conyugal. No obstante, en los casos de disolución por muerte, la aplicación de lo dispuesto en el art. 238, que se refiere únicamente a las disposiciones por causa de muerte de uno (ahora el viudo) o ambos cónyuges, requiere que el lugar del premuerto pueda ser ocupado por sus herederos y que éstos, en título sucesorio que lo permita, dispongan por unanimidad, aunque no es de excluir la posible disposición por uno de los partícipes herederos (DELGADO). Para el caso de que el viudo sea fiduciario es relevante lo dispuesto en el art. 457.3 CDEFA.

La STSJA de 26/11/2007 analiza los efectos del legado de todos los derechos que pudieran corresponder a la testadora en determinados bienes de la comunidad conyugal disuelta pero no dividida (comunidad postconsorcial).

## 13. Reglas específicas de la disolución por muerte

*A. Patrimonio conyugal, viudedad, fiducia y comunidad hereditaria.* Ya se ha indicado que en el art. 253 se incluyen, con pequeñas modificaciones, las normas que contenía el art. 53 Comp. procedentes del Derecho histórico.

En el supuesto de muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal mantiene el carácter familiar, por el papel preponderante que en ella tiene el viudo como administrador (art. 253) y la preferencia de su derecho de usufructo de viudedad sobre lo dispuesto en esta sección, como de modo general dice el art. 256. Carácter familiar que resulta más acentuado, si cabe, cuando el cónyuge viudo, además de administrador de la comunidad y usufructuario por derecho de viudedad, es fiduciario de la herencia del premuerto. En efecto, debe tenerse en cuenta que el cónyuge sobreviviente tendrá normalmente el usufructo universal de los bienes y derechos del premuerto por derecho de viudedad y, además, es frecuente que sea su fiduciario, único o junto a otros.

Por otra parte, si los herederos del cónyuge premuerto son varios, en la comunidad hereditaria estará incluida —junto a los bienes privativos— su participación en el patrimonio consorcial. Antes de la partición de la herencia, la participación consorcial del causante pertenece, si no la ha atribuido o

distribuido de otra manera, a la comunidad de herederos, pero sin cuotas de titularidad individual; lo normal es liquidar y dividir primero los bienes del consorcio conyugal y luego o a la vez, frecuentemente al fallecer el cónyuge viudo, hacer la partición de la herencia o de las dos herencias; hacer la partición de la herencia antes que la división del patrimonio conyugal, implica adjudicar la titularidad de la participación consorcial del premuerto a uno o varios sucesores, que serán cotitulares de ella en proporción a sus cuotas y, junto con el cónyuge sobreviviente, partícipes en la comunidad que continúa sobre el patrimonio común indiviso; en tal caso, la cuota de cada sucesor en la participación consorcial del causante sería disponible y embargable separadamente.

Hasta la nueva Lec., en la partición judicial de una comunidad hereditaria, si para la determinación de los bienes del causante hubiera de liquidarse el régimen económico matrimonial, si había cónyuge sobreviviente era llamado al procedimiento de división de la herencia, a fin de practicar la liquidación del consorcio con los herederos del cónyuge premuerto; propiamente con el contador partidor en representación de la comunidad hereditaria. Tras la vigencia de la nueva Lec. las partes de común acuerdo pueden mantener el anterior sistema; pero la nueva Lec. establece los dos procedimientos, uno de división de la herencia y otro de liquidación del régimen económico matrimonial, éste previo al anterior (*vid.* A. APZ 13/11/2001).

**B. Administración por el cónyuge viudo.** Indica el art. 253.1 que, *disuelto el consorcio y hasta tanto no se adjudique su patrimonio, el cónyuge viudo lo administrará, salvo cuando al producirse la disolución se encontrasen ya en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio.*

La administración del patrimonio común por el cónyuge viudo es la solución tradicional aragonesa para los casos de disolución del consorcio por muerte. En la reforma de 2003 se han introducido unas excepciones lógicas a esta regla que reflejan, o bien la crisis del matrimonio y la falta de confianza entre los cónyuges, o bien su deseo (al menos de uno de ellos) de no continuar en régimen de comunidad de bienes; estas circunstancias previas a la muerte de un cónyuge, han aconsejado al legislador suprimir la atribución de la administración del patrimonio común al cónyuge viudo. Por otra parte, la admisión a trámite de la demanda (o petición, en su caso) de separación, divorcio o nulidad, extingue el derecho de viudedad, salvo que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista (art. 276.2). En cambio, el inicio del procedimiento para obtener la disolución del consorcio conyugal no conlleva la extinción del derecho de viudedad, de manera que, en este caso, el cónyuge viudo no será el administrador del patrimonio común por aplicación del art. 253.1, pero lo será por ejercicio del usufructo de viudedad.

La solución aragonesa es realista dado que el cónyuge sobreviviente, además de participe en el patrimonio común, es normalmente usufructuario de los bienes y derechos del premuerto por derecho de viudedad, representante legal de los hijos comunes menores de 14 años (que serán frecuentemente los herederos de aquél), y puede ser incluso fiduciario, único o con otros, del cónyuge fallecido. En cualquiera de estas situaciones, el cónyuge viudo ya es administrador y representante de los bienes del premuerto; pero aunque no lo fuera (por no tener derecho de viudedad, ni existir fiducia sucesoria, ni herederos bajo su representación legal), la ley quiere que sea él el administrador del patrimonio conyugal hasta su liquidación y división [o partición impropia]. Lo normal y frecuente suele ser que el cónyuge viudo concentre en sus manos la administración de todo el patrimonio familiar, pues administra sus propios bienes, también los que eran privativos del otro (por derecho de viudedad, fiducia, representación de los herederos), y continúa la administración del patrimonio común mientras permanece indiviso —frecuentemente hasta su muerte—.

*C. Facultades del cónyuge viudo. a) Facultades ordinarias.* El cónyuge viudo es el administrador del patrimonio consorcial y puede realizar cualesquiera actos propios de todo administrador, en particular, como especificaba el ap. 1 del art. 53 Comp., “atenderá al pago de las deudas exigibles, así como al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes”; parece que podrá también cobrar los créditos consorciales vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen (*cfr.* art. 452.1). La STS 13/2/1987 dice que el cónyuge viudo, en cuanto administrador, no está facultado para ejercitar acciones —como la de retracto de colindantes— en beneficio exclusivo: sí cuando lo haga en beneficio de la comunidad.

*b) Facultades especiales.* El art. 253.2 dispone que *el cónyuge viudo podrá deducir del patrimonio de la comunidad disuelta alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivían y mientras continúen viviendo en casa, pero cuando sea titular del usufructo de viudedad sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes.* Son facultades de gestión de una comunidad que sigue teniendo carácter familiar. Parece que se trata de *alimentos* en sentido amplio: atenciones legítimas del viudo y de las personas que continúen viviendo en casa. Alimentos que normalmente se pagan con los frutos y productos del patrimonio común. Pero cuando el viudo administrador es también usufructuario por derecho de viudedad, los frutos no ingresan en el patrimonio común sino que pertenecen a él; en tal caso, sólo a falta o insuficiencia de frutos de los bienes comunes, puede el viudo usufructuario deducir del patrimonio de la comunidad disuelta los alimentos. Es una aplicación del principio general de preferencia del derecho de viudedad del art. 256. Además, en cuanto usufructuario por derecho de viudedad, el

viudo tiene también la obligación de prestar alimentos a sus descendientes, e incluso a los descendientes no comunes del cónyuge premuerto (art. 298), aunque no vivan en casa.

En el art. 253.3 se contiene una excepción a la regla general que exige la unanimidad de todos los partícipes para disponer de los bienes comunes: *El viudo, a expensas de los bienes comunes, y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede por sí solo, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hayan otorgado a favor de hijo o hija casados en vida de los dos.* Es ésta una facultad excepcional, personalísima e intransmisible, concedida al viudo en calidad de padre o madre; la norma es reproducción literal de la letra del art. 53.2 Comp.; pero esta facultad de los padres ya existía en el Apéndice y en las Observancias, que la extendían a otros supuestos; parece necesario exigir también —como en el Derecho histórico— que quede otro tanto para los hijos restantes.

**D. Disposición entre vivos de los bienes comunes.** Es regla general en las situaciones de cotitularidad que los actos de disposición entre vivos de los bienes comunes, a título oneroso o gratuito, requieren el acuerdo de la totalidad de los partícipes, en nuestro caso, de los cónyuges o ex-cónyuges o del viudo y los herederos del premuerto (*cfr.* Ss. TSJA 20/12/2004, APZ 23/5/2007).

En caso de disolución del consorcio por muerte de uno de los cónyuges, salvo en el caso del art. 253.3, rige la regla general: al acto de disposición entre vivos ha de concurrir necesariamente el cónyuge viudo, que es cotitular del patrimonio consorcial y normalmente usufructuario del patrimonio hereditario del premuerto; pero han de concurrir también los herederos, normalmente sólo nudo-propietarios del patrimonio hereditario (*cfr.* art. 290.2).

Cuando, por existir una fiducia sucesoria pendiente de ejecución, no haya todavía herederos, el cónyuge viudo actuando junto con el fiduciario o fiduciarios, podrán disponer de los bienes comunes (*cfr.* arts. 453 y 454); también podrá hacerlo, el viudo que sea fiduciario del premuerto (por sí solo o junto con los otros fiduciarios, si los hay); pero para la eficacia del acto de disposición de inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos, será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del Juez competente (*cfr.* art. 454), y, no habiendo legitimarios, se precisará autorización judicial para salvar el posible conflicto de intereses (*cfr.* art. 259.3).

En ejecución de la fiducia, el fiduciario puede atribuir la cuota consorcial del premuerto, o parte de ella, a alguno o algunos de los descendientes (*cfr.* arts. 456-458), pero, además, cuando el comitente haya designado como

*único fiduciario al cónyuge, éste, en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación conforme a lo previsto en el art. 259 (art. 457.3); si los bienes comunes así adjudicados no agotan el valor de la participación del premuerto, se imputarán en ella al hacer la división del caudal consorcial remanente.*

**E. Responsabilidades del cónyuge viudo.** En cuanto administración de un patrimonio en parte ajeno, dice el art. 253.4 que *el cónyuge viudo responderá de su gestión como administrador y dará cuenta de ella a los partícipes en cuanto exceda de las facultades que le pudieran corresponder en virtud del usufructo de viudedad. Cualquiera de los partícipes podrá, entonces, solicitar la aplicación de las mismas cautelas previstas para el usufructo viudal.* El cónyuge viudo no responde ni tiene que dar cuenta de su gestión como usufructuario, pero sí en cuanto exceda de ella; es sólo entonces (por ej., si hace uso de las facultades del ap. 3) cuando los partícipes pueden exigir que haga inventario de los bienes comunes y preste fianza (art. 285), así como instar del Juez la adopción de otras medidas cautelares (art. 287).

Por último, el art. 253.5 señala que, *habiendo sólo hijos comunes, los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio.* Presunción *iuris tantum* tradicional de los regímenes de comunidad que la Compilación contenía en el art. 53.4; en otro caso (si hay otros partícipes o si, aun no habiéndolos, se trata de bienes muebles no consumibles), el viudo ha de justificar su desaparición.

#### **14. Reglas específicas de la disolución por otras causas**

En los supuestos de disolución por causa distinta de la muerte o declaración de fallecimiento, así como en los que al producirse la disolución por muerte se encontrasen ya en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación, o la disolución del consorcio, no se aplica lo dispuesto en el art. 253 sino las previsiones del art. 254.

En la mayor parte de los casos de disolución por muerte regidos por el art. 254, no habrá derecho de viudedad, porque éste se extingue por la admisión a trámite de la demanda (o solicitud) de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista. Y la extinción es definitiva si el proceso finaliza sin sentencia firme estimatoria por la muerte de alguno de los cónyuges (art. 276.2). Tampoco surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento del comitente se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos de nulidad, separación o divorcio (art. 440.2).



En cambio, en el supuesto de disolución por muerte encontrándose en trámite el proceso dirigido a la disolución del consorcio, no hay extinción del derecho de viudedad y surtirán efectos el nombramiento del cónyuge como fiduciario si lo hay; en tal caso, como dice el art. 256, *los derechos y obligaciones derivados de la viudedad son preferentes a los contenidos en esta sección*; así que al cónyuge viudo le corresponderán, por derecho de viudedad, los derechos y obligaciones de todo usufructuario sobre los bienes del premuerto, incluida su participación en el patrimonio común. La administración de estos bienes, así como los frutos que produzcan, corresponden al usufructuario. También habrá que tener en cuenta los derechos y obligaciones que puedan corresponderle como fiduciario.

Con esta salvedad hay que leer lo que dice el art. 254: *En los demás casos de disolución (los no comprendidos en el art. 253), la administración y disposición de los bienes comunes se regirá por lo acordado por los cónyuges o partícipes y, en su defecto, se estará a lo dispuesto por el Juez en el correspondiente procedimiento*. Los cónyuges, o el sobreviviente y los herederos del otro, son libres para acordar la administración y disposición de los bienes comunes como crean conveniente; pueden establecer mandatos y otorgarse poderes; a falta de acuerdo o autorización o ante futuros desacuerdos, resolverá el Juez. La administración individual, en esta situación, parece que exige acuerdo expreso y poder bastante. En los casos de disolución por muerte regidos por este artículo, la regulación, en general, es la de la comunidad hereditaria, sin que el viudo tenga en principio ninguna preeminencia (salvo la que le de, en su caso, su mayor cuota).

En los procesos matrimoniales de nulidad, separación o divorcio, el tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad (art. 774.3 Lec.); en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad sobre disolución del régimen económico, estableciendo las que procedan si no se hubiera adoptado ninguna (art. 774.4 Lec.). También en el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario (art. 808.1 Lec.); si el inventario se concluye con el acuerdo de los cónyuges, en el mismo día o en el siguiente, se resolverá lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario; pero si se suscitare controversia continuará la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal y será la sentencia la que resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes (art. 809 Lec.).

En los casos de disolución por voluntad de ambos cónyuges en los que éstos no alcancen un acuerdo sobre la administración y disposición de los bienes comunes, cualquiera de ellos podrá solicitar al Juez, por el procedimiento de los arts. 806 y ss. de la Lec., la formación de inventario y que se resuelva lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en él.

Aunque ya no se trate de medidas provisionales, puede resultar de aplicación también en esta fase la previsión del art. 246: *en defecto de acuerdo entre los cónyuges, se requerirá autorización judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria.*

A la disposición a título oneroso de bienes comunes por uno solo de los cónyuges cuando, como en esta situación, es necesario el consentimiento de ambos, es aplicable lo dispuesto en el art. 235. Las donaciones de bienes comunes realizadas por uno de los cónyuges serán nulas de pleno derecho (*cfr.* art. 237). Como dice la STSJA 20 diciembre 2004 la disposición de los títulos valores, como la de cualquier otro bien originariamente consorcial, ha de realizarse conjuntamente por ambos esposos, estando tal acto dispositivo viciado si lo realiza uno solo de ellos.

**BIBLIOGRAFÍA:** BAYOD LÓPEZ, Carmen: “Disolución, liquidación y división del consorcio”, en *25 años de jurisprudencia aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los Tribunales (1995-2019)* (Coords. C. Bayod y J.A. Serrano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 863-913; CURIEL LORENTE, Fernando: “El artículo 77-2 de la Ley concursal en relación con el consorcio conyugal”, en *VV.AA.: Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 155-170. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: “Disolución, liquidación y división”, en *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 412-442; GARCÍA CANO, Tomás: “Liquidación de la comunidad conyugal. Su íntima relación con la gestión y ejecución de la fiducia”, en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 164-169; HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: “Concurso de acreedores y consorcio conyugal. Aspectos procesales”, en *VV.AA.: Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 171-188. LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada: “Segunda oportunidad del deudor persona natural y consorcio conyugal aragonés. La extensión de la exoneración al cónyuge del concursado”, *RDCA-2019-XXV*, pp. 157-197; MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón”, *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2004, pp. 9-68; — “Disolución, liquidación y división del consorcio conyugal”, en *Derecho civil aragonés (2017)*, Manual de Formación a Distancia 1-2017 (Director: Manuel Bellido Aspas), CGPJ-CENDOJ, Madrid, 2017, pp. 262-278; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: “Disolución, liquidación y división de la comunidad legal”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, T. XXXIII, vol. 2º (Edersa, Madrid, 1990), pp. 51-156; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*. Edición propia. Zaragoza, 2007, 414 pp.; — *Memento experto. Derecho foral de Aragón*. Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011; PARRA LUCÁN, M<sup>a</sup> Ángeles: “Concurso de acreedores y

consorcio conyugal”, en VV.AA.: *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza-Teruel, 2009), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 107-154. RAMS ALBESA, Joaquín: “Comentario de los arts. 41 a 59 de la Compilación (Pasivo, gestión, disolución, liquidación y división de la comunidad conyugal legal)”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, DGA, vol. II, 1993, pp. 97-213 y 221-380; SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La protección del cónyuge viudo en el Derecho civil aragonés”, en *Aequalitas* (Instituto Aragonés de la Mujer), núm. 8, 2001, pp. 33-44. — «La disolución del consorcio conyugal aragonés y la comunidad que continúa tras ella», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, II*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4715-4736. — “La comunidad conyugal en liquidación”, *RDCA*, 2007, pp. 11-55. — “La comunidad conyugal en liquidación (I, II, III y IV)”, en *Revista Jurídica del Notariado* núm. 65 (enero-marzo 2008), pp. 343-503, núm. 66 (abril-junio 2008), pp. 365-572, núm. 67 (julio-septiembre 2008), pp. 547-704, y núm. 68 (octubre-diciembre 2008), pp. 305-506; — SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* (J. Delgado, Dir., M<sup>a</sup> A. Parra, Coord.), 4<sup>a</sup> ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 413-435; SERRANO GARCÍA, José Antonio, con la colaboración de BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Familia*, Kronos Editorial, Zaragoza, 2019, pp. 291-308.



## §15. LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN DEL CONSORCIO CONYUGAL

José Antonio SERRANO GARCÍA  
*Catedrático de Derecho civil*

### 1. Reglas aplicables a la liquidación y división

**A. Extensa regulación introducida en 2003.** La liquidación y división del consorcio conyugal disuelto no supone sólo distribuir y adjudicar bienes, sino que debe dejar resuelto el destino de las obligaciones pendientes de ejecución y, sobre todo, ha de determinar la ganancia partible, habida cuenta de que sólo a través de ella debe establecerse el haber líquido sometido a partición, lo cual supone la formación de los inventarios, el avalúo y la tasación de los bienes, la determinación del pasivo de la sociedad y el establecimiento de las operaciones precisas para su pago, la fijación del remanente líquido y su distribución, así como la adjudicación de bienes para su pago (A. APZ 18/10/1998).

Era la liquidación y división tal vez la parte más necesitada de desarrollo en la Compilación. Las escuetas normas contenidas en los arts. 55 a 59 Comp. estaban pensadas casi exclusivamente para la liquidación de la comunidad disuelta por la muerte o declaración de fallecimiento de un cónyuge, y necesitaban del adecuado desarrollo legislativo para completarlas y extenderlas a las otras causas de disolución donde la liquidación suele ser más problemática.

Pues bien, la Sección 3ª del Capítulo IV, procedente, como todo él, de la reforma de 2003, detalla en lo necesario todas las fases e incidencias que pueden ocurrir hasta la atribución de bienes comunes a cada partícipe mediante la división (arts. 258 a 270), buscando un texto autosuficiente para cuya aplicación no sea necesario recurrir más que, en su caso, a la Ley de enjuiciamiento civil.

No se trata de normas imperativas, sino que en esta materia rige también el principio *standum est chartae*, a salvo siempre los derechos adquiridos por terceros (cfr. arts. 194 y 268 CDFEA; 405 Cc.).

**B. Régimen supletorio.** Indica el art. 270 que *a la liquidación y división del consorcio conyugal les serán de aplicación, en lo no previsto en esta sección y en tanto lo permita su naturaleza, las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria*. Remisión similar a la contenida en los arts. 406 (comunidad ordinaria) y 1410 (sociedad de gananciales) del Código civil.

Entre las normas referidas a la comunidad hereditaria son de preferente aplicación las contenidas en el Código aragonés (arts. 365, 366 y 367, a los

que hay remisión expresa; los arts. 369, 371 y 372 tienen su correlato específico en los arts. 252 y 268; el 370, “derechos de los acreedores”, aún sin remisión expresa, puede ser de aplicación). También los principios aragoneses de responsabilidad limitada del heredero y de separación de patrimonios son extensibles, dada la similitud de situaciones, a la comunidad conyugal en liquidación (355-361).

El régimen supletorio debe completarse con todas las normas de la liquidación y partición de la comunidad hereditaria del Código civil que resulten pertinentes: arts. 1051-1087, en particular sobre formación de inventario, tasación y venta de bienes, división del caudal, adjudicaciones, rescisión de la partición, etc.

Para las cuestiones no resueltas por las normas de la liquidación y división de la comunidad hereditaria hay que acudir supletoriamente a las normas de la división de la comunidad de bienes (art. 1.2 CDFA: 401, 404, 406 Cc.). Cfr. STSJA 7/2012, de 29/2. En el ámbito procesal hay que tener en cuenta los arts. 806 a 810 Lec., específicos de la liquidación judicial de la comunidad matrimonial, a completar con los más amplios de los arts. 782 a 805 Lec. sobre la división judicial de la herencia.

## 2. Derecho a la división

**A. Ejercitable en cualquier tiempo.** La liquidación y división del patrimonio consorcial facilita el tránsito de la situación de comunidad que continúa tras la disolución, a la de titularidad sobre los bienes que a cada partícipe le sean adjudicados en la división. Como la situación de comunidad se considera algo transitorio, inestable e incluso perjudicial para la economía, se propicia el paso de una situación a otra mediante el derecho a la división, que es una facultad regulada en el art. 258 (cfr. arts. 400 y 1051 Cc.)

Dispone el art. 258.1: *Disuelto el consorcio, cualquiera de los cónyuges o partícipes tiene derecho a promover en cualquier tiempo la liquidación y división del patrimonio consorcial. También se hallan legitimados para ello el fiduciario y el contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto o de cualquier partícipe.* Así que, disuelto el consorcio, el derecho a la división puede ejercitarse, judicial o extrajudicialmente, en cualquier tiempo, sin plazo de prescripción o caducidad para tal pretensión (art. 1965 Cc.), dirigiendo la solicitud a los demás copartícipes; aunque se omita a alguno, será válida la partición si de hecho concurren todos a ella o si, aun no concurriendo alguno, la preterición no fuere causada por dolo o mala fe (doctrina del art. 1080 Cc.); pero la división puede estar condicionada por la existencia de prohibición de dividir o convenio de indivisión.

**B. Salvo si hay prohibición de dividir o convenio de indivisión.** En efecto, dice el art. 258.2 que *en caso de disolución por muerte, a la prohibición de*

*división pactada en capítulos o dispuesta en testamento mancomunado por ambos cónyuges y al convenio de indivisión unánimemente acordado por los partícipes se aplicarán las previsiones contenidas en el artículo 365. La prohibición no podrá exceder de 15 años desde la muerte del primero de los cónyuges, o por el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo; el convenio de indivisión tiene un plazo máximo de 15 años; en ambos casos, podrá prorrogarse la indivisión por acuerdo unánime de los partícipes por término que, cada vez, no sea superior a quince años. Pero aunque haya prohibición o pacto de indivisión, el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida (art. 365.3).*

**C. Legitimación activa.** Legitimados para promover la liquidación y división están, en primer lugar, los cónyuges o partícipes, es decir los ex cónyuges o el sobreviviente de ellos y los herederos del otro, o los herederos de los dos, en su caso; los herederos, si son varios, tienen legitimación individual para pedir la división del consorcio.

Se halla legitimado igualmente para ello el fiduciario del cónyuge premuerto, aunque no sea el otro cónyuge (éste ya tiene legitimación por ser partícipe). Lo reitera el art. 455. El art. 258.1 extiende la legitimación al contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto, de conformidad con el criterio comúnmente sostenido por la jurisprudencia y la práctica. También pueden pedir la división los fiduciarios y los contadores partidores de cualquiera de los partícipes herederos que fallezca durante la indivisión.

**D. La petición de inventario.** Una de las formas posibles de ejercitar el derecho a la división, la ordinaria (pero no la única), es solicitar la formación de inventario del activo y pasivo del patrimonio consorcial, petición que cualquiera de los cónyuges o partícipes puede formular a los demás (art. 261), extrajudicial o judicialmente.

Recordemos que, una vez admitida a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del consorcio, bien como medida provisional o bien como definitiva tras la firmeza de la resolución que declare disuelto el consorcio conyugal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario (arts. 246 CDFA y 808.1 Lec.).

Con la formación del inventario comienza la liquidación de la comunidad conyugal disuelta. Pero la práctica de las operaciones liquidatorias propiamente dichas y la división del remanente requieren de nuevo el acuerdo de los partícipes, y en su defecto cualquiera de ellos podrá solicitar que la liquidación y división se practique conforme a lo previsto en la Ley de enjuiciamiento civil (art. 259.4 CDFA y 810 Lec.).

### 3. Capacidad para solicitar e intervenir en la liquidación y partición

Dice el art. 260 que *a la liquidación y división voluntaria* [convencional o contractual] *con cónyuges incapacitados* [los cónyuges no pueden ser menores de edad: art. 4.1] *o partícipes en igual situación o menores de edad se le aplicarán las previsiones contenidas en los artículos 366 y 367*. El art. 366, con remisión a lo dispuesto en los arts. 9, 13 y 17, regula la representación legal de las personas menores de catorce años o incapacitadas, por sus padres o tutor para solicitar la partición de una herencia e intervenir en ella, indicando los casos en que la división, a falta de autorización previa, precisa aprobación de la Junta de Parientes o el Juez; el 366 precisa que si el ejercicio de la autoridad familiar lo ostentan ambos padres, se requiere la actuación conjunta de los dos. Ahora bien, no será necesaria la intervención de ambos padres ni, de ser necesaria *ex art. 17*, la aprobación de la Junta de Parientes o del Juez cuando lo que se practique sea una “partición impropia”. Los menores de edad mayores de catorce años y los mayores sometidos a curatela para solicitar la partición e intervenir en ella necesitan la debida asistencia (art. 367). *Vid. A. APZ (sec. 5ª) 7/11/2014*.

Para la comparecencia en juicio y representación, la Ley de enjuiciamiento civil dispone que las personas físicas que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley (art. 7.2 Lec.).

### 4. Modalidades de liquidación y división

El art. 259 regula todas las posibles modalidades de liquidación y división del patrimonio consorcial. No caben otras modalidades. En particular, no cabe que, a petición de partícipes que representen, al menos, el 50 por 100 del haber común, el Juez nombre un contador partidario dativo (contra, art. 1.057.2 Cc.). El art. 259 termina diciendo que, *si la liquidación y división no se pudiera llevar a cabo de alguna de las formas recogidas en este precepto, se practicará, a instancia de cualquiera de los cónyuges o partícipes, conforme a lo previsto en la Ley de enjuiciamiento civil* (en los arts. 806 y ss., también, en su caso, 769 y ss.). La liquidación y división judicial es, por tanto, la modalidad residual, para los casos en que no se haya practicado por acuerdo de los partícipes o con intervención de fiduciario o contador partidario.

**A. Liquidación y división por acuerdo de los partícipes.** El art. 259.1 señala que *los cónyuges o partícipes pueden, mediante acuerdo unánime, liquidar y dividir por sí mismos el patrimonio consorcial, así como encomendar a terceros la liquidación y división*.

Si hay acuerdo, el inventario, las demás operaciones de liquidación, así como la división y adjudicación de los bienes comunes, pueden hacerse como decidan directamente los interesados, por ejemplo en documento pri-



vado (SAPH 19/3/2007) o en documento público, pero también en convenio regulador (SAPZ 2/7/2007; excepcionalmente, se admite también la división de bienes en comunidad ordinaria, en particular la vivienda familiar: RR DGRN 11/4/2012, 1/7/2014), que aprobará la sentencia firme, el decreto firme o la escritura notarial que lo formalice, como dice ahora el art. 95.1 Cc., redacción de 2015, para los procesos matrimoniales de los arts. 769 y ss. Lec.

Es más, pueden dividirse los bienes comunes de la manera que tengan por conveniente (*cf.* art. 1.058 Cc.). Parece que el acuerdo sobre la partición del patrimonio conyugal también puede estar contenido en el testamento mancomunado o pacto sucesorio de los cónyuges.

Pero el acuerdo de los partícipes puede consistir asimismo en encomendar la liquidación y división a árbitros, si existe conflicto previo entre ellos (art. 402 Cc.), o a arbitradores, en otro caso (vid. A. APZ 18/10/1998).

El acuerdo ha de ser, en todo caso, unánime. Tratándose de sólo dos partícipes, no puede ser de otra manera; pero también cuando sean varios los herederos se requiere la unanimidad. Por tanto, si se admite que cualquiera de los herederos puede pedir la liquidación y división, es seguro que para practicar estas operaciones se requiere el consentimiento de todos.

**B. Liquidación y división con intervención de fiduciario o contador partidor de la herencia del cónyuge premuerto.** En los apartados 2 y 3 del art. 259, para la disolución por causa de muerte, se tiene en cuenta la figura del fiduciario, lo sea o no el cónyuge viudo, de tan frecuente presencia en las sucesiones aragonesas (por ej., A. Presidente TSJA 3/10/1989), dando solución de forma a la vez sencilla y prudente a dudas surgidas en la práctica. En el ap. 2, se tiene en cuenta también al contador partidor de la herencia del premuerto (no, pues, de la herencia de cualquier partícipe).

a) *Junto con el cónyuge viudo.* Señala el art. 259.2 que *el fiduciario o contador partidor de la herencia del premuerto, actuando junto con el cónyuge viudo que no ejerza dichos cargos, pueden practicar la liquidación y división de la comunidad matrimonial disuelta sin que sea necesaria la concurrencia de los partícipes.* El régimen es común para ambas figuras: pueden acordar y practicar con el cónyuge viudo la liquidación y división, sin ningún requisito añadido. En particular, el fiduciario no precisa la autorización que prevé el art. 454.

b) *Cónyuge viudo fiduciario.* Añade el art. 259.3 que *el cónyuge viudo que sea fiduciario del premuerto, para realizar la liquidación y división, necesitará la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes [de los legitimarios menores o incapaces] o del Juez competente; y no habiendo legitimarios, precisará de la autorización del Juez. Dichas autorizaciones no serán necesarias cuando se limite a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio.*

Por tanto, cuando el cónyuge viudo sea fiduciario del premuerto (tanto da, a estos efectos, si es el único o hay otros), no sólo está legitimado para solicitar la liquidación de la comunidad conyugal disuelta (arts. 258 y 455), sino que puede practicarla él solo (si son varios, actuando conjuntamente: art. 439); la clara oposición de intereses existente en tal caso con los futuros sucesores se salva con la autorización prevista en la norma (*cf.* art. 454). No se requiere dicha autorización, aunque haya legitimarios, cuando el viudo fiduciario (y los otros, si los hay) se limita a practicar la llamada “partición impropia”, esto es, “a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio” (*cf.* art. 366.2); pero, como dice el Prof. DELGADO, sin que ello evite la necesidad de liquidar la comunidad así “partida” ni la posterior división de las comunidades romanas resultantes. La STSJA de 26/11/2007 indica que partir la comunidad post-consorcial de los padres ya fallecidos mediante una partición impropia no tiene ninguna utilidad para la partición de su herencia.

Recordemos, por otra parte, que, cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste, en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación (art. 457.3). Un ejemplo de ello tenemos en la partición impropia.

**C. Liquidación y partición judicial.** Por último, ya hemos visto antes que si la liquidación y división no se pudiera llevar a cabo de alguna de las formas recogidas en este precepto, se practicará, a instancia de cualquiera de los cónyuges o partícipes, conforme a lo previsto en la Ley de enjuiciamiento civil (art. 259.4). Disposición de aplicación inmediata, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio (DT 8ª; STSJA 7/2012, de 29/2).

*a) Procedimiento judicial y competencia funcional.* La nueva Ley de enjuiciamiento civil ha regulado, entre los procesos especiales, el *procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial*, en los arts. 806 y ss. Es competente para entender del mismo, el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial (art. 807 Lec.). Este procedimiento parece que ha de ser el aplicable también cuando la disolución del consorcio se haya producido por la voluntad de los cónyuges o por la muerte de uno de ellos o de los dos, si falta el acuerdo para practicar una liquidación y división convencional (vid. A. APZ 13/11/2001).

La competencia de los Juzgados de Familia para entender de la liquidación tiene, como dice la SAPZ 21 octubre 1998, indudables ventajas prácticas, pues en los juicios matrimoniales se realizan diversas pruebas relativas a la

posición económica de los cónyuges (bienes inmuebles, cuentas bancarias, etc.), existiendo en ocasiones una evidente conexión entre la pensión compensatoria y la liquidación del régimen económico del matrimonio.

En el procedimiento judicial previsto para la liquidación del régimen económico matrimonial en los arts. 806 y ss. Lec. hay que distinguir dos procedimientos: el de formación del inventario (art. 809) y el de valoración de los bienes o liquidación propiamente dicha (art. 810).

*b) Proceso de formación de inventario. Recurso de casación.* En relación al *juicio verbal sobre formación de inventario* al que se remite el art. 809.2 Lec., los Autos del TSJA 16/4/2010, 14/5/2010 y 15/2/2013, sintiéndose vinculada la Sala por la interpretación restrictiva del TS, inadmiten el recurso de casación contra la sentencia de apelación de la Audiencia, porque dice el TS que sólo son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia, y la sentencia de Audiencia en juicio verbal sobre formación de inventario en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial, al no poner fin a la instancia, por su naturaleza incidental, no es susceptible de casación.

En el fundado voto particular de dos de los magistrados de la Sala (ZUBIRI y MARTÍNEZ LASIERRA), apoyado por la mejor doctrina (A. BONET NAVARRO), se dice, en cambio, que el TSJA puede interpretar las normas sobre la casación con plenitud de jurisdicción y con criterio propio; la jurisprudencia del TS no es fuente del Derecho ni tiene efecto vinculante. La sentencia del proceso de formación de inventario (art. 809 i.f. Lec.) pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada material, en su función positiva y prejudicial, tras, en su caso, los recursos oportunos. Formado el inventario, podrá servir para la liquidación extrajudicial.

La no admisión del recurso de casación ha provocado, durante la vigencia de esta interpretación, la falta de doctrina jurisprudencial sobre las normas de calificación de los bienes en consorciales o privativos y sobre las obligaciones y deudas de cargo o responsabilidad del consorcio conyugal. Los principales problemas y debates jurídicos se producen habitualmente en la formación de inventario, siendo más mecánicas las operaciones de división y adjudicación.

Afortunadamente, en el A. TSJA de 28/10/2016, la Sala señala que se ha producido un cambio de criterio en el TS, que aparece reflejado en Autos de 9 de marzo, 6 de julio y 28 de septiembre de 2016, conforme a los cuales "... la doctrina de la irrecurribilidad queda superada a partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 21 de diciembre de 2015, en el recurso de casación n° 2459/2013 ... La prioridad del procedimiento especial para la liquidación del régimen económico matrimonial sobre el juicio ordinario y la consideración de que el primero comprende en realidad dos procedimientos diferentes, el de formación de inventario (arts. 808 y 809 Lec.) y el de liquidación en sentido estricto (art. 810 Lec.), desvirtúan en gran medida la naturaleza incidental

de la sentencia que pone fin al procedimiento de inventario". Desde ese auto, como hemos visto, ya hay varias e importantes sentencias de casación del TSJA en esta materia.

*c) Procedimiento de liquidación en sentido estricto.* El proceso de liquidación del régimen económico conyugal se regula en el art. 810 Lec., que, *en caso de no lograr acuerdo y tener que nombrar partidor y, en su caso, peritos, continúa por los trámites de los arts. 785 y ss.*

El art. 787 Lec., a su vez, previene en su apartado 5 que, *si no hubiere conformidad con el cuaderno particional, la sustanciación del procedimiento continúa con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal.* Pero la sentencia que recaiga no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el *juicio ordinario que corresponda.* Doctrinalmente ha sido objeto de debate el alcance de la disposición, en cuanto no atribuye a la sentencia el efecto de cosa juzgada.

La sentencia de Audiencia es recurrible en casación, si bien, ante un posible posterior juicio declarativo ordinario con su recurso de casación, como la Sala de casación no puede pronunciarse dos veces sobre la misma cuestión, la ausencia de cosa juzgada del art. 787.5 Lec. no debe entenderse en el sentido de que la liquidación pueda volver a realizarse en el juicio ordinario, sino que en éste los interesados pueden hacer valer sus derechos sobre bienes adjudicados, permitiendo plantear en el proceso plenario posterior aquello que no tuvo cabida en el proceso de liquidación (ATSJA 15/2/2013, voto particular).

*d) Derechos de los acreedores.* En cualquier caso, la liquidación y división no perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros (art. 194 CDFa), y, por otra parte, los acreedores personales de los cónyuges o partícipes tendrán la posibilidad, siempre subsidiaria, de solicitar la rescisión de la partición (arts. 1073 y ss. Cc.).

Por aplicación del art. 370 CDFa *los acreedores por deudas comunes reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición del patrimonio consorcial hasta que se les pague o garantice el importe de sus créditos. / Los acreedores privativos de uno o más de los partícipes pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (cfr. arts. 1402, 1082 y 1083 Cc.).*

## 5. Inventario del activo y pasivo del patrimonio consorcial

Como dice el Prof. DELGADO, el legislador de 2003 entiende por inventario la relación de todas las partidas, con su avalúo, tanto del activo como del pasivo de la comunidad que hay que liquidar y partir, como instrumento contable útil para llegar a una división y adjudicación de bienes a los partícipes que abarque todos los bienes y no esté sujeta a la aparición de deudas inesperadas.

**A. *Solicitud y contenido del inventario.*** Dispone el art. 261 (*cfr.* art. 1396 Cc.) que, *a petición de cualquiera de los cónyuges o partícipes, la liquidación de la comunidad conyugal disuelta comenzará por un inventario del activo y pasivo del patrimonio consorcial.* Esta es una manera razonable de abordar la liquidación y división del consorcio conyugal, pero no la única pues hacer inventario no es imprescindible para los partícipes plenamente capaces que obren de común acuerdo, que pueden prescindir también del resto de operaciones de liquidación y llegar directamente a la división (DELGADO). En todo caso, el inventario tanto puede hacerse judicial como extrajudicialmente. El aprobado por los cónyuges puede formalizarse en documento privado.

Judicialmente, el inventario ha podido ser solicitado, como medida provisional, una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya solicitado la disolución del consorcio (arts. 246 CDFa, 808 Lec.). Y parece que si no se ha hecho antes, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación judicial de inventario una vez firme la resolución que declare disuelto el consorcio conyugal, también cuando falte la unanimidad necesaria para practicarlos convencionalmente.

Aunque un inventario está referido propiamente al activo (en este caso el consorcial descrito en el art. 262), al tener la finalidad de preparar las operaciones liquidatorias y la partición del remanente, debe hacer referencia también al pasivo del que responden, incluso solo provisionalmente, los bienes comunes (art. 263). Así podrá conocerse el estado de solvencia o insolvencia del patrimonio a liquidar y, en consecuencia, seguir las restantes operaciones por la vía de la liquidación ordinaria o de la concursal (arts. 264 y 265).

En la liquidación judicial es en el acto de formación de inventario, en el trámite del art. 809 Lec., donde las partes deben fijar con precisión y claridad los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deban de integrar el inventario (Ss. APH 30/9/ y 17/11/2008). Las sentencias sobre la inclusión o exclusión de bienes y (en su caso) valores que conforman las partidas del inventario dictadas en grado de apelación ya son, como hemos visto, recurribles en casación, como defendía la mejor doctrina.

El inventario no comprende los bienes privativos de los cónyuges ni, mucho menos, los de los otros posibles partícipes posteriores (DELGADO). Pero no hay ninguna razón que obste a que, de mutuo acuerdo (no en una liquidación forzosa y judicial sin acuerdo específico de los cónyuges), los cónyuges integren en las operaciones liquidatorias, en lo que sería ya un negocio jurídico patrimonial complejo, bienes comunes en proindiviso y pongan fin así a la comunidad posconsorcial y a la comunidad ordinaria sobre algún bien privativo. Se puede aprovechar el convenio regulador y el proceso judicial para dividir también la cosa común (Auto 563 APZ, Secc. 4ª, de 16/12/2011),

aunque pueden surgir problemas en el ámbito registral a la hora de pretender la inscripción en el Registro (S. GASPAR).

**B. Activo del inventario.** El art. 262 (*cf.* art. 1397 Cc.), que completa y generaliza las previsiones del art. 55.2 Comp., dice que *en el activo se incluirán las siguientes partidas:*

a) *Todos los bienes y derechos que se hallen en poder de los cónyuges o partícipes al tiempo de formalizarlo y que, real o presuntivamente, sean comunes, así como aquéllos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial, todo ello a salvo de lo dispuesto en el apartado 5 del art. 253 [los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio cuando sólo hay hijos comunes] y en el art. 269 [en la liquidación de varias comunidades, los bienes cuya condición no pudiera ser exactamente determinada se distribuyen equitativamente].*

En caso de falta de prueba sobre la condición privativa de un bien adquirido durante el consorcio, debe incluirse en el inventario como bien común por el juego de la presunción de comunidad. Pero no deben incluirse los bienes adquiridos por uno de los cónyuges tras la disolución del consorcio y que no sean comunes conforme al art. 250, como la indemnización por despido laboral (SAPZ 13/4/1998), pues tras la disolución ya no hay presunción de comunidad de los bienes.

El patrimonio común es único y la liquidación también debe ser única, sin separar los bienes (o deudas) anteriores y posteriores a la disolución del consorcio. Como indica J.I. MEDRANO, “se trata de un patrimonio único, y el que tenga una cierta dinamicidad (el patrimonio disuelto y no liquidado seguirá generando ingresos y deudas) constituye una relativa dificultad que no excluye una liquidación unitaria de lo que es un patrimonio único, por más que desde la disolución cambie su régimen jurídico”.

b) *Los créditos de la comunidad contra terceros.* En el inventario de dinero o partidas dinerarias —tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios—, su importe o cuantía forma parte de la identificación misma de la partida inventariada (art. 809.2 Lec.; SAPH 3/4/2009).

c) *Los derechos de reembolso de la comunidad contra los patrimonios privativos de los cónyuges [o partícipes].* La STSJA 29/11/1996 dice que en el inventario puede hacerse mención de los bienes aportados como privativos si hubiese necesidad de imputación de créditos consorciales frente a los mismos.

**C. Pasivo del inventario.** Por su parte, el art. 263 (*cf.* art. 1398 Cc.), que no tiene precedente en la Compilación, dice que *en el pasivo se incluirán las siguientes partidas:*

a) *Las deudas pendientes de cargo o responsabilidad de la comunidad.*

b) *Los reintegros debidos por la comunidad a los patrimonios privativos de los cónyuges.*

Las deudas de responsabilidad sólo provisional de los bienes comunes figuran en el pasivo porque los terceros pueden cobrarlas sobre ellos, pero, a la vez y de forma coordinada, debe figurar en el activo un derecho de reembolso de la comunidad contra el patrimonio privativo del cónyuge deudor, para así alcanzar el necesario equilibrio contable.

No debe incluirse en el pasivo consorcial el derecho de uso de la vivienda familiar consorcial que la sentencia matrimonial haya atribuido a uno de los cónyuges, pues, como dice la SAPZ 27 de septiembre 1998, no integra un crédito de éste contra la comunidad, sino una forma de protección del interés más necesitado dentro de la familia en crisis, que tiene alcance *erga omnes* pero no constituye propiamente un derecho real ni otorga un plus de protección respecto a la situación posesoria que ostentaba la familia antes de la decisión judicial (STS 23/1/1998 y 31/12/1994). El derecho de uso no es una partida del pasivo ni del activo y debe respetarse su existencia hasta su extinción (SAPH 9/11/2006)

Tampoco hay que incluir en el inventario las cargas establecidas en la sentencia de separación para asegurar el pago de la pensión o asignación compensatoria. No se trata de activo o pasivo del consorcio. La garantía recaerá sobre los bienes que se adjudiquen al cónyuge deudor (SAPZ 7/7 2005).

**D. Avalúo de los bienes inventariados.** En caso de créditos, cuentas o depósitos bancarios, la determinación de su importe resulta imprescindible para la determinación o identificación del propio bien. Otros muchos bienes, en particular los inmuebles y muebles corporales, son identificables sin necesidad de establecer su valor, razón por la que, procesalmente, se estima que la cuestión de la valoración no debe plantearse en el juicio de inventario, sino en la fase posterior del cuaderno particional (SAPH 28/10/2003; SAPZ 27/3/2007). En la liquidación judicial, a diferencia de la voluntaria, la valoración que no sea necesaria para la identificación del bien se integra en la segunda fase del proceso.

El avalúo es la valoración en unidades monetarias de cada una de las partidas del activo y pasivo incluidas en el inventario. La valoración, que es cuestión de hecho no susceptible de casación, ha de hacerse a la fecha de la liquidación (STSJA 37/2012, de 22/11). Tanto las mejoras como los deterioros producidos desde la disolución son de cuenta de la comunidad; también el valor de los derechos de crédito debe actualizarse al tiempo de formalizarse el inventario. La valoración, para ser justa, ha de ser imparcial, fiable y equilibrada; es aconsejable atender al valor de mercado. Para la valoración de la vivienda protegida, *vid.* STS 4/4/2008.

## 6. La liquidación propiamente dicha. Determinación de si el activo consorcial es superior o inferior al pasivo

Las operaciones de liquidación de la comunidad conyugal suelen presentar mayores dificultades que las de liquidación de la comunidad hereditaria o de la sociedad ordinaria, porque no se trata simplemente de cobrar los créditos y pagar las deudas pendientes en el momento de la disolución, sino de reconstruir y calificar adecuadamente todas aquellas relaciones jurídicas de contenido patrimonial habidas durante el matrimonio —bien entre el patrimonio común y los privativos, bien entre los cónyuges o uno de ellos y terceras personas— sobre las que los partícipes mantengan posiciones enfrentadas. Lo que, en principio, habrá quedado concretado en el inventario confeccionado. Para determinar los bienes y derechos que integran el caudal remanente a dividir entre los partícipes hay que realizar las llamadas “operaciones de liquidación”.

Tanto el art. 264 (*liquidación concursal*) como el 265 (*liquidación ordinaria*) parten de que, formalizado el inventario, la primera operación a realizar es la *integración del activo consorcial* para determinar si el activo inventariado es *efectivamente* inferior o superior al pasivo consorcial. La reintegración del activo consorcial exige, por una parte, la separación y restitución de aquellos bienes que se hallan en la comunidad pero pertenecen privativamente a los cónyuges o a terceras personas, y, por otra, la realización de los créditos consorciales cobrables. Entre estas operaciones hay que incluir la compensación de lo debido por la masa común a los patrimonios privativos con lo que éstos, por cualquier concepto, deban a aquélla (art. 265.1.1º). No será infrecuente que algunos créditos consignados en el inventario como cobrables no puedan ser realizados, con lo que puede suceder que el signo del inventario, inicialmente positivo, deje de serlo.

## 7. Liquidación concursal

Liquidación “concursal” se contrapone a liquidación “ordinaria”, pero no requiere que haya concurso de acreedores de uno o ambos cónyuges. Según el art. 264 (*cfr.* art. 1.399.2 Cc.), *cuando el activo inventariado no baste para satisfacer las deudas consorciales y los reintegros a los patrimonios privativos, se aplicarán las normas sobre concurrencia y prelación de créditos*. Por tanto, cuando el patrimonio común, después de haberse reintegrado de los créditos cobrables, no sea bastante para satisfacer el pasivo consorcial, se aplican las normas sobre concurrencia y prelación de créditos, en principio las contenidas en los arts. 1.921 a 1.929 del Código civil, dando a las deudas y a los reintegros la consideración que conforme a tales preceptos les corresponda; los titulares de créditos que no ostenten algún privilegio específico se someten al principio de la *par conditio creditorum*.



Si hubiera concurso de acreedores, la clasificación y graduación de los créditos se regiría por lo establecido en la Ley Concursal (art. 1921.2 Cc.). Esta Ley ha respetado la mayoría de los privilegios crediticios anteriormente existentes en el Código civil. Pero que el activo consorcial no baste para satisfacer el pasivo consorcial, no implica que sea necesario declarar en concurso de acreedores a los cónyuges o a alguno de ellos (el consorcio conyugal nunca puede tener la condición de concursado) porque el deudor o deudores pueden ser solventes si se tienen en cuenta sus bienes privativos.

La regulación aragonesa no establece preferencia alguna entre los terceros acreedores por deudas consorciales y los cónyuges acreedores de reintegros contra el patrimonio común; tampoco concede privilegio alguno a los acreedores por deudas alimenticias (contra: arts. 1.399.1 y 1.403 Cc.).

## 8. Liquidación ordinaria

**A. Orden legalmente previsto.** El art. 265.1 comienza diciendo que, *una vez determinado que existe efectivamente un activo consorcial superior al pasivo y cuál sea aquél, la liquidación será ordinaria y seguirá el orden lógico en él marcado*. En realidad, si el activo es superior al pasivo, el orden de la liquidación no debería alterar el resultado. Este orden legal, que es, en general, el recomendable, es el que habrá de seguirse en una liquidación judicial o por terceros, y el que podrá exigir cualquier partícipe (DELGADO).

Las relaciones de crédito-deuda de los patrimonios privativos entre sí no se tienen en cuenta en las operaciones de liquidación de la comunidad en liquidación —tampoco sus deudas privativas— hasta que sean pagados los acreedores por deudas comunes (cfr. art. 1.034 Cc.).

El orden de la liquidación ordinaria previsto en el art. 265.1 es el siguiente:

*1.º Compensación de lo debido por la masa común a los patrimonios privativos con lo que éstos, por cualquier concepto, deban a aquélla.* Lo primero, en buena lógica, es tratar de simplificar las operaciones de liquidación mediante esta compensación de las obligaciones existentes entre el patrimonio común y los privativos que, conforme al art. 226.1, deben reintegrarse entre sí aquellos valores que cada uno hubiese lucrado sin causa a costa de los otros. Lo debido por la masa común a los patrimonios privativos son los reintegros (art. 226.2), pero lo debido por los patrimonios privativos al común son los reembolsos (art. 226.3) y las indemnizaciones (art. 226.4) que *por cualquier concepto* le deban (el prof. DELGADO cree que estos créditos distintos de los reembolsos deben excluirse de la compensación y cobrarse individualmente como los créditos contra terceros). De la compensación resultará un saldo que puede ser favorable a la comunidad o favorable a uno de los patrimonios privativos (o a ambos).

2.º *Imputación del saldo acreedor favorable a la comunidad [que haya resultado en la operación de compensación anterior] en la respectiva participación en el consorcio del cónyuge deudor, hasta agotar su importe, salvo que opte por el reembolso en metálico o se acuerde su pago mediante dación de bienes de los patrimonios privativos.* Así que el cónyuge deudor de este saldo puede optar por pagarlo en metálico o acordar con el acreedor el pago mediante dación de bienes privativos, en otro caso se imputa en su participación en el consorcio, mientras quepa.

3.º *Reembolso [en metálico] a la comunidad del saldo acreedor que no haya podido ser objeto de imputación [en la participación consorcial del cónyuge deudor, conforme al número anterior], que también podrá acordarse [con el otro cónyuge o partícipes] que se haga mediante dación de bienes de los patrimonios privativos [en concreto, del patrimonio privativo del cónyuge deudor].*

4.º *Pago a terceros de las deudas vencidas y aseguramiento de las pendientes.* El pago de las deudas vencidas podrá hacerse en metálico o, por acuerdo con los terceros, mediante dación en pago de bienes consorciales. En cuanto a las deudas pendientes, la disolución del consorcio conyugal no conlleva su vencimiento, pero para que la partición adquiera mayor fijeza se requiere asegurar su pago: no es imprescindible, a tal fin, constituir verdaderos derechos de garantía por acuerdo con los acreedores, sino que puede bastar con la adjudicación a alguno de los partícipes de bienes para el pago, ya como mero encargo, ya como asunción de la deuda (entre los partícipes) o ya convirtiéndose en el único deudor si lo acepta el acreedor (novación). Si no se cumplen estas previsiones legales, señala el art. 268.1 que la división del patrimonio común no modifica la responsabilidad por deudas que correspondía a los bienes comunes (*vid.* STS 18 abril 1992).

5.º *Reintegro [en metálico] a cada uno de los patrimonios privativos del saldo acreedor resultante de la compensación del número 1.º, que, a falta de metálico suficiente, podrá hacerse mediante dación en pago de bienes consorciales.* En este caso el saldo resultante de la compensación del núm. 1º es favorable al patrimonio privativo de uno o ambos cónyuges, el patrimonio común debe reintegrárselo en metálico si hay suficiente, en otro caso, con el consentimiento del acreedor (*cf.* art. 1.400 Cc.), sirve también la dación en pago de bienes consorciales.

**B. Actualización del importe de los reembolsos y reintegros.** Según dice el ap. 2 del art. 265, *los reembolsos y reintegros de la compensación general del núm. 1º, los reembolsos del saldo favorable a la comunidad de los núms. 2º y 3º, y el reintegro del saldo favorable a los patrimonios privativos el núm. 5º, se harán por su importe actualizado al tiempo de la liquidación.*

**C. Reserva de los bienes objeto de ventajas o derecho de adjudicación preferente.** Por último, el art. 265.3 dispone que *si para las operaciones precedentes fuera necesario vender o dar en pago bienes consorciales, se respetarán, en tanto*

*sea posible* [es decir: mientras se puedan pagar todas las deudas comunes con otros bienes], *los mencionados en los dos artículos siguientes*. En las operaciones de liquidación hay que respetar, mientras sea posible, los bienes objeto de ventajas (art. 266) o derecho de adjudicación preferente (art. 267.2), para lo que es necesario que el cónyuge titular de estos derechos haga saber a tiempo cómo desea ejercerlos. Se trata de una norma de carácter procesal que pretende facilitar la efectividad de tales derechos subjetivos.

## 9. Aventajas

Si la liquidación las ha respetado (como manda hacer, en tanto sea posible, el art. 265.3), antes de la división del patrimonio ya liquidado se detraen las ventajas (*cfr.* art. 267.1): operación, por tanto, previa a la división por mitad, pero que no es estrictamente liquidatoria, sino divisoria. Según el ap. 1 del art. 266 *los cónyuges tienen derecho a detraer de los bienes comunes, como ventajas, sin que sean computados en su lote, sus bienes de uso personal o profesional de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial*. Estas ventajas no quedan reducidas, como quedaban en la Compilación, al caso de disolución por muerte, sino que en la reforma de 2003 se generalizan a cualquier causa de disolución del consorcio.

La detracción de ventajas cumple la función de evitar la brusca interrupción de los hábitos personales y profesionales de los cónyuges o del sobreviviente de ellos, concediéndoles el *derecho a las ventajas*, que el ap. 3 del art. 266 dice que *es personalísimo y no se transmite a los herederos*, y que les permite quedarse determinados bienes muebles comunes relacionados con su persona o profesión sin imputárselos en su lote (SAPZ 19/4/1995), bienes que en sus manos tendrán un valor muy superior a su precio en el mercado de segunda mano, que será de ordinario muy bajo (DELGADO).

Las ventajas son un derecho de origen legal derivado del régimen matrimonial legal que, al disolverse, permite, si se ejerce, considerar privativos bienes que antes eran consorciales. Como dice el Prof. DELGADO, las ventajas pueden considerarse atribuciones legales de bienes concretos (no de valores) en atención a las razones antes enunciadas, que confieren derechos que, como todos los privados, podrán o no ejercitarse. No es una donación, ni tiene causa lucrativa, sino que es consecuencia de la división según una regla legal distinta y complementaria de la división por mitad.

En el art. 266.2 (*cfr.* art. 1321 Cc.) se hace referencia a las ventajas propias exclusivamente de la disolución del consorcio por causa de muerte: *Fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente podrá detraer ajuar de casa en consonancia con el tenor de vida del matrimonio* [muebles de amueblar, enseres, electrodomésticos, ropas de casa, que sirven al uso y comodidad de una vivienda: DELGADO]; *además de cualesquiera otros bienes comunes que, como tales ventajas, le conceda la costumbre local*.

## 10. División y adjudicación

La partición no es un acto meramente declarativo, tampoco es un acto de disposición, es para la doctrina mayoritaria un acto de materialización o especificación en bienes concretos del valor de la cuota de cada partícipe.

Dispone el art. 267.1 (cfr. art. 1404 Cc.) que, *liquidado el patrimonio y detraídas las aventajas* [también habrá que tener en cuenta, en su caso, el art. 239], *el caudal remanente se dividirá y adjudicará entre los cónyuges o sus respectivos herederos por mitad o en la proporción y forma pactadas*. Esta norma coincide sustancialmente con la del art. 58.1 Comp., en la que se han introducido algunas precisiones: las referencias a las aventajas, a los cónyuges o a sus respectivos herederos y a la proporción.

A la división y adjudicación del consorcio conyugal disuelto se aplican supletoriamente, como ya hemos visto, las normas de división de la herencia (art. 270). Así, los acreedores por deudas comunes reconocidos como tales pueden oponerse a que se lleve a efecto la división del patrimonio consorcial hasta que se les pague o asegure el importe de sus créditos (cfr. art. 370.1); los acreedores personales de los cónyuges y partícipes pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (cfr. art. 370.2), y, una vez pagados o garantizados los créditos de los acreedores por deudas comunes, pueden pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor del cónyuge o partícipe deudor (cfr. 1.034 Cc.); este mismo derecho corresponde al partícipe que resulte en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, salvo que el deudor pague voluntariamente (cfr. art. 1.405 Cc.).

El caudal remanente se divide en dos partes o lotes, que a falta de pacto, serán iguales; el pacto que desiguala a los cónyuges si es anterior a la disolución debe constar en capítulos matrimoniales, pero en todo caso los partícipes pueden partir en la forma que tengan por conveniente, a salvo los derechos adquiridos por acreedores y legitimarios. Si uno de los lotes corresponde a los herederos de un cónyuge, la posterior partición entre ellos es una cuestión propia de la división de la herencia.

Salvo pacto distinto, se observarán, con las adaptaciones precisas, las normas de la partición de la herencia sobre formación de lotes (cfr. arts. 1.061, 1.062 Cc.), abono de frutos y deducción de gastos de partición (arts. 1.063, 1.064 Cc.), entrega de títulos de pertenencia (arts. 1.065, 1.066 Cc.), retracto de coherederos (arts. 1.067, 1.522 Cc.); también parece aplicable, con las adaptaciones precisas, la regulación sucesoria sobre efectos de la partición (arts. 1.068 a 1072. Cc.) y su rescisión (arts. 1.073 a 1081 Cc.).

Dice la SAPZ 19 enero 2000 que las operaciones particionales, aun después de aprobadas, pueden ser impugnadas, por las causas comunes a todos los negocios jurídicos (nulidad o anulabilidad) y, además, por rescisión por

lesión o infravaloración de la porción que corresponde al impugnante (arts. 1.074 y ss. Cc.: la acción prescribe a los 4 años), así como por omisión de bienes (art. 1.079 Cc.); ésta permite completar la liquidación y —según la jurisprudencia— es imprescriptible (STS 27/6/1995). También la liquidación practicada en convenio regulador homologado judicialmente es rescindible por lesión y puede ser completada en caso de omisión de bienes (*vid.* Ss. APZ 29/2/2000 y APH 27/10/1998). Por su parte, la STSJA 15/2017, de 4/7, considera que el art. 1079 Cc., que recoge el principio del *favor partitionis* y regula la acción de adición o complemento de la liquidación, es de aplicación supletoria a la liquidación del consorcio conyugal, como lo es también a la liquidación de la sociedad de gananciales, por la remisión del art. 1410 Cc.; si bien, la jurisprudencia interpreta que la adición permitida por el art. 1079 Cc. debe referirse a bienes de poca importancia (STS 20/10/2012).

La jurisprudencia del TS ha admitido que cuando los únicos bienes comunes son el piso destinado a vivienda familiar y el garaje anejo se proceda a su liquidación mediante el procedimiento de división de cosa común, a practicar con arreglo al art. 404 Cc. por ser cosa indivisible (*vid.* SAPZ 30/10/2001).

La STSJA 37/2012, de 22/11, ha señalado que, de modo general, a falta de acuerdo, no es ajustado a derecho llevar a efecto una liquidación judicial (mejor: partición) de un patrimonio consorcial convirtiéndolo en una comunidad romana o pro indiviso (“partición impropia”); pero si la comunidad consorcial está constituida por un único bien, o uno de ellos tiene un valor muy superior a los restantes que integran el activo, esa forma de hacerlo no solo resulta correcta, sino que es la única posible, salvo la de la enajenación del bien común: No es ajustado a derecho obligar a ningún partícipe a aceptar la adjudicación del bien por una cantidad que no asume voluntariamente abonar, por no tener bienes o no poder obtener crédito suficiente, pues sería una venta sin la aquiescencia del comprador; en cambio, es correcta la adjudicación de la vivienda *pro indiviso* a ambas partes, pero basta que uno solo de los partícipes solicite la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños para que así haya de acordarse (arts. 404 y 1062 Cc.) (S. DE SALAS).

## 11. Derecho de adjudicación preferente

El art. 267.2 (*cf.* art. 1406 Cc.) concede a cada cónyuge un derecho potestativo, denominado “de adjudicación preferente”, que la Compilación limitaba al cónyuge sobreviviente y que la reforma de 2003, salvo para la vivienda, ha extendido a todas las causas de disolución.

Este *derecho* permite a su titular, siempre que los bienes sobre los que recae hayan sido excluidos de las ventas o daciones en pago de bienes consorciales realizadas en la liquidación, hacer *que se incluyan con preferencia en su lote, sin perjuicio de las compensaciones que procedan, los siguientes bienes:*

a) *Los bienes comunes que hubieran pertenecido a su familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya.* Guarda relación con lo dispuesto en el art. 216 sobre los bienes de origen familiar, aunque este derecho de adjudicación preferente se limita a los bienes de abolorio.

b) *Los bienes de uso personal o profesional que no constituyan ventajas.*

c) *La empresa o explotación económica que dirigiera.*

d) *Las acciones, participaciones o partes de sociedades adquiridas exclusivamente a su nombre, si existen limitaciones, legales o pactadas, para su transmisión al otro cónyuge o sus herederos, o cuando el adquirente forme parte del órgano de administración de la sociedad.* Guarda relación con la condición consorcial que se predica para estos bienes en la letra k) del art. 210.2, aunque existan limitaciones a la transmisibilidad.

e) *El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.*

f) *Los bienes que hubiera aportado al consorcio.* STSJA 1/2015, de 14/1.

g) *En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde al tiempo del fallecimiento el matrimonio tuviera su residencia habitual.*

Hay importantes novedades con respecto al texto del art. 58.2 Comp. Son nuevas las letras a), d), e) y g), las dos últimas inspiradas en el art. 1406 Cc. El derecho sobre la vivienda residencia habitual es único que se limita ahora al caso de disolución por muerte (letra g).

En relación con la empresa o explotación económica que dirigiera (letra c) y la vivienda (letra g), parece que quien puede exigir la adjudicación en propiedad, también debe poder pedir simplemente que se constituya sobre ella a su favor un derecho de uso o habitación, consiguiendo así disminuir el valor de la adjudicación preferente (*cf.* art. 1.407 Cc., que no es aplicable supletoriamente).

La Ley Concursal estableció en 2003, actual art. 125.3 TRLC, un derecho de adjudicación preferente en favor del cónyuge del concursado cuando la vivienda habitual del matrimonio tenga carácter ganancial o común y proceda la liquidación del consorcio, en cuyo caso el citado cónyuge *tendrá derecho a que aquélla se le incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance. Si excediera solo procederá la adjudicación si abonara al contado el exceso.* Su aplicación en Aragón no es segura, pero defendible en cuanto norma procesal.

## 12. Las deudas comunes tras la división

A. *La división no perjudica los derechos adquiridos por terceros.* Es posible que realizada la división y adjudicación del caudal remanente existan deudas comunes vencidas que no han sido pagadas o deudas pendientes cuyo pago no ha sido asegurado al hacer la liquidación. Producida la partición, cada partícipe es titular exclusivo de los bienes adjudicados, pero

este hecho no conlleva la división de las deudas comunes no pagadas, ni perjudica los derechos adquiridos por los acreedores consorciales sobre los bienes que eran comunes o, excepcionalmente, privativos del no deudor (art. 220.2).

Esta es la idea, extensiva a la situación de los acreedores por deudas privativas, plasmada en la reforma de 2003 en el ap. 1 del art. 268: *La división no modifica la responsabilidad por deudas que correspondía a los patrimonios privativos o al común* (art. 268.1). SAPH 27/3/2008, A. APZ (sec. 4ª) 71/2017, de 8/2/2017.

**B. Responsabilidad de los cónyuges o sus herederos.** Los acreedores de la comunidad cuentan ahora, al haber desaparecido la masa de bienes comunes, con la responsabilidad ilimitada del deudor —o deudores: cargas del matrimonio, deudas contraídas conjuntamente— o, si ha fallecido, de sus herederos (responsabilidad, entonces, limitada a los bienes del caudal relicto: art. 355); pero además cuentan con la responsabilidad solidaria del cónyuge no deudor o sus herederos, responsabilidad limitada en todo caso (aunque no se haya hecho inventario; contra: art. 1.401 Cc.) a los bienes comunes (o a su valor, en su caso) que les hayan sido adjudicados (*cfr.* art. 371.1).

Es el art. 268.2 el que, trasladando a este ámbito los principios del sistema aragonés de responsabilidad de los coherederos, dispone: *El cónyuge no deudor o sus herederos responderán solidariamente de las deudas comunes, pero exclusivamente con los bienes que les hayan sido adjudicados, aunque no se haya hecho inventario. Sin embargo, cuando dichos bienes no sean suficientes, responderán con su propio patrimonio del valor de lo adjudicado que hayan enajenado o consumido, así como del valor de la pérdida o deterioro de los bienes recibidos.*

El ap. 3 del art. 268 contempla las acciones de repetición para evitar el empobrecimiento sin causa del que haya pagado más de lo que le corresponde en la relación interna. Dice así: *Si como consecuencia de ello resultare haber pagado un partícipe mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra los que resultasen favorecidos y en la proporción en que lo hayan sido.*

Por su parte, el cónyuge (o sus herederos) que sea acreedor del consorcio puede también reclamar del otro o sus herederos el pago de su crédito, pero deducida su parte proporcional como tal partícipe (*cfr.* art. 371.2), a menos que a consecuencia de la partición hubiere quedado él solo (o sus herederos) obligado al pago de tal reintegro (*cfr.* art. 371.3).

**C. La ejecución sobre bienes consorciales adjudicados al cónyuge no deudor.** De acuerdo con el ap. 1 del art. 144.4 Rh., disuelto el consorcio conyugal, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos (concuera, pues, con el art. 252.1).

Cuando constare en el Registro también su liquidación, el embargo será anotable, de conformidad con el ap. 2 del art. 144.4 Rh., si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución, o si del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del embargo al cónyuge titular, antes del otorgamiento de aquélla (la inscripción de la liquidación; este requisito de que la notificación del embargo sea anterior a la inscripción de la liquidación del consorcio contradice la regulación sustantiva).

La mujer interpuso tercería de dominio solicitando el levantamiento de los embargos sobre bienes a ella adjudicados en la partición e inscritos a su nombre en el Registro. Invocó el dominio de los bienes embargados, dominio acreditado con la escritura pública de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal. Pero no se trata —dice el A. APZ 18 julio 2000— de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente consorciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, que no puede perjudicar en ningún caso tales derechos, y teniendo el marido facultades para obligar dichos bienes en el ejercicio de su profesión, era manifiesta la improcedencia de la tercería para liberar tales bienes de las trabas a que están sujetos.

En cuanto a si la esposa es tercero hipotecario, dice el citado Auto que no concurren los requisitos del art. 34 Lh., ni el principio de legitimación registral proclamado en el art. 38 Lh es obstáculo al embargo, ya que precisamente en garantía de los acreedores del consorcio conyugal la Ley faculta para perseguir los bienes que ostentan tal naturaleza aunque estén legalmente en poder y posesión de uno de los cónyuges como bienes privativos en virtud del cambio de régimen económico matrimonial, es decir, aunque registralmente estén a nombre de su esposa y el deudor que los obligó fuera el esposo, posibilitando la anotación preventiva de embargo el art. 144 Rh.

No es imprescindible acudir a un juicio declarativo contra el cónyuge actual titular registral de bienes que fueron comunes, porque la nueva Lec. posibilita al acreedor hacer valer la inoponibilidad de la división del consorcio también en el proceso de ejecución, al permitir dirigir la ejecución contra los propietarios de bienes especialmente afectos al pago de una deuda (art. 538. 2 y 3 Lec.), propietarios que podrán defenderse alegando la privatividad de la deuda por el cauce previsto en el art. 541.2 Lec. Será inexcusable que el acreedor aporte elementos de juicio al juez que hagan verosímil y “razonable” la responsabilidad de esos bienes, titularizados formalmente al tiempo de la ejecución a favor del cónyuge no deudor, esto es que la deuda es consorcial y que los bienes formaron parte del consorcio (arts. 549.1.5º y 550 Lec.). Si el tribunal de la ejecución valora que estas circunstancias se dan,



será factible este embargo y su anotación en el Registro de la Propiedad, lo que conllevará la necesidad de plasmar en el mandamiento judicial la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo, requisito exigido por el art. 144.4 Rh. Los arts. 538 y 541 Lec. suponen una modalización del art. 38 Lh., en el que se regula la llamada tercera registral, en cuanto la misma será inviable frente a una resolución judicial dictada en un procedimiento de apremio en el que el juez haya entendido que esos inmuebles, aun de tercero, están afectos al cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo (MEDRANO SÁNCHEZ).

### 13. Liquidación de varias comunidades

Sin previa división de la anterior comunidad conyugal, el cónyuge sobreviviente o —desde 1981— los cónyuges divorciados (la reforma aragonesa de 1985 contemplaba ya esta posibilidad) pueden contraer ulteriores nupcias (una o más veces) y originar nuevos consorcios conyugales que, en su día, también se extinguirán. La falta de liquidación y división del anterior patrimonio conyugal no es causa que impida que el nuevo matrimonio de uno o ambos cónyuges pueda estar regido por las normas del consorcio conyugal y generar, por tanto, nuevas comunidades conyugales.

La enmienda 115 proponía, por estimarlo más conveniente, añadir al proyectado precepto sobre liquidación de varias comunidades un nuevo párrafo con el siguiente texto: 2. *La falta de dicha liquidación, previa a la celebración del segundo o ulterior matrimonio, determinará que éste se contrae bajo régimen obligado de separación de bienes.* Era esta una propuesta bien intencionada, pero que afectaba a la libertad de regular la economía del matrimonio, no sólo de la persona que vuelve a casarse, sino de los terceros que casan con ella y que, en cualquier caso, era incompatible con el mantenimiento del régimen tradicional previsto en el apartado 1, actual art. 269.

El art. 269 (cfr. art. 1409 Cc.), que con la sola supresión de la referencia a la comunidad continuada coincide literalmente con el 59 Comp., dice así: *Cuando, extinguida la comunidad, contrae uno de los anteriores cónyuges ulteriores nupcias sin previa liquidación, se hará separadamente la liquidación de cada comunidad [criterio razonable, pero que puede ser de imposible aplicación a la vista del art. 262.a]. Entre ellas se verificarán los reintegros y reembolsos que procedan [lo que requiere la intervención de todos los partícipes de los consorcios disueltos sucesivamente]. Los bienes y deudas cuya condición no pudiera ser exactamente determinada se distribuirán equitativamente, atendiendo además al tiempo y duración de cada comunidad y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges.* Si las liquidaciones y divisiones son voluntarias tendrán mucho de transacción, y si son judiciales la distribución equitativa será predominante (DELGADO). STSJA 7/2012, de 29/2.

**BIBLIOGRAFÍA:** La misma del § 14. BONET NAVARRO, Ángel: “El recurso de casación y las sentencias de apelación dictadas en el proceso incidental del art. 809.2 LEC”, *RDCA*, 2010, pp. 11-65. CALATAYUD SIERRA, Adolfo: “La liquidación del consorcio conyugal aragonés”, en *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 65-94. FORCADA MIRANDA, Javier: “La liquidación del consorcio conyugal aragonés. El procedimiento judicial”, en *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 95-113. MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: “Aventajas forales en el Derecho aragonés”, en *Libro Homenaje en memoria de Pablo Casado Burbano*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Zaragoza, 2007, pp. 91-105. SALAS MURILLO, Sofía de: “Comentario a la STSJA de 22 noviembre de 2012: liquidación del consorcio conyugal y adjudicación pro indiviso de la vivienda”, *RDCA* 2013, pp. 167-183; SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ RIOBOO, Javier: “La liquidación del consorcio conyugal aragonés. Liquidación concursal”, en *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 115-122.

## §§9 A 15. EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DESDE LA PERSPECTIVA FISCAL. CUESTIONES RELEVANTES

Antonio José GARCÍA GÓMEZ  
*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario*

Es evidente que la ordenación del régimen económico matrimonial y los actos celebrados por los cónyuges durante su vigencia, así como en el momento de su extinción, acarrearán importantes consecuencias fiscales. Se trata, en cualquier caso, de un tema complejo y cuya casuística es muy prolija por lo que no podemos aquí sino referirnos a los aspectos más generales.

A los efectos de sistematizar el contenido de este apartado, hemos distinguido entre las cuestiones relativas a la aplicación del régimen, con especial mención a las aportaciones realizadas entre los cónyuges, de aquellas otras relacionadas con la disolución y liquidación.

### **1. Vigencia del régimen económico matrimonial: las aportaciones de los cónyuges**

En el supuesto habitual donde el matrimonio se rige por el consorcio aragonés (o el de gananciales del Código Civil), admitiendo la existencia de un conjunto de bienes y derechos privativos de cada uno de los cónyuges, el eje central estará integrado por los bienes comunes, que forman parte de la sociedad conyugal o del consorcio (comunidad en mano común). Por el contrario, en el caso del régimen de separación de bienes, los bienes y derechos serán privativos de cada uno de los cónyuges, tanto los que tuviesen en el momento inicial como los que cada uno adquirieran por cualquier título (art. 205 CDFA) y, en el caso de que existieran bienes de titularidad compartida, se tratará de un condominio común (una comunidad de bienes).

Ello se traduce en el impuesto sobre el patrimonio, cuyo sujeto pasivo es únicamente la persona física y sin posibilidad de una tributación familiar o conjunta, en que los bienes y derechos privativos serán atribuibles a sus respectivos titulares, mientras que los de titularidad compartida se atribuirán por mitades, salvo que se justifique otra cuota de participación (art. 7 LIP).

Respecto del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), la Ley establece sus propias reglas de individualización y atribución de las rentas (art. 11 LIRPF), prescindiendo en muchos casos de cuál sea el régimen económico matrimonial. Es sabido lo que ocurre con los rendimientos del trabajo, que se imputan exclusivamente a quien haya generado el derecho a su percepción, o respecto de las rentas de actividades empresariales o profesionales, que se entienden obtenidas por quienes realicen la actividad de forma habitual, personal y directa, pero incluso los rendimientos del capital o las ganancias o pérdidas patrimoniales se apartan en ocasiones de la atribución

prevista por el Derecho civil, pues se atribuyen a los titulares de los elementos patrimoniales de donde provengan (por ejemplo, los dividendos de unas acciones privativas de un cónyuge se atribuyen únicamente a éste, con independencia del régimen económico matrimonial que resultase de aplicación).

Al margen de lo anterior, las principales implicaciones tributarias surgen con las aportaciones (transmisiones) de bienes privativos que pudieran hacer los cónyuges a la sociedad o al consorcio conyugal o bien hacerse entre ellos. Dichas aportaciones o transmisiones podrán ser onerosas o gratuitas.

Las transmisiones onerosas o gratuitas realizadas entre los cónyuges de sus bienes privativos tributarán siguiendo las reglas generales de tributación. Siendo onerosas caen bajo la órbita de la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas (TPO) del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, o en su caso del IVA si se trata de bienes afectos a una actividad empresarial, y si son gratuitas tributarán por el impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD), con exclusión del gravamen por actos jurídicos documentados (AJD), en lo que a la cuota gradual se refiere (salvo cuando la transmisión se hubiera sometido al IVA). Por su parte, se habrá generado la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial en el IRPF del transmitente.

Cuestión distinta será el régimen de las aportaciones que se realicen a la sociedad conyugal o a la comunidad consorcial. Adviértase a estos efectos que, vigente el consorcio, los cónyuges pueden mediante pacto en escritura pública atribuir el carácter privativo a bienes comunes o viceversa, así como asignar el carácter común o privativo a los bienes adquiridos, generando el correspondiente derecho de reembolso (art. 215 CDFA).

Pues bien, la aportación gratuita o donación está sujeta al ISD y además puede generar en el aportante una ganancia o pérdida sujeta al IRPF. La elevación a escritura pública de esas aportaciones no está sujeta a la cuota gradual de actos jurídicos documentados.

Por el contrario, si dichas aportaciones fueran onerosas, la respuesta fiscal resulta más beneficiosa como enseguida veremos. La contraprestación pactada puede ser simultánea, o bien consistir en el nacimiento a favor del aportante de un derecho de crédito contra la comunidad consorcial o la sociedad de gananciales, exigible en el momento de su disolución.

Se trataría, en principio, de una transmisión sujeta a la modalidad TPO, pero la Ley establece la exención de las aportaciones de bienes privativos de uno de los cónyuges a la sociedad de gananciales (o al consorcio) y la exclusión del gravamen abarca a las tres modalidades del impuesto, incluida la cuota variable de AJD (art. 45.I.B.3 LITPAJD). La exención se aplica tanto si las aportaciones de bienes y derechos privativos se efectúan una vez celebrado el matrimonio, como si se realizan en el momento de constituir la sociedad o incluso tras el cambio de régimen económico del matrimonio.

No obstante lo anterior, respecto de la mitad del bien aportado, el cónyuge aportante sufre una alteración patrimonial y debe declarar y, en su caso, tributar por ella en el IRPF.

## 2. Disolución y liquidación del régimen económico matrimonial

La disolución de la sociedad conyugal o de la comunidad consorcial dará paso a la liquidación, es decir, a que la participación indivisa de cada uno de los cónyuges sobre la masa patrimonial de la sociedad se materialice en la titularidad de bienes concretos o de una parte individualizada de los mismos. Por lo que se refiere a la extinción del régimen de separación de bienes, en realidad no se produce una liquidación como tal, al margen de la disolución de la comunidad de bienes en los casos de titularidad compartida y la adjudicación resultante.

Como tiene dicho la jurisprudencia, la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha (ni a efectos civiles ni a efectos fiscales), sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. Por tanto, no son operaciones susceptibles de tributar por TPO. Igualmente, como expresamente establece al artículo 33 LIRPF, se entiende que no existe alteración patrimonial en los supuestos de división de la cosa común, disolución de la sociedad de gananciales o extinción del régimen económico matrimonial de participación. En consecuencia, no se genera una ganancia o pérdida patrimonial a integrar en el IRPF.

Pero en el caso de la sociedad conyugal o del consorcio aragonés, la disolución tiene además otros efectos. Como toda disolución societaria, lo primero que procede es el pago a los acreedores, si los hubiere, y el pago a cada uno de los cónyuges de las deudas que la sociedad o la comunidad pudiera haber contraído con ellos. El remanente, si lo hubiere, se dividirá por mitad o en la proporción pactada entre los cónyuges o sus respectivos herederos (267 CDEA). En este sentido, no están sujetas a TPO y se encuentran además exentas del pago de la cuota gradual de AJD, las adjudicaciones y transmisiones realizadas a los cónyuges en pago del haber consorcial (art. 45.I.B.3 LITPAJD). La exención alcanza igualmente a las adjudicaciones en favor del cónyuge que en su momento efectuó aportaciones de bienes y derechos privativos a la sociedad conyugal, al que ahora se compensa en pago de aquellas.

Puede ocurrir, eso sí, que a uno de los cónyuges se le adjudiquen bienes por valor superior a la cuota que le corresponde por la liquidación de la comunidad consorcial. Se produce así un exceso de adjudicación, toda vez que existe un desplazamiento patrimonial entre los cónyuges. Este mismo exceso puede darse al disolverse una titularidad compartida entre cónyuges por extinción de cualquier otro régimen económico matrimonial (disolución de comunidades de bienes, en general).

Dichos excesos pueden ser a su vez gratuitos, es decir, sin contraprestación, o bien, presentar carácter oneroso.

En el primer caso, los excesos se encuentran plenamente sujetos al ISD y tributarán como una donación.

En el segundo caso, debe distinguirse en función de cual sea la contraprestación, bien dinero o bien la transmisión de un bien o derecho, y quedarían sujetos a la modalidad TPO. Ahora bien, el artículo 7.2 B) LITPAJD declara la no sujeción al impuesto (TPO) de los excesos de adjudicación declarados que se realicen al amparo de los artículos 821, 829, 1056.2 y 1062.1 Cc y disposiciones de Derecho Foral basadas en el mismo fundamento. Se trata, en síntesis, de bienes indivisibles o en los que desmerezca mucho su división. Pues bien, en estos casos, cabe la adjudicación a uno de los cónyuges con el abono por parte del otro del exceso en dinero, sin que por ello se produzca el correspondiente gravamen por TPO. Se trata, en realidad, del mismo criterio que se aplica en el ISD con relación a las particiones de herencia.

Para que opere la no sujeción el exceso debe de ser inevitable, esto es, que no fuera posible otra distribución de las adjudicaciones de bienes.

Por su parte, si la compensación no se realiza en metálico, sino que se materializa a través de una transmisión patrimonial de bienes o derechos del cónyuge favorecido por el exceso, no opera la exención, sino que estará plenamente sujeto a TPO. No obstante, como regla especial, no se consideran sujetos a TPO los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico (no solo el de gananciales), cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio (hasta dos plazas de garaje y trastero incluido).

Téngase en cuenta, sin embargo, que esta exclusión del gravamen derivada de los excesos de adjudicación no alcanza a la cuota gradual de AJD, aunque, como recientemente ha establecido el Tribunal Supremo, la base imponible estará constituida únicamente por la parte que se adquiera *ex novo*. Y tampoco se extiende al IRPF, por lo que el transmitente deberá computar la plusvalía o minusvalía que proceda.

Finalmente y con respecto al Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), no están sujetas a este tributo municipal las aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y las transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes. Tampoco se producirá la sujeción al impuesto en los supuestos de transmisiones de bienes inmuebles entre cónyuges o a favor de los hijos, como consecuencia del cumplimiento de sentencias en los casos de nulidad, separación o divorcio matrimonial, sea cual sea el régimen económico matrimonial (art 104 TRLHL). En cambio, se devenga el impuesto si hubiera excesos de adjudicación a la extinción del condominio.

## §16. LA VIUDEDAD

Carmen BAYOD LÓPEZ  
*Catedrática de Derecho civil*

### 1. El derecho de viudedad y los otros derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge supérstite en los diversos ordenamientos civiles españoles

*A. El derecho de viudedad y los derechos del viudo en relación con la ley que rige los efectos del matrimonio.* La viudedad aragonesa es una institución familiar y no sucesoria. Cabe afirmar que la misma es un efecto del matrimonio regido por la ley aragonesa conforme a las normas de conflicto aplicables.

Salvo pacto en contrario, y constante matrimonio, actúa en su primera fase como derecho expectante, que corresponde a ambos cónyuges. A la muerte del primero de ellos, se transforma en un derecho de usufructo universal del viudo sobre los bienes del premuerto (y los enajenados en vida sin renuncia al derecho expectante de viudedad), dando así lugar a la segunda fase de la viudedad. Es, por lo tanto, una institución matrimonial y por ello a las parejas no casadas no les corresponde este derecho.

En otros Ordenamientos civiles españoles, el cónyuge viudo también tiene, junto a sus bienes privativos, los derechos económicos que le correspondan de conformidad con la ley que rige los efectos del matrimonio (ventajas o derecho al ajuar de la vivienda familiar —en Cataluña también hay un derecho al año de viudedad: arts. 231-31 y 234-14 Cc. Cat.—, derecho a la mitad de bienes comunes líquidos, con derecho de adjudicación preferente sobre algunos de ellos), pero en ninguno de ellos existe un derecho similar a la viudedad aragonesa, que siendo de origen matrimonial y estando regido por la ley que rige los efectos del matrimonio, conceda al cónyuge supérstite el usufructo universal sobre los bienes del premuerto.

*B. Derechos que algunos ordenamientos civiles españoles atribuyen al cónyuge viudo en la herencia del premuerto por su condición de legitimario o cónyuge supérstite.* El cónyuge viudo no tiene conforme al Derecho de sucesiones aragonés ningún derecho en la herencia de su consorte, salvo si éste le ha dejado algo voluntariamente en testamento o pacto, o si le toca heredar en la sucesión legal por no haber descendientes ni ascendientes del cónyuge fallecido. El cónyuge aragonés no es legitimario.

No sucede así, en cambio, en los otros Derecho civiles españoles en los que el cónyuge viudo, además de lo que le pueda corresponder por los llamamientos a su favor en la sucesión voluntaria o en la intestada, si los hay, suele tener la condición de legitimario y los derechos que por ello, o por su condición de cónyuge viudo, le atribuye la ley sucesoria. Son derechos legales de origen sucesorio sobre la herencia del cónyuge premuerto, y normalmente consisten en el usufructo de una parte, mayor o menor, o incluso sobre la totalidad de esa herencia. Salvo en el Código civil, y ahora también en la legislación navarra, son derechos que corresponden tanto al viudo como al conviviente supérstite.

*C. Derechos del cónyuge viudo en los diversos Derechos civiles españoles.* La situación descrita en los epígrafes anteriores podemos verla reflejado en el siguiente esquema.

DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES	DERECHOS DEL VIUDO O PAREJA ESTABLE			
	Orden legal de suceder	Derechos del cónyuge viudo	Derechos pareja estable (STC 93/2013)	
Código civil español (arts. 912 a 958 Cc)	1º. Hijos y descendientes	Usufructo de 1/3 destinado a mejora (art. 834 Cc.)	No se le reconoce ningún derecho en la sucesión legal.	
	2º. Ascendientes	Usufructo de 1/2 de la herencia (art. 837 Cc.)		
	3º Cónyuge viudo	Herederero Universal.		
	4º Hermanos e hijos de hermanos y resto de colaterales hasta el 4º 5º Estado Español			
	<b>Derechos viduales derivados del matrimonio</b>			
	En todo caso el ajuar de la vivienda habitual común: art. 1321 Cc.			
	Si el régimen matrimonial es el legal de gananciales: art. 1.406.4 Cc	<i>Adjudicación preferente en su lote de la residencia habitual</i>		
Derecho civil aragonés (arts. 516 a 536 CDFA)	1º Hijos y descendientes	Usufructo universal (art. 192 CDFA Viudedad)	No se le reconoce ningún derecho en la sucesión legal (vid. art. 311)	
	2º. Sucesión en los bienes recobrables y troncales.	Usufructo universal (Viudedad foral)		
	3º En el resto de los bienes o en aquéllos si no hubiera parientes con derecho a heredar o repudiaran: 1º. Ascendientes	Usufructo universal (Viudedad foral)		
	2º Cónyuge.	Herederero Universal.		
	3º. Hermanos, sobrinos y sobrinos nietos y luego resto de colaterales hasta el 4º. 4º. DGA, <i>salvo le corresponda heredar al Hospital de Nª Sra. De Gracia</i>			
	<b>Derechos viudales familiares (arts. 192 CDFA)</b>			
	<i>Viudedad foral aragonesa</i> (arts. 271 a 302 CDFA)			
		Si el régimen matrimonial es el legal de consorciales:	Aventajas: art. 266 CDFA Adjudicación preferente: art. 267 CDFA	



DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES	DERECHOS DEL VIUDO O PAREJA ESTABLE		
	Orden legal de suceder	Derechos del cónyuge viudo	Derechos pareja estable (STC 93/2013)
<b>Derecho civil de Cataluña</b> (arts. 441 al 442-13 Cc.Cat.)	1º Hijos y descendientes	Usufructo universal (art. 442-3 Cc.Cat.)	Usufructo universal (art. 442-3 Cc.Cat.)
	2º Cónyuge	Hereder universal, respetando la legítima de padres del causante	Hereder universal, respetando la legítima de padres del causante
	3º Ascendientes 4º Hermanos e hijos de hermanos y resto de colaterales hasta el 4º 5º Generalitat Catalunya		
	<b>Derechos viduales derivados del matrimonio</b>		Art. 234-14 Cc.Cat. (equiparación de efectos)
	Derecho al ajuar de la vivienda:		art. 231-30 Cc.Cat. Ajuar: 231-30 Cc.Cat.
	Si no es usufructuario universal del patrimonio del premuerto:	Año de viudedad (uso de la vivienda y alimentos por un año): art. 231-31 Cc. Cat	En la misma situación, también se aplica el 231-31 Cc.Cat.
<b>Derecho civil de Galicia</b> (arts. 267 a 269 LDCG, remisión al Cc.)	1º. Hijos y descendientes	Usufructo de ¼ del haber hereditario (art. 253 LDCG)	Usufructo de ¼ del haber hereditario (art. 253 LDCG)
	2º. Ascendientes	Usufructo de ½ de la mitad del capital (art. 254 LDCG)	Usufructo de ½ de la mitad del capital (art. 254 LDCG)
	3º Cónyuge viudo	Hereder Universal.	Hereder Universal.
	4º Hermanos e hijos de hermanos y resto de colaterales hasta el 4º 5º CA de Galicia		
	<b>Derechos viduales derivados del matrimonio</b>		DA 3ª LDCG
	(art. 171 LDCG, se remite al Cc.) En todo caso, ajuar de la vivienda familiar (art. 1321Cc.)		Equiparación de efectos con el matrimonio
	Si el régimen es el legal de gananciales, art. 1406.4ºCc.	Adjudicación en su lote de la vivienda familiar	Equiparación de efectos con el matrimonio

DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES	DERECHOS DEL VIUDO O PAREJA ESTABLE				
	Orden legal de suceder	Derechos del cónyuge viudo		Derechos pareja estable (STC 93/2013)	
Derecho civil Islas Baleares (remisión al Cc. DF 2ª y arts. 45, 65 y 84 CB)	1º Hijos y descendientes	Mallorca Menorca (arts. 45 65)	Ibiza Formentera (art. 84)	Mallorca Menorca (art 13 LPE)	Ibiza Formentera (art. 13 LPE)
		Usufructo de ½ del haber hereditario	Usufructo de ½ de la herencia	Usufructo de ½ del haber hereditario	Usufructo de ½ de la herencia
	2º. Ascendientes	Mallorca Menorca	Ibiza Formentera	Mallorca Menorca	Ibiza Formentera
		Usufructo de 2/3 del haber hereditario	Usufructo de 2/3 de la herencia	Usufructo de 2/3 del haber hereditario	Usufructo de 2/3 de la herencia
	3º Cónyuge	Hereder Universal		Hereder Universal	
	4º. Hermanos e hijos de hermanos y resto de colaterales hasta el 4º. 5º Estado.				
Derecho civil de Navarra (Leyes. 304 a 307 Ley Foral 21/2019)	<b>I. Bienes no troncales:</b>		Usufructo de fidelidad		No se le reconocen (Ley 113)
	1º Hijos y descendientes				
	2º El cónyuge.		Hereder universal		
	3º Ascendientes de grado más próximo				
	4º Los hermanos, de doble y vinculo sencillo, a partes iguales y descendientes derecho de representación				
	5º Resto de colaterales hasta el 4º				
	6º Comunidad Foral.				
	<b>II. Troncales: a falta de descendientes:</b>		Usufructo de fidelidad		
1º Ascendientes, 2º Hermanos y resto colaterales					
<b>Derechos viduales derivados del matrimonio</b>					
Si el régimen es el legal de conquistas:		Ajuar de la casa: ley 98			
		Adjudicación preferente de la vivienda: Ley 99			

DERECHOS CIVILES ESPAÑOLES	DERECHOS DEL VIUDO O PAREJA ESTABLE		
Derecho civil Vasco (arts. 110 a 117; 61 a 82 67 LDCV)	<b>Orden legal de suceder</b>	<b>Derechos del cónyuge viudo</b>	<b>Derechos pareja estable (STC 93/2013)</b>
	<b>I. Bienes troncales.</b>	Usufructo de ½ del haber hereditario	Usufructo de ½ del haber hereditario
	1º Hijos y descendientes		
	2º Ascendientes por la línea de donde proceda el bien raíz	Usufructo de 2/3 del haber hereditario	Usufructo de 2/3 del haber hereditario
	3º Colaterales dentro del 4º por la línea de donde procede el bien raíz	Usufructo de 2/3 del haber hereditario	Usufructo de 2/3 del haber hereditario
	<b>II. Bienes no troncales.</b>	Usufructo de ½ del haber hereditario	Usufructo de ½ del haber hereditario
	1º Hijos y descendientes		
	2º. Cónyuge	Hereditario Universal	Hereditario Universal
	3º Ascendientes		
	4º Hermanos e hijos de hermanos y luego resto de colaterales hasta el 4º. 5º Diputación Foral		
<b>Derechos viduales derivados del matrimonio</b>			
Régimen de comunicación foral: (no hay hijos) Art. 146 LDCG	Usufructo de año y día sobre el caserío Valor en las inversiones		

## 2. La viudedad foral aragonesa en Derecho internacional: dimensión interna e internacional

*A. La viudedad aragonesa en el Derecho interregional.* Art. 16.2 y 3 Cc. El art. 16.2 Cc. procede de la reforma del Título Preliminar en 1974 y pretendía dar solución a diversos problemas que había puesto de manifiesto la doctrina aragonesa. En aquel momento había un único legislador y todas las normas civiles pertenecían a un único sistema legislativo.

En la actualidad, esta norma sigue vigente, así lo ha querido el legislador en 1990, que con ocasión de modificar en aquel momento los apartados 2, 3, 5 y 8 del art. 9 Cc. reprodujo literalmente el texto del art. 16, añadiéndole un párrafo 3, y dejando vigente el párrafo 2 del art. 16 que, a juicio de la doctrina, (DELGADO, ZABALO, CALATAYUD, BAYOD) debería haber sido derogado al regular el art. 9.8 CC los derechos del cónyuge viudo.

*a) Calificación, conflicto móvil y adecuación: origen de la norma en 1974.* El artículo 16.2.º Cc. aborda dos grandes temas: por un lado, los criterios de atribución de la viudedad aragonesa, atendiendo en particular al conflicto móvil y a los problemas de adaptación consiguientes (párrafos I y III), y por otro, la protección de la confianza en la adquisición de inmuebles gravados con el derecho expectante de viudedad (párrafo II). Los párrafos I y III tratan de resolver los problemas de superposición o privación de beneficios que se producían con ocasión de los cambios de vecindad civil.

Así, si un matrimonio de vecindad civil aragonesa se trasladaba a Madrid y, por residencia, adquirirían la llamada vecindad civil común; el cónyuge superviviente acumulaba los derechos que se derivaban de la ley sucesoria, en este caso la legítima que le correspondiera y, además, conservaba la viudedad foral aragonesa, que le concedía la ley que regula los efectos del matrimonio, al ser la viudedad un derecho familiar y no sucesorio. Este usufructo afectaba también a los bienes recibidos por hijos o ascendientes como legítima. Por el contrario, si un matrimonio cuyos efectos se regían por el Código civil se traslada a Aragón y adquirirían la vecindad civil aragonesa, fallecido uno de los cónyuges, el superviviente, por aplicación de la ley sucesoria, nada recibe (salvo atribución voluntaria del causante) al no ser los cónyuges en Aragón, ni entonces ni ahora, legitimarios entre sí.

Para evitar esto, se redactan los párrafos II y III del art. 16 en el año 1974. El primero de ellos solventa el problema de la acumulación de beneficios al mantener el Derecho de viudedad regulado en la Compilación «para los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que le corresponda en virtud de la ley que rige la sucesión». El art. 16.2.III atiende al supuesto de privación de beneficios al conceder el usufructo viudal al cónyuge superviviente cuando el causante falleciera con vecindad civil aragonesa.

Todavía, y al hacer depender la viudedad del «régimen económico matrimonial de la Compilación», era posible que matrimonios aragoneses y con vecindad civil aragonesa perdieran la viudedad, si convencionalmente acordaban otro régimen económico matrimonial y, por la misma razón, cónyuges no aragoneses, podían adquirir la viudedad foral, si pactaban el régimen legal matrimonial aragonés (DELGADO). No hemos de olvidar, que en 1974, a falta de capítulos, la ley que regía las relaciones entre cónyuges no era inmutable, sino variable (art. 9.2 redacción de 1974) y tampoco que la Compilación era una norma estatal.

b) *El art. 16.2. I y III Cc. vs. art. 9.8 Cc.* En 1990 se reforma el Cc., en lo que aquí nos interesa, se dió nueva redacción al apartado 8 del art. 9, para recoger la opinión de académicos y profesionales del foro, de manera que los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge viudo se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

Con ello, quedaban resueltos los problemas indicados ya que, aun cuando cambie la vecindad de los cónyuges, la ley que rige los efectos del matrimonio, que es ahora inmutable (no lo era en 1974), regula los derechos familiares y sucesorios que por ministerio de la ley se atribuyan al viudo, a excepción de los llamamientos legales que necesariamente han de regularse por la ley que rija la sucesión del causante, de manera que si la ley aplicable a los efectos del matrimonio era la aragonesa, el superviviente tendría viudedad sin que el usufructo afectase a la legítima prevista en la ley que rige la sucesión; si los efectos del matrimonio se regían por el Cc., al superviviente le serían aplicables las ventajas matrimoniales que se derivan de aquél [derecho a los bienes que constituyan el ajuar de la vivienda familiar (art. 1321 Cc.); la mitad de los bienes de la sociedad de gananciales, con el derecho de adjudicación preferente en su lote de la vivienda familiar previsto en el art. 1406.4º Cc.)] y la legítima del art. 834 Cc., si concurría con hijos, pero no el usufructo foral.

Esta interpretación, que es la correcta, no fue acogida por la DGRN (R. 11/03/2003 y R. 18/06/2003), que consideró que la ley de los efectos del matrimonio sólo debía aplicarse a aquéllos derechos que traen causa del matrimonio (las llamadas *mortis causa captiones*) y no a los derechos sucesorios: legítimas, sucesión legal, etc. En la actualidad, el TS (Ss. de 28/04/2014 y 16/04/2016), acoge la solución que creo, junto con otros (CA-

LATAYUD, ZABALO) que es la correcta y la que se pretendió con la redacción del párrafo 8º del art. 9 en 1990, y que sigue vigente.

Dicho esto es evidente que los puntos II y III del art. 16 CC debieron haber sido derogados pero no fue así. ¿Cómo conciliar ambas normas?

El art. 16. 2 II y III se presenta como norma especial frente al art. 9.8 CC desplazando su aplicación (DELGADO, CALATAYUD, BAYOD, en contra ZABALO).

Ahora bien, la interpretación del art. 16.2.II no puede ser la misma que en 1974, al no tener ahora el legislador estatal competencia para regular la viudedad y ser inmutable la ley que rige los efectos del matrimonio (art. 9.2 Cc. vigente).

Por ello, tendrán viudedad, tanto en su fase de derecho expectante como de usufructo (salvo pacto en contrario) los cónyuges unidos en matrimonio cuyos efectos civiles se rijan por el Derecho civil aragonés conforme al art. 9.2 Cc. Los cónyuges cuyos efectos del matrimonio no se rijan por la ley aragonesa nunca tendrán viudedad foral, aun cuando siga vigente el art. 16-2. II Cc., que afirma que tendrán viudedad “los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación”. Esto pudo ser así hasta 1978, cuando en España sólo había un legislador, pero desde la promulgación de la CE dejó de serlo, porque el legislador del Código civil no tiene competencia para establecer cuándo nace el Derecho de viudedad.

A mi juicio, la interpretación correcta de la norma en el contexto actual, pasa por entender que los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación no puede significar otra cosa que «los cónyuges cuyos efectos matrimoniales se rigen por la ley aragonesa»; siendo aplicable la viudedad, el cónyuge supérstite la conservará aun cuando sea otra la ley que rija la sucesión del causante y, con exclusión de la legítima que le pudiera corresponder en virtud de la ley sucesoria, pero recayendo sobre ella el usufructo del viudo (no se aplica el 9.8 Cc, que las deja a salvo).

Por ello también, y en relación con todo lo anterior, cabe afirmar que el usufructo viudal que se regula en el art. 16.2.3 Cc. no es viudedad foral aragonesa, pues, por un lado, el legislador estatal no tendría competencias para ello (art. 149.1.8º CE en relación con el art. 71.1.3ª EA aragonés) y, por otro, ese usufructo viudal tiene naturaleza sucesoria y no familiar, pues obsérvese que se concede al cónyuge supérstite un usufructo cuya causa es la muerte de uno de los cónyuges y no la celebración del matrimonio entre ellos, (puede ver en este sentido la SAPZ de 12/11/2018).

En atención a lo expuesto podemos afirmar que en Derecho interno tienen viudedad foral aragonesa todos los matrimonios que al tiempo de su celebración tengan como ley aplicable a los efectos del matrimonio la aragonesa en función de los puntos de conexión del art. 9.2 del Código civil. Esta viudedad, salvo renuncia, no se pierde por cambiar de vecindad civil y de régimen económico matrimonial; por ello, tampoco se adquiere, si fue otra la ley que rigió los efectos del matrimonio, aun cuando los cónyuges pacten en capítulos el régimen aragonés de consorciales; pesemos, por ejemplo, en un matrimonio de catalanes cuyos efectos del matrimonio se rigen por el Código del Derecho civil de Cataluña, siendo su régimen económico matrimonial el de separación de bienes; posteriormente se instalan en Aragón y en capítulos adoptan el régimen aragonés de consorciales; uno de ellos fallece, tras haber adquirido la vecindad civil aragonesa sin otorgar disposición voluntaria. En este caso, no hay viudedad foral, el supérstite tendrá el usufructo que le otorga el 16.2 *in fine*.

Esta regulación, que acabo de exponer, en la actualidad solo es la aplicable cuando el conflicto móvil se produce entre españoles y dentro del territorio nacional, pero ya no lo

es si interviene un elemento de “extranjería”: cambian las reglas del juego en virtud de los nuevos reglamentos europeos.

**B. La viudedad y los reglamentos europeos en materia de sucesiones y de régimen económico matrimonial.** Cuando resulten aplicables estos reglamentos por haber un elemento de extranjería no son aplicables los arts. 9.2., 9.3, 9.8 y 16 del Cc., sino lo previsto en los RUE 2016/1103 y 650 2012, que introducen significativos cambios en la determinación de la ley aplicable: en primer lugar, al sustituir el estatuto personal (nacionalidad/vecindad) por el real, (residencia habitual), como establece el art. 21.1 RUE 650/2012 y el art. 26.1. a) RUE 2016/1103); en segundo lugar, al establecer el RU 650/2012 que los derechos del cónyuge viudo se regirán por la ley sucesoria (art. 23.2.b RU650/2012) y no por la ley que rige los efectos del matrimonio (como establece el art. 9.8 Cc., para el Derecho interregional) pero sobre todo, por un cambio muy relevante: la posibilidad de mutar la ley que rige los efectos del matrimonio al establecer el art. 22.1 RUE que: “Los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de una de las siguientes leyes”, lo que, a mi juicio, y en relación con la viudedad, podría acaso, devolvernos al escenario anterior a la reforma de 1974.

Este conflicto móvil se va producir cuando estemos ante sucesiones trasfronterizas de matrimonios cuyo régimen económico matrimonial esté sujeto al Derecho civil de Aragón pero el causante fallezca bajo la ley sucesoria de otro Estado o de matrimonios de personas de otra nacionalidad y con régimen económico matrimonial no regido por la ley aragonesa pero que sí lo esté la sucesión de uno de los cónyuges.

En estos casos, por la aplicación de los referidos reglamentos y por la inaplicación a estos supuestos del art. 16 Cc. (es una norma de Derecho interno español) se producirán nuevamente la pérdida o acumulación de beneficios viduales.

La razón de todo ello está en la naturaleza familiar de la viudedad, que escapa a la aplicación del reglamento de sucesiones (se aplica a los derechos sucesorios del cónyuge viudo, pero no a los derechos familiares).

Veámoslo con un ejemplo.

En aplicación de los arts. 22, 36 y 38 RUE 650/2012, si un aragonés con residencia habitual en Bélgica, Francia o Italia, fallece sin haber optado por mantener como ley sucesoria la aragonesa, el Derecho civil aplicable será el del país extranjero en el que resida. Si este aragonés estuviera casado, y la ley que rige los efectos del matrimonio es la aragonesa, el viudo tendrá viudedad foral, además de los derechos que al cónyuge viudo le atribuya, en su caso, la ley sucesoria belga, francesa o italiana en nuestro ejemplo, todo ello por aplicación del principio de unidad de la Ley sucesoria, que impone el RUE 650/2012.

Por la misma razón, los ciudadanos comunitarios que fallezcan con residencia habitual en Aragón (también si expresamente eligen la ley aragonesa en base a su residencia *ex art. 22 del RUE 650/2012*) quedarán sujetos al Derecho foral de Aragón, por ser aplicable la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento [art. 36.2.a) RUE 650/2012].

En este caso, si el extranjero estuviera casado, y a los efectos de su matrimonio no le resultará aplicable la ley aragonesa, el viudo no tendrá viudedad ni, a lo que creo, ningún otro Derecho sucesorio: en Aragón el viudo no es legitimario, ni creo que sea aplicable el art. 16 Cc., que, además de ser una norma interna, regula un derecho sucesorio (no familiar, pues no nace con la celebración del matrimonio, sino en razón de la vecindad

civil del causante al tiempo de su fallecimiento), y que excluye de aplicación el propio Reglamento por ser ésta una norma interna.

En estos casos, cuando resulte aplicable el RUE 2016/1103, sería posible defender que matrimonios que al tiempo de su celebración se hubieran regido por una ley diversa de la aragonesa, si con posterioridad, y en aplicación de los arts. 22.1.a) y 25 RUE 2016/1103, otorgan capítulos eligiendo como ley aplicable a los efectos de su matrimonio la ley aragonesa, podrían, acaso, tener viudedad al regirse ahora los efectos de su matrimonio por dicha ley; por la misma razón, podrían perderla aquellos matrimonios que habiéndose regido por el CDFA, modifiquen en base al reglamento dicha ley sujetando sus efectos del matrimonio a otra ley extranjera. Todo ello será así, salvo que entendamos que la viudedad nace, exclusivamente con “La celebración del matrimonio” (art. 192 CDFA) regido en ese momento por la ley aragonesa y que la misma, a los efectos de la viudedad, es inmutable, a pesar de la permisibilidad de cambio de ley aplicable del RUE 2016/1103. Posiblemente, en la práctica, y detectado el problema, sea más útil admitir el cambio de ley aplicable.

### 3. Concepto y estructura

**A. Consideraciones generales.** La viudedad foral aragonesa es una de las instituciones más genuinas y peculiares del Derecho foral aragonés, aparece en los Fueros más antiguos, y decían los foralistas aragoneses de principios de siglo XX que era la institución más mimada en Aragón y una de las más envidiadas y admirada por los foráneos (ISABAL).

Se regula en el vigente CDFA en el Título V (De la viudedad) del Libro II (Derecho de la Familia) y se divide en tres capítulos: Disposiciones Generales (arts. 271-278), con preceptos referidos a todo el derecho de viudedad en su conjunto; Derecho de viudedad durante el matrimonio (arts. 279-282), dedicado a la fase de derecho expectante, en vida de los cónyuges; y Usufructo viudal (arts. 283-302), que aborda la regulación de la institución tras el fallecimiento de uno de los consortes.

El contenido y estructura del Título V procede de la Lrem., en vigor desde el 23 de abril de 2003 (DT 9ª) y aplicable a hechos, actos o negocios relativos al derecho expectante y al usufructo de viudedad cuando tengan lugar o hayan sido realizados a partir de dicha fecha (DT 8ª).

**B. Concepto.** La viudedad foral aragonesa podría definirse como el usufructo que corresponde al cónyuge superviviente sobre todos los bienes del cónyuge premuerto, así como sobre los bienes enajenados si sobre ellos subsiste el derecho expectante; configurándose, en consecuencia, la viudedad como universal (sobre todos los bienes muebles e inmuebles) del que primero fallezca, y sin perjuicio de los posibles pactos en orden a su reducción, exclusión o limitación (art. 272-1 y 2 CDFA).

La anterior definición cabe deducirla de los arts. 192, 271 y 101 283 CDFA.

El art. 271 CDFA dispone en su párr. 1º que: *La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que pri-*

*mero fallezca.* En el mismo sentido se pronuncia, en sede de *Efectos Generales del Matrimonio*, el art. 192 CDFA.

Por otro lado, el art. 283 CDFA, establece que: *El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho el de usufructo sobre todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y lo dispuesto en los artículos anteriores.*

El precepto afirma, por un lado, que el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el usufructo sobre todos los bienes del premuerto, sin exigir la necesidad actual de expectante, y ello no porque pueda haber viudedad sin expectante (éste estará en fase de latencia) sino porque puede ser renunciado o excluido anticipadamente, subsistiendo el usufructo sobre los bienes de los que el premuerto no hubiera dispuesto; claro síntoma de la existencia y latencia del derecho expectante como primera fase de la viudedad.

Por otro lado, se afirma y recuerda la subsistencia del usufructo viudal para aquellos casos en los que, a pesar de la enajenación del bien, no hubo extinción del expectante, bien porque no se consintió la enajenación o gravamen bien porque no se renunció al expectante (arts. 280 y 281 CDFA).

Imaginemos que Francho, aragonés, es propietario de la finca "Ambiciones" que heredó de su abuela Tecla. Francho se casa con Matilde, ambos son aragoneses y su régimen económico matrimonial es el de consorciales, por ser el CDFA la ley aplicable a los efectos del matrimonio. La finca es un bien privativo de Francho (le pertenecía por herencia antes de iniciarse el consorcio), pero desde la celebración del matrimonio recae sobre ella el derecho expectante de Matilde, garantía de un posible usufructo sobre dicho bien, para el caso de que Matilde sobreviva a Francho.

Si Francho quiere vender "Ambiciones", como es un bien privativo, a él le corresponde la disposición del mismo, de manera que lo puede vender sin contar con Matilde y quien compre el bien será verdadero propietario del mismo. Ahora bien, si Matilde no renuncia a su derecho expectante y sobrevive a Francho tendrá derecho de usufructo sobre la finca, de manera que, aun cuando la propiedad de ésta pertenezca al comprador, será Matilde quien tendrá el derecho de disfrutar y hacer suyos todos los frutos que produzca: a ella le corresponde el uso y disfrute, que no recuperará el propietario hasta que la viuda muera o se extinga su usufructo por otra causa. También tendrá el usufructo sobre el dinero que Francho obtuvo por la venta de finca.

**C. Estructura.** La viudedad aragonesa es una institución unitaria que se articula en dos fases, derecho expectante y usufructo, fases diversas en su manifestación y contenido jurídico (cfr. STSJA 11/7/1994).

A la primera fase se refiere de forma expresa el párr. 2 del art. 271: *Durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como derecho expectante;* a la segunda, la fase de usufructo, se refiere el art. 283: *El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo sobre todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y los dispuesto en los artículo anteriores.*



#### 4. Naturaleza y caracteres

**A. Naturaleza.** Como afirma el art. 271 CDFA, la causa eficiente que atribuye el usufructo viudal aragonés a uno de los cónyuges no es la muerte del otro, sino el matrimonio (STSJA 11/7/1994, Ss. APZ 7/2/1996 y 27/3/2007).

La viudedad aragonesa es por ello una institución de Derecho de familia y no una institución sucesoria.

El cónyuge viudo, titular de la viudedad, no es un heredero ni un legatario del cónyuge premuerto, ese usufructo no se articula en base a la muerte del cónyuge, sino en virtud de haber contraído matrimonio con el premuerto y tener, desde ese momento, una expectativa al usufructo de esos bienes (derecho expectante).

La viudedad es, en definitiva, un beneficio legal en favor del viudo, que no depende de la voluntad del causante. Por ello, el derecho del viudo se antepone a los acreedores del causante y a los herederos de aquél, debido a que la viudedad concedida al cónyuge supérstite no es una adquisición sucesoria y a título lucrativo, sino una ventaja matrimonial que surge como consecuencia de la celebración del matrimonio (LACRUZ).

**B. Caracteres.** El derecho de viudedad es *inalienable e inembargable*, según establece el art. 273 CDFA. De estos caracteres se derivan las siguientes notas que caracterizan a la viudedad como un derecho personalísimo, insusceptible de gravamen e imprescriptible (cfr. STSJA 11/7/1994).

Lo anterior significa que el derecho de viudedad, ni en su fase de derecho expectante ni de usufructo, puede adquirirse derivativamente y que este derecho no puede ser objeto de hipoteca o embargo. Y ello sin perjuicio de que se pueda disponer de los bienes objeto de usufructo, concurriendo a la enajenación el viudo y los nudo propietarios, y que los frutos y rentas que genere el usufructo viudal sí puedan ser objeto de gravamen y embargo por las deudas personales del viudo (art. 290-4 CDFA y A. Presidente TSJA 7/3/2001)

Los caracteres predicados en el art. 273 CDFA no impiden la posibilidad de exclusión (art. 272-2 CDFA), renuncia (art. 274 CDFA) o privación (art. 275 CDFA) del derecho de viudedad (STSJA 11/7/1994).

**C. Favor viduitatis.** El art. 272-3 CDFA establece que: *Las cláusulas contractuales y testamentarias relativas al viudedad se entenderán siempre en sentido favorable a la misma*, lo que significa que las cláusulas limitativas de la viudedad serán de interpretación estricta: S. APZ 6 noviembre 1999.

#### 5. Origen de la viudedad

**A. ¿Qué matrimonios tienen viudedad?** El art. 271 CDFA sitúa el origen y nacimiento de la viudedad foral en la celebración del matrimonio, siguiendo

con ello la tradición histórica aragonesa. Por lo tanto, tendrán viudedad, tanto en su fase de derecho expectante como de usufructo (salvo pactos que limiten o excluyan el derecho), los cónyuges unidos en matrimonio cuyos efectos civiles se rijan por el Derecho civil aragonés conforme al art. 9.2 en relación con el art. 16.2.II, ambos del Código civil. También podrán tenerla matrimonios a los que en virtud de los arts. 22 y 26 del RUE 2016/1103, les resulta aplicable, bien por elección, bien por residencia, el CDFA como ley aplicable a los efectos del matrimonio.

En consecuencia, cuando cualquiera de los puntos de conexión que establece el art. 9.2 Cc. (o 26 RUE 2016/1103) señalen como ley rectora de los efectos del matrimonio la ley civil aragonesa, dichos cónyuges, aun no siendo ninguno de ellos aragoneses, y cualquiera que sea su régimen económico matrimonial, tendrán atribuida, como un efecto más del matrimonio, la viudedad foral aragonesa. Por ello también, no compete este derecho a los matrimonios que se rijan por ley distinta de la aragonesa, aun cuando alguno de los cónyuges fuera aragonés, si la ley que rige los efectos del matrimonio no es la aragonesa.

Así, por ejemplo, y a falta de capítulos, si una aragonesa se casa con un catalán y fijan su domicilio inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en Sevilla, los cónyuges no tendrán viudedad. Por el contrario, si un gallego se casa con una navarra sin haber otorgado capítulos, estableciendo su domicilio común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en Aragón o si tienen diversos domicilios por razón de trabajo pero celebraron el matrimonio en territorio aragonés, tendrán viudedad foral.

Desde luego, tendrán viudedad, salvo que voluntariamente la excluyan, los cónyuges aragoneses aun cuando residan o celebren su matrimonio fuera de Aragón, pero dentro del territorio nacional ya que si su primer domicilio radica en el extranjero (por ejemplo París) sería aplicable el RUE 2016/1103, que prevé que en un caso así el matrimonio se rija por la ley de la residencia habitual y no tendrían viudedad.

Una vez que se adquiere la viudedad, y salvo renuncia o limitaciones por parte de los cónyuges, es para siempre; aun cuando los cónyuges cambien su régimen económico matrimonial o siendo aragoneses, adquieran otra vecindad civil (arts. 9.8 y 16.2 Cc., SAP Valencia 10/02/1997), porque la ley que rige los efectos del matrimonio en Derecho interno es inmutable. Como ya ha señalado, es posible que esto no sea así, si resulta aplicable el RUE 2016/1103 y los cónyuges modifican la ley que rige los efectos del matrimonio [cfr. *Supra* 2.B].

**B. Compatibilidad de la viudedad con cualesquiera regímenes matrimoniales.** La viudedad es un efecto civil del matrimonio pues éste es la causa

y origen de la misma (art. 192 CDFA en relación con el art. 9º.2 Cc.). Ello significa que la viudedad no depende del régimen económico matrimonial sino de que la ley aplicable a los efectos del matrimonio sea la aragonesa.

Así se deduce con toda claridad del art. 192 CDFA y en razón de ello, el párr. 3 del art. 271 afirma que el derecho de viudedad es compatible con cualquier régimen económico matrimonial. Con esta afirmación se despejan dudas que pudieron surgir en razón de ciertas afirmaciones forenses, que consideraban incompatible el derecho de viudedad con el régimen de separación de bienes (STSJA 30/10/1996, voto particular del Presidente).

**C. ¿A qué matrimonios se aplica la regulación vigente? Derecho transitorio.** Las normas que regulan la viudedad en el CDFA están vigentes desde el 23 de abril de 2003, tal y como establece la DT8ª. La pregunta obvia es cómo afecta la entrada en vigor del Código a los usufructos viduales ya causados y a los matrimonios sujetos a ley aragonesa, celebrados con anterioridad al 23 de abril de 2003.

En aplicación de la DT8ª, las normas de los Títulos Primero, II, III, IV y V del Libro Segundo son aplicables de inmediato, desde el 23 de abril de 2003, fecha de la entrada en vigor de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo viudal, con las excepciones señaladas en la tres disposiciones siguientes.

En consecuencia, tanto los usufructos viduales ya causados como el derecho expectante recíproco ya existente entre los cónyuges, se gobernarán por las previsiones de este Código desde el 23 de abril de 2003, siempre que los hechos, actos o negocios relativos al derecho expectante y al usufructo de viudedad tengan lugar o hayan sido realizados a partir de dicha fecha; así lo establece la DT9ª CDFA. Ello significa que, con excepción de determinados actos, contratos o negocios realizados o ejecutados en relación a la legislación anterior, el resto de ellos, así como el desarrollo y regulación del derecho expectante y del usufructo viudal, se regirán desde la fecha indicada por el CDFA.

Así, por ejemplo, los usufructos causados con anterioridad al 23 de abril de 2003 se regirán por el CDFA, de manera que les resultarán aplicables las previsiones de los arts. 283 y ss., por ejemplo, la regulación del usufructo de dinero o fondos de inversión son aplicables al viudo que ya lo era antes del 23 de abril de 2003; al igual que las causas de extinción del usufructo o las previsiones del art. 290 CDFA (STSJA 27/09/2002).

Lo mismo cabe decir respecto del derecho expectante, también será de aplicación la previsión del art. 280 CDFA, que permite la renuncia al expectante fuera de documento público si en el acto de enajenación concurre el consentimiento de ambos cónyuges, o la posibilidad de extinción de la viu-

dedad si el supérstite incurrió en causa de indignidad (art. 276.3 CDFa), e incluso la renuncia o exclusión del derecho expectante conservándose la viudedad (arts. 272.2 y 274.2. CDFa), etc.

Por el contrario, el art. 73 Comp. y las limitaciones que impone se seguirán aplicando a todos los usufructos ya causados el 23 de abril de 2003 (ultractividad de la norma), tal y como establece la DT12ª del CDFa.

## 6. **Ámbito objetivo de la viudedad**

**A. *Ámbito legal: Viudedad universal.*** El art. 271-1 CDFa configura legalmente a la viudedad como universal, pues recae sobre todos los bienes del que primero fallezca.

Históricamente la viudedad no siempre ha sido universal. Sí lo fue en su origen, y así se estableció en la Compilación de Huesca de 1247, si bien de forma paccionada se podía limitar a los bienes inmuebles; por ello, esta práctica se plasmó como la extensión legal de la viudedad en el Fuero *De Alimentis* de 1390 y así se mantuvo también, limitada legalmente a los inmuebles pero con posibilidad de extenderla por pacto a los muebles, en la regulación del Apéndice de 1925.

Hasta la Compilación de 1967 la viudedad tuvo, por tanto, una extensión legal inmobiliaria: legalmente sólo afectaba a los bienes inmuebles, si bien, por pacto, los cónyuges podían hacerla extensiva a los bienes muebles otorgándole con ello carácter universal. La Compilación de 1967 cambia de criterio y, volviendo a los orígenes, configura legalmente la extensión de la viudedad como universal.

Como ya hemos advertido, en el Derecho vigente se mantiene su configuración universal, si bien, y que con base en el principio *standum est chartae*, puede ser objeto de reducción, limitaciones y aun privación, al tenor de los arts. 272.1, en relación con los arts. 275, 277, y 283.3 CDFa.

**B. *Reducción o exclusión convencional de la viudedad.*** La viudedad puede ser reducida o excluida totalmente si así lo acuerdan ambos cónyuges, de manera que ya no recaerá sobre todos los bienes del que primero fallezca, sino que su extensión será la pactada por los cónyuges o bien definitivamente eliminada; sin perjuicio, en este último caso, de que en un momento posterior vuelvan a pactar su nacimiento.

A ambas posibilidades se refiere el art. 272 CDFa. Esta facultad concedida a ambos cónyuges se justifica en razón de la posibilidad que tiene cada uno de ellos abdicar de su propio derecho de viudedad mediante la renuncia al mismo (art. 274 CDFa).

No es necesario que esta reducción o exclusión sea recíproca y coincidente: bien podría uno de ellos mantener su viudedad universal y el otro reducir la suya a los inmuebles de su consorte, por ejemplo.

En el caso de exclusión de la viudedad conviene recordar que los cónyuges en Aragón no son legitimarios, el cónyuge superviviente nada percibirá de la herencia del causante salvo que fuera heredero del premuerto por sucesión legal o que aquél de forma voluntaria hubiera dispuesto a favor del superviviente alguna atribución sucesoria.

Para la validez de estos pactos se requiere que los cónyuges intervengan conjuntamente y manifiesten su voluntad bien en instrumento público bien en testamento mancomunado. Si los pactos son anteriores a la celebración del matrimonio, necesariamente deben otorgarse en capítulos matrimoniales.

De común acuerdo, ambos cónyuges, podrían dejar sin efecto este pacto (CALATAYUD, BIESA, BAYOD) e incluso según MERINO uno de ellos con los herederos del otro aplicando los arts. 400 y 401 CDFA.

*C. Exclusión voluntaria del derecho expectante.* El párr. 2 del art. 272 CDFA, en consonancia con el párr. 2 art. 274 del mismo, admite la exclusión del derecho expectante conservando, en su caso, el usufructo viudal: *Pueden asimismo pactar, en escritura pública, la exclusión del derecho expectante de viudedad conservando para su caso el de usufructo viudal.*

Con ello se pone fin, tal y como expresa el Preámbulo, a la interpretación de la Compilación que pasaba por considerar que la renuncia al derecho expectante, como las demás causas de extinción del mismo, comprendía, naturalmente, la extinción del derecho de viudedad en su conjunto. En consecuencia, la renuncia o exclusión al derecho expectante no conlleva la renuncia al usufructo como así se deduce de la vigente regulación.

La exclusión paccionada del derecho expectante de viudedad, al igual que la exclusión de la viudedad en su conjunto, debe ser acordada de mutuo acuerdo entre los cónyuges en escritura pública.

Igualmente, si el pacto es anterior a la celebración del matrimonio deberá constar para su validez en capítulos.

Respecto de la exclusión del derecho expectante no es posible su adopción en testamento mancomunado, evidentemente, porque el testamento sólo es eficaz al fallecimiento de uno de los cónyuges y el expectante, su subsistencia o exclusión, sólo tiene sentido en vida de ambos consortes.

*D. Privación de la viudedad por de uno de los cónyuges al incurrir el otro en causa de desheredación.* El art. 275 CDFA permite que cada cónyuge pueda en testamento privar a su consorte de su derecho de viudedad, exclu-

*sivamente por alguna de las causas que dan lugar a la desheredación de acuerdo con el art. 510.*

Esta causa de privación de la viudedad por voluntad unilateral de uno de los cónyuges opera desde el año 2003 si bien los tribunales ya insinuaron en alguna ocasión la relación entre desheredación y extinción de la viudedad (SAPT 2/7/1997).

La exclusión del derecho de viudedad de uno de los cónyuges por voluntad del otro, sólo es posible mediante disposición testamentaria.

En relación con ello, el párr. 2 del art. 275 establece que: *La prueba de ser cierta la causa corresponde a los herederos del cónyuge premuerto si el viudo la niega.*

**E. Limitación objetiva de la viudedad por voluntad de uno de los cónyuges con descendientes no comunes.** El art. 283.3 CDFa admite, pero desde la reforma de 2003 con carácter voluntario, la limitación que, con carácter imperativo, establecía el ya derogado art. 73 Comp., y que, como señala el Preámbulo del Código, era una limitación cuyo fundamento y finalidad no eran fáciles de identificar.

En concreto, y para el caso de existencia de descendientes no comunes de sólo uno de los cónyuges, el Código establece que, *por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o escritura pública, podrán excluirse del usufructo viudal los bienes de su herencia que recaigan en descendientes suyos que no sean comunes, siempre que el valor de esos bienes no exceda de la mitad del caudal hereditario.*

El cónyuge titular de este derecho es el que tiene descendencia propia y no común a su consorte, sea ésta anterior o posterior a la celebración del matrimonio, y lo sea tanto por naturaleza como por adopción. Descendientes son los hijos, nietos o biznietos, sin límite de grado respecto del disponente. La posibilidad de limitar el derecho del otro cónyuge solo opera cuando el legitimado tiene descendientes no comunes a su consorte y sobre ellos recae la herencia, ya que no opera esta exclusión de la viudedad sobre bienes de la herencia que pasen a terceros, aunque tales bienes formen parte del caudal hereditario (PARRA).

El cónyuge debe manifestar la exclusión del derecho de usufructo de su consorte en testamento o escritura pública.

La limitación objetiva la viudedad por voluntad de uno de los cónyuges posibilita a éste que sus descendientes adquieran en plena propiedad la mitad del caudal hereditario sin el gravamen del usufructo de su consorte, extendiéndose la viudedad de éste al resto de los bienes afectos al derecho expectante.

La DT 12ª establece que en el supuesto de existencia de hijos no comunes del cónyuge del premuerto, a la extensión del usufructo de viudedad ya

causado el 23 de abril de 2003 se seguirán aplicando las limitaciones del art. 73 de la Compilación del Derecho Civil. En razón de lo anterior, la limitación sólo se aplica a los usufructos ya causados (viudo con sobrevivencia de hijos no comunes antes del 23 de abril de 2003), pues es evidente que entonces estaba vigente el art. 73 Comp.

Para los matrimonios celebrados antes del 23 de abril de 2003 en los que exista descendencia no común, si el matrimonio sigue en vigor pasada esa fecha, ya no resulta aplicable la limitación que, de forma imperativa establecía el art. 73 Comp., norma derogada desde la entrada en vigor de la Lrem: el 23 de abril de 2003.

***F. Exclusión sobre determinados bienes por disposición voluntaria de un tercero.*** El art. 277 CDFR, bajo la rúbrica de “Limitaciones”, dispone que *el derecho de viudedad no comprende los bienes que los cónyuges reciban a título gratuito [entre vivos o por causa de muerte] con prohibición de viudedad o para que a su fallecimiento pasen a tercera persona.*

No se admite esta prohibición en los negocios de adquisición voluntaria a título oneroso, y de incluirla en el negocio en cuestión será inválida sin que afectase al título transmisivo.

La exclusión de la viudedad también se produce en la sustitución fideicomisaria con obligación de reservar y se justifica en base al respeto a la voluntad del disponente, que designó a otras personas —distintas del cónyuge viudo— para que gozaran de los bienes a la muerte de fiduciario. Esta justificación es la que se alega desde la STS 17/6/1899.

Como se desprende del precepto sólo se produce la exclusión de viudedad en la sustitución fideicomisaria con obligación de reservar y no en otras manifestaciones de la misma. Por la misma razón, los bienes sujetos a sustitución legal preventiva de residuo (arts. 395.3, 419.3 y 531.2 CDFR) están afectos al derecho expectante de viudedad (BAYOD)

Ahora bien, la anterior limitación es posible siempre que quien dispone gratuitamente de los bienes no sea un ascendiente del cónyuge favorecido, ya que el párrafo segundo del art. 277 dispone que, sin embargo, los ascendientes no pueden prohibir o impedir que el cónyuge de su descendiente tenga viudedad en los bienes que transmitan a éste por donación o sucesión. Nos encontramos en este caso ante una norma imperativa, límite expreso a la libertad de disposición de dichos ascendientes.

Por lo demás, si el ascendiente prohíbe la viudedad al cónyuge de su descendiente en los bienes que transmita a título lucrativo, dicha cláusula se tendrá por no puesta, no afectando a la validez de la donación o disposición mortis causa.

**G. Derecho de transmisión y consorcio foral.** El art. 278 CDFA señala que forman parte del ámbito objetivo de la viudedad los bienes adquiridos a consecuencia del *iure transmissionis* así como los adquiridos por el acrecimiento derivado del consorcio foral (STSJA 10/3/2009)

## 7. La renuncia del titular del derecho de viudedad.

**A) Regulación.** El art. 274 CDFA dispone: 1. *Cada cónyuge puede renunciar, en escritura pública, a su derecho de viudedad sobre todos los bienes del otro o parte de ellos.* 2. *También es válida la renuncia, en escritura pública, solamente al derecho expectante de viudedad sobre todos los bienes del otro o parte de ellos.*

El art. 274 posibilita a los cónyuges la renuncia total o parcial a su derecho de viudedad, e incluso es posible renunciar al Derecho expectante conservando el usufructo (SAPZ 07/03/1994). Esta renuncia unilateral fundamenta el pacto de exclusión del derecho expectante.

**B) Requisitos y forma de la renuncia.** La renuncia, para ser válida y eficaz, ha de cumplir los siguientes requisitos:

Primero. Ha de ser expresa, así se deduce de los arts. 280.1.a y 301.1.b; no se presume nunca, ni vale la renuncia tácita; no lo es la previsión del art. 280.2 y 3 y 281 CDFA, pues las configura el legislador como causas de extinción.

En segundo lugar ha de constar en escritura pública, pero como señala el Preámbulo, *se admite ahora su validez sin forma siempre que se otorgue en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien.* Así lo establecen los arts. 280.1.a y 301.2.a (respecto del usufructo).

En tercer lugar, la renuncia es unilateral, no recepticia y abdicativa.

En cuarto lugar, al ser la viudedad un derecho personalísimo, su renuncia también lo es: no admite representación, sin perjuicio de la validez del poder expreso y para acto concreto (STSJA 2 /12/2005).

En quinto lugar, la renuncia al derecho de viudedad es irrevocable (en contra MERINO HERNÁNDEZ, que defiende su posibilidad de revocación).

Por último, y en sexto lugar, la renuncia a la viudedad puede ser total o parcial.

## 8. La publicidad de los pactos de renuncia o limitativos de la viudedad

Los pactos relativos al derecho expectante de viudedad pueden adoptarse tanto en el seno de unos capítulos matrimoniales como con ocasión de la modificación del régimen económico matrimonial, pero también de una manera separada o independiente. La publicidad que proporciona el Registro civil, como indica BIESA HERNÁNDEZ, es en la actualidad tan sólo del régimen



económico matrimonial y de sus modificaciones (art. 77 LRc. y 266 RRc.); si bien, al margen de la inscripción de matrimonio se han hecho constar también los pactos que atañen al expectante aun cuando no se modifique el régimen económico matrimonial (Orden de 1 de junio de 2001).

La Ley del Registro civil de 21 de julio de 2011, que entrará en vigor el 30 de abril de 2021, prevé expresamente en su art. 60, *Inscripción del régimen económico del matrimonio*, que *junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo*; a lo que creo, no hay duda de que aquí se incluyen las limitaciones, renunciaciones o modificaciones que los cónyuges efectúen en relación al derecho expectante.

## 9. Extinción de la viudedad

El art. 276 CDFA regula las causas de extinción de la viudedad en su conjunto, es decir, expectante y usufructo.

**A. Por disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte. Separación legal.** A ella se refiere el párr. 1 del art. 276: *El derecho de viudedad se extingue necesariamente con la disolución del matrimonio por causa distinta de la muerte y por la declaración de nulidad. 2. Se extingue también por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, [y de la petición de separación o divorcio de mutuo acuerdo], a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista.*

La causa de la viudedad es el matrimonio, por ello, si el vínculo matrimonial desaparece por causa distinta de la muerte (nulidad o divorcio), no puede haber usufructo, al no existir cónyuge viudo, de ahí que la nulidad extinga el usufructo también para el cónyuge de buena fe. El párr. 2 del art. 276 señala como causa de extinción de la viudedad, salvo pacto en contrario y mientras subsista el vínculo matrimonial, la separación legal entre cónyuges. No se extingue por separación de hecho (SAPH 5/10/2006; SAPZ 14/07/2006 y 12/12/2018).

La admisión a trámite de la demanda de divorcio, nulidad o separación, interpuesta por uno o ambos cónyuges, y lo mismo hay que decir de la petición de separación o divorcio de mutuo acuerdo, extingue la viudedad, a menos que se pacte en contrario y mientras el matrimonio subsista. Esta posibilidad, ausente en la Compilación, busca la fluidez del tráfico inmobiliario al hacer innecesaria una sentencia firme para la extinción.

**B. Por incurrir el supérstite en causa de indignidad.** Por último, y como señala el pár. 3 del art. 276, *la viudedad se extingue también cuando al fallecer un cónyuge, incurre el supérstite en alguno de los supuestos enumerados en el artículo*

328 como causas de indignidad. Como señala BIESA, debe asimilarse al indigno con el titular del expectante y al testador fallecido con su consorte

**C. Renacimiento de la viudedad.** El derecho de viudedad nace de nuevo cuando el procedimiento finaliza en vida de ambos cónyuges sin sentencia firme estimatoria, se reconcilian los cónyuges separados o así lo pactan.

## 10. El derecho de viudedad durante el matrimonio: el derecho expectante

**A. El derecho expectante de viudedad: regulación y estructura.** El capítulo II del Título V del Libro Segundo del Código del Derecho Foral de Aragón regula el derecho expectante de viudedad, bajo la rúbrica de *El Derecho de viudedad durante el matrimonio*, testimoniando con ello la naturaleza unitaria de esta institución familiar que se desarrolla en dos fases: constante matrimonio y a la muerte de uno de los cónyuges.

A esta primera fase se refiere de forma expresa el art. 279 CDFA: *De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 271, durante el matrimonio el derecho de viudedad se manifiesta como un derecho expectante a favor de cada uno de los cónyuges sobre los bienes del otro y los consorciales.*

El ámbito objetivo del derecho expectante, salvo reducción, exclusión, renuncia o limitaciones, abarca a todos los bienes de los cónyuges, tanto comunes como privativos, con independencia del título de adquisición. Ahora bien, dependiendo de la naturaleza de los bienes, el régimen jurídico del derecho expectante es diverso: a ello se refieren los arts. 280, 281 y 282 CDFA.

**B. El derecho expectante como derecho subjetivo.** El art. 280 CDFA dispone en su párr. 1: *El derecho expectante de viudedad sobre los bienes inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas no se extingue por su enajenación, salvo en los siguientes supuestos: (...).* Por su parte, el art. 282 CDFA establece que: *...el derecho expectante de viudedad sobre los bienes muebles se extingue cuando salen del patrimonio común o privativo, salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad.*

Constante matrimonio, el derecho expectante recae y afecta tanto a los bienes muebles como a los inmuebles al ser la viudedad una institución unitaria.

La viudedad, en esta primera fase, se manifiesta con diversa eficacia jurídica dependiendo del tipo de bienes sobre los que ésta recae.

Cuando el derecho expectante afecta a bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas se va a configurar como un gravamen real de origen legal (SAPH 30/7/1998), que sujeta dichos bienes a la viudedad aunque hayan salido del patrimonio del cónyuge propietario, si el otro cónyuge no ha renunciado a su derecho o ha consentido a la enajenación de

los mismos o la disposición del bien se encuentra en alguna de las situaciones previstas en los arts. 280 y 281 CDFV.

Por el contrario, tratándose de bienes muebles la afección sobre ellos sólo es eventual, cada uno de los cónyuges podrá disponer de los mismos sin que sobre ellos pese una carga real y sin requerir para su enajenación el consentimiento del otro o de su renuncia. Ahora bien, mediando fraude por parte de uno de ellos, se le concederá al otro una acción para impugnar dicha enajenación.

En consecuencia, y no obstante la diferente eficacia jurídica del derecho expectante, en función del tipo de bienes sobre los que éste recae, se puede afirmar que el derecho expectante se configura como un derecho subjetivo de cada uno de los cónyuges respecto de los bienes del otro.

## **11. Régimen jurídico del expectante cuando recae sobre bienes inmuebles por naturaleza y las empresas o explotaciones económicas**

**A. Planteamiento.** El derecho expectante que recae sobre este tipo de bienes se configura como un derecho subjetivo actual de naturaleza real y de origen legal (SAPZ 27/3/2007), que grava inmediatamente bienes determinados a medida que ingresan en el patrimonio de cada uno de los cónyuges, cuya finalidad es garantizar un derecho eventual al usufructo que a cualquiera de ellos pueda corresponder.

**B. Bienes afectos al derecho expectante con gravamen real.** El art. 280.1 CDFV se refiere a los bienes inmuebles por naturaleza y a las empresas o explotaciones económicas y cuantos elementos estén afectos a unas y otras. Siguiendo a SANCHO REBULLIDA, el gravamen real a que quedan sujetos dichos bienes se refiere a la explotación concebida como universalidad o sea, a la empresa o negocio en sí mismo considerado.

La enajenación de los inmuebles, empresas o explotaciones por parte del cónyuge titular, sin el consentimiento a ella o la renuncia a su derecho por parte del otro cónyuge, mantendrá el derecho expectante a pesar de la enajenación, que será válida pero, como dice el art. 280.1: *no se menoscaba el derecho expectante del cónyuge no disponente*, de manera que el tercero adquirente consigue la propiedad de la cosa con la carga del expectante que, en su caso, podría llegar a ser un efectivo usufructo sobre la misma, si premuere el cónyuge enajenante y le sobrevive su consorte (art. 283.1 CDFV: *persiste el usufructo sobre los bienes enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad*).

Ello significa que los bienes o elementos que integran dicha universalidad no están sujetos a dicho gravamen real. Y ello, porque cuando se enajenan separadamente alguno de estos elementos no se perturba la consideración ni el

valor de la explotación. En razón de ello, se prevé la extinción del expectante en el supuesto de *Enajenación de bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio* (art. 280.1.c CDFEA). El art. 231 del CDFEA en relación con el art. 280-1.b establece lo mismo, para el caso de que estos bienes sean comunes. Hay en estos preceptos una clara referencia al cónyuge constructor o promotor de viviendas.

**C. ¿En qué momento se produce la afección real sobre estos bienes?** Del art. 271 en relación con el art. 279 CDFEA, se deduce que la afección real sobre los bienes del art. 280 CDFEA se produce cuando ingresan el patrimonio común o privativo de los cónyuges; esto es, cuando su titular ha adquirido el dominio, aun cuando no tenga la posesión.

**D. Consecuencias de la naturaleza real y legal del derecho expectante.** Cuando el derecho expectante recae sobre bienes inmuebles por naturaleza y empresas o explotaciones económicas a las que se refiere el art. 280 CDFEA, posee carácter real, de ahí que no se extinga por su enajenación salvo en los supuestos que establece la ley.

De la naturaleza real y legal del derecho expectante resultan las siguientes consecuencias:

Primera. El gravamen nace con el ingreso de los bienes en el patrimonio común o privativo de cualquiera de los cónyuges. Este derecho no se menoscaba por la posterior enajenación del bien. Por tal razón el derecho expectante tampoco se extingue ni menoscaba cuando el cónyuge propietario del bien constituye sobre él cualquiera derecho real o gravamen.

El expectante, entonces, precede a la carga y se impone sobre ella. Tampoco la constitución de una hipoteca menoscaba el expectante: en el caso de ejecución, la propiedad del adjudicatario se comprimirá —transformándose en nuda propiedad— para dar lugar al usufructo del viudo.

Segunda. No tiene derecho expectante el viudo sobre los bienes propiedad de su consorte que éste haya transmitido a un tercero antes de la celebración del matrimonio. Por ello, si el bien ingresó en el patrimonio de uno de los cónyuges con un gravamen, éste se antepone al derecho del viudo (*prior tempore, potior iure*)

Tercera. En cuanto que el derecho expectante es un gravamen real de origen legal, es evidente que ello no supone una restricción jurídica a la libre disponibilidad del cónyuge propietario de los bienes afectos, no siendo necesario que el cónyuge titular del expectante renuncie previamente o a la vez, para que el actos sean plenamente válidos y eficaces, ni tampoco que se reserve expresamente su derecho para que el tercero adquiera dicho bien con el gravamen del expectante.

Además, en cuanto que este es un gravamen de origen legal y la ley lo configura como un gravamen real es oponible *erga omnes* con total independencia de que esté o no inscrito y de que sean o no terceros hipotecario en el sentido del art. 34 Lh. La publicidad del derecho expectante es legal por ello supera a la publicidad registral y es oponible a todos (SAPH 30/7/1998).

Ahora bien, y como afirma C. LERMA, el que la inscripción no sea necesaria no implica que no sea conveniente, ya que su constancia registral va a favorecer el tráfico jurídico. Ello no es sólo importante en relación con la oponibilidad del derecho expectante en Derecho interregional (art. 16. 2 Cc.), sino también en cualquier otro supuesto de transmisión de bienes.

En relación con el art. 16.2 Cc., cabe afirmar que el legislador estatal, aprovechando injustificadamente su competencia exclusiva para regular los conflictos de leyes (art. 149.1.8ª Const.), introduce aquí una norma de dudosa constitucionalidad que limita la eficacia espacial de la viudedad.

En efecto, cuando los bienes inmuebles, empresas o explotaciones económicas no radiquen en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, la viudedad es inoponible al adquirente, si se dan los requisitos siguientes:

1. que el inmueble por naturaleza o la empresa o explotación radique fuera de Aragón;

2. que el adquirente sea de buena fe: lo es cuando desconoce la existencia del derecho expectante sobre el bien, lo cual tiene lugar también cuando desconoce que el transmitente estaba casado o que los efectos del matrimonio de su transmitente se rigen por la ley aragonesa (SANCHO y DE PABLO);

3. que la transmisión lo sea a título oneroso; si fuera lucrativa, la viudedad sí le es oponible al tercero;

4. que el contrato se celebre fuera de la Comunidad autónoma aragonesa;

5. que el transmite no haya hecho constar su régimen económico matrimonial; es evidente, que la interpretación de "régimen económico matrimonial" se refiere no tanto al régimen sino a ley aragonesa como ley de los efectos del matrimonio.

La consecuencia, como afirma DELGADO, no es la extinción del expectante, sino la inoponibilidad al adquirente en las condiciones señaladas en el art. 16 Cc.

En los casos del art. 16. 2 Cc., cobra especial importancia el hecho de que la transmisión de los bienes se efectúe en documento público y pensando en su acceso al registro, y ello porque el art. 51.9. a) Rh. y el art. 159 Rnot., establecen la necesidad de hacer constar, tanto si el transmite como el adquirente es persona casada y si el acto o contrato puede afectar a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial, el nombre, apellidos y domicilio del cónyuge. Con ello se evita la aplicación del art. 16. 2 Cc (LERMA, BIESA).

## **12. Causas de extinción del expectante en los casos de disposición voluntaria de bienes inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas: art. 280 CDFA.**

A ellas se refiere el art. 280 a través de sus cuatro párrafos. En el párr. 1 del art. 280 se regulan distintos supuestos en los que la enajenación del bien conlleva la extinción del expectante; los párrs. 2 a 4 atienden a supuestos diversos en los que también opera la extinción del expectante, bien porque así lo acuerda la autoridad judicial a petición de uno de los cónyuges, bien porque en los casos que establece la ley, el cónyuge titular del expectante no manifiesta su voluntad de reservarlo debiendo hacerlo.

Estos supuestos de extinción del derecho expectante tienen en común que todos ellos provocan la preclusión de la segunda fase de la viudedad sobre los bienes enajenados.

**A. Renuncia.** Deberá ser expresa, eliminándose así cualquier variedad de renuncia tácita o de presunción, y constar en escritura pública como forma *ad solemnitatem*, excepto si se realiza en el mismo acto por el que válidamente se enajena un bien. Esta última, aceptada habitualmente en la praxis previa al precepto, admite documento privado e incluso contrato verbal.

**B. Enajenación válida de bien consorcial.** Con esta causa de extinción el legislador facilita el tráfico jurídico y es coherente con el principio que gobierna la regulación de la gestión del consorcio conyugal, que permite, con carácter general, la gestión indistinta o disjunta de los bienes consorciales. Esta flexible regulación sobre la gestión de los bienes comunes que legitima y declara válidos los actos de disposición realizados por uno sólo de los cónyuges, carecería de efectos en la práctica, si no conllevara la extinción del expectante a consecuencia del acto de disposición.

Entre los supuestos de enajenación válida de un bien consorcial se incluyen todos aquellos que permiten la actuación individual de uno de solo los cónyuges: legitimación indistinta del art. 230.d) [actos necesarios para satisfacer atenciones del 218.1.a)]; legitimación disjunta del 231 [actos incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio del disponente]; las realizadas ex arts. 240 [atribución de la gestión a un cónyuge], 241 [privación de la gestión] y 242 [concreción automática de facultades] porque, respectivamente, el otro consorte está imposibilitado para prestar su consentimiento, ha puesto en peligro repetidamente la economía familiar o es declarado legalmente incapaz o ausente. Asimismo, se incluyen aquí las autorizadas judicialmente por impedimento o negativa injustificada para consentir del 234. En todos estos casos se produce la extinción *ipso iure* del expectante de ambos consortes.

Si se hubiera preterido el consentimiento de un cónyuge en una disposición conjunta o, si realizada una disposición individual por uno de los cónyuges se hubiera excedido en sus facultades de gestión, el expectante del cónyuge no interviniente quedaría subsistente en virtud del art. 235 (Falta de consentimiento en actos a título oneroso); la venta así realizada, aunque válida, es ineficaz al no transmitir la propiedad (235.1 CDFA). Si, en estos casos, el cónyuge preterido presta su consentimiento o tiene lugar la usucapión o resultan de aplicación las reglas de protección de terceros de buena fe habrá, por el contrario, transmisión efectiva del dominio (235.2 CDFA) y subsiguiente extinción del expectante (BIESA, BAYOD).

**C. Enajenación de bienes privativos de uno de los cónyuges incluidos en el tráfico habitual de su profesión o negocio.** Se resuelve aquí el supuesto del cónyuge constructor, promotor o agente de la propiedad, cuyo giro empresarial consiste en la enajenación de este tipo de bienes. Si los bienes son privativos (o comunes, art.231 CDFA) la enajenación de los mismos extingue el expectante.

**D. Partición y división de bienes incluso con exceso de adjudicación, respecto de aquellos que no se adjudiquen al cónyuge.** Facilita los trámites de divisiones y particiones por evitar la intervención de los cónyuges de los comuneros o coherederos por razón del expectante. Actúa sobre los bienes en los que un cónyuge ostenta una cuota indivisa privativa y son objeto de una partición/división voluntaria o forzosa adjudicándose un bien concreto. En estos casos se produce la extinción automática sobre la cuota indivisa (incluso con exceso de adjudicación,) y atribución *ex lege* sobre el bien adjudicado (SAPT 10/9/2002; Auto Pres. TSJA 22/10/1992), sin necesidad de intervención del titular para conservar su expectante.

**E. Enajenación de bienes por el cónyuge del declarado ausente.** Como señala BIESA, a diferencia de su precedente (art. 7.1.2 Comp.), la extinción la genera la enajenación del bien y no la declaración judicial de ausencia. La *ratio legis* responde a la doble finalidad de flexibilización del tráfico inmobiliario y protección del ausente ante una eventual reaparición pues permite, simultáneamente, la disposición del bien sin el expectante y su permanencia en los no enajenados durante la ausencia (cfr. art. 54.2). Esta causa actúa sobre la enajenación de un bien privativo del cónyuge presente sobre el que el ausente debería renunciar, si estuviera, a su derecho expectante. El efecto extintivo del expectante precisa inexcusablemente la declaración judicial de ausencia pues sino será un desaparecido *de facto* pero no un ausente legalmente considerado. En estos casos, la extinción se produce *ipso iure* respecto al bien enajenado por el cónyuge presente. Sin declaración judicial de ausencia, la enajenación será válida y eficaz pero quedará subsistente

el expectante del desaparecido. Idéntico efecto extintivo producen en los bienes consorciales los arts. 53.1, 242 y 280.1.b).

**F. Expropiación o reemplazo por otros en virtud de procedimiento administrativo.** La norma parece referirse a supuestos en los que basta con la actuación de uno solo de los cónyuges en el procedimiento administrativo, y se impone la extinción del expectante sobre los bienes que dejan de pertenecer al cónyuge, manteniéndose el expectante sobre el justiprecio o los bienes que se reciban como contraprestación o en reemplazo: concentración parcelaria, reparcelación o compensación (PARRA).

**G. Concurrencia de ambos cónyuges.** Como afirma BIESA, junto al efecto extintivo de la enajenación válida de bienes consorciales, el aquí recogido es otra de las aportaciones de la normativa vigente a la fluidez del tráfico jurídico, ya que el apartado 2 del art. 280 dispone que, salvo reserva expresa, en toda enajenación en que hayan concurrido ambos cónyuges se extinguirá el derecho expectante de viudedad.

Esta causa opera sobre la enajenación en la que coincidan ambos cónyuges, equivalente a una mera presencia carente de oposición. Afecta a la enajenación tanto de bienes consorciales como privativos, dada la ausencia de limitación y a que es indiferente el concepto por el que se concorra. No obstante, en la *ratio legis* de la norma está el ofrecer respuesta a supuestos de enajenación de bienes privativos como el que motivó la STSJA de 30/10/1996 puesto que en ellos la concurrencia no es, lógicamente, frecuente.

En la práctica, donde alcanza mayor operatividad es en las enajenaciones de bienes privativos de cada uno de los consortes realizadas en un mismo documento privado pues el no propietario no tiene obligación de asistir ni, como ocurre ante notario, de pronunciarse sobre su derecho (cfr. arts. 164, 169 y 194 Rn.). En estos casos, la extinción del expectante es automática, salvo reserva expresa.

La intervención de ambos consortes que traiga causa de los arts. 190.1 (Vivienda familiar) y 235.2 (Falta de consentimiento en actos a título oneroso) no parece subsumible aquí pues la naturaleza cualificada de los actos que motivan su presencia no armoniza bien con la fluidez del tráfico jurídico que inspira, en solitario, el 280.2, ni con su posibilidad de reservar el expectante. Una interpretación más acorde y rigurosa con su finalidad y ubicación sistemática conduce a calificar al 190.1 como un caso de extinción legal adicional a los del art. 280 y al consentimiento posterior del 235.2 como una enajenación válida de bien consorcial del 280.1.b).

**H. Acuerdo judicial.** Tiene su precedente en el art. 76.2.2 Comp., pero como señala BIESA mejora su técnica, al establecer el punto 3 del art. 280 que, a petición de un cónyuge, el Juez puede declarar extinguido el dere-



cho expectante del otro sobre un bien, antes o después de su enajenación, en razón de las necesidades o intereses familiares. Esta posibilidad tiene su campo de actuación cuando el cónyuge titular del expectante no quiere o no puede consentir. El precepto, entonces, permite solicitar al Juez su extinción por causa fundada en necesidades o intereses familiares, aclarando las incertidumbres precitadas: legitimación activa, limitada a los cónyuges; aplicación a bienes comunes y privativos, pues no existe limitación; mención expresa al momento de la solicitud, tanto antes como después de la enajenación, sin ser necesario, como en la Compilación, que haya abuso de derecho por parte del cónyuge que no quiere prestar su consentimiento. En estos casos la extinción se produce por declaración judicial en razón de la situación familiar concreta.

No se prevé un cauce procesal adecuado para llevar a cabo esta actuación, pero desde el AAPZ de 27/03/2007 se admite la tramitación de esta causa de extinción a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, considerando suficiente con que el cónyuge fuera emplazado y citado, no compareciendo ni manifestando su oposición, ya que en otro caso el procedimiento sería contencioso. Tal vez ahora, pudiera servir como fundamento el art. 90 LJV.

**I. Extinción registral.** Por último, el punto 4 del art. 280 contiene una única causa extintiva totalmente nueva, impone al titular del expectante pronunciarse expresamente sobre su conservación en el Registro de la Propiedad en un plazo de dos años desde que se le notifique una enajenación efectuada por su cónyuge.

Su objetivo es facilitar el tráfico inmobiliario en casos de esposos incommunicados prolongadamente, en concreto afirma el precepto: *También se extingue el derecho expectante cuando se haya notificado fehacientemente al cónyuge la enajenación, con el requerimiento para que manifieste su voluntad de conservar o renunciar su derecho con las consecuencias legales que de ello se derivan, y hayan transcurrido dos años desde dicha notificación sin que en el Registro de la Propiedad conste la voluntad del cónyuge de conservar el derecho expectante.*

Se incluirán aquí todos aquellos supuestos en los que no ha operado de forma automática la extinción del derecho expectante a consecuencia del acto de disposición de uno de los cónyuges, si se trata de bienes comunes, así como toda disposición de bienes privativos por parte del cónyuge propietario sin que su consorte renuncie al expectante o concurra a la enajenación y prefiera utilizar esta vía en vez de la propuesta en el párr. 3 del art. 280 CDFEA. Pero también como señala el Preámbulo “supuestos extraordinarios en los que resulta muy difícil la comunicación y trato entre cónyuges, especialmente si uno de ellos rehúye cualquier respuesta. Podría ser, por ejemplo, el caso entre cónyuges que viven separados por sentencia judicial anterior a

la entrada en vigor de la reforma del art. 78 Compilación operada en 1985 y, que por tanto, conservan el derecho de viudedad”.

También a todos los casos de separación de hecho o aun separación legal, si han acordado el mantenimiento de la viudedad, y con posterioridad, se agrían las relaciones que impiden una fluidez en la comunicación entre los cónyuges.

En estos casos se facilita la extinción del expectante a través del requerimiento fehaciente (art. 202 y ss Rnot.) que efectúe el cónyuge enajenante al titular del expectante, a los efectos de que éste manifieste su voluntad de extinguirlo o conservarlo. Como afirma el Preámbulo, con ello se hace recaer sobre el cónyuge no disponente la carga de pronunciarse sobre la conservación del expectante. Si en el plazo de dos años el cónyuge titular expresa su voluntad, a ello habrá que estar. Transcurridos dos años desde la notificación, se considerará extinguido su derecho expectante, sin que en el Registro conste su voluntad de conservarlo.

Ahora bien, en la práctica tal vez la norma no consiga plenamente su eficacia al no exigir la ley la necesidad de inscripción en el Registro del requerimiento. Por ello es conveniente que conste en el registro el requerimiento al cónyuge titular del expectante, pues de este modo en verdad sí que recae sobre él la carga de manifestarse o de lo contrario a través del mecanismo del art. 353.3 Rh. se cancelará el expectante, transcurridos dos años desde la inscripción del requerimiento.

El requerimiento puede hacerse al tiempo en que se realiza la enajenación del bien por parte uno de los cónyuges o con posterioridad a la misma.

El plazo de dos años para que el cónyuge titular del expectante manifieste qué hacer con su derecho se ha considerado excesivo por la doctrina, por ello, como señala PARRA, la alternativa más eficaz para el cónyuge enajenante es presentar una demanda de divorcio, lo que provocara la extinción de la viudedad del otro.

### **13. Extinción del derecho expectante en los casos de enajenación judicial de bienes inmuebles**

El art. 281 CDEFA dispone: *1. Se extingue el derecho expectante de viudedad en la enajenación judicial por deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sean de cargo o responsabilidad común, así como por deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones.*

En consecuencia, en este párrafo se regula la situación del expectante, si este se mantiene o se extingue, en el caso de enajenación judicial de bienes tanto propios como comunes por deudas contraídas por los cónyuges en diversos supuestos. En principio, y como señala MEDRANO SÁNCHEZ, la norma sólo regula la enajenación judicial sin hacer referencia a la suerte que deba

seguir el expectante en los supuestos de apremios administrativos, a los que, tal vez, y según propone el autor, el art. 281 podría aplicarse por analogía.

El art. 281 CDFA, aplicable a cualquier régimen económico matrimonial, está pensando, no obstante, en el régimen de consorciales, y en la suerte que deba seguir el expectante según el tipo de deuda, común o privativa, optando por la extinción del expectante si la deuda se ha contraído por ambos cónyuges o es de cargo o responsabilidad común, y permitiendo su conservación por voluntad expresa del cónyuge no deudor, si la deuda ha sido contraída por uno sólo de los cónyuges y no es común. Es evidente que en el régimen de separación de bienes, aun cuando puede haber deudas contraídas por ambos cónyuges y también deudas comunes, lo normal será que éstas sean privativas y contraídas por uno sólo de los cónyuges, y por ello con más posibilidades de subsistencia del expectante.

Como señala MEDRANO, lo anterior podrá mitigarse excluyendo la viudedad en su conjunto o el expectante al tiempo del otorgamiento de los capítulos matrimoniales en los que se pacte el régimen de separación.

En estos casos se extingue el derecho expectante en la enajenación judicial por deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos cuando sea de cargo o responsabilidad del patrimonio común, así como por deudas contraídas con anterioridad al matrimonio o por razón de sucesiones o donaciones (art. 281.1 CDFA).

Ahora bien, cuando las deudas son privativas y se han contraído constante matrimonio, se conserva el derecho expectante, si así lo declara el cónyuge no deudor. A estos efectos, el apartado 2 del at. 281 dispone: *También se extingue en la enajenación judicial por deudas contraídas por uno de los cónyuges si, notificado el embargo del bien común o privativo al menos diez días hábiles antes de la celebración de la subasta al otro cónyuge, éste no manifiesta en el citado plazo su voluntad de conservarlo por no ser deudas de las enumeradas en el apartado anterior. Corresponde al acreedor probar que la deuda es de las enumeradas en el apartado 1, en los términos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil para la ejecución en bienes gananciales.*

#### **14. El Derecho expectante sobre los demás bienes muebles**

El derecho expectante de viudedad sobre los bienes muebles se extingue cuando salen del patrimonio común o privativo, salvo que se hayan enajenado en fraude del derecho de viudedad (art. 282 CDFA).

¿Cuándo habrá de ser calificada la enajenación como fraudulenta? En este punto parece que habrán de aplicarse por analogía los requisitos exigidos por el ordenamiento estatal (art. 1.2 CDFA) para otros supuestos de fraude:

Primero. Que la enajenación resulte en perjuicio del cónyuge titular del expectante. Ello supone que la enajenación ha de ser en todo o en parte lu-

crativa, pues siendo a título oneroso y habiendo, por tanto, contraprestación, no hay perjuicio ni menoscabo alguno de aquel derecho: por subrogación o reemplazo.

Segundo. Que por parte del cónyuge enajenante exista ánimo o intención de defraudar, esto es, excluir injustificadamente los bienes del derecho de viudedad de su consorte.

Las consecuencias jurídicas del fraude, suponen la ilección del titular del derecho expectante, esto es, que se le atribuya el usufructo al fallecimiento del otro cónyuge.

## 15. El usufructo viudal

El Capítulo segundo del Título V desarrolla la segunda fase de la viudedad, el usufructo, señala su nacimiento, su régimen jurídico y las especialidades que este usufructo presenta pues, como señala el Preámbulo, “el usufructo viudal no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, como puede ser el usufructo regulado en el Código civil. Su carácter de derecho de familia, a la vez que su extensión como universal, que afecta a una masa patrimonial en su conjunto, requiere normas distintas. La nueva regulación incorpora las ya contenidas en la Compilación, con algunas variantes y concreciones (por ejemplo, sobre inventario y fianza), e incluye asimismo otras nuevas, sin por ello pretender hacer innecesaria la aplicación del Derecho supletorio”. Analicemos esta regulación.

*A. Comienzo: el fallecimiento de uno de los cónyuges.* La segunda fase de la viudedad no es recíproca, sólo nace para el cónyuge sobreviviente: se activa con el fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 283.1 CDFA) y desde ese momento el viudo adquiere la posesión de los bienes afectos al usufructo viudal (art. 283.4 CDFA, S. JPI núm. 12 Zaragoza, 4 /11/1998).

*B. Extensión del usufructo viudal.* A ello se refiere el art. 283.1 CDFA: *El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y lo dispuesto en los artículos anteriores.*

Salvo pactos que limiten o excluyan la viudedad (arts. 272, 274, 275, 277, 283.3 CDFA) o aquellos casos en los que la misma se extinga (art. 276 CDFA), la viudedad es universal y recae sobre todos los bienes que forman parte de la herencia del fallecido e incluso sobre aquellos que, aun enajenados en vida de ambos cónyuges, el supérstite conserve el expectante, por no haber sido extinguido conforme a los arts. 280 a 282 CDFA.

**C. Explotaciones económicas.** El usufructo viudal aragonés recae, en principio, sobre todos los bienes del cónyuge premuerto lo que incluye, en su caso, cualquier tipo de empresas o explotaciones económicas del tipo que sean. El contenido del derecho de usufructo atribuye al viudo la administración y gestión de estos elementos empresariales y la experiencia de estos últimos años ha demostrado que a veces no es esta una buena solución.

Por ello, el legislador aragonés posibilita, por voluntad del cónyuge premuerto y titular de la explotación privativa, que la gestión de la empresa incumba a los hijos o descendientes, con sustitución del usufructo por una renta a favor del viudo: *El titular de empresas o explotaciones económicas privativas que se transmitan a hijos o descendientes podrá ordenar, en testamento o escritura pública, la sustitución del usufructo viudal por una renta mensual a cargo del adquirente* (art. 284.1 CDFa).

La previsión del cónyuge premuerto titular de la explotación no vincula necesariamente ni al viudo ni a los descendientes o terceros adquirentes de la empresa o explotación económica, pues éstos y aquél pueden en cualquier momento sustituir lo dispuesto por el causante por el ordinario usufructo viudal: el cónyuge viudo y el titular de la explotación económica podrán, en cualquier momento, acordar la sustitución del régimen previsto en este precepto por el ordinario usufructo viudal (art. 284.4 CDFa).

El viudo en estos casos tiene derecho a una renta que será equivalente al rendimiento medio que hubiera producido la explotación durante los cinco años anteriores al fallecimiento. La renta se actualizará anualmente en función de las variaciones del índice general de precios al consumo y se extinguirá por las mismas causas de extinción del usufructo viudal (art. 284.2 y 3 CDFa). Esta renta, una vez percibida por el viudo, es embargable por deudas que éste pudiera contraer: art. 290.4 CDFa; A. Presidente TSJA 7/3/2001.

La existencia del usufructo del viudo transformado en una renta no impide la enajenación de la empresa por parte de sus titulares, puesto que la transmisión por el titular de la explotación económica por actos entre vivos dará derecho [al viudo] a pedir el afianzamiento de las rentas futuras (art. 284.5 CDFa).

## 16. Inventario y fianza

El Código establece como una obligación del viudo la necesidad de formar inventario y prestar fianza, pero sólo es exigible cuando se den los casos mencionados en él.

**A. Supuestos en que son obligatorios.** La naturaleza familiar de la viudedad conlleva, como regla general, la no obligatoriedad de la formalización de inventario y prestación de fianza, salvo en tres supuestos tasados que,

tomados del art. 80.1 Comp., ofrecen ciertas variantes formales mejorándolo técnicamente.

Así, y tal y como señala el art. 285 CDFFA, el cónyuge viudo solamente estará obligado a formalizar inventario de los bienes usufructuados y a prestar fianza:

a) Cuando se hubieren establecido por el premuerto tales obligaciones en testamento u otro instrumento público.

b) Cuando lo exijan los nudo propietarios, salvo disposición contraria del premuerto.

c) Cuando, aun mediando tal disposición, lo acuerde el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario.

**B. Bienes que han de incluirse en el inventario.** La obligación de inventario la refiere la ley a los bienes usufructuados esto es, a todos los bienes a los que alcance el usufructo del viudo, aunque no formen parte del caudal hereditario (art. 286.1 CDFFA).

La legitimación para exigir la formación del inventario no sólo corresponde a los herederos, sino a cualquier nudo propietario, también al tercero adquirente de un bien afecto al derecho expectante.

La SAPZ 30/5/2019 exige la formación de inventario que solicita un heredero frente al otro para poder determinar, en un caso de usufructo de dinero por parte del viudo ya fallecido, las cantidades a reponer.

**C. Formalización del inventario.** El inventario puede ser judicial (a formalizar por el Letrado de la Administración) y extrajudicial; se practicará con citación de los nudo propietarios de los bienes o sus representantes legales (art. 286.1) y si es extrajudicial deberá formalizarse en escritura pública (art. 286.3).

**D. Plazo para formalizar el inventario.** El Código establece como plazo general para formalizar inventario cincuenta días, si bien el *dies a quo* varía en función de la causa que origina la necesidad de formalizar inventario:

— Si lo establece el cónyuge premuerto, el plazo será el fijado por el causante y, en su defecto, el de seis meses contados desde el fallecimiento (art. 286.2.a CDFFA).

— Si es por exigencia de los nudo propietarios, el plazo es de cincuenta días, contados desde el oportuno requerimiento fehaciente (art. 286.2.b CDFFA). La expresión nudo propietarios incluye tanto a los que sean herederos del premuerto como a los no herederos.

— Si es por imposición judicial, el plazo será el señalado por el Juez y, en su defecto, cincuenta días a constar desde la notificación de la resolución judicial que acuerde su práctica (art. 286-2.c CDFa).

En todos los casos, mediando justa causa, el cónyuge viudo o cualquiera de los nudo propietarios podrá pedir al Juez [o Letrado de la Administración, según la LJV] y éste acordar la prórroga o reducción del plazo (art. 286.2 in fine CDFa).

**E. Consecuencia de la falta de inventario.** La formalización del inventario fuera de plazo o su no realización, cuando el viudo tenga la obligación de formalizarlo, no conlleva la pérdida del usufructo.

La sanción consiste en la pérdida de los disfrutes de la viudedad, es decir, de todos los derechos, facultades y ventajas —en especial de la percepción de los frutos— en relación a todos los bienes objeto de usufructo, (SJPI nº 2 Huesca 14/05/1996) y no sólo en relación a los bienes cuya nuda-propiedad corresponde a los herederos, desde el día del requerimiento hasta la terminación del inventario (art. 288 CDFa).

**F. Prestación de fianza y otras medidas cautelares.** En cuanto a las medidas cautelares, además de la fianza, pueden adoptarse cualesquiera medidas de aseguramiento de los bienes previstas en las leyes (art. 287 CDFa).

La STSJA 3/7/2013, en un supuesto de usufructo de dinero en favor del cónyuge superviviente del binubo premuerto, confirma la sentencia de la APZ de 28/12/2012 en la que se condena a la viuda a prestar fianza, (una aval bancario de 120.000 euros) ya que “La fianza supone una garantía para cumplir aquello a lo que se está obligado. La obligación final del usufructuario es devolver el valor actualizado del dinero dispuesto. Por lo tanto la fianza ha de prestarse en la cuantía de la cantidad recibida (en relación al art. 491 Cc., STS 4/7/2006)”. Señalando por su parte el TSJS que “el art. 285 CDFa no concreta el importe de la fianza por lo que deberá ser calculado según el prudencial criterio judicial, lógicamente en función del riesgo de desaparición o deterioro de las cosas objeto del usufructo. En el caso de dinero el art. 299 CDFa ordena restituir el valor actualizado de lo dispuesto por lo que, ante la posibilidad de que se pueda disponer de todo, no resulta ilógico ni irracional exigir fianza por el importe del capital disponible. (...) Pueden ser exploradas fórmulas que permitan un afianzamiento menos oneroso para el viudo, como incluso propuso subsidiariamente la parte demandante en los términos previstos en el art. 494.3 Cc. para el supuesto de no prestar la fianza el usufructuario, mediante la retención del dinero por el nudo propietario con la obligación de entregar al usufructuario su producto, aunque ello no evita la indisponibilidad para el usufructuario. También la transformación del usufructo (art. 291 CDFa) y, en definitiva, cualquier otra fórmula que permita conjugar los intereses de ambas partes pues no es obligada ninguna modalidad concreta de afianzamiento” (FD4)” Si bien, se confirma la SAPZ 28/12/2012 en los términos indicados respecto del aval bancario.

## 17. Disponibilidad del derecho y de los bienes

El art. 290 CDFA declara el carácter inalienable e inembargable del usufructo viudal, consecuencia de la propia naturaleza de la viudedad en su conjunto (art. 273 CDFA). Ahora bien, la finalidad de este precepto es distinguir con claridad entre la indisponibilidad del derecho y la disponibilidad de bienes concretos (art. 290. 2 y 3 CDFA), así como la posibilidad de embargo y enajenación de los frutos obtenidos de los bienes usufructuados (art. 290.3 y 4 CDFA).

**A. Inalienabilidad e inembargabilidad del usufructo viudal y disponibilidad de bienes concretos y de frutos y rentas.** El art. 290.1 dispone que *el usufructo de viudedad sobre los bienes afectos al mismo es inembargable e inalienable*. Ello significa, como afirma el Preámbulo, que en ningún caso un tercero puede adquirir derivativamente el usufructo de viudedad sobre un bien; sin embargo, sí puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo propietario. Salvo pacto en contrario, quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado (art. 290.2 CDFA).

Concurriendo a la enajenación del bien el viudo usufructuario y los nudo propietarios, la transmisión del nudo dominio va acompañada de una renuncia traslativa del usufructo, pues el tercero adquiere el bien sin el gravamen. Con todo, se establece un supuesto de subrogación real: el precio o la cosa son usufructuados en lugar de lo enajenado (STSJA 24/09/2003). Ahora bien, lo anterior no significa que solo sean posibles transmisiones a título oneroso, pueden serlo también las transmisiones a título lucrativo, puesto que la subrogación se produce, “salvo pacto en contrario”.

Igualmente son susceptibles de enajenación los frutos y rentas resultantes del disfrute de los bienes afectos al usufructo de viudedad (art. 290.4 CDFA).

**B. Embargo de bienes concretos y de frutos y rentas.** La ley recoge expresamente las diferencias que ya se habían puesto de manifiesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en relación a la indisponibilidad del derecho pero afirmado la disponibilidad y embargo de bienes concretos, si concurre el viudo usufructuario y los nudo propietarios, así como la posibilidad de embargar los frutos o provechos de la viudedad. En concreto el A. del Presidente del TSJA 07/03/2001 afirma que “el embargo esta referido, no al derecho de usufructo que es personalísimo e inalienable, sino a los frutos o provechos resultantes de las fincas usufructuadas que sí pueden ser embargados”. En este sentido se pronuncia ahora el art. 290.3 y 4 CFDA.



## 18. Derechos y obligaciones del viudo usufructuario

Como señala BIESA HERNÁNDEZ, el legislador aragonés no efectúa una regulación completa del usufructo de viudedad sino solamente de sus rasgos diferenciadores y de cuestiones nuevas sin solución en el Código civil. El art. 289 CDFA confirma el carácter especial de dicha regulación y realiza, para el resto de cuestiones, una remisión implícita al usufructo ordinario del Código civil. (arts. 471-512) que evita la enumeración exhaustiva de derechos y obligaciones. La aplicación supletoria del Código civil será siempre, *ex art.* 1.2 CDFA, en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan (SJPII nº 1 de Calamocha 4/11/2004), en especial, lógicamente, del *favor viduitatis* (272.3 CDFA).

**A. Ejercicio del usufructo viudal: ideas generales.** En su fase *post mortem*, la viudedad consiste en un derecho real de goce semejante al derecho de usufructo, pero a causa de su finalidad, su ejercicio está sometido a ciertos límites y derechos de índole familiar que, de una parte, imponen al cónyuge viudo mayores limitaciones que a un usufructuario corriente y, de otra, le confieren poderes más extensos que los del titular de un usufructo ordinario.

En general, compete al viudo usufructuario, como contenido económico básico de su derecho, la percepción de todos los frutos naturales, industriales y civiles de los bienes objeto del mismo. A todo ello se refieren fundamentalmente los arts. 293 a 298 CDFA.

Como señala la STSJA 5/12/2919 “los frutos son el rendimiento patrimonial o beneficio económico que la cosa produce, o dicho en otras palabras, fruto es todo lo que es renta en sentido económico, es decir, el incremento patrimonial que se obtiene en forma habitual, debiendo excluirse de tal concepto las ganancias extraordinarias y no habituales que se obtienen de una vez”, por ello “no puede conceptuarse como fruto el beneficio que la ocupación (copropietario de un inmueble sujeto al usufructo de la mitad) le proporciona por el hecho de poder desarrollar su actividad profesional en ese soporte físico que en parte le pertenece”, no tiene derecho el viudo a una parte de los rendimientos de la actividad que desarrolla.

**B. Liquidación de frutos.** En lo que hace a la liquidación de los frutos, tanto al comienzo como al final del usufructo, así como en relación a los gastos de producción, se tiene en cuenta para su cálculo el tiempo respectivo de posesión: A la constitución o extinción del usufructo, la liquidación de los frutos naturales, industriales y civiles obtenidos durante el correspondiente período productivo se hará en proporción a la duración en él del respectivo derecho. La misma regla se regirá en cuanto a los gastos de producción (art. 293 CDFA).

**C. Gastos y mejoras.** El legislador aragonés, aun cuando no excluye la aplicación supletoria del Código civil, establece una regulación propia para esta materia atendiendo al contenido familiar del usufructo viudal aragonés.

Son a cargo del usufructuario los gastos de producción, conservación, mantenimiento y reparaciones ordinarias (art. 294.1 CDFA). Por reparaciones ordinarias hay que entender las que explicita el art. 500 Cc.

El usufructuario tiene derecho a que se le abonen los gastos necesarios y útiles que no sean de su cargo, pudiendo retener la cosa hasta que se le satisfagan. El nudo propietario podrá optar por satisfacer el importe de los gastos o abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa (art. 294.2 CDFA; S. APZ 14/02/2006). Respecto de los gastos de la comunidad de propietarios regulados en el art. 9 LPH, la SJPI 3/2/2015, declara que corresponde a los nudo propietarios, sin perjuicio de las acciones de repetición que procedan.

El viudo usufructuario no tiene derecho a los gastos de mero lujo o recreo, pero sí a retirarlos si la cosa no sufre deterioro, salvo que el nudo propietario prefiera abonar el importe de lo satisfecho (art. 294.3 CDFA; STSJA 12/02/1996).

**D. Reparaciones extraordinarias.** El art. 295 CDFA pone a cargo del viudo usufructuario las reparaciones extraordinarias de los bienes objeto de usufructo en el caso de que los nudo propietarios fueran descendientes suyos (art. 295.1 CDFA), en razón del carácter familiar de la viudedad. Si los nudo propietarios no fueran descendientes del viudo, las reparaciones extraordinarias serán a cargo de aquellos, teniendo el viudo usufructuario la obligación de darle aviso cuando fuera urgente la necesidad de hacerlas (art. 295.2 CDFA).

El último párr. 3 del art. 295 CDFA regula los derechos y obligaciones de cada una de las partes en función de quién efectúa las reparaciones extraordinarias siguiendo las mismas previsiones que para el usufructo en general establece el art. 502 Cc.

**E. Obligación de alimentos.** El carácter familiar de la viudedad pone a cargo del viudo usufructuario la obligación de alimentos en sentido amplio, como establece el art. 298 CDFA. La obligación de alimentos que establece este precepto es preferente a la que corresponde al sucesor del causante frente al legitimario de grado preferente, conforme al art. 515 del CDFA, al disponerlo así el art. 512.2 CDFA.

**F. Pago de tributos y seguros sobre los bienes objeto de usufructo.** El pago de los tributos que graven los bienes usufructuados será a cargo del viudo usufructuario (art. 296.1 CDFA), sin embargo, cuando los nudo pro-

pietarios no fueran descendientes del viudo, serán de cargo de aquéllos los tributos de carácter extraordinario (art. 296.2 CDFA); como, por ejemplo, las contribuciones especiales (art. 2 LGT). Señala BIESA que la clasificación ordinarios/extraordinarios implícita en el 296 puede salvarse, a falta de aclaración expresa, estimando ordinarios los de carácter periódico y extraordinarios los carentes de él. La extensión de la regla *pro ratio tempore* de liquidación de frutos (art. 293) parece extensible a esta materia a la constitución o extinción del usufructo.

El viudo usufructuario tiene la obligación de mantener y pagar las primas de los seguros que hubiera sobre los bienes usufructuados en vida del cónyuge difunto (art. 297.1 CDFA). Si los bienes no estuvieran asegurados al fallecimiento del cónyuge, no puede exigirse al viudo que los asegure. Los nudo propietarios podrán asegurar los bienes objeto de usufructo haciéndose cargo del pago de las primas (art. 297.2 CDFA).

Si estando el bien asegurado se produjera el siniestro, la indemnización corresponde al nudo propietario, que podrá invertirla en reparar, reconstruir o sustituir el bien, que seguirá sujeto al usufructo. De no hacerlo, se aplicará a la indemnización las reglas del usufructo de dinero (art. 297.3 CDFA).

## 19. Facultades de los nudo propietarios

**A. Posibilidad de intervención de los nudo propietarios.** Cuando los nudo propietarios estimen que de la administración y explotación de los bienes por el usufructuario se derivan grandes perjuicios para ellos, podrán acudir al Juez para que dicte las medidas oportunas, incluida la transformación del usufructo (art. 292 CDFA).

Con esta disposición se trata de conseguir una coordinación de los intereses y derechos de todas las partes afectadas. El precepto atiende, entre otros, a supuestos en los que el usufructo recaiga sobre explotaciones económicas en el sentido del art. 284 CDFA, si bien en este caso estaríamos ante bienes consorciales o bienes privativos sobre los que el propietario no hubiera establecido las previsiones del mencionado precepto.

**B. Transformación del usufructo.** La viudedad aragonesa es indisponible (arts. 273 y 290 CDFA), pero el viudo usufructuario y los nudo propietarios pueden pactar la transformación, modificación o extinción del usufructo como estimen oportuno (art. 291 CDFA). Con ello, se favorece una solución pactada para los casos en que el ejercicio ordinario del derecho de usufructo resulte poco deseable para las partes.

Como dice el Preámbulo, aun cuando en estos casos se pone de manifiesto que el viudo no juega su papel de continuador de la familia, “parece prudente no cerrar el camino a una solución paccionada de conflictos que en

la práctica se presentan con cierta frecuencia". La solución debe ser pactada, ya que no puede oponerse al viudo usufructuario la transformación del usufructo (Ss. APZ 21/5/1997; 2/2/1998 y 9/12/2003).

**C. Bienes que pertenecían en copropiedad al cónyuge premuerto: Derechos de las partes y valoración del usufructo.** No es algo extraordinario que los bienes sobre los que recae el usufructo del viudo pertenezcan a diversas personas. Por ejemplo, la vivienda familiar que pertenece en propiedad al cónyuge premuerto y a dos hermanos suyos porque la heredaron de sus padres, o los hijos de un primer matrimonio; o bien un piso en copropiedad del cónyuge premuerto y su hermano donde ambos ejercen una actividad profesional (vgr. la abogacía).

Se plante en estos casos a qué tienen derecho y desde cuándo cada una de las partes implicadas: el viudo y los copropietarios.

A estas cuestiones ha atendido el TSJA en sendas sentencias: 8/3/2005 y 5/12/2019, señalando que en estos casos pueden ser de aplicación supletoriamente las normas del Cc. sobre la comunidad de bienes, aun cuando sobre la cosa concurren derechos heterogéneos como lo es la propiedad y el usufructo, no siendo posible el ejercicio de un derecho solidario sobre la misma. Por ello, afirma el TSJA, siguiendo la doctrina forense y académica que interpreta el art. 394 Cc., que quien use en exclusiva el inmueble deberá indemnizar al resto, pero que este derecho solo nace desde el momento en el que el mismo se reclama.

Esta doctrina la establece la Sala en el supuesto en el que la usufructuaria, casada en segundas nupcias, le había correspondido, tras el fallecimiento de su esposo, el usufructo del 25%; el 75% restante, en pleno dominio y la nuda propiedad del 25%, les correspondía a los hijos que el difunto tuvo en primeras nupcias. La viuda continuó ocupando el piso que constituyó la vivienda familiar. Los hijos del difunto reclamaron el uso conjunto del piso, pretensión que les fue denegada, pero también una compensación por el uso exclusivo del inmueble por parte de la viuda, que sí les fue reconocida y se valoró en función de la cuota de participación de éstos en el inmueble (STSJA 8/3/2005).

Similar razonamiento ofrece la STSJA 5/12/2019 en un caso en el que el difunto era copropietario de un inmueble en el que, junto a su hermano, ejercía la abogacía. En este caso, la viuda, usufructuaria de la mitad del inmueble en el que su cuñado seguía ejerciendo la profesión pretendía percibir como renta parte de los rendimientos del trabajo de su cuñado o que se abonase una renta desde la muerte de su esposo por el uso del inmueble, afirmando la Sala que "el usufructo viudal le atribuía la posesión del piso desde el momento del fallecimiento del cónyuge pero, dado que no era poseído físicamente por ella sino por D. Arcadio [su cuñado], traduce la recurrente tal posesión en el derecho a la percepción de sus frutos como derecho al valor de uso de la parte que le correspondía. Pero se tendría el derecho a los frutos si la cosa objeto de usufructo estuviera produciendo frutos, propiamente. En aquel momento y en la situación entonces existente, el piso, o más propiamente la mitad del piso cuyo usufructo le correspondía, no producía frutos, aunque el uso del mismo por parte del copropietario le permitiera a él, como base física de su despacho profesional, la rentabilización de tal actividad. Piénsese en la muy diferente situación en la que el piso se encontrara arrendado, en cuyo caso la mitad de la renta correspondería a la usufructuaria desde el fallecimiento del cónyuge, sin necesidad

de reclamación para determinar el momento de inicio de su derecho de crédito. (...). Establecida la imposibilidad del uso solidario entre las partes, y aceptado inicialmente por las recurrentes el de quien seguía ocupando el piso, resultaba adecuada la compensación por el valor de uso de su participación, pero no desde el momento del fallecimiento del esposo de la usufructuaria, dada la posesión material y con título del bien por el copropietario, sino desde el momento de su reclamación". Confirmando la Sala la sentencia de la APZ (25/6/2019) que condena al cuñado a pagar al viuda una renta, pero desde la fecha de la reclamación y no desde la muerte del causante.

## 20. Usufructos especiales de dinero y de fondos de inversión

Estos usufructos especiales, según afirma el Preámbulo, "atienden a problemas que se plantean con gran frecuencia", su regulación trata de ofrecer soluciones que ya se propiciaban en la práctica, y que desde 2003 acoge el Código.

**A. Usufructo de dinero.** El usufructo de dinero se configura como un cuasiusufructo, de manera que el viudo, si quiere, podrá disponer del capital con la obligación de restituir su valor actualizado a la extinción del usufructo.

El art. 299 CDFa comienza afirmando que *el viudo tiene derecho a los intereses que produzca el dinero*. Este derecho no es más que una consecuencia del derecho real de goce y disfrute que proporciona la viudedad al cónyuge superviviente. Ahora bien, siendo el dinero un bien consumible, el usufructuario podrá disponer de todo o parte del mismo. *En este caso el viudo o sus herederos habrán de restituir al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto*. No opera la subrogación real: el viudo o sus herederos deberán reponer el dinero dispuesto y no, en su caso, los bienes adquiridos con el mismo.

Como ya ha señalado la doctrina, el caso más generalizado de extinción del usufructo será la muerte del cónyuge superviviente, de manera que el dinero dispuesto deberá ser restituido por los herederos de éste, que en la mayor parte de los supuestos serán los herederos de ambos cónyuges, lo que producirá la extinción de la deuda por confusión.

**B. Usufructo de fondos de inversión.** El legislador ha atendido también a estos nuevos productos financieros considerando que la plusvalía ha de ser tratada como si constituyera un beneficio o renta y, por lo tanto, quedar a favor del viudo usufructuario.

Como señala el párr. 2 del art. 300 CDFa, *la facultad de exigir el reembolso corresponde al nudo propietario*; ello, como afirma BIESA HERNÁNDEZ, es consecuencia de la titularidad de las participaciones. Por lo tanto, mientras no ejercite ese derecho, el viudo no percibe rendimientos. Para evitarlo, el art. 300 da la posibilidad al viudo de disponer con periodicidad anual de aquellas

participaciones del fondo que sean equivalentes al importe que le corresponde conforme al apartado anterior, haciendo suya definitivamente la cantidad así obtenida. Como afirma BIESA HERNÁNDEZ esta facultad es potestativa del viudo pero obligatoria para el nudo propietario.

Por último, el párr. 3 del art. 300 se refiere al destino que deba tener el reembolso una vez efectuado: *Obtenido el reembolso por el nudo propietario y a falta de acuerdo con el usufructuario para la reinversión, se aplicarán, desde ese momento, las reglas del usufructo de dinero a la parte de importe obtenido que no corresponda al viudo.* El reembolso del fondo no supone la extinción del usufructo, la diferencia positiva, a la que se refiere el párr. 1 del art. 300, es propiedad del viudo, y el resto sigue sujeto a usufructo, bien a través de la reinversión en nuevos productos financieros, para lo que han de ponerse de acuerdo nudo propietario y usufructuario, bien, a falta de acuerdo, por la aplicación de las previsiones del art. 299 sobre el usufructo de dinero.

## 21. Extinción del usufructo viudal

El art. 301 CDFA regula de forma diferenciada la extinción de la viudedad en su fase de usufructo, referida entonces a todos los bienes que el mismo comprende, y posibilidad de extinción del usufructo sobre bienes concretos. El Preámbulo afirma que no se introduce en esta regulación otra novedad que la aclaración de la admisibilidad de la disposición en contrario respecto de la causa consistente en llevar el viudo vida marital estable.

**A. Causas de extinción del usufructo viudal. Se extingue el usufructo de viudedad:**

a) *Por muerte del usufructuario.* Consecuencia lógica del carácter personalísimo y vitalicio de este derecho.

b) *Por renuncia explícita que conste en escritura pública.* (SAPH 30/7/1998).

c) *Por nuevo matrimonio del viudo o por llevar el cónyuge vida marital estable, salvo pacto de los cónyuges o disposición del premuerto en contrario.* “Se considera que vivir maritalmente es vivir con afectión conyugal, juntamente con las notas de publicidad y estabilidad o permanencia de manera que se forme un fondo común para el mantenimiento de esa relación. Corresponde la prueba a quien invoca esta causa de extinción” (SAPZ 04/10/2004).

d) *Por corromper o abandonar a los hijos.* Los hijos a los que se refiere el precepto son los del cónyuge premuerto, sean o no comunes.

e) *Por incumplir el usufructuario con negligencia grave o malicia, las obligaciones inherentes al disfrute de la viudedad, salvo lo dispuesto sobre negligencia en la formalización del inventario.* La razón de esta causa de extinción se halla en el carácter familiar de la viudedad que impone más cargas que en el usufructo

ordinario. Para que se produzca la extinción será preciso probar el incumplimiento y además la negligencia grave o la malicia (STSJA 27/09/2002). La negligencia leve no es causa de extinción, si bien podría dar lugar a la previsión del art. 291 CDFa (S.APZ 09/12/2003).

f) *Por no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge.* Para la operatividad del precepto se ha de exigir una total conducta omisiva por parte del viudo y que no reclame la tenencia o posesión material de los objetos de la viudedad durante veinte años (STSJA 21/12/2005). El plazo de los veinte años habrá que entenderlo como de caducidad.

**B. Extinción del usufructo sobre bienes determinados.** El legislador aragonés recoge las siguientes causas que liberan al bien de la carga del usufructo sin que opere la extinción de la viudedad sobre el resto de los bienes.

Se extingue el usufructo sobre bienes determinados:

a) *Por renuncia expresa, que requiere para su validez escritura pública, a menos que se otorgue en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien.* Se sigue aquí la flexibilización en cuanto a la forma ya introducida en materia de expectante (art. 280.1.a CDFa). Por consiguiente, si a la enajenación del bien concurren nudo propietarios y viudo usufructuario, no será necesaria la forma pública para que el viudo renuncie a su usufructo, siendo bastante la forma válida requerida para la enajenación del bien. La SAP Barcelona 23 de marzo de 1994, confirmada por la STS 20/2/1998 anulan una renuncia al usufructo de un bien concreto alegando fraude de ley.

b) *Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona.* Serán los supuestos de consolidación o reunión del usufructo y la propiedad de bienes concretos en la persona del viudo.

c) *Por la pérdida total de la cosa objeto de usufructo.* Si la misma estuviera asegurada habría que atender a las previsiones del art. 297 CDFa (STSJA 10/6/2010).

**C. ¿Otras causas de extinción?** El derogado art. 86 Comp. en su pár. 2 establecía que “en lo no previsto en este artículo o en el 78 se aplicarán los artículos 513 y siguientes del Código civil. Estos mismos preceptos regirán la extinción del usufructo sobre bienes determinados”. Ahora el legislador aragonés no menciona al Código civil, por lo que cabe pensar si acaso no hay otras causas de extinción que no sean las que expresamente recoge ahora el art. 301 y concordantes del Código del Derecho foral de Aragón.

A mi juicio, sigue habiendo otras causas de extinción del usufructo viudal deducidas tanto de la ley aragonesa (vgr. renuncia a la viudedad en capítulos matrimoniales) como del Código civil, aplicable supletoriamente (art. 1.2 CDFa).

Respecto de las causas de extinción del usufructo sobre bienes determinados pueden resultar aplicables las siguientes causas: a) Vencimiento del término o de la condición resolutoria. b) Por resolución del derecho de propiedad de los nudo propietarios sobre algún bien concreto, pero ello solo si tal resolución implica que la propiedad del bien no llegó a pertenecer, constante matrimonio al cónyuge premuerto o si, en otro caso, la causa de resolución se refiere o afecta al dominio que este tuvo y transmitió a aquéllos y es oponible al viudo.

## 22. Posesión de los propietarios

Extinguido el usufructo viudal se extinguen, lógicamente, las relaciones entre el viudo usufructuario y los nudo propietarios dependientes de aquél, que pasan a tener la plena propiedad de los bienes. La transmisión de la posesión de los bienes usufructuados a los propietarios se produce por ministerio de la ley en el instante mismo de la extinción del usufructo.

El Código foral les atribuye la posesión civilísima, de manera que los propietarios pueden ingresar en la tenencia material de los bienes que les pertenezcan por sí y sin necesidad de cumplir ningún requisito ni obtener la aquiescencia de nadie (art. 302 CDFA, que se remite al procedimiento de entrar en posesión de los bienes previsto para los herederos).

**BIBLIOGRAFÍA:** BARRIO GALLARDO, Aurelio (2008): "Derecho expectante de viudedad e incumplimiento en materia de contratación inmobiliaria", *RDCA*, XIV, pp. 87 a 100; BAYOD LÓPEZ, Carmen (2019): "La viudedad" *Lecciones de Derecho civil: familia*, (Serrano y Bayod) ed. Kronos, Zaragoza, 326 a 362; (2017): "Puntos de conexión y normas de conflicto", en *Derecho civil aragonés*, (Director: Manuel Bellido Aspas), pp. 43-69; (2009): «Situación jurídica del cónyuge viudo en Derecho español. Especial consideración a la situación del viudo en Aragón: ¿un modelo a exportar?», en *Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio* (Dirs.: D. Álvarez García y F. Zubiri de Salinas), *Manual de Formación continua* núm. 47/2008, Consejo General del poder Judicial, Madrid, pp. 203-466; (2009-2): "La existencia o no de viudedad a favor del cónyuge supérstite del bínubo premuerto sobre los bienes que éste recibió de su primer consorte y de los que no dispuso por ningún título (art. 108 Comp. y arts. 80-3, 104-3 y 216 Lsuc), *RDCA-XV*, pp. 223 a 247; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena (2004): "La viudedad aragonesa según la Ley de 12 de febrero de 2003", en *Libro Homenaje a Albaladejo*; (2005): "La naturaleza de la viudedad aragonesa. Extinción del derecho expectante que recae sobre muebles", en *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 139-146; BIESA HERNÁNDEZ, María (2020): "La viudedad" en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, ed. Tiran lo Blanch, pp.; (2018): "Comentarios a los artículos 271 a 302 CDFA" en *Código del Derecho foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, pp. 449-502; (2004): "Usufructo de fondos de inversión en la Ley aragonesa 2/2003 de 13 de febrero", en *RDCA*, 2003-2004; *Las causas de extinción del derecho expectante de viudedad en la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial y viudedad*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009; CALATAYUD SIERRA, Adolfo (2016): *El Derecho*



*expectante de viudedad. Su necesaria reconsideración*, Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia, Zaragoza; CALDUCH GARGALLO, Manuel (2006): *Las causas de extinción del Derecho de viudedad en el Derecho civil aragonés*, ed. Institución «Fernando el Católico», Zaragoza; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús (1995): “Comentario al art. 16.2 C.c.”, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por Díaz Alabart y Albaladejo, T. I, vol. 2º, segunda edición, Edersa, Madrid, pp. 1283 y ss.; HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, (2002): “El usufructo de dinero (Comentario al art. 117 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad)”, en *RDCA-VII-VIII*, pp. 227-232; LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio (2005): «Extinción del derecho expectante de viudedad», en *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, pp. 131-138; LERMA RODRIGO, Carmen (2005): «El derecho expectante de viudedad» (desde el punto de vista registral), en *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, pp. 147-153.; MARTÍNEZ LASIERRA, Ignacio (2017): “La viudedad. Derecho expectante y usufructo”, en *Derecho civil aragonés* Director: Manuel Bellido Aspas, ed. CGPJ, pp. 280-301; MEDRANO SÁNCHEZ, Juan (2004); “Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón, en *Actas de los Decimoterceros Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, pp. 9-68; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (2008): «Extensión subjetiva (peligrosa) del derecho de viudedad aragonés», en *VV.AA.: Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*. Coordinadores: J. M. De la Cuesta Sáez, Victor Manuel Garrido de Palma, Rafael Gomez-Ferrer Sapiña y Carlos Batiré Fuenzalida. Colegios Notariales de España, Madrid, pp. 1057-1070; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, BIESA HERNÁNDEZ, María y ESCUDERO RANERA, Pablo (2009): «Usufructos de viudedad especiales en el Derecho civil aragonés», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. El Justicia de Aragón*, Zaragoza, pp. 187-270; MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (2017): “Renuncia y recuperacion del derecho de viudedad aragonés” en *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, págs-121-151; Zaragoza; MERINO HERNÁNDEZ, José Luís (coordinador), en (2007): *Manual de Derecho matrimonial aragonés*, (2011): *Memento Experto Derecho Foral de Aragón*, Lefebvre, 2011; PARRA LUCAN, María Ángeles (2011): “La viudedad aragonesa”, en *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. II, dirigido por María del Carmen Gete –Alonso y Calera y coordinado por Judith Solé Resina, ed. Thomson Reuters y Civitas, Pamplona, pp. 2244-2297; PÉREZ MILLA, José Javier (2019): *El espacio de Derecho europeo interregional tras los Reglamentos de la Unión Europea sobre familia y sucesiones mortis causa*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza.



## §17. PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

Aurora LÓPEZ AZCONA  
Profesora Titular de Derecho civil

### 1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable

*A. Pluralidad de regímenes civiles españoles.* En 1999 las Cortes de Aragón aprobaron la Ley relativa a parejas estables no casadas, a iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista. Esta Ley se enmarca en un momento temporal (última década del siglo XX y primera década del siglo XXI) en que, ante la proliferación de las parejas de hecho y a falta de una normativa estatal de alcance general, las Comunidades Autónomas aprobaron una serie de leyes al objeto de atribuirles ciertos efectos jurídicos, por orden cronológico: Ley catalana 10/1998 de uniones estables de pareja (sustituida por los arts. 234-1 a 234-14 CcC), Ley aragonesa 6/1999 relativa a parejas estables no casadas (sustituida por los arts. 303 a 315 CDFa), Ley foral 6/2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables (declarada parcialmente inconstitucional por la STC 93/2013, de 23 abril), Ley 18/2001 de parejas estables de las Islas Baleares, Ley 11/2001 de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid (declarada parcialmente inconstitucional por la STC 81/2013, de 11 de abril), Ley del Principado de Asturias 4/2002 de parejas estables, Ley 5/2002 de parejas de hecho de Andalucía, Ley 5/2003 para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, Ley 5/2003 de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, Ley 2/2003 reguladora de las parejas de hecho del País Vasco, Ley 1/2005 de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria y Ley 5/2012 de uniones de hecho formalizadas en la Comunidad Valenciana (declarada parcialmente inconstitucional por la STC 110/2016, de 9 de junio). Entre estas leyes existen importantes diferencias de regulación tanto en orden a los requisitos y las vías de constitución de las parejas como a los efectos jurídicos que les reconocen una vez debidamente formalizadas. Así, en cuanto a su constitución, si bien algunas leyes (ley catalana, aragonesa y navarra) contemplan como posibles vías alternativas la convivencia y la formalización en escritura pública, la mayoría atribuyen eficacia constitutiva a la inscripción en el correspondiente Registro (leyes balear, madrileña, asturiana, andaluza, extremeña, vasca, cántabra y valenciana), lo que resulta cuestionable desde una perspectiva constitucional en el caso de atribuirles efectos civiles. Tampoco existe una solución normativa uniforme respecto a los efectos civiles que se atribuyen *ex lege* y, por ende, en defecto de pacto a las parejas constituidas legalmente. Así, en el Derecho civil aragonés se ha adoptado una posición moderada, en cuanto la Ley 6/1999 contempla unos efectos limitados tanto durante la vigencia de la convivencia como en caso de extinción ya sea en vida o por causa de muerte, mientras que los restantes Derechos civiles territoriales han optado por la equiparación con el matrimonio (LDCG a todos los efectos y CcC, LDCPV, Ley balear 18/2001 y las declaradas inconstitucionales Ley foral 6/2000 y Ley valenciana 5/2012 exclusivamente a efectos sucesorios), lo que no deja de ser discutible a la luz del art. 149.1.8ª CE y del principio de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 CE.

Esta opción legislativa autonómica contrasta con la posición del Ordenamiento jurídico estatal, donde las parejas de hecho constituyen una realidad social cuya integración en el orden jurídico está resuelta a fecha de hoy de modo fragmentario (p.e. arts. 101.1,

175.4, y 320.1º Cc y arts. 12 y 16.1 LAU). Ante esta regulación estatal incompleta, el Tribunal Supremo ha elaborado progresivamente una profusa doctrina dirigida a dar respuesta fundamentalmente a las numerosas reclamaciones formuladas entre ex convivientes tras la ruptura de la pareja. Así las cosas, a la hora de resolver este tipo de disputas, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación analógica de la liquidación de la sociedad de gananciales a la disolución de las parejas de hecho con base en dos argumentos: de una parte, la falta de igualdad entre el matrimonio y la unión extramatrimonial; y, de otra, el respeto a la libertad de los convivientes. De igual modo, el Tribunal Supremo no presume que surja una suerte de comunidad o confusión de patrimonios por el mero hecho de que se constituya una pareja de hecho, sino, por el contrario, la existencia de plena independencia económica entre los convivientes que sólo puede desvirtuarse cuando se acredite la adopción de un pacto expreso o tácito que revele su voluntad de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos durante la convivencia. Ahora bien, ello no significa que las parejas de hecho no puedan desplegar ciertos efectos jurídico-civiles, cuya legitimidad ha buscado el Tribunal Supremo mayoritariamente en los principios de enriquecimiento injusto y de protección al conviviente menos favorecido. De igual modo, el Tribunal Supremo ha negado la extensión a las parejas de hecho de los derechos sucesorios que el Cc reconoce al cónyuge viudo (LÓPEZ AZCONA).

**B. Ley aplicable.** En ausencia de norma de conflicto estatal, la legislación aragonesa sobre parejas de hecho ha optado de modo muy prudente (entiendo que a fin de respetar la competencia exclusiva del Estado en material de resolución de conflictos de leyes *ex art. 149.1.8ª CE*) por renunciar a delimitar su ámbito de aplicación. Ante este silencio normativo, la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón en su Dictamen 86/1999, de 26 octubre optó por circunscribir la aplicación de la Ley 6/1999 a las parejas con vecindad civil aragonesa (criterio confirmado posteriormente por MARTÍNEZ VIAMONTE y ALONSO PÉREZ).

## 2. Regulación de las parejas de hecho en Aragón

En el contexto legislativo y jurisprudencial expuesto, la Ley 6/1999 relativa a parejas estables no casadas concedió a los particulares un amplio ámbito de autonomía para articular su régimen de convivencia y, en su caso, los efectos de su extinción, sin otros límites que los derivados del principio *standum est chartae* (art. 5.1). En defecto de pacto entre los convivientes, se les atribuyó *ex lege* unos mínimos derechos y deberes de índole patrimonial tanto durante la convivencia como tras su extinción. En particular, como efectos patrimoniales derivados de la convivencia, el art. 5.3 y 4 impuso a los miembros de la pareja el deber recíproco de contribuir a los gastos comunes; a la par que les reconoció el derecho a conservar la propiedad, administración y disfrute de sus bienes. Para el caso de extinción de la pareja, la Ley aragonesa previó diferentes efectos patrimoniales, según aquella se produjese o no por causa de muerte. Así, en caso de extinción en vida, su art. 7 reconoció a los miembros de la pareja, de una parte, una compensación económica dirigida a compensar el enriquecimiento injusto generado durante la convivencia (art. 7.1); y, de otra, una pensión periódica al ex conviviente que la necesitase

para su sustento cuando el cuidado de los hijos comunes le impidiese o dificultase seriamente la realización de actividades laborales (art. 7.2). De extinguirse la pareja por el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, su art. 8 optó por restringir los derechos del supérstite a la propiedad del ajuar doméstico y a residir gratuitamente en la vivienda habitual durante un año. Junto a los referidos efectos patrimoniales, la Ley aragonesa hizo derivar otros efectos jurídico-civiles de la constitución de una pareja estable no casada sin pretender en modo alguno su equiparación indiscriminada a los matrimonios, lo que parece muy razonable so pena de vulnerar la competencia estatal exclusiva en materia de “relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio” *ex* art. 149.1.8ª CE. Por lo demás, la Ley 6/1999 articuló un sistema mixto de constitución de la pareja estable no casada (la escritura pública y la convivencia marital durante dos años ininterrumpidos), sin que fuese relevante a tales efectos la inscripción en el Registro de parejas estables no casadas del Gobierno de Aragón (arts. 2 y 3). Junto a ello, se incorporaron una serie de requisitos de índole personal, así como una suerte de impedimentos para constituir una pareja estable no casada (arts. 3 y 4).

Ulteriormente, la Ley de parejas estables no casadas ha sido objeto de dos modificaciones parciales. Primero, por la Ley 2/2004, de 3 de mayo, al objeto de extender la facultad de adoptar conjuntamente a las parejas homosexuales. Más tarde, por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, respecto a los efectos de su extinción en vida para unificarlos con los de la ruptura matrimonial siempre que haya hijos a cargo, hasta entonces no regulados. Ocurre, sin embargo, que tras la aprobación de la Ley 2/2010, en lo que atañe a las posibles atribuciones económicas a reconocer, en su caso, a uno de los miembros de la pareja, se ha generado una duplicidad normativa entre, de una parte, la Ley de parejas estables no casadas que pasó a circunscribir la compensación económica a las parejas constituidas como tales y sin hijos comunes; y, de otra, la Ley 2/2010 que suprimió la pensión periódica del art. 7.2 Ley 6/1999 y, en su lugar, introdujo la asignación compensatoria referida a cualquier ruptura de la convivencia (matrimonial o no, y ésta última no necesariamente constituida como pareja estable no casada) con hijos comunes a cargo; discordancia que en 2011 no fue corregida al refundir ambas leyes en el CDFA, lo que plantea no pocos problemas interpretativos en la práctica.

En la actualidad la regulación de las parejas estables no casadas se recoge fundamentalmente en el Título VI del Libro II del CDFA (arts. 303 a 315), sin perjuicio de otras previsiones en diferentes sedes normativas, en especial en la Sección 3ª del Capítulo II del Título II del Libro I (arts. 75 a 84), relativa a los efectos de la ruptura de la convivencia, ya sea matrimonial o no, de los progenitores con hijos a cargo.

### 3. Concepto y requisitos

El Título VI del Libro II del CDFA se inicia con la noción legal de las parejas estables no casadas que ofrece el art. 303, precepto según el cual “se consideran parejas estables no casadas las formadas por personas mayores de edad entre las que exista relación de afectividad análoga a la conyugal y que cumplan los requisitos y formalidades que se establezcan en este Código”. Del precepto transcrito cabe deducir *a priori* algo tan obvio como que una pareja de hecho o unión extramatrimonial tendrá la consideración de pareja estable no casada a efectos legales, siempre que cumpla los requisitos y formalidades previstos en el CDFA.

El primer dato a tener en cuenta es el tipo de relación afectiva que ha de caracterizar a la pareja estable, de tal manera que, en atención al propio art. 303, debe entenderse por tal aquella constituida por dos personas, de igual o diferente sexo, unidas por una relación de afectividad análoga a la matrimonial. Con este requisito se pretende excluir del concepto de pareja estable no casada las relaciones de prestación de servicios (SSAPZ 01/03/2000 y 12/12/2003), así como las sentimentales cuando no haya convivencia (SAPH 18/04/2005).

Junto a ello, debe advertirse de la necesidad de que ambos convivientes sean mayores de edad. Quedan excluidos, por consiguiente, los menores de edad, estén o no emancipados, salvo que hayan contraído matrimonio previamente, en cuyo caso tendrán la condición de mayores de edad *ex art.* 4.1.b CDFA. De esta forma, la legislación aragonesa fija una edad superior a la de contraer matrimonio, toda vez que el art. 46.1° Cc lo permite a menores emancipados.

Asimismo, el CDFA incorpora una suerte de impedimentos, lo que supone una traslación (no sin variantes) a las uniones extramatrimoniales del régimen matrimonial contemplado en los arts. 46 ss Cc. Así, en su art. 305 señala como prohibiciones para constituir una pareja estable no casada, de una parte, la existencia de vínculo matrimonial (aunque haya separación legal o de hecho: STSJA 20/06/2005) o de pareja estable con otra persona (con los consiguientes problemas de prueba cuando se haya constituido en virtud de la mera convivencia, ALONSO PÉREZ); y, de otra, la existencia de parentesco consanguíneo o adoptivo en línea recta sin límite de grado y en línea colateral hasta segundo grado.

El CDFA no contiene, sin embargo, ninguna norma relativa a la capacidad de los convivientes, lo que constituye una importante laguna legal. En todo caso, a mi juicio, será necesaria como mínimo la capacidad de querer y entender cuando se formalice la escritura de constitución de la pareja. Igualmente, considero que sin esta capacidad mínima será difícil admitir la existencia de una convivencia equivalente a la matrimonial.

#### 4. Vías de constitución

El art. 305.1 CDFA contempla dos vías de constitución de las parejas estables no casadas: una de índole fáctico, consistente en la convivencia marital (estable y permanente: SAPZ 07/03/2002) durante un periodo ininterrumpido mínimo de dos años; y otra formal que se traduce en el otorgamiento de una escritura pública en la que se haga constar la voluntad de constituir la, sin necesidad de previa convivencia y con la prohibición de someter a la pareja a término o condición (art. 307.2 CDFA).

La prueba de la convivencia marital podrá verificarse por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho, en especial, mediante acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia (art. 305.2).

Por lo demás, el 304 CDFA contempla la posible inscripción de la pareja estable no casada en el Registro de parejas estables no casadas del Gobierno de Aragón, creado por el Decreto 2003/1999, de 3 de noviembre. Ahora bien, según clarifica dicho precepto (a interpretar conjuntamente con el art. 315 CDFA y el art. 1.2 Decreto 2003/1999), el acceso de las parejas a este Registro administrativo constituye un presupuesto para aplicar a sus miembros los derechos y las obligaciones reconocidos a los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho Público que no tenga carácter tributario. No así, en cambio, para la constitución de la pareja estable ni para que surta efectos jurídico-civiles (SAPH 12/02/2016 y SEOANE PRADO). A partir de ahí, pueden existir parejas constituidas con reconocimiento de efectos civiles no inscritas en el Registro administrativo, pero, en cambio, no puede haber parejas inscritas que no estén constituidas conforme el CDFA, desde el momento en que el art. 3 Decreto 2003/1999 exige para la inscripción registral bien presentar la escritura pública de constitución bien acreditar la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años (ALONSO PÉREZ).

#### 5. Régimen de convivencia

*A. El convenio de convivencia.* El art. 307 CDFA faculta a los convivientes para fijar de mutuo acuerdo las reglas por las que habrán de regirse sus relaciones durante la convivencia, en virtud del convenio de convivencia.

Este convenio podrá formalizarse bien de modo simultáneo a la constitución de la pareja, bien después o antes de constituirse, en cuyo caso su eficacia quedará supeditada a su debida constitución (ALONSO PÉREZ). En cualquier caso, el convenio debe constar en escritura pública como requisito de validez, lo que lo convierte en un negocio formal o solemne (art. 307.1).

Sus estipulaciones pueden ser muy variadas, tanto de índole personal como patrimonial, y no sólo atinentes a los miembros de la pareja, sino también a su descendencia, ya que se rige por el principio de libertad de pactos

(art. 307.1). De este modo, el convenio de convivencia se configura como una especie de capitulaciones matrimoniales. De hecho, el art. 308 CDFa dispone que dicho convenio adquirirá el valor de capitulaciones matrimoniales en caso de que los miembros de la pareja contraigan matrimonio, si así lo han acordado. Con todo, la autonomía de la voluntad de los convivientes está sujeta ciertos límites. Así, el art. 307.1 prevé que el convenio no podrá perjudicar a los derechos o dignidad de los otorgantes ni vulnerar las “normas imperativas aplicables en Aragón”.

**B. Régimen legal supletorio.** Para el caso de que los miembros de la pareja estable no hayan otorgado el convenio de convivencia, el CDFa establece unos mínimos derechos y deberes de índole patrimonial.

En primer lugar, el art. 307.3, 1ª parte, impone a los convivientes el deber de contribuir a los gastos comunes en proporción a sus ingresos y, subsidiariamente, a sus patrimonios. El mismo precepto en su ap. 4º califica de gastos comunes a aquellos necesarios para el mantenimiento de la pareja y de sus hijos comunes o no que convivan con ellos, lo que incluye los alimentos, la educación, la asistencia médico-sanitaria y la vivienda. De las deudas contraídas para estos gastos responden solidariamente los miembros de la pareja, “siempre que se adecúen a los usos sociales”, expresión esta que deja un gran margen de indeterminación. De no ser así, la responsabilidad será exclusivamente del conviviente que haya contraído la deuda (art. 307.4).

En segundo término, el art. 307.3, 2ª parte, reconoce a los convivientes el derecho a conservar la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes. De ello resulta que las parejas estables que no hayan pactado expresa o tácitamente un régimen de comunidad para regular sus relaciones económicas se rigen por la regla de la separación absoluta de patrimonios (SSAPZ 21/11/2008 y 21/02/2017 y SEOANE PRADO). Por consiguiente, los bienes que cada miembro de la pareja adquiera durante la convivencia tendrán la condición de propios.

## 6. Otros efectos legales de la convivencia

Junto a los efectos patrimoniales regulados en el art. 307, el CDFa hace derivar otros efectos jurídico-civiles de la constitución de una pareja estable no casada, que contempla tanto en el Título VI del Libro II como en otras sedes normativas. Así, en sede de parejas estables no casadas, de una parte, el art. 312 les reconoce el derecho a adoptar conjuntamente, ya sean parejas del mismo o de diferente sexo; y, de otra, el art. 313 impone a sus miembros el deber recíproco de prestarse alimentos con preferencia a cualquier otra persona legalmente obligada. En sede de ausencia, los arts. 46.a. y 49 atribuyen respectivamente al miembro presente de la pareja estable el primer puesto en el orden de preferencia a tener en cuenta por el Juez al designar al defen-



sor del desaparecido y al representante del declarado ausente. Y en sede de relaciones tutelares, el art. 116.1.a. equipara la pareja estable al matrimonio a efectos de la delación dativa. Por lo demás, las uniones extramatrimoniales, tengan o no la condición de parejas estables no casadas, podrán otorgar pactos sucesorios, testamento mancomunado y nombrarse recíprocamente fiduciarios, dada la amplitud con que regula estas instituciones el CDFa (arts. 395, 417.1 y 440).

La pareja estable no genera, sin embargo, a diferencia del matrimonio, vínculo de parentesco alguno entre cada uno de los miembros y los parientes del otro (art. 314); esto es, no hay parentesco por afinidad.

## 7. Causas de extinción

El art. 309.1 CDFa fija unas causas tasadas de extinción de la pareja estable no casada, que operan automáticamente, sin necesidad de declaración judicial alguna. Por consiguiente, sólo será necesario acudir a la autoridad judicial para reclamar los efectos de la extinción si existe desacuerdo entre los miembros de la pareja cuando se extinga en vida o entre el conviviente superviviente y los herederos del fallecido, en el caso de muerte de uno de sus integrantes. No obstante lo anterior, el art. 309.3 impone a los miembros de la pareja la obligación de dejar sin efecto, de modo conjunto o separado, la escritura pública otorgada en su caso. Si se hubiesen otorgado dos escrituras, la de constitución y la del convenio de convivencia, la obligación de dejar sin efecto la escritura deberá entenderse referida a ambas (ALONSO PÉREZ).

La pareja estable se extingue, en primer lugar, por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus miembros. Son causas de extinción en vida: 1ª. – El mutuo acuerdo de los convivientes, sin requisito adicional alguno; 2ª. – La decisión unilateral de uno de sus miembros, siempre que la notifique fehacientemente al otro (STSJA 02/12/2015); 3ª. – La separación de hecho durante un plazo superior a un año, ya sea de mutuo acuerdo o impuesta unilateralmente por uno de los convivientes; y 4ª. – El matrimonio de uno de sus miembros con un tercero.

No se menciona, sin embargo, como causa de extinción la constitución de una nueva pareja estable con un tercero, si bien el art. 305 al regular los impedimentos dispone que quienes constituyan una pareja estable no podrán formar parte de otra mientras la primera subsista. Lógicamente ello no podrá evitar que uno de los miembros de la pareja conviva maritalmente con otra persona, aunque no se le aplicarán las disposiciones del CDFa mientras no se extinga la primitiva unión por una de las causas previstas legalmente. Por añadidura, según dispone el art. 309.4, la nueva pareja no podrá formalizarse en escritura pública hasta que no transcurran seis meses desde que se haya dejado sin efecto la escritura de constitución de la pareja anterior.

## 8. Efectos de la extinción

*A. Efectos respecto de los convivientes.* a) *Efecto común a todas las causas de extinción.* Extinguida la pareja estable por cualquiera de las causas previstas legalmente, en atención a lo dispuesto en el art. 309.5 CDFA, se genera un efecto automático consistente en la revocación de los poderes que los convivientes se hayan podido otorgar recíprocamente.

b) *Efectos de la extinción en vida.* En relación a los efectos que genera la extinción en vida de la pareja respecto de sus miembros, el CDFA reconoce la validez de los pactos (ya sea el propio convenio de convivencia del art. 307 o el pacto de relaciones familiares del art. 77, MARTÍNEZ VIAMONTE) que éstos otorguen para regular los diferentes efectos de la ruptura, tales como la liquidación del patrimonio adquirido durante la convivencia, el reconocimiento de pensiones o indemnizaciones y la atribución del uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico.

En defecto de pacto, el CDFA reconoce a los convivientes unas prestaciones de índole patrimonial para el caso, asimismo, de ruptura en vida: la asignación compensatoria y la compensación económica.

La asignación compensatoria del art. 83 es de aplicación en las rupturas de la convivencia (matrimonial o no, y ésta última no necesariamente constituida como pareja estable no casada) con hijos comunes a cargo (SAPZ 29/12/2017 y SEOANE PRADO). Por ello, se analiza detenidamente en el § 18 dedicado a los efectos de la ruptura de los padres con hijos a su cargo. No obstante, interesa advertir aquí, al objeto de distinguirla de la compensación económica, que su finalidad radica en compensar el desequilibrio económico generado por la ruptura a uno de los convivientes (SAPZ 13/09/2016).

Por su parte, la compensación económica del art. 310 se circunscribe a las rupturas de las parejas estables no casadas sin hijos comunes (SAPZ 29/12/2017). Se trata de una prestación económica dirigida a compensar la situación de desequilibrio patrimonial producida entre los miembros de la pareja durante la convivencia que implique un enriquecimiento injusto, entendiéndose por tal el enriquecimiento sin causa justificada de uno de los convivientes y el correlativo empobrecimiento del otro unidos por relación de causa-efecto (SAPH 19/01/2011 y SEOANE PRADO). Por añadidura, tal enriquecimiento injusto ha de obedecer a unos presupuestos determinados. Así, en primer lugar, puede venir dado por el trabajo o dinero invertido por uno de los convivientes en la adquisición, conservación o mejora de los bienes del otro o comunes. En segundo término, el CDFA contempla la posibilidad de que la situación de enriquecimiento injusto obedezca al hecho de que uno de los convivientes se haya dedicado al cuidado del hogar o de los hijos del otro o haya colaborado en su actividad profesional sin retribución o con retribución insuficiente. En cualquier caso, la referida compensación sólo puede

reclamarse en el plazo de un año a contar desde la ruptura de la pareja (plazo de prescripción y, por tanto, susceptible de interrupción por las causas del art. 1973 Cc.: STSJA 02/12/2015) y, en todo caso, habrá de ponderarse en función de la duración de la convivencia (art. 390.2). En orden a su contenido, de acuerdo con la jurisprudencia (SAPZ 20/11/2007), podrá consistir en una suma a tanto alzado o una pensión periódica.

Asimismo, el CDFa contiene unas previsiones acerca del destino de la vivienda familiar y ajuar doméstico, si bien aplicables únicamente al supuesto en que la pareja tenga hijos a su cargo. En concreto, interesa el art. 81, en sede de efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo —a examinar en el § 18—, que regula las medidas que puede adoptar el Juez sobre este extremo en defecto de pacto de relaciones familiares. No se contempla, sin embargo, la posible atribución del uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico al miembro no titular en la hipótesis de parejas sin descendencia a su cargo. Con todo, con independencia de esta orfandad normativa, no cabe duda de que los ex convivientes podrán llegar a un acuerdo sobre el particular, de acuerdo con la posibilidad que tienen de pactar los efectos de su ruptura. Igualmente, en ausencia de pacto, se podrá reconocer el uso temporal de la vivienda familiar al conviviente más necesitado de protección (SAPZ 16/12/2003).

*c) Efectos en caso de extinción por fallecimiento de uno de los convivientes: Los derechos del supérstite.* En caso de que la pareja estable se haya extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus miembros, el CDFa no llama al supérstite a la sucesión legal (AAPZ 23/05/2006), sino que, en su lugar, le reconoce dos derechos muy limitados en su art. 311.

En primer lugar, la propiedad del ajuar doméstico, con exclusión de las joyas y los objetos artísticos de extraordinario valor y los bienes familiares del premuerto (art. 311.1), así como de los enseres personales del fallecido (SAPH 12/02/2016).

Complementariamente, según dispone el art. 311.2, el derecho a usar gratuitamente la vivienda habitual (cuya propiedad corresponda a ambos convivientes o al premuerto, ALONSO PÉREZ) durante el plazo de un año, a contar desde el fallecimiento del otro miembro de la pareja (SAPZ 30/03/2005).

Ello no obsta para que los convivientes hayan podido reconocerse recíprocamente algún derecho sucesorio (p.e. un legado de usufructo universal: STSJA 20/06/2005) ya sea en virtud de pacto sucesorio, testamento (incluido el mancomunado *ex* art. 417.1 CDFa) o fiducia sucesoria, con respeto, en todo caso, a los derechos de los legitimarios (art. 486 CDFa).

**B. Efectos respecto de los hijos comunes. Remisión.** Los efectos de la ruptura respecto de los hijos comunes se examinan en el § 18, dedicado a los efectos de la ruptura de las parejas con hijos comunes a cargo.

**BIBLIOGRAFÍA:** ALONSO PÉREZ, M.T. (2015): “Comentario a los arts. 303 a 315 CDFA”, en AA.VV., *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, ed. Gobierno de Aragón, pp. 487 a 500; DE VERDÁ BEHAMONTE, J.R. (2016): “¿Qué es lo que queda de las legislaciones autonómicas sobre las uniones de hecho?”, *Boletín IDIBE*; LÓPEZ AZCONA, A. (2002): *La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial*, ed. Aranzadi, Pamplona; (2004): “Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho”, en *Actas de los Duodécimos Encuentros del Foro Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 195 a 231; (2020): “De las parejas estables no casadas”, en AA.VV., *25 años de jurisprudencia aragonesa: El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1025-1064; MARTÍNEZ VIAMONTE, P. (2012): *Estudio del pacto de convivencia. Su contenido*, en *Actas de los Vigésimosegundos Encuentros del Foro Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 417 a 426; MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (1999): *Manual de las parejas estables no casadas*, ed. Librería General, Zaragoza; y SEOANE PRADO, J. (2012): “Los efectos jurídicos de las parejas estables en Aragón”, en *Actas de los Vigésimosegundos Encuentros del Foro Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 381 a 416.

## §18. EFECTOS DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA DE LOS PADRES CON HIJOS A CARGO

Aurora LÓPEZ AZCONA  
*Profesora Titular de Derecho civil*

### 1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable

*A. Pluralidad de regímenes civiles españoles.* Desde 2010 la Comunidad Autónoma de Aragón cuenta con un regimen jurídico específico sobre efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo. Fue entonces cuando las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, al objeto fundamentalmente de otorgar preferencia a la custodia compartida impuesta en los supuestos de ruptura de los progenitores y en defecto de pacto de relaciones familiares, por considerar esta modalidad de custodia la más acorde al interés de los hijos y la igualdad de los progenitores. Poco después, dicha Ley fue refundida con las restantes leyes civiles aragonesas aprobadas en el interin de 1999 a 2010 en el CDFa, manteniéndose así esta opción legislativa inalterada hasta 2019, año en que fue sustituida por otro regimen que no prioriza modalidad de custodia alguna.

Posteriormente, han sido varios los Derechos civiles territoriales que han dado entrada a la custodia compartida preferente, si bien de modo más matizado que el legislador aragonés, excepción hecha de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven que reprodujo la formula aragonesa y fue declarada inconstitucional por la STC 192/2016, de 16 de noviembre. Así, por lo que hace al Derecho catalán, art. 233-10.2 CcC preve que, en defecto de acuerdo, el Juez debe determinar el régimen de custodia, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales. Sin embargo, conforme al art. 233-8.1 CcC, podrá optar por la custodia individual si conviene más al interés del hijo por imposibilidad de ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales. Por su parte, la Ley vasca 7/2015, de 30 junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, si bien califica en su Preámbulo la custodia compartida de “régimen más adecuado”, no lleva esta declaración a sus últimas consecuencias, ya que en su art. 9.3 condiciona su atribución judicial a que lo solicite al menos uno de los progenitores y siempre que no resulte perjudicial para el interés de los menores. El Parlamento navarro renunció, no obstante, a fijar esta imposición legal a favor de la custodia compartida cuando aprobó la Ley foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de los padres para adoptar, en su lugar, el sistema de libre determinación judicial, en atención al interés superior de los hijos; régimen que se ha mantenido inalterado en la nueva redacción dada al art. 71 FNN por la Ley foral 21/2019, de 4 de abril. Por este ultimo regimen de custodia han optado las Cortes de Aragón en la última reforma parcial que han acometido del CDFa por la Ley 6/2019, de 21 de marzo, suprimiendo así la preferencia legal por la custodia compartida.

Un regimen de custodia distinto, en particular, el ya desfasado de custodia individual preferente y custodia compartida excepcional, mantiene todavía el Cc, según resulta de la lectura de su art. 92 tras la redacción de que fue objeto por la Ley 15/2005, de 8 de julio. No obstante, dicho precepto ha sido objeto de una relectura por parte de

la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS 29/04/2013, 30/10/2014, 15/07/2015, 30/05/2016, 07/03/2017, 06/04/2018 y 18/07/2019) para defender la tesis según la cual, más allá del tenor literal del art. 92 Cc, la custodia compartida debe contemplarse, no como una medida excepcional, sino como deseable y aconsejable, siempre y cuando sea acorde al interés de los hijos menores.

Ahora bien, como se ha indicado *ab initio*, el contenido de la normativa precitada va más allá del establecimiento del régimen de guarda y custodia de los hijos menores (MARTÍNEZ DE AGUIRRE) para regular los efectos en general de la ruptura de la convivencia tanto respecto de los hijos como en relación a los ex cónyuges. Es más, las leyes civiles territoriales han ido un paso más allá respecto del Cc estatal para regular los efectos de la ruptura de la convivencia no solo matrimonial sino también extramatrimonial. A partir de ahí, los diversos Derechos civiles españoles coinciden en atribuir preferencia a los acuerdos a los que puedan llegar los ex cónyuges o ex convivientes al respecto, bien directamente (art. 90 Cc, art. 77 CDFa, art. 233-2 CcC, art. 5 Ley vasca 7/2015 y ley 69 FNN) o a través de la mediación familiar (art. 770.7<sup>a</sup> LEC, art. 78 CDFa, art. 233-6 CcC, art. 6 Ley vasca 7/2015 y ley 70 FNN), siempre que sean aprobados por la autoridad judicial. Sólo en defecto de acuerdo o de no ser aprobado por el Juez, se da entrada a las medidas a fijar unilateralmente por el Juez al objeto de articular las futuras relaciones de los ex cónyuges o ex convivientes con sus hijos (Derechos navarro y vasco) y, adicionalmente, las relaciones entre los propios ex cónyuges o ex convivientes (Derechos estatal, aragonés y catalán), debiendo seguir al respecto las pautas fijadas por cada regulación respectiva. De este modo, todas las leyes civiles, estatal y territoriales, regulan, de modo más o menos coincidente, el régimen de uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico (art. 96 Cc, art. 81 CDFa, art. 233-20 a 233-25 CcC, art. 12 Ley vasca 7/2015 y ley 72 FNN) y la contribución de los progenitores a los alimentos debidos a los hijos (art. 93 Cc, art. 82 CDFa, arts. 233-8 y 236-17 CcC, art. 10 Ley vasca 7/2015 y ley 76 FNN). Junto a ello, los Derechos civiles estatal, aragonés y catalán reconocen una prestación compensatoria al ex cónyuge o, en su caso, ex conviviente más perjudicado por la ruptura (art. 97 Cc, art. 83 CDFa y arts. 233-14 a 233-19 CcC).

**B. Ley aplicable.** La legislación aragonesa sobre efectos de la ruptura de la convivencia ha optado por renunciar a delimitar su ámbito de aplicación, lo que parece muy razonable. Y es que, conforme a la jurisprudencia constitucional, la competencia exclusiva que el art. 149.1.8 CE confiere al Estado para dictar “normas para resolver los conflictos de leyes”, se extiende a las disposiciones destinadas a solventar los conflictos internos entre los distintos Ordenamientos civiles coexistentes en España, de tal modo que esta competencia está completamente vedada a las Comunidades Autónomas, que no pueden establecer normas propias para la resolución de tales conflictos, a fin de garantizar un sistema conflictual único y uniforme (IRIARTE ÁNGEL). Por consiguiente, de haberse abordado esta cuestión en la Ley 2/2010, hubiera debido limitarse a reproducir el sistema conflictual estatal, lo que, por lo demás, hubiera constituido una labor muy ardua a la vista del complejo marco normativo existente al respecto.

Así, por lo que hace a los efectos de la ruptura en relación con los hijos a cargo, la aplicabilidad del CDFa queda condicionada a que residan habitualmente en Aragón, en aplicación del Convenio de La Haya de 19 octubre de 1996 relativo a la competencia, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (arts. 16 y 17), al que se remite expresamente el art. 9.4 Cc.

Más complicado se manifiesta el problema referente al Derecho aplicable a los efectos derivados de la ruptura respecto de los progenitores, estén casados o no.

Tratándose de parejas de hecho, ya que, aun cuando el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio ha dado respuesta al respecto, estableciendo como punto de conexión el Estado o la Comunidad Autónoma de constitución de la pareja en función del carácter internacional o interregional del conflicto planteado, su ámbito de aplicación está circunscrito a las parejas nacidas al amparo de legislaciones que atribuyen eficacia constitutiva a la inscripción registral (SOTO MOYA), lo que no es el caso de la legislación aragonesa a tenor de lo dispuesto en el art. 304 CDFA.

En caso de ser matrimonio, si atendemos al art. 107.2 Cc, no excesivamente clarificador al respecto, dado que renuncia a fijar sus propios puntos de conexión en materia de separación y divorcio para remitirse a “las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado”. Ahora bien, este reenvío se encuentra vacío de contenido, tanto en lo que se refiere a las normas europeas como a las españolas. En lo que hace a la normativa europea, desde el momento en que el Reglamento (UE) 1259/2010, de 20 de diciembre se limita a determinar la ley aplicable en lo atinente a las causas de separación y divorcio, dejando expresamente fuera de su ámbito de aplicación los efectos que puedan derivarse de ambos (art. 1.2.e). Por lo que atañe a la normativa española, por cuanto que el art. 9.2 Cc mantiene su tenor inalterado en los siguientes términos: “la nulidad, separación y divorcio se regirán por la ley que determina el art. 107”. Se da así la incongruencia de que los arts. 107.2 y 9.2 Cc se remiten recíprocamente el uno al otro, para, en definitiva, dejar sin determinar la ley aplicable en materia de efectos de la separación y divorcio. De este modo, podemos afirmar que en el momento presente no existe norma específica de conflicto al respecto. Así las cosas, el TSJA en las dos ocasiones que se ha pronunciado sobre la ley aplicable a los efectos del divorcio ha acudido a puntos de conexión divergentes para justificar la aplicación del CDFA: En su sentencia de 16/10/2015, a la ley personal común, con base en el art. 9.2 Cc, que propiamente se refiere a los efectos del matrimonio; y en su sentencia de 06/10/2015, a la ley de residencia habitual, invocando para ello el Reglamento (UE) 1259/2010 que, como se ha señalado, determina la ley aplicable a las causas del divorcio y nulidad, pero no a sus efectos (LÓPEZ AZCONA).

## 2. Regulación de los efectos de la ruptura de la convivencia en Aragón

En 2010 la Comunidad Autónoma de Aragón decidió dotarse de un régimen jurídico completo en materia de efectos de ruptura de la convivencia, ya no sólo matrimonial (como sucede en Derecho civil estatal, a tenor de lo dispuesto en el art. 96 Cc), sino también no matrimonial. Ciertamente esta materia carecía de precedentes en Derecho civil aragonés, pero su inclusión en nuestro Ordenamiento Jurídico bien puede justificarse al amparo de la competencia para desarrollar su Derecho civil propio atribuida a la Comunidad Autónoma de Aragón (como a las demás CC.AA. “allí donde existan Derechos civiles forales o especiales”) por el art. 149.1.8<sup>a</sup> CE y asumida por el art. 71.2<sup>a</sup> EAA. Y es que, de acuerdo con la interpretación que del art. 149.1.8<sup>a</sup> CE hizo en su momento el Tribunal Constitucional en su Sentencia 88/1993, de 12 marzo y que en 1996 asumió el legislador aragonés cuando emprendió la tarea de renovar su Derecho civil propio en su totalidad, no cabe duda

que los efectos de la ruptura matrimonial o extramatrimonial, aunque no contemplados en la Comp. Arag., guardan conexión con otras instituciones de Derecho de familia preexistentes como pueden ser la autoridad familiar o el consorcio conyugal, así como con uno de los principios informadores del Ordenamiento jurídico aragonés como es el *standum est chartae*, lo que legitima constitucionalmente la regulación de esta materia.

Las Cortes de Aragón aprobaron así, a iniciativa del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés Regionalista, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. El núcleo esencial y, a mi juicio, más polémico de la Ley radicó en la opción por la custodia compartida preferente ya no sólo en defecto de acuerdo de los progenitores, sino incluso cuando ninguno de los dos la hubiese solicitado (art. 6). Junto a ello el legislador aragonés procedió a regular los demás efectos personales y patrimoniales derivados de la ruptura de la convivencia, abordando temas tan conflictivos como la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar (art. 7), el reparto de los gastos de asistencia de los hijos a cargo (art. 8) o el reconocimiento de una posible asignación compensatoria al ex cónyuge o ex conviviente más perjudicado por la ruptura (art. 9).

Con posterioridad, la Ley 2/2010 fue refundida con las restantes leyes civiles aragonesas en el CDFa aprobado por el Gobierno de Aragón en virtud del Decreto Legislativo de 22 de marzo de 2011, pasando a integrar la Sección 3ª del Capítulo II del Título II del Libro 1º. Dicha Sección se compone de diez artículos (arts. 75 a 84), distribuidos en cinco subsecciones: La subsección 1ª (arts. 75 y 76), bajo la rúbrica "Disposiciones generales", delimita el objeto y finalidad de la sección, así como los derechos y principios a observar en la ruptura. La subsección 2ª (art. 77) otorga prioridad en la regulación de las relaciones familiares tras la ruptura al pacto de relaciones familiares. En la subsección 3ª (art. 78) se contempla la posibilidad de que los progenitores acudiesen a la mediación familiar para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura, a completar con las previsiones de la Ley 9/2011 de mediación familiar de Aragón. En la subsección 4ª (arts. 79 a 83) se incluyen las medidas judiciales a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares, entre las que destaca la custodia compartida como régimen de custodia preferente (art. 80 en su redacción originaria), sin olvidar las relativas al régimen de visitas de los hijos menores no sólo con cada uno de sus progenitores sino también con sus hermanos, abuelos y otros parientes o allegados (arts. 79.2.a y 80.1.3), la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar (art. 81), la contribución de los progenitores a los gastos de asistencia a los hijos (art. 82) y el reconocimiento, en su caso, de una asignación compensatoria a favor del progenitor al que la ruptura provoque un desequilibrio económico (art. 83). La subsección 5ª y última (art. 84) regula las posibles medidas provisionales a adoptar por el Juez tras la interposición de la demanda sobre los efectos de la ruptu-



ra, a instancia de alguno de los progenitores, de los hijos afectados mayores de catorce años o del Ministerio Fiscal.

La evolución legislativa a fecha de hoy sobre esta materia se cierra con la Ley 6/2019, de 21 de marzo, aprobada por las Cortes de Aragón con el único objeto de suprimir la preferencia legal de la custodia compartida que contemplaba el art. 80.2 CDFA para sustituirse por un sistema de libre determinación judicial del régimen de custodia en atención al interés de los hijos, a la par que se ha incorporado como factor novedoso a valorar cara su fijación el de la dedicación de cada progenitor al cuidado de los hijos durante el periodo de convivencia.

### 3. Derechos y principios a observar en la ruptura de la convivencia

La subsección 1ª (arts. 75 y 76 CDFA), bajo la rúbrica “Disposiciones generales”, delimita el objeto y finalidad de la Sección 3ª, así como los principios y derechos a observar en la ruptura de la convivencia.

Según clarifica el art. 75.1, esta Sección tiene por objeto regular las relaciones familiares en el caso de ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos a cargo. Esto es, se trata de fijar los efectos personales y patrimoniales de la ruptura de matrimonio o pareja, siempre que concurren dos presupuestos. En primer lugar, de acuerdo con el tenor literal del precepto, una previa situación de convivencia, ya sea matrimonial o extramatrimonial, ésta última no necesariamente institucionalizada a través de la constitución de una pareja estable no casada (art. 305 CDFA). No obstante, este primer presupuesto ha sido matizado por la jurisprudencia y la doctrina, en el sentido de extender la aplicación de este conjunto normativo a las relaciones familiares entre padres no convivientes y sus hijos, en particular, las previsiones concernientes al régimen de guarda y custodia y a los gastos de asistencia de los hijos (STSJA 25/03/2013, GONZÁLEZ DEL POZO, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y SERRANO GARCÍA). En segundo lugar, la existencia de hijos comunes a cargo, tanto menores como mayores de edad ya se encuentren en formación *ex* art. 69 CDFA o estén afectados por alguna discapacidad y bajo la guarda de sus progenitores (MARTÍNEZ DE AGUIRRE y SERRANO GARCÍA).

Su concreta finalidad, muy plausible, viene especificada en el art. 75.2 en los siguientes términos: promover, tras la ruptura, unas relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación.

El principio básico inspirador de esta materia es el del interés superior del menor, de tal manera que, según dispone el art. 76.2, toda decisión o medida que afecte a los hijos menores deberá adoptarse en su beneficio (STSJA 28/05/2015). Una aplicación específica de este principio se encuentra en el art. 80.2 CDFA que, tras la reforma de 2019, atribuye al Juez la facultad de

determinar, a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso, el régimen de custodia que mejor responda al concreto interés de los menores implicados. Siendo un concepto jurídico indeterminado, habrá de determinarse en cada caso concreto, siguiendo las pautas del art. 2 LOPJM (STSJA 30/06/2016).

Por añadidura, el art. 76.1 establece el principio según el cual el contenido de la autoridad familiar de los progenitores no debe resultar afectado por la ruptura de la convivencia, si bien —entiéndase— debidamente adaptado a la nueva situación y, por ende, modalizado en función del concreto régimen de custodia que se adopte (STSJA 30/01/2017 y, en la doctrina, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y SERRANO GARCÍA). Ello conlleva la subsistencia de los derechos-deberes contemplados en el art. 65 CDFa y, en particular, del deber de crianza y educación, al margen de que los progenitores contraigan nuevo matrimonio o constituyan una pareja estable no casada con un tercero (STSJA 12/05/2008).

Conforme al art. 76.5, son también principios inspiradores de esta materia el de libertad de pacto (formulado como principio general en el art. 3 CDFa), el de información recíproca (recogido igualmente en el art. 59.c CDFa, en sede de efectos de la filiación) y el de lealtad en beneficio del menor.

Junto a los principios señalados, dos son los derechos esenciales sobre los que se fundamenta la Sección 3ª, tal y como se indica en el propio Preámbulo del CDFa: de una parte, el derecho de los hijos a un contacto directo y continuado con los padres (art. 76.3.a.); y de otra, el derecho de los padres a la igualdad en sus relaciones con los hijos (art. 76.3.b.). Ambos actúan no solo como derechos legalmente exigibles, sino también como principios inspiradores del régimen legal sobre la materia y, por tanto, orientadores de su interpretación (MARTÍNEZ DE AGUIRRE). Ahora bien, en atención a lo dispuesto el art. 2.4 LOPJM, habrán de supeditarse al interés superior de los hijos menores, de no poder respetarse los diversos intereses concurrentes (SSTSJA 24/07/2012, 03/10/2013, 17/02/2014 y 04/03/2014).

Asimismo, se revela fundamental el derecho de los menores a ser oídos y escuchados antes de adoptar cualquier decisión, resolución o medida que le afecte, siempre que tenga suficiente madurez y, en todo caso, si son mayores de doce años (art. 76.4, puesto en relación con el art. 6 CDFa y el art. 9 LOPJM).

#### **4. El pacto de relaciones familiares**

La regulación de los efectos de la ruptura de la convivencia corresponde, en primer lugar, a los propios progenitores, de común acuerdo, mediante el otorgamiento del pacto de relaciones familiares a que se refiere el art. 77 CDFa, previsión ésta que constituye una aplicación específica del principio *standum est chartae* (como destacan las SSTJA 13/07/2011 y 30/11/2011).

El contenido de este pacto (que recuerda al del convenio regulador del art. 90 Cc.: MARTÍNEZ DE AGUIRRE) puede ser muy amplio, con estipulaciones tanto de índole personal como patrimonial, referidas tanto a las relaciones de los hijos con sus progenitores y otros parientes tras la ruptura como a las relaciones entre los cónyuges o convivientes. Así resulta del art. 77.1 que fija como contenido mínimo indispensable del pacto los siguientes extremos: a) el régimen de guarda y custodia (individual o compartida) y, complementariamente el régimen de visitas en relación con los hijos menores o mayores con capacidad modificada judicialmente bajo la protección de sus progenitores; b) el régimen de relación de éstos con sus hermanos, abuelos, y otros parientes y allegados; c) el destino de la vivienda (ya sea la atribución del uso a uno de los progenitores o ambos, la adjudicación en propiedad a uno de ellos como consecuencia de la disolución del consorcio conyugal, o en su caso, de la comunidad de bienes, el arrendamiento o la venta a un tercero), así como del ajuar familiar; d) la contribución a los gastos ordinarios y extraordinarios de asistencia a los hijos, incluidos los mayores en formación *ex art. 69 CDF*A; e) la liquidación del régimen económico matrimonial; y f) la asignación compensatoria, a reconocer, en su caso, al progenitor a quien la ruptura genere un desequilibrio patrimonial.

En cualquier caso, la autonomía de la voluntad de los progenitores está sujeta a ciertos límites que no son otros que los derivados del principio *standum est charte*, esto es: la imposibilidad de cumplimiento, la Constitución española y las normas imperativas del Derecho aragonés (art. 3 CDF)A). En particular, como señala la STSJA 17/02/2015, en caso de acordarse la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, tal derecho no podrá tener duración indefinida, sino que habrá de ser necesariamente temporal, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81.3 CDF)A, habida cuenta de su naturaleza imperativa.

El pacto no requiere forma pública, pero para ser eficaz frente a terceros ha de ser aprobado judicialmente, previa audiencia del Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios que rigen las relaciones paterno-filiales tras la ruptura (SERRANO GARCÍA). Dicha aprobación sólo podrá ser denegada por el Juez cuando el pacto sea contrario a norma imperativa (entiéndase, aragonesa *ex art. 3 CDF*A) o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos (art. 77.4). La denegación, ya sea total o parcial, obligará a los progenitores a someter a la aprobación judicial un nuevo pacto en el que se subsanen los vicios detectados (art. 77.5). De no ser aprobado definitivamente por el Juez, el pacto alcanzado no perderá su eficacia como negocio jurídico, pero no podrá ser incorporado al proceso de familia ni producir eficacia procesal ni servir de cauce a la ejecución del título extrajudicial (STSJA 10/12/2018 y SAPZ 25/04/2012).

Ulteriormente, dicho pacto es susceptible de modificación o, incluso, de extinción, siempre que concurra alguna de las siguientes causas tasadas legalmente y que medie aprobación judicial (art. 77.3 y 4): 1ª. El acuerdo de los progenitores. 2ª. Las causas previstas anticipadamente en el propio pacto de relaciones familiares. 3ª. A solicitud de uno de los padres por sobrevenir circunstancias relevantes, en el sentido que justifiquen su modificación por su significación y trascendencia (SSTSJA 23/05 y 26/05/2014). 4ª. A solicitud del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los menores y personas con capacidad modificada judicialmente. 5ª. La privación, suspensión o extinción sobrevenida de la autoridad familiar de uno de los progenitores (arts. 90 a 93 CDFa). 6ª. El incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones derivadas del pacto. El pacto se extinguirá automáticamente sin necesidad de aprobación judicial cuando deje de tener objeto p.e. por existir un único progenitor o por no haber ya hijos a cargo (SERRANO GARCÍA).

## 5. La mediación familiar

El art. 78 CDFa, a interpretar conjuntamente con la Ley de 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación familiar de Aragón (en adelante, LMFA), da entrada a la mediación familiar como procedimiento de resolución extrajudicial de aquellos conflictos derivados de la ruptura de la convivencia marital o extramarital. Se trata así de que un tercero, el mediador, de manera neutral, imparcial y confidencial informe, oriente y asista a las partes en conflicto para facilitar la comunicación y el diálogo entre los mismos, al objeto de promover una toma consensuada de decisiones (art. 2 LMFA), aquí dirigidas a la planificación de las relaciones futuras tras la ruptura convivencial (ARGUDO PÉRIZ).

La mediación familiar se rige por los principios de voluntariedad, igualdad, confidencialidad, transparencia, imparcialidad, neutralidad, flexibilidad, carácter personalísimo y buena fe (art. 7 LMFA). De entre estos principios interesa reparar en el de voluntariedad para matizar que el mismo se predica no tanto respecto de su inicio, sino más bien respecto del mantenimiento de la mediación ya iniciada y de su conclusión mediante un acuerdo (ARGUDO PÉRIZ).

La mediación puede plantearse bien con carácter previo a la actuación judicial —mediación extrajudicial—, bien iniciado el proceso judicial en cuyo caso éste queda en suspenso —mediación intrajudicial— o aun posteriormente a las actuaciones judiciales (art. 78.1 a 3 CDFa, en relación con el art. 12 LMFA).

No supone una mera intervención espontánea de un tercero, sino un procedimiento estructurado con unas fases y desarrollo programado *ex lege*, en particular, en los arts. 16 a 19 LMFA (ARGUDO PÉRIZ).

La mediación podrá ser instada por ambos progenitores (ya sea conjuntamente o por uno de ellos con la ulterior aceptación del otro) o por el Juez. Ello salvo que alguno de los progenitores esté incurso en un proceso penal por violencia doméstica o cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia de género o doméstica, en cuyo caso queda excluida (art. 78.5 CDFA, en relación con el art. 80.6 del mismo cuerpo legal y los arts. 13 y 14 LMFA).

En cualquier caso, la eficacia de los acuerdos obtenidos en virtud de mediación familiar se supedita, como el pacto de relaciones familiares, a aprobación judicial, que será denegada en caso de que sean contrarios a norma imperativa o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos (art. 78.4 CDFA y art. 20.1 LMFA).

## **6. Medidas judiciales a aplicar en defecto de pacto de relaciones familiares**

En defecto total o parcial de pacto de relaciones familiares (bien por no haber llegado a un acuerdo los progenitores, bien por no ser aprobado por el Juez) o en caso de no haberse llegado a acuerdo en la mediación familiar, corresponde al Juez adoptar las medidas definitivas que van a regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia, conforme a las pautas fijadas en la subsección 4ª (art. 79.1 CDFA). Estas medidas no son otras que las concernientes a la custodia de los hijos menores o mayores con discapacidad bajo guarda de sus progenitores (art. 80), la atribución del uso y vivienda familiar (art. 81), los gastos de asistencia a los hijos (art. 82) y la asignación compensatoria (art. 83), cuyo examen se abordará por separado en los subepígrafes siguientes.

Complementariamente, con base en el art. 79.2 CDFA, podrán adoptarse judicialmente otras medidas relacionadas con los hijos menores. Tales medidas se dirigirán particularmente a:

1º. Garantizar la continuidad y efectividad de la relación con cada uno de sus progenitores (art. 76.3.a, en relación con el art. 60 CDFA). A este respecto la SAPZ 18/09/2012 impone a ambos progenitores la obligación de someterse a una terapia psicológica junto a sus hijos para reconducir su relación personal.

2º. Garantizar la relación continua y efectiva con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados (art. 76.3.a, en relación con los arts. 60 y 75.2 *in fine* CDFA). La STSJA 28/09/2012 legitima a cada uno de los progenitores para solicitar tales medidas al margen de su propio régimen de visitas.

3ª. Evitar su sustracción por alguno de sus progenitores o terceros (art. 79.2.b, en relación con el art. 10.c CDFA). La STSJA 13/01/2014 prohíbe la

salida al extranjero del progenitor custodio sin el consentimiento del progenitor no custodio o, en su defecto, autorización judicial.

4º. Evitarles perturbaciones dañosas (art. 79.2.c, en relación con el art. 10.b CDFA). A juicio de la STSJA 18/07/2013, la alteración de la vida cotidiana del menor por la adopción del régimen de custodia compartida no justifica por sí sola el mantenimiento de la custodia individual.

Según matiza el mismo art. 79.2, la adopción de tales medidas habrá de realizarla el Juez de oficio o a instancia de los propios hijos, de cualquier persona interesada o del Ministerio Fiscal.

Asimismo, el Juez podrá adoptar las medidas cautelares que estime oportuno a fin de garantizar el cumplimiento de las medidas definitivas adoptadas (art. 79.3 CDFA).

Tras su adopción, las medidas judiciales son susceptibles de modificación en dos supuestos. En primer lugar, en caso de incumplimiento grave o reiterado, aunque ello permita también exigir su ejecución forzosa conforme a lo dispuesto en el art. 776 Lec (art. 79.4 CDFA). En segundo término, cuando concurren sobrevenidamente causas o circunstancias relevantes (art. 79.5 CDFA), cuya acreditación corresponderá al solicitante de la modificación (STSJA 30/01/2017). Entre tales causas interesa reparar en el art. 79.5 CDFA que impone la revisión del régimen de custodia individual inicialmente adoptado en atención a la edad de los hijos, una vez transcurrido el plazo fijado en la propia sentencia a fin de plantear la conveniencia de un régimen de custodia compartida. No obstante, tal previsión, a mi juicio, debe entenderse derogada tácitamente por la Ley 6/2019, por cuanto ha suprimido la preferencia legal de la custodia compartida para sustituirla por un sistema de libre determinación judicial del régimen de custodia en atención al interés de los hijos.

*A. Régimen de custodia de los hijos.* En defecto de pacto de relaciones familiares o, en su caso, de acuerdo de mediación familiar, corresponde al Juez adoptar el concreto régimen de custodia de aquellos hijos menores o con capacidad modificada judicialmente que se encuentren bajo la protección de los progenitores afectados por la ruptura, entendiendo por tal aquella potestad que otorga el derecho de convivir con aquellos y que comporta la asunción de su cuidado personal y la capacidad para la toma de decisiones menos importantes, así como de las urgentes (MARTÍNEZ DE AGUIRRE y SERRANO GARCÍA).

Sobre este particular, en sede de medidas judiciales, el art. 80.1.1 CDFA dispone que cada uno de los progenitores por separado o ambos de mutuo acuerdo podrán solicitar al Juez la atribución de la guarda y custodia, individual o compartida, de los hijos menores o mayores con capacidad modificada judicialmente. Se contemplan así dos posibles regímenes de custodia

a adoptar por el Juez, a solicitud de uno o ambos progenitores: la custodia compartida y la custodia individual. Complementariamente, el aptdo. 5º del mismo precepto dispone que “la objeción a la custodia compartida de uno de los progenitores que trate de obtener la custodia individual no será base suficiente para considerar que la custodia compartida no coincide con el interés superior del menor”. Esta previsión, en principio, merece una valoración positiva, en cuanto impide que la negativa de uno de los progenitores permita excluir la custodia compartida. Ello no obstante, difícilmente una custodia compartida será operativa en la práctica y, por ende, resultará beneficiosa para los hijos cuando se adopte judicialmente contra la voluntad de uno o, incluso, de ambos progenitores (MARTÍNEZ DE AGUIRRE y LÓPEZ AZCONA).

La custodia compartida exige la fijación de un régimen de convivencia (necesariamente alterno: STSJA 30/01/2017) de cada progenitor con los hijos adaptado a la situación familiar que garantice el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad (art. 80.1.2 CDFA). Según matiza el propio Preámbulo del CDFA, ello no implica necesariamente una alternancia por periodos iguales de convivencia, “pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida”. A partir de ahí, la clave para distinguir entre la custodia compartida y la custodia individual radica en que esos periodos de tiempo tengan una duración y secuencia tales que permitan la participación directa y efectiva de cada uno de los progenitores en el desarrollo y educación de los hijos (SERRANO GARCÍA). En cualquier caso, por lo que hace a las concretas modalidades de reparto del tiempo de convivencia en la custodia compartida, la jurisprudencia (SSTSJA 15/11/2013 y 15/09/2017) considera que el sistema de alternancia diaria no es conveniente para la estabilidad de los menores, resultando preferibles periodos más largos, ya sean semanales (SSTSJA 11/02/2016 y 01/06/2017), quincenales, mensuales o semestrales (STSJA 18/04/2012). Por lo demás, y pese al silencio del legislador sobre este extremo, la custodia compartida no parece incompatible con la posible fijación de un régimen de visitas a favor de cada progenitor durante el periodo de convivencia que no le corresponda, especialmente cuando se trate de periodos de larga duración (STSJA 15/12/2011 y, en la doctrina, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y SERRANO GARCÍA).

La custodia individual, en cuanto implica la convivencia exclusiva con un único progenitor, exige, conforme al art. 80.1.3 CDFA, la fijación de un régimen de comunicación, estancias o visitas de los hijos con el progenitor no custodio que le garantice el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar y, en especial, del derecho-deber a relacionarse con aquellos (SSTSJA 12/03/2013, 13/01/2016 y 10/06/2016), así como el derecho de los hijos a un contacto directo y regular con ambos progenitores previsto en el art. 76.3.a CDFA (SSTSJA 15/12/2014 y 10/06/2016). A partir de ahí, el concreto régimen de visitas a favor del progenitor no custodio dependerá del acuerdo de los progenitores y, en su defecto, se fijará por el Juez, salvo que

excepcionalmente el interés del menor lo desaconseje *ex art.* 60.3 CDFa (STSJA 10/06/2016). El régimen de visitas podrá ser más o menos amplio, pero cuando éstas sean muy extensas no hay un criterio claro para distinguir entre custodia compartida e individual (MARTÍNEZ DE AGUIRRE y SERRANO GARCÍA y Voto particular de C. Samanes Ara a la STSJA 30/01/2017).

Acto seguido, el mismo art. 80 CDFa en su aptdo. 2 (tras la reforma, no exenta de polémica, de que ha sido objeto por la Ley 6/2019) opta por no priorizar ninguna modalidad de custodia, para, en su lugar, atribuir al Juez la facultad de determinar, a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso, el régimen de custodia que mejor responda al concreto interés de los hijos afectados. De este modo, se ha sustituido el sistema de custodia compartida preferente por el de libre determinación judicial del régimen de custodia en atención al interés de los hijos, de modo muy razonable a mi juicio, por cuanto considero que, tras la ruptura, el logro de la igualdad entre ambos progenitores en el ejercicio de su responsabilidad parental debe contemplarse en todo caso como un objetivo secundario al servicio del superior interés de los hijos (LÓPEZ AZCONA y PICONTO NOVALES). Se trata así de configurar la custodia en cada caso como una suerte de “traje a medida” de los hijos, en su condición de parte más vulnerable y, por ende, más necesitada de protección ante la ruptura de sus progenitores, sin que parezca conveniente, como puede leerse en el propio Preámbulo de la Ley 6/2019, que el legislador preestablezca con carácter preferente una concreta modalidad de custodia.

Para ello, como especifica el mismo art. 80.2 CDFa, se revela fundamental el plan de relaciones familiares a presentar por cada progenitor con la demanda o reconvencción (o contestación de la demanda, de acuerdo con MARTÍNEZ DE AGUIRRE) como instrumento dirigido a concretar la forma en que va a ejercer sus responsabilidades parentales tras la ruptura (SSTSJA 13/07/2011 y de 01/02/2012 y SERRANO GARCÍA). No así, en cambio, el concreto régimen de custodia que hayan podido solicitar éstos, ya sea conjuntamente o por separado, en cuanto el Juez habrá de decidir atendiendo en exclusiva al interés de los hijos (SERRANO GARCÍA).

Junto a dicho plan, el Juez deberá tomar en consideración, de modo conjunto (SSTSJA 19/10/2012 y 18/07/2013), una serie de factores previstos en el precitado precepto, a saber:

a) *La edad de los hijos*: las edades más tempranas, de 0 a 3 años, aconsejan la custodia individual (SSTSJA 30/09/2011, 09/04/2012 y 04/03/2014).

b) *El arraigo social y familiar de los hijos*: la buena o mala relación de los hijos menores con la nueva familia creada por uno de los progenitores con su actual cónyuge o pareja es factor relevante para atribuir la custodia compartida o la custodia individual al otro progenitor (SSTSJA 09/04/2012, 19/10/2012 y 10/01/2014). Lo mismo, el arraigo del hijo a una determinada localidad



(SAPZ 07/02/2012). Por contra, la alteración de la vida cotidiana del menor por la adopción del régimen de custodia compartida no justifica por sí sola el mantenimiento de la custodia individual (STSJA 18/07/2013).

c) *La opinión de los hijos cuando tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años*: es factor relevante, pero no determinante por sí solo, en cuanto ha de ser ponderado con los demás factores previstos legalmente y a mayor madurez, mayor relevancia habrá de darse a su opinión (SSTSJA 18/07/2013, 17/09/2015, 03/02/2016 y 18/01/2018). En todo caso, el trámite de audiencia del menor deberá verificarse conforme a las pautas del art. 9 LOPJM.

d) *La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos*: se presume la capacidad y aptitud de los progenitores para asumir la guarda y custodia de sus hijos, por lo que habrá de probarse lo contrario para adoptar cualquier decisión en este sentido (SSTSJA 15/12/2011, 27/11/2012 y 17/07/2013). A partir de ahí, un dato de especial relevancia para excepcionar la custodia, individual o compartida es el estado mental o emocional de uno de los progenitores, siempre y cuando exista una alteración personal que pueda incidir negativamente en la adecuada atención del menor (STSJA 08/12/2013). Lo mismo puede decirse de la actitud pasiva en lo referente al cuidado y atención de los mismos (STSJA 30/09/2011) y de la falta de organización y planificación (STSJA 31/10/2018).

e) *Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores*: la custodia compartida exige que ambos progenitores puedan conciliar la vida familiar con la vida laboral, aunque no requiere que ambos tengan las mismas posibilidades de conciliar (SSTSJA 10/01/2014 y 16/12/2015).

f) *La dedicación de cada progenitor al cuidado de los hijos durante el periodo de convivencia*: esta circunstancia, incorporada novedosamente por la Ley 6/2019, puede cuestionarse *a priori*, en cuanto no cabe descartar que haya casos en que los progenitores decidan de mutuo acuerdo durante la convivencia que el peso del cuidado de los hijos recaiga fundamentalmente sobre uno de ellos, sin que ello, en principio, permita presumir la ineptitud del otro para asumir la guarda tras la ruptura, como así se declaró por el TSJA antes de la reforma de 2019 (SSTSJA 15/12/2011 y 06/06/2012). No obstante, cabría cuestionarse la virtualidad de una custodia compartida, al menos en los primeros momentos tras la ruptura, cuando sólo uno de ellos ha asumido el rol de progenitor principal de referencia, sin que el otro se haya implicado mínimamente en el ejercicio de las responsabilidades parentales y, por ello, tras la ruptura parta del desconocimiento más absoluto de las pautas y rutinas cotidianas del menor, cuando además puede suceder que las posibilidades de conciliación de la vida familiar con la laboral sean muy limitadas *ad futurum* y/o que el plan de relaciones familiares propuesto por el progenitor

no cuidador no ofrezca “un proyecto claro de cómo se va a desarrollar [la custodia] más allá de un simple reparto de tiempos” (STS 30/10/2018).

g) *Cualquier otra circunstancia especialmente relevante para el régimen de convivencia*: en particular, la jurisprudencia califica de circunstancias especialmente relevantes la alta conflictividad entre los progenitores (SSTSJA 28/09/2012, 18/01/2013, 30/10/2013, 04/03/2014 y 15/09/2017), la distancia entre los domicilios de los progenitores, siempre que estén ubicados en localidades distintas y distantes (SSTSJA 09/04/2012, 09/10/2013, 08/03/2016 y 30/01/2017), la presencia de medio hermanos (SSTSJA 27/11/2012, 10/07/2013 y 17/02/2014) y la desigual implicación de los progenitores en el cuidado de los hijos (STSJA 02/10/2015).

La adopción de la custodia, ya sea individual o compartida, exige en todo caso una valoración ponderada de la prueba por el Juez *a quo*, al objeto de que resulte debidamente acreditada su adecuación y conveniencia al interés de los hijos (SSTJA 18/07/2013 y 10/01/2014). De entre la prueba practicada, el art. 80.3 CDFA se ocupa específicamente de los informes periciales, habida cuenta de su importancia (SSTSJA 05/07/2012 y 04/03/2013 y, en la doctrina, SERRANO GARCÍA), para permitir (que no obligar: STSJA 30/09/2013) recabarlos al Juez, ya sea de oficio o a instancia de parte, antes de adoptar su decisión sobre el régimen de custodia más acorde al interés de los hijos. El Juez habrá de valorar tales informes ponderadamente, aunque no está obligado a seguir su criterio, pudiendo apartarse de ellos cuando esté justificado y se razone adecuadamente (SSTSJA 09/02/2012, 24/07/2012, 30/10/2013, 10/01/2014 y 18/01/2018). Si el informe aportado por alguna de las partes contradice el emitido por el gabinete psicológico adscrito al Juzgado, habrá de estarse a éste último por su independencia y objetividad (SAPZ 25/04/2012).

Por lo demás, según prevé el art. 80.4 CDFA, el Juez no adoptará un régimen de custodia que implique la separación de los hermanos. En interpretación de la jurisprudencia, esta regla está circunscrita, en principio, a los hermanos menores de edad (STSJA 30/09/2013). Por su parte, los hermanos mayores podrán sumarse voluntariamente al régimen de custodia establecido para los menores y, de no ser así, habrá que adoptar judicialmente las medidas adecuadas a fin de garantizar la relación entre los hermanos con base en el art. 79.2.a. CDFA (SAPZ 09/05/2012). Asimismo, entiende la jurisprudencia que esta regla está concebida para evitar la separación de los hermanos de doble vínculo, quedando excluidos los hermanos de vínculo sencillo; ello sin perjuicio de que la convivencia del menor con sus medio hermanos pueda ser una de las circunstancias a tener en cuenta por el Juez a la hora de adoptar el régimen de custodia más acorde a su interés (SSTSJA 27/11/2012, 16/07/2013 y 17/02/2014). Ahora bien, como precisa el precitado art. 80.4, tal regla admite excepciones, en concreto, cualquier circuns-

tancia que justifique específicamente la separación entre hermanos, como puede ser la notoria diferencia de edad (STSJA 19/11/2014); o la situación especialmente delicada de dos hermanas gemelas, ambas aquejadas de importantes minusvalías que hacen aconsejable distribuir la custodia entre los progenitores (STSJA 30/10/2013).

Excepcionalmente, el art. 80.6 CDFA excluye la atribución de la custodia, individual o compartida, de los progenitores cuando hayan incurrido en violencia intrafamiliar y se encuentren en una de las situaciones que se enuncian a continuación.

Primera, que exista un proceso penal en trámite por violencia intrafamiliar (en concreto, por atentar contra la vida, integridad física o moral, libertad o indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos), en el que el Juez penal resuelva motivadamente la constatación de indicios fundados y racionales de criminalidad derivada de los hechos enjuiciados (STSJA 02/07/2013). A partir de ahí, según clarifica la jurisprudencia (SAPZ 03/05/2011), los tipos delictuales contemplados en el Código penal a los que se refiere el art. 80.6 CDFA son específicamente los delitos de homicidio, asesinato e inducción al suicidio; el delito de lesiones; los delitos contra la libertad (detención ilegal, amenazas y coacciones); el delito de torturas y otros delitos contra la integridad moral; y los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, exhibicionismo, prostitución y corrupción de menores). No cabe, por tanto, una interpretación extensiva que dé cabida a otros tipos delictuales al objeto de excluir de la custodia a uno de los progenitores, dado que está en juego el superior interés de los hijos menores, de especial protección (STSJA 08/10/2013, que excluye, en concreto, el delito de revelación de secretos). La falta de resolución penal motivada, así como el auto de sobreseimiento impiden apreciar la causa de exclusión de dicho precepto (SAPZ 11/10/2012 y, en la doctrina, SERRANO GARCÍA).

Segunda, que, aun no existiendo proceso penal en tramitación, el Juez civil que esté conociendo de un proceso de ruptura de la convivencia o de relaciones paterno filiales advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (STSJA 02/07/2013).

Así las cosas, si sólo uno de los progenitores se encuentra en alguna de las dos situaciones descritas —lo más habitual—, habrá de atribuirse la custodia exclusivamente al otro. En cambio, si son ambos progenitores, el Juez no podrá atribuir la custodia, ni individual ni compartida, a ninguno de ellos y además, según clarifica MARTÍNEZ DE AGUIRRE deberá optar en interés del menor por la medida de protección que estime más oportuna, entiéndase, a mi juicio, con carácter puntual o transitorio hasta que se dicte la oportuna sentencia penal, p.e. nombrar un defensor judicial o constituir una guarda administrativa.

En cualquier caso, el régimen formulado en el art. 80.6 CDFA es meramente preventivo y, por ende, resulta de aplicación a falta de sentencia penal condenatoria firme. En otras palabras, esta norma no dispone de modo definitivo sobre la atribución de la guarda y custodia, sino que limita su mandato al estado previo a la definición de si existió o no conducta penal probada (STSJA 02/07/2013). Una vez que la jurisdicción penal se pronuncie sobre la existencia o no de delito ya no será de aplicación dicho precepto, sino, en caso de sentencia penal firme absolutoria, la DA 4ª CDFA, según la cual, la medida de custodia previamente adoptada será susceptible de revisión vía demanda de modificación de medidas (SSTSJA 24/06/2014 y 07/10/2015); y en caso de sentencia penal firme condenatoria, el CP (arts. 153.1 y 2, 171.4 y 5, 172.2 y 173.2) que faculta al Juez penal a imponer al progenitor condenado por violencia doméstica o de género la pena adicional de inhabilitación total o parcial para el ejercicio de la patria potestad (autoridad familiar en Aragón) o sólo de la custodia (SSTSJA 07/10/2015).

**B. Atribución del uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico. a) Atribución del uso de la vivienda familiar.** El art. 81 CDFA en sus aps. 1 a 4 se ocupa de la vivienda familiar (entendiendo por tal, con base en los arts. 184 y 190 CDFA, la vivienda donde han convivido habitual y permanentemente ambos progenitores o uno de ellos y la mayor parte de la familia) para permitir la atribución judicial de su uso tras la ruptura convivencial. Tal medida se justifica en el deber de los progenitores de proveer de habitación a sus hijos a cargo, que se encuentra incluido en el deber más amplio de crianza y educación de los hijos menores del art. 65.1.b CDFA o de los hijos mayores en formación del art. 69 CDFA (STSJA 11/06/2014 y, en la doctrina, SERRANO GARCÍA).

El art. 81 comienza fijando en sus aps. 1 y 2 unos criterios legales de atribución de tal derecho de uso que vienen condicionados por el concreto régimen de guarda y custodia que se adopte respecto a los hijos menores o mayores con capacidad modificada judicialmente bajo protección de sus progenitores (STSJA 18/07/2014).

En la custodia compartida, el criterio preferente de atribución del uso de la vivienda familiar es el de mayor dificultad de uno de los progenitores para el acceso a una vivienda *ex art.* 81.1. Según precisa el mismo precepto, esta mayor dificultad debe obedecer a razones objetivas, y no meramente personales, considerándose determinantes a tales efectos la desigual situación económica de los progenitores y el hecho de que uno de ellos carezca de vivienda mientras que el otro sea titular de una segunda vivienda (SSTSJA 30/04/2013 y 11/07/2013). De no resultar aplicable este criterio, el art. 81.1 faculta al Juez a decidir el destino de la vivienda familiar en función del “mejor interés para las relaciones familiares”; criterio éste que carece de precedentes en el Ordenamiento Jurídico aragonés y que, por añadidura, adolece

de excesiva vaguedad e indeterminación (BALDA MELARDE). De este modo, se adopta un criterio subsidiario muy genérico que deja en manos del Juez el destino de la vivienda familiar (ya sea la atribución de su uso a uno a ambos progenitores o, incluso, su venta), lo que exige una resolución debidamente fundada que atienda a la concreta situación familiar existente en el momento de la ruptura del matrimonio o la pareja a fin de conjugar los diferentes intereses atendibles en la unidad familiar y entre ellos, y como prioritario, el interés de los hijos a cargo (STSJA 15/12/2011 y MOLINS GARCIA-ATANCE).

Los mismos criterios previstos para la custodia compartida son de aplicación analógica a los supuestos de custodia repartida (esto es, de distribución de la custodia de los hijos entre los progenitores) que excepcionan la regla general de no separación de hermanos del art. 80.4 CDFA, habida cuenta de la existencia de identidad de razón (STSJA 01/07/2013 y, en la jurisprudencia menor, SAPH 10/03/2015).

En la custodia individual el art. 81.2 CDFA adopta como criterio preferente el de atribución al progenitor custodio y por extensión a los hijos, presumiendo que ello es lo más conveniente para el interés de éstos (SAPZ 07/12/2016). Subsidiariamente se opta por el criterio de atribución al progenitor no custodio fundado en “el mejor interés para las relaciones familiares”, fórmula legal también presente, como se ha indicado, en los criterios vinculados a la custodia compartida. Nos encontramos aquí con una solución, de nuevo, muy ambigua e imprecisa, cuya aplicación ciertamente posibilita un amplio arbitrio judicial, pero que, a mi entender, exige una ponderada valoración de la situación familiar existente en cada caso concreto, a fin de alcanzar el debido equilibrio entre los diferentes intereses implicados, tanto el de los hijos de tener sus necesidades de habitación debidamente cubiertas (siempre prioritario *ex* art. 76.2 CDFA) como el de ambos progenitores, custodio y no custodio. De hecho, la jurisprudencia solo acude a este criterio en casos muy excepcionales y siempre que el progenitor custodio tenga sus necesidades de vivienda cubierta de otro modo (STSJA 5/01/2018 y, en la jurisprudencia menor, SSAPZ 22/07/2016 y 21/03/2017).

Por lo que respecta a hijos mayores de edad, el derecho de uso atribuido durante su minoría se mantiene mientras estén en formación y sigan conviviendo con alguno de sus progenitores, aunque hayan dejado de estar bajo su custodia, dado que en Derecho aragonés el deber de crianza y educación no cesa respecto de aquellos, conforme a lo dispuesto en el art. 69 CDFA (SSTSJA 11/06/2014 y 21/10/2014). Es más, la jurisprudencia admite la atribución *ex novo* del uso de la vivienda familiar a los hijos mayores dependientes económicamente y al progenitor con el que se encuentren conviviendo, aun cuando esta posibilidad no está contemplada expresamente en el art. 81 CDFA, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a los hijos bajo la guarda y custodia de sus progenitores (SSAPZ 14/10/2015 y 21/02/2017).

El CDFa no resuelve la cuestión atinente a la atribución del uso de la vivienda familiar en las rupturas sin descendencia o con hijos mayores independientes económicamente. Ello guarda coherencia con la opción de la legislación aragonesa de atender exclusivamente a los efectos de la ruptura de la convivencia con hijos a cargo, pero no deja de generar una laguna legal que la jurisprudencia ha debido suplir mediante la aplicación supletoria del art. 96.3 Cc y, por ende, del criterio del interés más necesitado de protección que fija este precepto (SSTSJA 16/10/2015 y 16/03/2018 y, en la jurisprudencia menor, SSAPZ 19/12/2014, 20/01/2015, 11/04/2017, 20/03/2018 y 21/05/2018).

En cualquier caso, el derecho de uso de la vivienda familiar contemplado en el CDFa no es propiamente un derecho real limitado, sino un derecho de naturaleza familiar, sin perjuicio de su posible inscripción en el Registro de la Propiedad habida cuenta de su oponibilidad *erga omnes* (SSAPZ 28/06/2013, 18/06/2017 y 20/03/2019). No obstante lo anterior, tal derecho tiene un claro contenido patrimonial que debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar la duración y la cuantía de la asignación compensatoria que corresponderá, en su caso, al progenitor al que la ruptura le genere un desequilibrio económico, según prevé expresamente el art. 83.2.d CDFa (SSTSJA 21/10/2014, 10/12/2015, 05/01/2018 y 27/03/2018 y, en la doctrina, SERRANO GARCÍA). No se recoge una norma similar respecto a los gastos de asistencia a satisfacer a los hijos, previsión complementaria que hubiese sido muy deseable en aras de una mayor equidad (MOLINS GARCIA-ATANCE). Con todo, la jurisprudencia se muestra proclive a tomar en consideración, asimismo, la atribución del uso a la hora de fijar el módulo de contribución de los progenitores a tales gastos (SSTSJA 21/11/2014 y 05/01/2018 y, en la jurisprudencia menor, SSAPH 14/12/2018 y 15/03/2019). De este modo, al progenitor no asignatario del uso de la vivienda se le imputa el cumplimiento *in natura* de una parte de su obligación de satisfacer dichos gastos de asistencia: la que cubre las necesidades de habitación (LÓPEZ AZCONA).

Por añadidura, su atribución debe entenderse supeditada a la existencia de un previo derecho, personal o real, de disfrute a favor de uno o ambos cónyuges o convivientes, ya sea la propiedad u otros derechos tales como el usufructo o el arrendamiento (LÓPEZ AZCONA). No puede atribuirse, por tanto, el uso de la vivienda familiar enajenada a un tercero previamente a la ruptura de la convivencia (SSAPZ 20/12/2013, 23/09/2014 y 20/03/2019). El problema se plantea en el caso de que ninguno de los cónyuges o convivientes ostenten título alguno sobre la vivienda familiar, por ser ésta propiedad de un tercero, habitualmente pariente de uno de ellos que ha cedido su uso gratuitamente al matrimonio o pareja. En tal caso es doctrina jurisprudencial que la atribución en un proceso de familia del uso a uno de ellos tras su ruptura no es oponible a sus legítimos propietarios, quienes podrán recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario a la

que están legitimados por la ausencia de contrato con los ocupantes (SSAPZ 13/06/2013, 14/10/2015, 16/12/2016 y 02/03/2018).

En el CDFa el derecho de uso de la vivienda familiar se configura como un derecho de carácter temporal o provisional. Así, el art. 81.3 de dicho cuerpo legal dispone, en términos taxativos, que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores “debe tener” necesariamente una limitación temporal que, a falta de acuerdo entre ambos, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia (STSJA 07/02/2013). Dicha limitación temporal se justifica en la necesidad de eludir conflictos entre los progenitores y de no lesionar el interés del progenitor no adjudicatario del uso en el caso de que sea propietario o copropietario de la vivienda familiar (SSTSJA 13/07/2012 y 21/10/2014) y requiere, en todo caso, el señalamiento de un plazo (STSJA 04/01/2013 y 21/12/2014 y 14/10/2016).

Una cuestión omitida en el CDFa tiene que ver con la distribución de los gastos generados por la vivienda familiar durante la vigencia del derecho de uso atribuido a uno de los progenitores. En ausencia de previsión legal sobre este extremo, la jurisprudencia ha optado, con buen criterio, por la distribución o reparto de tales gastos, imputando, de una parte, el pago de aquellos vinculados a la titularidad de la vivienda (las cuotas del préstamo hipotecario, los gastos extraordinarios de comunidad, los seguros y los impuestos tales como el IBI) al progenitor o progenitores propietarios de la vivienda familiar; y, de otra, el pago de aquellos derivados de su uso (los gastos ordinarios de comunidad y los relativos a suministros) al progenitor beneficiario del mismo (SSAPZ 28/03/2017, 13/06/2017, 13/03/2018 y 15/05/2018).

Por último, el art. 81.4 CDFa reconoce al Juez la facultad, ya no solo de atribuir el uso, sino de acordar la venta de la vivienda familiar inmediatamente o en fecha muy próxima a la sentencia que ponga fin al proceso de familia (STSJA 04/01/2013 y, en la jurisprudencia menor, SSAPZ 09/02/2016, 22/07/2016 y 11/07/2017), siempre que concurren los dos presupuestos que se enuncian a continuación. Igualmente, podrá acordarse judicialmente la venta de la vivienda familiar una vez transcurrido el plazo del derecho de uso atribuido inicialmente a uno de los ex cónyuges o ex convivientes (SAPZ 30/05/2017, 14/07/2017 y 07/11/2017).

El primer presupuesto (“que el uso de la vivienda familiar sea a título de propiedad de los padres”) debe interpretarse en el sentido de que el Juez sólo podrá acordar la venta de la vivienda familiar en aquellos casos en que sea propiedad de ambos progenitores y, en particular, cuando sea consorcial (SSAPZ 02/12/2016 y 19/12/2017). En cambio, cuando la vivienda familiar sea de propiedad exclusiva de uno de los progenitores la atribución del uso al no titular no privará de la facultad de libre disposición a su dueño, ello sin perjuicio de que el comprador adquiera la vivienda con el gravamen del derecho de uso del progenitor no titular (SSAPZ 28/06/2013, 14/07/2015 y

23/01/2018). De igual modo, cuando la vivienda familiar pertenezca a ambos progenitores en régimen de pro indiviso o comunidad de bienes ordinaria, la atribución del uso a uno de ellos no privará al otro condueño de solicitar la división de la cosa común conforme al art. 400 Cc, ello sin perjuicio de que el tercero adquirente adquiera la vivienda con el referido gravamen del derecho de uso (SSAPZ 28/06/2013 y 10/10/2013).

El segundo presupuesto (“que la venta sea necesaria para garantizar unas adecuadas relaciones familiares y para que cada progenitor pueda hacer frente a sus necesidades de alojamiento y las de sus hijos”) debe entenderse en el sentido de restringir, como regla, la facultad del Juez de acordar la venta a los supuestos de custodia compartida (STSJA 04/01/2013) y ello al objeto de cubrir la necesidad de duplicidad de vivienda por ambos cónyuges o por razones de urgente necesidad (SAPZ 02/12/2016). No obstante, excepcionalmente en la custodia individual podrá autorizarse judicialmente la venta cuando el progenitor custodio sea titular de otra vivienda con la que poder cubrir las necesidades de habitación de los hijos bajo su guarda (SSAPZ 20/12/2013, 15/04/2014, 07/07/2015 y 27/10/2018).

*b) Atribución del uso del ajuar doméstico.* Junto a las previsiones en materia de vivienda familiar, el art. 81.5 CDFa regula el destino del ajuar familiar (entendiendo por tal, los enseres, el mobiliario y el equipamiento de la vivienda familiar: SAPZ 19/03/2013), fijando unas pautas diferentes, en función de que el uso de la vivienda familiar sea o no atribuido a uno de los progenitores.

Así, para el primer supuesto el art. 81.5, 1ª parte CDFa dispone la permanencia del ajuar familiar en la vivienda familiar, al objeto de que el progenitor y los hijos a quienes se ha atribuido el uso de la vivienda familiar disfruten de un derecho de uso complementario sobre los bienes destinados al servicio de la misma. No obstante, se faculta al progenitor no adjudicatario del uso a solicitar la retirada total o parcial de sus bienes privativos (no estrictamente sus enseres personales y profesionales) en el plan de relaciones familiares que debe acompañar a su demanda o, en su caso, reconvencción o contestación a la demanda *ex DA 2ª*, ap. 3 CDFa. Dicha medida podrá acompañarse, si así se solicita, de la formalización de un inventario tanto de los bienes que permanecen en la vivienda como de los bienes retirados por el progenitor no beneficiario del uso de la misma (SAPZ 14/04/2015 y SAPT 21/02/2017).

En caso de no atribuirse el uso de la vivienda familiar a ninguno de los progenitores, según dispone el art. 81.5, 2ª parte CDFa, habrá de procederse al reparto del ajuar familiar entre ambos, con arreglo a las reglas por las que se rijan sus relaciones patrimoniales, diferentes en función de que su convivencia se encuentre institucionalizada o no y, en el primer caso, estén casados o constituyan pareja estable no casada. Así, tratándose de cónyuges habrá que acudir a las previsiones de los arts. 266 y 267 o del art. 206



CDFA, según estén casados en régimen consorcial o de separación de bienes, salvo que hayan adquirido algún bien en pro indiviso, en cuyo caso serán de aplicación los arts. 402 y 404 Cc o hayan pactado en capítulos un régimen económico matrimonial diferente. En cambio, en el caso de las parejas estables de hecho habrá de atenderse *a priori* a la posible existencia de un pacto de comunidad entre sus miembros (el convenio de convivencia del art. 307.1 CDFA, de constituir una pareja estable no casada), ya que, en su defecto, sus relaciones patrimoniales no se rigen por otra regla que la de la plena independencia económica (como prevé expresamente el art. 307.2 CDFA para las parejas estables no casadas), ello sin perjuicio de que hayan podido adquirir algún bien en régimen de comunidad ordinaria.

*C. Gastos de asistencia a los hijos.* El art. 82.1 CDFA impone a los progenitores el deber de contribuir a satisfacer los gastos de asistencia a los hijos a cargo tras la ruptura de su convivencia. Tales gastos son los de crianza y educación de los hijos menores y mayores con capacidad modificada judicialmente bajo la autoridad familiar de sus progenitores (art. 65.1.b CDFA), pero también los de los hijos mayores en formación y dependientes económicamente *ex art.* 69 CDFA (SSTSJA 17/06/2013 y 20/06/2018 y SERRANO GARCÍA).

Ahora bien, la nueva situación creada por la ruptura exige reorganizar tal deber de asistencia y fijar la contribución de cada progenitor, cuestión esta de la que se ocupa el art. 82 en sus apartados siguientes, estableciendo a tal objeto diferentes módulos de reparto en función del carácter ordinario o extraordinario de los gastos, distinguiendo, a su vez, respecto de estos últimos, según sean necesarios o no. Por añadidura, tratándose de gastos ordinarios, la contribución de los progenitores viene determinada por el concreto régimen de custodia adoptado, individual o compartida.

*a) El principio de proporcionalidad como módulo para determinar la contribución de cada progenitor a los gastos de asistencia.* Como regla, el art. 82.1 CDFA adopta como módulo general para determinar la contribución de cada progenitor a los gastos de asistencia el principio de proporcionalidad. Así, dicho precepto prevé que “ambos contribuirán proporcionalmente con sus recursos económicos”.

Este principio rige tanto para los gastos ordinarios como para los gastos extraordinarios necesarios; no así, en cambio, para los gastos extraordinarios no necesarios, cuyo propio carácter exige la aplicación de otros módulos de reparto. No obstante, los factores legalmente previstos para medir la proporcionalidad no son absolutamente coincidentes según se trate de gastos ordinarios o extraordinarios necesarios. Así, por lo que se refiere a los gastos ordinarios el criterio de proporcionalidad rige entre, de un lado, las necesidades de los hijos; y de otro, los recursos económicos de cada uno de los

progenitores y de los propios hijos (art. 82.2 CDFA). En cambio, tratándose de gastos extraordinarios necesarios, el único factor a valorar es el de los recursos económicos de los progenitores (art. 82.4, 1.ª parte CDFA).

En cualquier caso, la aplicación del principio de proporcionalidad es competencia de los juzgadores de instancia, sin que sea revisable en casación, salvo que la sentencia de instancia sea arbitraria o ilógica (entre otras, SSTJA 16/10/2012, 04/07/2013 y 09/05/2014).

*b) Los gastos ordinarios de asistencia.* No existe una noción legal de gastos ordinarios de asistencia. Con todo, con base en el art. 65.1.b y c CDFA, podemos incluir en este concepto los gastos de alojamiento, manutención, educación, vestido y sanitarios. Estos últimos, siempre que estén cubiertos por un seguro; de no ser así, deben calificarse de extraordinarios necesarios.

La contribución de los progenitores a tales gastos viene determinada por el concreto régimen de custodia por que se opte judicialmente. Así, el art. 82.3 CDFA faculta al Juez para asignar la realización compartida o separada de los gastos ordinarios en función del régimen de custodia de los hijos, pudiendo, asimismo, establecer un pago periódico entre los progenitores si lo estima necesario.

Con base en esta previsión legal, en caso de atribuirse la custodia compartida a ambos progenitores, los gastos de manutención y alojamiento (o, más específicamente, los gastos de alimentación, habitación, higiene personal y de bolsillo) corresponderán al progenitor que se encuentre en ejercicio de la custodia en el periodo que se generen, aunque sean pagados con posterioridad al momento de nacimiento de la obligación de abono. En cambio, los demás gastos ordinarios, tales como la ropa, los gastos derivados de la guardería o colegio (matrículas, material escolar, libros de texto, uniforme, comedor, gastos derivados de las AMPAS, excursiones y otras actividades escolares y las clases de apoyo si son necesarias), serán abonados por ambos progenitores conforme al principio de proporcionalidad y, lo más habitual, con cargo a una cuenta bancaria conjunta (SSTSJA 18/04/2012, 30/04/2013 y 20/04/2016), aunque puede señalarse pensión de alimentos si la diferente situación económica de los padres así lo exige (STSJA 06/04/2015).

En cambio, en caso de optarse por la custodia individual, la fórmula para dar cumplimiento a la obligación de los progenitores de contribuir a los gastos ordinarios se traduce en fijar una pensión de alimentos a satisfacer mensualmente por el progenitor no custodio, ya que el custodio contribuye con todo lo demás que es preciso para cubrir las necesidades de los hijos menores (STSJA 30/09/2013). En cualquier caso, la pensión de alimentos es una deuda de valor; de ahí que en la correspondiente sentencia se determinen, asimismo, sus bases de actualización. Una vez fijada, su modificación requiere, en aplicación de lo dispuesto en el art. 79.5 CDFA, la “conurrencia de causas o circunstancias relevantes”.

c) *Los gastos extraordinarios de asistencia.* El art. 82.4 CDFA dispensa un tratamiento separado a los gastos extraordinarios, estableciendo distintas pautas en cuanto al modo de afrontarlos, según sean necesarios o no necesarios.

Por gastos extraordinarios puede entenderse, de acuerdo con la jurisprudencia y en ausencia de una noción legal, “aquellos imprevistos que quedan fuera de los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole” (STSJA 11/03/2013). De tal definición resulta que son tres las notas que permiten calificar un gasto de extraordinario: 1º. – Que sea imprevisible. 2º. – Que sea inhabitual. 3º. – Que no se trate de un gasto que, de ordinario, conlleva la crianza de la prole. Ahora bien, como advierten los propios órganos judiciales, su “variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada” (SJPI Calatayud 22/11/2011).

A partir de ahí, pueden calificarse de gastos extraordinarios necesarios aquellos que deben ser atendidos inexorablemente en orden al cuidado, desarrollo y formación en todos los órdenes de los hijos, tales como los gastos sanitarios no cubiertos por un seguro médico público o privado; y de gastos extraordinarios no necesarios los que se asumen en función de la capacidad económica de los progenitores tras la ruptura y que, por tanto, se puede prescindir de ellos sin menoscabo para los hijos (STSJA 27/02/2013 y, en la doctrina, BERROCAL LANZALOT).

En orden a su desembolso, según resulta del art. 82.4.1ª parte, los gastos extraordinarios necesarios deben ser sufragados por ambos progenitores en proporción a sus recursos económicos. En cambio, el reparto de los gastos extraordinarios no necesarios entre los progenitores no se rige por el principio de proporcionalidad, sino conforme a criterios diferentes, lo que resulta a todas luces lógico, en atención a su propia naturaleza. Así, en primer lugar, el art. 82.4.2.ª parte CDFA da preferencia a los posibles acuerdos a los que lleguen los progenitores. Solo en defecto de pacto entre ellos, responderá exclusivamente del gasto el progenitor que haya decidido su realización.

Más allá de estas previsiones legales, el TSJA ha sentado la doctrina según la cual no se admitirá reclamación dineraria alguna entre ambos progenitores de ningún gasto extraordinario, ya sea necesario o no, que no haya sido consensuado previamente de modo fehaciente o, en su defecto, que no haya sido aprobada su procedencia judicialmente, salvo que se trate de gastos urgentes e inaplazables (SSTSJA 30/09/2011 y de 15/12/2011).

**D. Asignación compensatoria.** De acuerdo con el art. 83 CDFA, la asignación compensatoria (al igual que la pensión compensatoria del art. 97 Cc: SSTSJA 30/11/2011 y 13/09/2012) se concibe como una prestación económica a reconocer al progenitor a quien la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro. No tiene,

por tanto, naturaleza indemnizatoria ni alimenticia, sino que se se dirige a compensar el empeoramiento económico experimentado por uno de los progenitores en relación con la situación existente constante convivencia resultante de la confrontación entre las condiciones patrimoniales de ambos, antes y después de la ruptura (en la jurisprudencia, SSTSJA 30/12/2011 y 04/01/2013, y, en la doctrina, LALANA DEL CASTILLO y SERRANO GARCÍA).

En cualquier caso, según resulta de la lectura del art. 83.2.b. la asignación compensatoria sólo se concede a solicitud del progenitor perjudicado por la ruptura de la convivencia matrimonial o extramatrimonial con hijos comunes a cargo (SSTSJA 11/01/2012 y 29/06/2015 y, en la doctrina, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, LALANA DEL CASTILLO y ZUBIRI DE SALINAS). No debe confundirse, por tanto, con la compensación económica del art. 310 CDFA, por cuanto ésta se circunscribe a la ruptura de parejas estables no casadas sin hijos comunes y, además, su finalidad (vinculada a la prohibición del enriquecimiento injusto) radica en compensar el desequilibrio económico injusto generado durante la convivencia, con aprovechamiento por parte de uno de los convivientes de la contribución económica del otro, de su dedicación al hogar o a sus hijos o de un trabajo no retribuido o retribuido insuficientemente (SAPH 19/01/2011).

Por lo que hace a la posible configuración de la asignación compensatoria, el art. 83.2 y 3 CDFA contempla dos variantes, a saber: bien como prestación única o como pensión periódica, esta última ya sea de duración temporal (como regla general: SSTSJA 27/06/2016, 27/03/2018 y 30/05/2018) o indefinida (en el sentido de carente de término temporal concreto, pero no necesariamente vitalicia, en cuanto cabe su revisión e, incluso, su extinción por alteración de los criterios económicos en función de los cuales se determinó: STSJA 30/12/2011 y ZUBIRI DE SALINAS). En defecto de acuerdo entre los progenitores, la decisión en orden a su configuración corresponde al Juez, debiendo tener en cuenta las concretas circunstancias del caso y, particularmente, las que permitan valorar la idoneidad o aptitud del progenitor acreedor para superar el desequilibrio económico (SAPZ 13/09/2016). No obstante, la práctica judicial revela que en la mayor parte de las ocasiones se fija la pensión mensual, mientras que la prestación única se reserva a matrimonios o parejas con mayor capacidad económica, basada no tanto en el trabajo como en rentas de capital o de bienes patrimoniales (ZUBIRI DE SALINAS).

En cuanto a su forma de pago, el art. 83.3 prevé con gran amplitud que “podrá tener cualquier contenido patrimonial”, siempre que permita el cumplimiento de su finalidad. De este modo, tratándose de una prestación única, podrá consistir en la entrega tanto de una cantidad de dinero como de bienes, mientras que, en caso de configurarse como una pensión (lo más habitual), adoptará la primera de las modalidades indicadas (LALANA DEL CASTILLO).

Para la determinación de su cuantía el Juez habrá de ponderar equitativamente las circunstancias previstas en el art. 83.2 CDFa, que son los siguientes: a) los recursos económicos de los progenitores (debiendo tener en cuenta a tal efecto el concreto régimen económico del matrimonio o la pareja: ZUBIRI DE SALINAS); b) la edad del solicitante, sus perspectivas económicas y posibilidades de acceso al mercado de trabajo; c) la edad de los hijos; c) la atribución, en su caso, del uso de la vivienda familiar; d) las funciones familiares desempeñadas por los progenitores; y e) la duración del matrimonio o la convivencia.

El Juez, asimismo, podrá adoptar las medidas cautelares necesarias para garantizar la efectividad de la asignación (art. 79.3 CDFa).

Por lo demás, el art. 83.4 CDFa permite la posible revisión judicial de la asignación en caso de alteración sustancial de la situación económica del progenitor percceptor o del pagador. Según clarifica la jurisprudencia (STSJA 29/06/2015), la determinación del importe concreto de la revisión corresponderá al juzgador de instancia, en función de la alteración que hayan experimentado los ingresos del percceptor y/o pagador, sin que resulte exigible que la alteración de la pensión lo sea en el mismo porcentaje en que se alteren los ingresos.

Finalmente, su art. 83.5 contempla su extinción por las siguientes causas: 1ª. – Nueva convivencia marital del percceptor (entiéndase, sin necesidad de que constituya pareja estable no casada); 2ª. – Alteración sustancial de los criterios económicos en base a los cuales se estableció (STSJA 22/12/2014); 3ª. – Muerte del percceptor, no así del pagador (por tratarse de una obligación de índole patrimonial: ZUBIRI DE SALINAS); 4ª. – Cumplimiento del plazo de duración, en caso de ser temporal; y 5ª. – Incumplimiento de su finalidad, lo que se producirá cuando desaparezca el desequilibrio económico entre el percceptor y el pagador. En cualquier caso, la enumeración de este precepto se trata de una lista abierta o meramente ejemplificativa, a la que habrá que añadir otras posibles causas de extinción, tales como el nuevo matrimonio del percceptor o su renuncia ya sea expresa o tácita (ZUBIRI DE SALINAS).

## 7. Medidas provisionales

El art. 84 CDFa faculta al Juez para adoptar medidas provisionales al objeto de regular las relaciones familiares durante la tramitación del procedimiento dirigido a solventar los efectos de la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos a cargo.

En principio, según resulta de dicho precepto, tales medidas provisionales serán adoptadas judicialmente a instancia de parte, en particular, de cualquiera de los progenitores, de los propios hijos a cargo siempre que sean mayores de catorce años o del Ministerio Fiscal en su función de protección

de los menores y personas con capacidad modificada judicialmente. Pero, en su defecto, también podrán adoptarse de oficio *ex art.* 773.2 Lec (SERRANO GARCÍA).

En cuanto a los criterios a tener en cuenta por el Juez a la hora de su adopción, el art. 84 opta por remitirse a los establecidos en la Sección 3ª, tratando así que, desde un primer momento, se apliquen unas medidas lo más ajustadas posibles a las que serán definitivas, según puede leerse en el Preámbulo del CDFa.

En todo caso, las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo (art. 773.5 Lec).

**BIBLIOGRAFÍA:** AA.VV. (2020): *25 años de jurisprudencia aragonesa: El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia; ARGUDO PÉRIZ, J.L. (2020): “Marco jurídico de la mediación civil y mercantil en Aragón”, pp. 17 a 126 y “La Ley de mediación familiar de Aragón en el marco de la legislación española de mediación”, en AA.VV., *Materiales jurídicos para una Guía de la Mediación en Aragón*, ed. Comuniter, Zaragoza, pp. 127 a 282; BALDA MEDARDE, Mª.J. (2011): “La vivienda familiar en la Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, en AA.VV., *Actas de los Vigesimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 217 a 230; BERROCAL LANCELOT, A.I. (2013): “La pensión de alimentos de los hijos menores y los gastos extraordinarios”, *RCDI*, núm. 737, pp. 1820-1879; CASTILLA BAREA, M. (2010): “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa *Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*”, *Aranzadi Civil*, núm. 7, pp. 105 a 150; FORCADA MIRANDA, F.J. (2011): “La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: Custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores”, en AA.VV., *Actas de los Vigesimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 177 a 215; GÓNZALEZ CAMPO, F. DE A. (2010): “Nota procesal a propósito de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, *RDCA*, XVI, pp. 227 a 250; GONZÁLEZ DEL POZO (2010): “Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón”, *Diario La Ley*, núm. 7529, D-380; LALANA DEL CASTILLO, C. (2012): “La asignación compensatoria en la reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (STSJA de 30/12/2011, 11/1/2012, 11/4/2012 y 13/7/2012)”, en *RDCA*, XVIII, pp. 279 a 297; LÓPEZ AZCONA, A. (2014), “Crianza y educación de los hijos menores de padres que no conviven: atribución del uso de la vivienda familiar. Gastos de asistencia a los hijos”, en AA.VV., *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, ed. Fernando el Católico, Zaragoza, pp. 87 a 118; (2014), “Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa”, en *RDCA*, XX, pp. 127 a 154; (2015-2016): “La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés: una relectura de los arts. 77 y 81 CDFa a la luz de la jurisprudencia”, en *RDCA*, XXI-XXII, pp. 37 a 111; (2017): “La solución del Derecho civil aragonés y de los restantes Derechos civiles territoriales”, en AA.VV., *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, ed. Reus,

Madrid, pp. 97 a 130; y PICONTO NOVALES, T. (2019): "Breves reflexiones sobre el cambio de regimen de custodia de los hijos menores en Derecho aragonés", *Tribuna Idibe*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2011): "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en AA.VV., *Actas de los Vigesimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp.133 a 176; MOLINS GARCIA-ATANCE, E. (2013): "La regulación de la atribución del uso de la vivienda en el artículo 81 del Código del Derecho foral de Aragón", en AA.VV., *Actas de los Vigésimosegundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 323 a 378; ORTEGA DOMENECH, J. (2013): "Luces y sombras de la guarda y custodia compartida a propósito de la nueva regulación aragonesa", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José Rams Albesa*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1467 a 1484; SERRANO GARCÍA, J.A. (2013), "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", en *Actas de los XXII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pags. 181 a 294; (2014): "Guarda y custodia de los hijos y regimen de visitas en Aragón", en AA.VV., *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, ed. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, pp. 13 a 85; (2014): "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados y en particular en la custodia compartida", en *Aequalitas*, pp. 47 a 54; (2015): "Comentario a los arts. 75 a 84 CDFR", en AA.VV., *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, pp. 190 a 216; (2019), "Estudio de la jurisprudencia aragonesa sobre custodia de los hijos y regimen de visitas", *RDCA-2019-XXV*, pp. 37 a 90; (2020): "La regulación aragonesa. En particular, la guarda y custodia de los hijos y el régimen de visitas", en AA.VV., *25 años de jurisprudencia aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales aragoneses (1995-2019)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 165 a 434; SOTO MOYA, M. (2018): "El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre regimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, pp. 1 a 32; TENA PIAZUELO, I. (2011): "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", en *Aranzadi Civil Mercantil*, vol. 1, núm. 1, pp. 79 a 98; y ZUBIRI DE SALINAS, F. (2019): "La asignación compensatoria en el Derecho civil aragonés: una visión jurisprudencial", en *RDCA*, XXV, pp. 11 a 36.





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



## §19. DERECHO DE SUCESIONES. NORMAS GENERALES

José Antonio SERRANO GARCÍA  
*Catedrático de Derecho civil*

### 1. El Derecho de sucesiones por causa de muerte en España. Ley aplicable

**A. Pluralidad de legislaciones españolas.** En España, para dar respuesta legal a las cuestiones jurídicas que suscita el fenómeno sucesorio que se desencadena a la muerte de una persona física, existe una *pluralidad de sistemas sucesorios*: el propio del Código civil, que derogó y sustituyó al Derecho castellano, y el de cada una de las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial: Aragón, Cataluña, Baleares, Navarra, País Vasco y Galicia.

Un total de siete sistemas sucesorios distintos entre sí, aunque todos son, en mayor o menor medida, de corte romano: el heredero ocupa el puesto del difunto y, como consecuencia de esta subrogación, adquiere tanto los derechos como las obligaciones, el activo y el pasivo, encargándose de la liquidación y respondiendo de las deudas, en algunos sistemas incluso con su propio patrimonio.

Existen *afinidades por razones de índole histórica* entre el sistema catalán y el de las Islas Baleares, más fieles a los principios romanos; también entre los sistemas de Aragón y Navarra hay similitudes, por sus orígenes en fueros locales de contenido parecido desde la Alta Edad Media. En términos muy generales, puede decirse, con S. CÁMARA, que los sistemas civiles autonómicos cuentan con una *mayor libertad sucesoria formal* —al admitir instrumentos prohibidos por el Código civil, como los pactos sucesorios, los testamentos mancomunados, ciertas fiducias sucesorias, etc.— y, en general, con excepciones, una *mayor libertad material*, al contar con sistemas de legítima más reducida o meramente formal.

Por lo demás, en materia de Derecho de sucesiones no hay ninguna reserva a favor de la competencia exclusiva del Estado en todo caso (art. 149.1.8ª CE), por lo que cada legislador autonómico competencias en la materia puede conservar, modificar y desarrollar su Derecho, sin tener que respetar límite externo alguno. En lo no regulado por el legislador competente para hacerlo, será de aplicación supletoria el Derecho de sucesiones del Estado contenido en el Código civil.

**B. Ley aplicable en el espacio.** *a) Derecho interregional.* El art. 38 del Reglamento UE 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, en materia de sucesiones *mortis causa*, que es norma de aplicación directa y preferente respecto de los ordenamientos de los Estados miembros, faculta al Estado español a no aplicarlo a los conflictos de leyes de sucesiones exclusivamente internos entre sus unidades territoriales, cosa que, de momento, no ha hecho.

Según J. PÉREZ MILLA, el conflicto de leyes en materia de sucesiones será “exclusivamente” interno en cuanto se trate de españoles: a) que no tienen su residencia habitual en el extranjero en el momento del fallecimiento o b) que no exista un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado o c) que no hayan elegido como ley sucesoria su ley nacional extranjera (lo que comprende casos tanto de extranjeros adquirentes de la nacionalidad española con posterioridad a la elección de su ley nacional como ley de la sucesión, como supuestos de doble nacionalidad).

Las normas para resolver los conflictos que se planteen exclusivamente entre leyes sucesorias españolas son, en el ámbito interno, de competencia exclusiva, en todo caso, del Estado, conforme al art. 149.1.8ª CE, y están contenidas en el Código civil: el art. 16.1 remite al art. 9.1 y permite deducir que *la ley española determinada por la vecindad civil de las personas físicas* rige, entre otras cuestiones, la sucesión por causa de muerte. Pero como un español puede tener a lo largo de su vida varias vecindades civiles, el art. 9.8.1 Cc., interpretado en conexión con el art. 16.1 Cc., precisa que la sucesión por causa de muerte de un español se regirá por *la ley española de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento ... Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley de la vecindad civil del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento* conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última (9.8.2 Cc.).

b) *Derecho internacional privado*. No tratándose de un conflicto de leyes sucesorias exclusivamente interno, por existir —como dice S. CÁMARA— algún elemento extranjero o transfronterizo, como puede ser las residencias habituales del causante, sucesivas o simultáneas, en otro u otros países distintos del de su nacionalidad o la localización de bienes en esos otros países, será de aplicación el Reglamento UE 650/2012. En tal caso, el punto de conexión que determina la ley aplicable a la *totalidad* de la sucesión —con independencia de la naturaleza y ubicación de los bienes—, no es la nacionalidad del *de cuius*, sino la ley del Estado en que el causante tuviera su *residencia habitual en el momento del fallecimiento* (art. 21.1), aunque de forma excepcional se admite que sea la de otro Estado con el que el causante mantenía un “vínculo manifiestamente estrecho” (art. 21.2; v. gr., todas sus propiedades ubicadas en ese Estado y su familia y vida social allí, aunque resida por trabajo en otro país: cfr. considerandos 23 y 24); además se permite, con criterios muy flexibles, que el causante pueda designar como ley aplicable la del Estado cuya *nacionalidad* posea en el momento de realizar la elección o en el momento de fallecimiento (art. 22). Por tanto, la internacionalidad de cualquiera de estas conexiones determina automáticamente la aplicación del Reglamento UE.

Cuando el Reglamento UE 650/2012 determine que la ley aplicable a la sucesión de un causante que no tiene la nacionalidad española es la ley española (por haber muerto en España, por ejemplo), para decidir qué ley española es la aplicable, no sirve el criterio de la vecindad civil, puesto que los extranjeros carecen de vecindad civil. En tal caso, al no haber normas españolas de Derecho interregional previstas para ellos, parece que hay que acudir al régimen supletorio contenido en el Reglamento (art. 36.2): se aplica la ley de la unidad territorial en la que el causante hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento (o, en su caso, la ley de la unidad territorial con la que el causante hubiera tenido una vinculación más estrecha).

Lo mismo en el Derecho interregional que en el internacional privado, la aplicación de la Ley sucesoria aragonesa no requiere que los herederos sean de vecindad civil aragonesa o tengan la misma residencia habitual que el causante.

## 2. El Derecho de sucesiones en el Libro III CDFA

A. *Origen*. El vigente sistema sucesorio de Aragón está contenido, desde la refundición de 2011, en el Libro III del CDFA (*Derecho de sucesiones por causa de muerte*: arts. 316 a 536), un total de 221 arts. —divididos en VII Títulos—, procedentes de la importante reforma operada por la Ley 1/1999, de

24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, que desarrolla y completa notablemente el sistema sucesorio de la Compilación, pero sin pretender agotar las competencias legislativas en la materia.

La Ley de Sucesiones deroga el Libro II de la Compilación del Derecho civil de Aragón (*Derecho de sucesión por causa de muerte*: arts. 89 a 142: 55 arts.); actualiza, desarrolla y extiende la regulación aragonesa a materias no contempladas anteriormente, hasta alcanzar una extensión cuatro veces superior a la anterior. Así, los 44 artículos de la Compilación sobre instituciones sucesorias aragonesas (sucesión paccionada, testamento mancomunado, fiducia sucesoria, legítima, sucesión legal) se convierten en 115; por su parte, los 7 artículos de la Compilación sobre normas comunes o generales (modos de delación, aceptación de la herencia, beneficio legal de inventario, reserva de bienes, colación, sustitución legal, consorcio foral) son ahora 40; además, se introducen 66 artículos de «otras materias», es decir, de materias que no estaban reguladas en la Compilación (Disposiciones generales, capacidad e indignidad para suceder, partición, disposiciones generales sobre el testamento, invalidez, revocación e ineficacia de los testamentos, normas comunes a las sucesiones voluntarias).

En definitiva, la reforma de 1999 completa en lo que estima necesario la regulación de las instituciones tradicionales aragonesas, dota al conjunto de una completa parte general (Título I) y, a las sucesiones voluntarias, de un título de normas comunes (Título V). Prescinde únicamente del testamento ante capellán y del recobro de dote y firma de dote (4 artículos en total). Y se asegura de que, en las materias que no regula pudiendo hacerlo, la aplicación de las normas del Derecho supletorio no resulta dificultosa.

**B. Contenido.** El número 30 del Preámbulo del CDFR, relativo a la temática del Derecho de sucesiones, dice que “el Libro Tercero está dividido en siete Títulos. El Primero y más extenso de ellos se dedica a «las sucesiones en general»... “El orden de los Títulos II a VII sigue el de la preferencia de los modos de delación, empezando, por tanto, por la sucesión voluntaria. Parece lo coherente en un Derecho de sucesiones que proclama (artículo 318) que «el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión... sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio *standum est chartae*».

“Dentro de la sucesión voluntaria, se trata en primer lugar de los pactos sucesorios, que prevalecen frente al testamento, para seguir con éste y, luego, con la fiducia sucesoria, siempre sujeta a la voluntad manifestada en pacto o testamento. Tras unas normas comunes a las sucesiones voluntarias, se aborda la regulación de la legítima de los descendientes —límite principal de la libertad de disponer por causa de muerte— y, finalmente, la sucesión legal, para cuando no existen o son insuficientes las disposiciones voluntarias”.

En 2016 se han modificado ligeramente los arts. 535 y 536, y en 2018 se ha adicionado una nueva letra d) al art. 451 CDFA.

**C. Disposiciones transitorias.** Determinada la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte de una persona, ya sea la de su nacionalidad (vecindad civil) o la del lugar de residencia en el momento del fallecimiento, si esa ley es la aragonesa, habrá que aplicar, como regla general (DT 13<sup>a</sup> CDFA), las normas aragonesas vigentes en el momento de apertura de la sucesión (momento del fallecimiento), con independencia de cuándo se conozca la voluntad del disponente o de cuándo acepten los llamados a la sucesión, pero con las salvedades contempladas en las restantes Disposiciones Transitorias del Libro III del CDFA (DDTT 14<sup>a</sup> a 22<sup>a</sup> CDFA). *Vid.* Ss. APT 7 junio 2000 y 8 junio 2002, Auto APH 28 marzo 2008.

**D. Derecho supletorio.** Pese al importante desarrollo normativo introducido por la reforma de 1999, en bastantes materias no se ha eliminado la necesidad de acudir supletoriamente al Derecho de sucesiones del Código civil. En el seno de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil (redactora del Anteproyecto de Ley de sucesiones), previa intervención del Consejero de Presidencia, se llegó al acuerdo de hacer una regulación completa de las tradicionales instituciones sucesorias aragonesas (como el testamento mancomunado, la fiducia sucesoria, la sucesión paccionada, la legítima, la sucesión intestada), integrándolas entre sí e induciendo de ellas las disposiciones generales precisas, y abarcando también la regulación de cuestiones conexas cuya regulación en el Código civil plantease problemas a las instituciones aragonesas, pero descartando toda pretensión de elaborar un Código de sucesiones completo.

Así que, unos 170 o 180 artículos del Código civil siguen siendo aplicables en Aragón (forma de los testamentos, legados, sustituciones, condición, término y modo, partición, etc.), porque no se ha pretendido con la reforma de 1999 agotar la competencia autonómica en esta materia (todo el Derecho de sucesiones, sin duda) sino regular lo que se ha entendido necesario, oportuno y acorde a las circunstancias del momento. Son materias no reguladas por Aragón pudiendo hacerlo en las que, como se ha dicho, la aplicación del Derecho supletorio no resulta problemática.

### **3. El Título Primero del Libro III: *De las sucesiones en general***

La reforma de 1999, para evitar los difíciles problemas de interpretación y la inseguridad jurídica que la aplicación supletoria de las normas generales del Código civil planteaban en la práctica, construyó un completo y sólido Título Primero dedicado a las “sucesiones en general” que, completado en lo preciso con algunas de las “normas comunes a las sucesiones voluntarias”

del Título V, contiene lo que académicamente se llama la parte general del Derecho de sucesiones. De todo ello nos ocupamos, con la requerida brevedad, en este § 19.

Como dice el núm. 30 del Preámbulo del CDFA, el Título Primero “es el que en mayor medida recoge preceptos formalmente nuevos que tienen, entre otras, la función de proporcionar a los más tradicionales y esenciales el entorno normativo apropiado para su correcta interpretación, aplicación y eficacia conformadora de las relaciones sociales, a la vez que facilitan el engarce con el Derecho supletorio”.

En la Compilación, con precedentes en el Derecho histórico, existía una escueta regulación de cuestiones como los modos de delación (art. 89), la capacidad para aceptar o repudiar la herencia (art. 137; Apéndice: 44.2), la responsabilidad del heredero (art. 138; Apéndice: 44.1), la inexistencia de obligación legal de colacionar (art. 140; Apéndice: 45), la sustitución legal (art. 141) y el consorcio foral (art. 142); salvo la primera de estas cuestiones, las demás ya se hallaban agrupadas —junto con la inexistencia de reserva de bienes (art. 139; Apéndice: 43)— en el título final de la Compilación titulado «normas comunes a las diversas clases de sucesión»; pero eran normas aisladas que sólo pretendían marcar la diferencia con el alejado sistema del Código civil, dejando que fuera el intérprete el que extrajera las oportunas consecuencias de su existencia. En 1999 fue el legislador competente el que llevó a cabo la integración de las anteriores lagunas, completando y sistematizando la regulación de éstas y otras materias propias de la parte general.

Además, el pacto sucesorio, modo ordinario de delación de la herencia, el testamento mancomunado y la fiducia sucesoria, que permite a todo aragonés capaz de testar encomendar a una o varias personas de su confianza («fiduciarios») que ordenen su sucesión, son instituciones propias de nuestro Derecho; es más, el testamento mancomunado y la fiducia sucesoria tienen un papel central en nuestra vida jurídica, por lo que requieren verse también reflejadas en la formulación de las disposiciones generales. En otros ordenamientos, como el del Código civil que nos sirve de Derecho supletorio, las normas generales sólo tienen en cuenta el testamento como cauce instrumental de la sucesión voluntaria, y sólo el testamento unipersonal, con proscripción del mancomunado y de la intervención normal de un tercero en la ordenación de la propia sucesión. Algo similar ocurre con la sucesión troncal, propia de nuestra sucesión legal e inexistente en el Código civil, que también debe tener reflejo al regular la responsabilidad del heredero.

Son VII los Capítulos de que consta el Título Primero: Cap. I. “Disposiciones generales” (arts. 316-324), Cap. II. “Capacidad e indignidad para suceder” (arts. 325-333), Cap. III. “Sustitución legal” (arts. 334-341), Cap. IV. “Aceptación y repudiación de la herencia” (arts. 342-354), Cap. V. “Respon-

sabilidad del heredero" (arts. 355-361), Cap. VI. "Colación y partición" (arts. 362-372) y Cap. VII. "Consortio foral" (arts. 373-376).

Salvo para la partición, donde se regulan exclusivamente algunas concretas cuestiones, las materias tratadas en el Título Primero reciben una regulación completa y autosuficiente, moderna y de gran calidad técnica, sin dejar lagunas que deban ser llenadas mediante el recurso al Derecho supletorio.

#### 4. Capítulo Primero. La sucesión por causa de muerte y la herencia

**A. El Capítulo Primero. Disposiciones generales.** Dentro del Título Primero, que recoge las normas comunes a las diversas clases de sucesión, en el primer Capítulo, titulado *Disposiciones generales*, se contienen los principios básicos y las líneas generales o directrices que definen y distinguen al Derecho de sucesiones aragonés, junto a otras normas generales precisas para completar la estructura dinámica del sistema sucesorio.

El artículo 316 alude al fenómeno sucesorio en general, al contenido objetivo de la herencia y a la incidencia en la sucesión por causa de muerte de los pactos sucesorios; en el 317 se enumeran los modos de delación, colocando a la cabeza el pacto y estableciendo expresamente la regla de compatibilidad entre ellos; de conformidad con el principio *standum est chartae*, la ordenación voluntaria de la sucesión goza de preferencia sobre la sucesión legal (arts. 318 y 323) y el causante puede llevarla a cabo por sí mismo, en testamento —individual o mancomunado— o pacto, o mediante uno o más fiduciarios (art. 318); la ineficacia de un llamamiento voluntario no conlleva la ineficacia de las modalidades, limitaciones y obligaciones impuestas por el disponente que deberán ser cumplidas por quien finalmente herede al causante (art. 323). En la sucesión voluntaria, y en menor medida en la legal, pueden existir distintos tipos de llamamiento y de sucesores (arts. 319). En el fenómeno sucesorio se distingue entre la apertura (art. 320), la delación (art. 321) y la adquisición de la herencia (art. 322): desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación por el llamado la herencia está yacente (art. 324).

**B. La sucesión por causa de muerte.** El art. 316, primero de todos los dedicados al *Derecho de sucesiones por causa de muerte*, sin antecedentes en la Compilación ni en el Derecho histórico, tiene una triple finalidad: a) dar un concepto aproximado de la sucesión por causa de muerte; b) aludir al objeto de la sucesión por causa de muerte: la herencia; y c) llamar la atención sobre la incidencia de los pactos sucesorios en el fenómeno sucesorio.

El derecho a la herencia, a causar y recibir herencias, está constitucionalmente protegido en el art. 33 Const. junto al derecho a la propiedad privada.

El Derecho de sucesiones es aquella parte del Derecho civil que regula la sucesión por causa de muerte y que, entre otras cosas, como dice el art.



316, *ordena el destino de las relaciones jurídicas de una persona fallecida*, y trata de llenar la laguna que el *de cuius* (aquel de cuya sucesión se trata o “causante”) ha dejado con su fallecimiento.

Sucesión por causa de muerte la hay siempre que fallece una persona, aunque no haya dejado propiedad alguna, o incluso se halle cargado de deudas. Cuando una persona física muere, la mayoría de sus relaciones jurídicas activas y pasivas (bienes y derechos, deudas y obligaciones) no se extinguen sino que quedan sujetas al Derecho de sucesiones, de manera que, abierta su sucesión, es este Derecho el que se encarga de hacer posible que, por medio de la sucesión voluntaria o legal y una vez producida la delación a su favor, puedan ser adquiridas por sus sucesores como herederos o legatarios suyos. Pero el Derecho de sucesiones se ocupa también de la herencia yacente, la responsabilidad de los herederos, la comunidad hereditaria y su partición, la legítima, etc. La sucesión por causa de muerte es, por tanto, un fenómeno más complejo que la mera ordenación del destino de las relaciones jurídicas transmisibles del fallecido, pero sí puede decirse que esta es su característica principal.

**C. Objeto de la sucesión por causa de muerte: la herencia.** Objeto de esta sucesión son las relaciones jurídicas del causante *que no se extingan por su muerte y no estén sujetas a reglas distintas* de las del Derecho de sucesiones. Por tanto, el caudal relicto esta compuesto por las relaciones jurídicas, patrimoniales o extrapatrimoniales (*cf.* art. 466.1), transmisibles por causa de muerte, exceptuadas aquellas cuyo destino no lo ordena el Derecho de sucesiones.

El núcleo esencial de la herencia, en sentido objetivo, son los bienes, derechos y obligaciones de contenido patrimonial, excluidos los intransmisibles (uso y habitación —arts. 525 y 529 Cc.—, usufructo vitalicio —513 Cc.—, créditos intransmisibles —p. ej. 1112, por pacto, arts. 1.732.3º, mandato, 1.742, comodato en contemplación de la persona del comodatario—); en cambio, los de contenido extrapatrimonial (derechos políticos, derechos ligados directamente al estado civil y de familia, derechos de la personalidad, etc.) no forman parte de la herencia, si bien hay algunos derechos inherentes a la persona del causante que, sin embargo, perviven tras su fallecimiento (el derecho moral de autor, el ejercicio de acciones de impugnación o de reclamación de la paternidad, de calumnia o injuria al causante, de reparación de su honor, etc.).

Por último, hay derechos del causante que siguen existiendo tras su fallecimiento, pero que tienen vida propia y no forman parte del caudal relicto pues su destino está ordenado por otras reglas: así, los títulos nobiliarios, los derechos arrendaticios rústicos o urbanos regulados en la legislación especial, el seguro de vida para caso de muerte (SAPH 13/2/1995, SJPI 14 Z

22/2/2005), las pensiones de viudedad u orfandad, determinadas concesiones administrativas, la indemnización por causa de muerte, etc.

**D. Incidencia de los pactos sucesorios.** El causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión (art. 318) mediante actos *de última voluntad*, normalmente revocables y que ningún efecto producen para los llamados antes de la muerte del testador (testamento), o mediante *pactos sucesorios*, que ya no puede revocar libremente y que pueden producir algunos efectos sucesorios antes de su muerte.

La muerte del causante es el hecho central del fenómeno sucesorio, pero antes de que llegue, mediante pacto sucesorio, puede tener lugar no sólo el llamamiento al sucesor sino también la delación y aceptación de las atribuciones paccionadas e incluso, en el pacto de institución de presente, su adquisición en vida del instituyente. Es en los pactos sucesorios a favor de contratante y en los pactos de renuncia, donde pueden producirse algunos efectos ya en vida del instituyente, aunque siempre condicionados a la supervivencia del instituido (*vid.* arts. 385, 386, 389 a 391 y 399). Por ello, dice el art. 316 *que en los pactos sucesorios algunos efectos de la sucesión "mortis causa" se anticipan a la muerte del instituyente.* Anticipación que no tiene lugar en la sucesión deferida por testamento o por disposición de la ley.

## 5. Modos de delación. Compatibilidad

Las causas o fundamentos de la delación (ofrecimiento) de la herencia o legado a una persona como sucesora de otra, lo mismo que del llamamiento o vocación que la hacen posible, se denominan "modos de delación". Pues bien, *la sucesión se defiere* (es decir: el ofrecimiento puede tener lugar) *por pacto, por testamento o por disposición de la Ley* (art. 317.1). La mayor fuerza vinculante del pacto sucesorio hace que —alterando el orden del art. 89 Comp.— ocupe ahora el primer lugar de la enumeración.

La delación, lo mismo que la vocación o llamamiento, puede tener como causa o fundamento (modo) la voluntad del causante (*sucesión voluntaria*), expresada en pacto sucesorio (*sucesión paccionada*) o testamento (*sucesión testamentaria*), o la disposición de ley, bien por defecto, total o parcial, de sucesión voluntaria (*sucesión legal*), bien como corrección de lo ordenado por el disponente si ha contravenido derechos de los legitimarios.

*Los distintos modos de delación son compatibles entre sí* (art. 317.2). La compatibilidad de los tres modos de delación, aplicada pacíficamente en nuestro Derecho desde antiguo (SS APH 13/2/1995 y 28/11/2001), hace que la sucesión pueda deferirse por entero por cualquiera de ellos o en una parte por uno y en otra u otras por otro u otros. Así que el testamento o pacto puede concurrir con la sucesión legal, lo mismo que pueden concurrir pacto y testamento o varios pactos o varios testamentos, siempre que sean compatibles

entre sí (art. 432). Así, por ej., un causante puede distribuir un tercio de sus bienes en pacto sucesorio, otro tercio en testamento y dejar que el resto sea distribuido conforme dispone la ley.

La compatibilidad entre la sucesión voluntaria y la legal está reflejada en los arts. 323, 465 y 516, que ponen de manifiesto también la primacía de la sucesión voluntaria sobre la legal. Dice el art. 323.1 que *cuando resulte ineficaz un llamamiento voluntario, no haya sustituto del mismo carácter o legal ni tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del llamado a heredar pasará a los herederos legales del causante*. Pero previene el ap. 2 que, en principio, *quien hereda como consecuencia de la ineficacia de un llamamiento voluntario, aunque sea como heredero legal, queda sujeto a las mismas modalidades, limitaciones y obligaciones impuestas al primeramente designado*. Aunque se abra la sucesión legal por ineficacia del llamamiento voluntario, hay que compatibilizar el llamamiento legal con el resto de previsiones del disponente que mantengan su eficacia.

Insiste en la misma idea el art. 465.1 al decir que el pacto y el testamento serán válidos aunque el instituido sea incapaz de heredar o no acepte la herencia; *en estos casos se cumplirán las disposiciones paccionadas o testamentarias hechas con arreglo a las leyes* (completadas, en su caso, mediante la sustitución legal y el derecho de acrecer), *y el remanente de los bienes se deferirá a los herederos legales, abriéndose para ellos la sucesión legal* (art. 465.2). Para la ejecución de la fiducia por acto *inter vivos* es norma especial de preferente aplicación la que permite reiterar el llamamiento si resulta ineficaz la atribución (art. 458.2).

La compatibilidad entre los distintos modos de delación y la subsidiariedad de la sucesión legal se aprecia también en el art. 516 que dice: *en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento, se abre la sucesión legal*.

## 6. Llamamientos sucesorios y sucesores por causa de muerte

**A. Llamamientos sucesorios.** Indica el art. 319.1 que *los llamamientos sucesorios, pueden realizarse a título universal o particular; en los primeros se sucede en la totalidad o en una parte alícuota del patrimonio del fallecido, mientras que en los segundos se sucede en bienes o derechos determinados*. En la sucesión voluntaria los llamamientos sucesorios tanto pueden ser a título universal como particular, mientras que en la sucesión legal los llamamientos son normalmente a título universal y sólo ocasionalmente puede haber *sucesores a título particular por disposición legal*. Pero en todo caso se trata de llamamientos a suceder en los bienes o derechos del fallecido, que forman parte, por tanto, de su herencia en sentido objetivo (patrimonio del fallecido como unidad lógica, sin entidad real).

La sucesión a título universal supone el paso, *uno ictu* (de un golpe), en bloque y sin necesidad de las formalidades precisas para la transmisión de cada uno de los bienes singulares, de una masa de cosas, derechos y deudas, desde el patrimonio del difunto al del sucesor, cuya posición jurídica con respecto a cada una de las relaciones singulares ingresadas de esa forma en su patrimonio sigue siendo igual a la del causante (LACRUZ); en cambio, en la sucesión a título particular el sucesor adquiere bienes o derechos determinados del causante, pero en este caso no se hace responsable personal de parte de sus deudas. Por otra parte, el llamamiento a título universal es expansivo y se extiende a todo lo no atribuido a título particular.

Aunque el art. 319.1 hable de sucesión en el *patrimonio* del fallecido, es evidente que no se está refiriendo a él como entidad real distinta de sus componentes: ni el patrimonio del causante ni la herencia pueden ser concebidas como una unidad abstracta con existencia para el Derecho (*universitas iuris*); pero ello no impide hablar de patrimonio o de herencia como conjunto de bienes que tienen una unidad lógica y que en ocasiones reciben un mismo tratamiento de la ley.

**B. Clases de sucesores por causa de muerte.** Sucesores, en sentido estricto, son las personas *físicas o jurídicas* que reciben las posiciones activas o pasivas incluidas en la herencia y que, por tanto, eran del causante en el momento de su muerte. Según el art. 319.2, *los sucesores por causa de muerte pueden ser herederos, legatarios o sucesores a título particular por disposición legal*. No es preciso que en toda herencia haya sucesores de todas las clases. Nada impide tampoco que pueda haber varios de cada clase o que haya un solo heredero. Excepcionalmente, incluso puede estar toda la herencia distribuida entre legatarios.

La figura del heredero de todo o parte de la herencia es la que ocupa la posición central y fundamental del sistema, su llamamiento a título universal se extiende a todo lo no atribuido a título particular, y se da tanto en la sucesión voluntaria como en la legal. En cambio la figura del legatario, tanto si es sucesor en sentido estricto como si no, sólo puede existir en la sucesión voluntaria, y es muy variada o diversa: todo el designado sucesor por causa de muerte que no sea heredero (art. 466.2). El legatario sólo será sucesor del disponente si sucede en la titularidad de cosa cierta y determinada existente en la herencia. En la sucesión legal, si alguna rara vez alguien sucede a título particular (por ej., en el recobro de liberalidades: arts. 524 y 525), no será un legatario (sería un "legatario legal", lo cual implica una contradicción en los términos), sino un "sucesor a título particular por disposición legal".

Se presume que el llamado a una cuota de la herencia es heredero y el llamado a cosa determinada, legatario (art. 466.3), pero es una presunción que

puede destruirse probando que la voluntad del causante ha sido instituir un heredero en cosa cierta o un legatario de parte alícuota. Luego, el tipo de llamamiento (a título universal o particular) no es siempre lo que determina la clase de sucesor, sino que prevalece la voluntad del disponente sobre el tipo de llamamiento y sobre la denominación empleada, si bien el disponente no puede convertir en heredero o legatario a quien no vincule a los efectos legales propios de dicha condición.

Por otra parte, el legatario no ha de ser necesariamente sucesor en sentido técnico del causante sino que, como dice el art. 319.3, *es también legatario quien recibe del disponente algún derecho que no forma parte de la herencia*. Si lo que recibe como legado no es cosa o derecho que pertenecía al causante, el legatario no es sucesor suyo, aunque el derecho al legado obligacional o de crédito lo haya recibido de él: la delación de este tipo de legado convierte al legatario en acreedor de la persona gravada (art. 477.1).

**C. Las figuras del heredero y el legatario.** La delimitación más acabada de la figura del heredero —y por contraposición, del legatario—, así como la regulación de las figuras del heredero *ex re certa*, el legado de parte alícuota y la distribución de toda la herencia en legados, se hallan entre las normas comunes a las sucesiones voluntarias (arts. 465 a 469), pero preferimos verlo ya aquí.

*Tendrá la consideración de heredero —dice el art. 466.1— el nombrado para suceder, en todo o en parte, en las relaciones patrimoniales y personales del causante que no se extingan por su muerte, cualquiera que sea la denominación que éste le haya dado y tanto si ha sido llamado a la totalidad o a una cuota del caudal (llamamiento a título universal: art. 319.1) como a uno o varios bienes determinados (heredero ex re certa).*

Normalmente el heredero será sucesor a título universal, pero lo que caracteriza al heredero, aunque sea sucesor a título particular, es que no es —como el legatario— un simple adquirente de cosas y derechos patrimoniales, sino alguien que sucede al mismo tiempo, aunque sea en pequeña medida, en las deudas y relaciones personales del causante que no se extingan por su muerte (art. 466.1), así como en situaciones de hecho como la posesión (art. 440 Cc.). *El heredero adquiere los bienes y derechos de la misma [la herencia], se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias* (art. 322.). Surgen para él *nuevos deberes*, que no lo eran del causante, como pagar los legados a su cargo, hacer efectiva la legítima y liquidar la herencia. La cualidad o condición de heredero es algo personalísimo (se le confía personalmente a él) e intransmisible (*semel heres, semper heres*: “una vez heredero, siempre heredero”): la venta de la herencia no implica pérdida de la condición de heredero, ni de la responsabilidad por las deudas de la herencia (arts. 1531, 1534 Cc.).

Por su parte, el legatario es el designado titular de atribuciones por causa de muerte que no sea heredero, tanto si es sucesor del causante como si no (*cf.* art. 466.2). Legado será cualquier disposición patrimonial en acto *mortis causa* que, confiriendo directamente derechos al favorecido, no sea institución de heredero. Es definitorio de la posición del legatario el hecho de que recibe los bienes o derechos objeto del legado, en su caso con las cargas impuestas por el disponente, pero no se convierte en deudor personal de parte de sus deudas. Pero los acreedores de la herencia gozan de preferencia sobre los legatarios para cobrar sus deudas sobre los bienes de la herencia (art. 359.1).

A la hora de decidir si un llamamiento es a título de heredero o de legatario debe prevalecer la voluntad del disponente sobre los términos empleados, aunque lo querido sea que el instituido en cosa cierta y determinada sea heredero, o que el llamado a parte alícuota de la herencia sea legatario.

Ahora bien, el disponente no puede convertir en heredero o legatario a quien no vincule a los efectos legales propios de dicha condición (por ejemplo, no puede ser heredero un sucesor al que se le exonere de las deudas, ni legatario aquél al que se haga responsable personal de su pago).

Por lo demás, recordemos que, mientras no se pruebe que es otra la voluntad del disponente, se *presume* que el llamado a una cuota de la herencia es heredero y el llamado a cosa determinada, legatario (art. 466.3).

## 7. Sucesores especiales

**A. El heredero “*ex re certa*”.** Si se prueba que *es voluntad del disponente que el instituido en cosa cierta y determinada sea heredero*, lo será y, por ello, responderá de las obligaciones y cargas hereditarias en proporción al valor de lo así recibido, pero, al no ser parte de un llamamiento conjunto a un todo, *no tendrá derecho de acrecer* (art. 467.1), ni, al tener un llamamiento a título particular, a participar en la partición de la comunidad hereditaria.

Si la institución de heredero *ex re certa* no agota el caudal hereditario, los bienes no dispuestos (y los de nueva aparición) se defieren a los herederos legales (art. 465.2); en cambio, *si toda la herencia ha sido distribuida entre herederos en cosa cierta y determinada, sucederán en los bienes de nueva aparición en proporción al valor de lo recibido por cada uno* (art. 467.2), con exclusión, por tanto, de la sucesión legal. No se trata de un supuesto de acrecimiento del art. 481 del Código (SÁNCHEZ-RUBIO). La solución legal parece aplicable también cuando los bienes omitidos son de escasa importancia y la voluntad del disponente ha sido la de llamar a su herencia sólo a determinadas personas (GARCÍA ALMAZOR). El supuesto de distribución de la herencia entre herederos *ex re certa* es similar al de la partición realizada por el disponente, y el régimen de la responsabilidad será el previsto en el art. 371.

También el instituido heredero en el derecho de usufructo (cosa cierta y determinada) tendrá la consideración de heredero *ex re certa* si ésta es la voluntad del disponente (art. 467.3), siéndole entonces de aplicación las previsiones del art. 467.1, si bien el derecho de usufructo recaerá sobre la herencia, o cuota de ella, en la configuración que tenga al abrirse la sucesión y, por tanto, también sobre los bienes de nueva aparición.

Si el disponente, además de la institución de heredero en el usufructo de toda su herencia a favor de una hermana, ha dispuesto «debiendo ir después de su muerte a mis legítimos herederos», habiendo sucesión voluntaria ordenada por el testador, no hay que recurrir a la apertura de la sucesión legal (art. 516). La Ley, en suma, no llama en el caso a nadie, pues los llamamientos ya los hizo el causante de la sucesión (Auto APZ 19/6/2007).

**B. El legatario de parte alícuota.** El reverso o negativo de la institución de heredero *ex re certa* es el legado de parte alícuota, regulado en el art. 468 con las siguientes consecuencias: a) pese a ser titular de una cuota de la herencia, como es legatario y no heredero, no resulta deudor de las obligaciones y cargas de la herencia; pero su derecho recae o se calcula sobre el caudal hereditario líquido, es decir, una vez que las cargas hereditarias, incluidas entre ellas los restantes legados, han sido pagadas; b) en cuanto titular de cuota de la herencia, tiene derecho a concurrir a la partición con el heredero o herederos, porque es persona interesada en la fijación del activo.

Ahora bien, ha dispuesto el legislador que cuando el legatario no sea legitimario (descendiente del disponente), el heredero puede optar por pagar este legado en dinero extra-hereditario convirtiendo al legatario de cuota en mero acreedor suyo (art. 477.1, i.f.); en cambio, si es legitimario, tiene derecho a recibir el importe de su cuota en bienes del caudal relicto (art. 497.1).

Además, el legatario de parte alícuota puede solicitar la división judicial de la herencia (art. 782 Lec.) y tiene la posibilidad de pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad a través del art. 42.6 de la Lh. (arts. 146.2 y 152 Rh.).

**C. La distribución de toda la herencia en legados.** Como no es necesaria la institución de heredero para la validez del título sucesorio (art. 465), puede el disponente querer distribuir toda la herencia en legados, pero en tal caso, no habiendo heredero voluntario y no siendo necesario abrir la sucesión legal, dice el art. 469.1 *que se prorratarán las deudas y cargas entre los legatarios en proporción a sus cuotas, a no ser que se hubiera previsto otra cosa*. El legislador prefiere en un caso tan especial permitir, en contra de la configuración propia de la figura del legatario, que sean los propios legatarios los que liquiden la herencia y paguen a los acreedores. La responsabilidad de cada legatario por las deudas y cargas de la herencia está limitada al valor de lo a él legado (art. 858.2 Cc.), es *cum viribus* y solidaria.

Responsabilidad que se *mantiene por la parte que proporcionalmente se derive de sus cuotas aunque concurran con herederos legales sobrevenidos por la aparición de nuevos bienes* (469.2), sistema más lógico y justo que desplazarla por entero a los herederos sobrevenidos. La aparición de nuevos bienes, a diferencia de cuando toda la herencia ha sido distribuida entre herederos *ex re certa*, no evita el llamamiento a los herederos legales, que responderán del pago de las deudas en proporción al valor de los nuevos bienes aparecidos.

## 8. La ordenación voluntaria de la sucesión. Ineficacia

**A. Formas y límites de la ordenación voluntaria.** Como en el Derecho de familia, el *principio standum est chartae* (art. 3) se ha manifestado a lo largo de los siglos también en el campo sucesorio en forma de simplificación del sistema romanista, superando estructuras, cauces y prohibiciones —todavía hoy existentes en el Código civil— en homenaje a la voluntad del disponente. En el Derecho vigente la libertad civil se proyecta expresamente sobre el Derecho de sucesiones al disponer el art. 318 que *el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión [...], sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio “standum est chartae”*: “que [su voluntad] no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés” (art. 3). Mientras no conste su imperatividad como en el caso de la legítima, las normas del Derecho aragonés de sucesiones se presumen dispositivas y sobre ellas prevalece la voluntad del disponente. Prevalece también sobre las normas imperativas o prohibitivas del Derecho estatal de aplicación supletoria, que si pueden ser desplazadas por la ley o la costumbre aragonesas, también pueden serlo por la voluntad de los particulares amparada en el *standum*.

La libertad de una persona para ordenar su sucesión es la más amplia posible pues puede hacerlo por sí mismo, sin contar con nadie más, en testamento individual, contando con otro, en testamento mancomunado, y contando con otro u otros, en pacto sucesorio; pero también puede hacerlo por medio de uno o más fiduciarios nombrados en pacto o testamento, y, por supuesto, puede hacerlo en parte por sí mismo y encomendar el resto al fiduciario o fiduciarios nombrados a tal efecto. Las posibilidades de ordenación voluntaria son muchas, pero si no se usan o se usan sólo parcialmente, la sucesión se deferirá, en todo o en parte, por disposición legal (art. 516).

El contenido típico del pacto sucesorio, testamento o acto de ejecución de la fiducia es la designación de sucesor, es decir, la institución de heredero o el nombramiento de legatario (o ambas cosas a la vez). Para la validez del acto de disposición por causa de muerte no se exige que contenga institución de heredero, ni que ésta comprenda la totalidad de los bienes (art. 465.1). Si al morir el disponente no hay legitimarios (descendientes), su libertad de disposición habrá sido absoluta: todos los bienes del causante habrán po-



dido ser atribuidos sin problemas (por él mismo o mediante fiduciario) a cualquier persona que tenga capacidad para suceder, sin que tras su muerte puedan surgir problemas de legítima (art. 464.1); en cambio, el que al morir tenga legitimarios, sólo habrá podido disponer, sin infringir la legítima, de la mitad de sus bienes en favor de extraños (arts. 464.2 y 486).

La legítima, en cuanto reserva legal de la mitad del caudal computable a favor de los descendientes del causante, es el único límite legal específico a la eficacia de las disposiciones *mortis causa* (art. 318). La totalidad de los bienes del causante, o sólo la mitad si al morir tiene legitimarios, es finalmente, tras su muerte, de libre disposición, cualquiera que sea el origen del bien y el modo de adquisición, pues la sucesión troncal y el recobro de liberalidades son propios exclusivamente de la sucesión legal y no suponen ningún límite a la libertad de ordenación voluntaria (SATZ 3/7/1937).

A diferencia de otros Derechos como el del Código civil (arts. 968-980), en Aragón no hay más reserva legal de bienes que la representada por la legítima: la reserva troncal y la viudal que regula el Código civil en los arts. 811 y 968 a 971, o cualquier otra modalidad de reserva, sólo existirá si se crea voluntariamente, es decir, *cuando aparezca previamente determinada en testamento abierto u otra escritura pública* (art. 464.3). La reserva legal de bienes (a la que tanto el Apéndice como la Compilación —art. 139— hubieron de referirse para rechazar la aplicación del Código civil) sólo tiene lugar por expresa determinación voluntaria y entonces se rige por las reglas que se hayan señalado en el título que la crea y, en su defecto, por el Derecho supletorio en lo que no contradiga los principios que informan las normas aragonesas (art. 1.2). La reserva ha de establecerse en testamento abierto (no en cerrado u ológrafo) u otra escritura pública para que el otorgante cuente con el auxilio del notario autorizante al establecer una limitación de disponer de cierta complejidad (A. SÁNCHEZ-RUBIO).

**B. La ineficacia del llamamiento voluntario.** El llamamiento voluntario puede resultar ineficaz si el llamado en él no quiere o no puede suceder (*cf.* arts. 404, 437, 438, 465). La ineficacia ha podido ser prevista por el propio disponente designando al llamado un sustituto voluntario; en otro caso, es la ley la que trata de evitar la ineficacia de la ordenación voluntaria, primero mediante la sustitución legal, cuando el llamado tiene descendientes y se dan los requisitos de esta figura legal (arts. 334 a 341), y, en su defecto, mediante el derecho de acrecer, si el que no quiere o no puede suceder había sido llamado solidariamente con otros (arts. 481 a 483).

No siendo aplicables ninguno de estos mecanismo legales para evitar la ineficacia del llamamiento legal, en aplicación del principio de compatibilidad de los modos de delación (arts. 317.2, 516), *la porción* (o la cosa cierta y determinada, en caso de heredero *ex re certa*) *vacante del llamado a heredar*

*pasará a los herederos legales del causante y si se trata de un legado se refundirá con la masa de la herencia* (art. 323.1), con lo que el legado no tendrá que ser cumplido por el heredero o legatario gravado con él. Ahora bien, ya hemos visto que en cualquiera de estos supuestos (sustitución voluntaria o legal, derecho de acrecer y sucesión legal), *quien hereda como consecuencia de la ineficacia de un llamamiento voluntario, aunque sea como heredero legal, queda sujeto a las mismas modalidades, limitaciones y obligaciones impuestas al primeramente designado, salvo que sean puramente personales de éste o que el disponente hubiera previsto otra cosa* (art. 323.2).

La ordenación de la sucesión hecha por el causante (o por su fiduciario), respetando los límites del art. 318, puede contener, además del llamamiento sucesorio, otras muchas disposiciones como las aludidas en el art. 323 a título de ejemplo: sustituciones, modalidades (condición, término, modo), limitaciones (por ej., reservas) y obligaciones. Las disposiciones que perfilan la voluntad del disponente, aun previstas para el primeramente designado, deben ser observadas también por quien ocupe su lugar en la sucesión (o por el mismo llamado que repudia el llamamiento voluntario y acepta como heredero legal: art. 344.1). La ineficacia del llamamiento voluntario no priva de eficacia a la restante ordenación voluntaria, salvo si el disponente ha previsto otra cosa o, aún sin previsión en contrario, se trata de estipulaciones referidas exclusivamente al primeramente designado (puramente personales de éste). En la misma idea insiste el art. 465.2.

## 9. Etapas en la adquisición de la herencia

**A. Orden de las etapas.** Los arts. 320, 321 y 322, completados con el 324 sobre la herencia yacente, se refieren a la dinámica del proceso sucesorio que comienza con la muerte del causante y termina con la adquisición de la herencia por los sucesores.

Conceptualmente se distingue entre apertura, vocación, delación y adquisición de la herencia; desde la apertura hasta la adquisición por el heredero la herencia está yacente. Algunas etapas pueden coincidir en el tiempo; en la sucesión legal y en la testamentaria (también en los pactos a favor de tercero) el orden es el descrito y se inicia con la muerte del causante; en estas sucesiones el llamamiento legal o voluntario carece de relevancia jurídica hasta la muerte del causante. En el momento del fallecimiento del causante, si no hay una condición suspensiva que retrase la delación (art. 321.2 CDFEA), se producen simultáneamente la apertura, la vocación y la delación de la herencia (STSJA 26/01/2005).

En cambio, en los pactos de institución a favor de contratante (arts. 385 y ss.) y en los de renuncia (art. 399), la aceptación o repudiación, e incluso la adquisición si el pacto es de presente, se anticipan a la muerte del instituyente (art. 316). Por otra parte, la fiducia sucesoria, sin alterar el orden lógico

del proceso, retrasa la delación hasta el momento de su ejecución o extinción (art. 448.1).

**B. Apertura.** *La sucesión se abre en el momento de la muerte del causante* (art. 320.1). También la sucesión paccionada se abre con la muerte del instituyente, pues los efectos producidos con anterioridad claudican si el instituido premuere sin descendencia, y se consolidan en otro caso. A la muerte se equipara la declaración de fallecimiento (art. 195 Cc.), supuesto en el que hay que tener en cuenta lo previsto en los arts. 196 y 197 Cc.

El momento preciso de la muerte (real o presunta) del causante tiene gran importancia pues de que le sobrevivan los llamados o instituidos depende su capacidad para sucederle. La inscripción de defunción en el Registro civil hace fe de la hora, fecha y lugar del fallecimiento (arts. 4, 62-67 LRC-2011).

La presunción de comorientación del art. 320.2 se formula en los mismo términos del art. 33 Cc.: *Si se duda, entre dos o más personas llamadas a suceder, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro* (cfr. art. 211-2 Cc. Cat.).

La sucesión se abre en el lugar del último domicilio del causante (art. 320.1). El lugar de apertura de la sucesión determina la competencia judicial por razón del territorio en los juicios sobre cuestiones hereditarias (cfr. art. 52.4º Lec.). Para los aragoneses que fallezcan fuera de España en países de la Unión Europea, así como para los ciudadanos de la Unión que fallezcan en Aragón, habrá que atender a lo dispuesto en el Reglamento europeo de sucesiones de 4 de julio de 2012.

**C. Vocación.** En la sucesión testamentaria y en la legal (así como en la paccionada a favor de tercero), a la muerte del causante la ley llama o convoca simultáneamente a todos los posibles destinatarios de la herencia, como herederos o como legatarios, tanto a los designados (por el causante o, en su defecto, por la ley) para suceder en primer lugar como a todos los demás que pudieran llegar a suceder si no lo hicieran los llamados preferentes. De entre los convocados (y sus herederos en caso de derecho de transmisión) ha de salir el sucesor o sucesores. Pero la vocación por sí sola no ofrece a los llamados atribución sucesoria alguna ni, por tanto, derecho a aceptarla o repudiarla. La vocación es el llamamiento en abstracto a una eventual sucesión que la ley hace simultáneamente a todos los posibles sucesores en el momento mismo de la muerte del causante.

**D. Delación.** *La delación* es otra etapa o momento del fenómeno sucesorio; en ella no sólo existen personas determinadas llamadas a suceder, sino que alguna de ellas recibe el ofrecimiento para aceptar o repudiar. La posibilidad inmediata de aceptar la herencia (o repudiar el legado) es la

característica de la delación. *Delata hereditas intelligitur quando quis possit addeundo consequi*. La delación es el ofrecimiento efectivo y actual de la atribución sucesoria para su aceptación o repudiación. Este ofrecimiento que conocemos como “delación” depende de la ley y el llamado a quien se hace no puede evitar que le llegue. Para la adquisición del legado no es precisa la aceptación, sino que por la delación se adquiere directa e inmediatamente el derecho que se lega, con posibilidad de repudiarlo (art. 322.3).

La delación presupone la vocación pero, a diferencia de ésta, no es simultánea para todos los eventualmente llamados, sino que la posibilidad de aceptar o repudiar se ofrece, en primer lugar, sólo al llamado de forma preferente y, si éste llamamiento deviene ineficaz, se ofrece sucesivamente a los siguientes llamados. La delación termina con la aceptación, pero ya antes el llamado es titular del *ius delationis*, derecho a aceptar o repudiar que en caso de muerte se transmite por ministerio de la ley a sus herederos (arts. 354 y 478).

*En la sucesión contractual* (con exclusión de los pactos a favor de tercero) *y en la fiducia, el momento de la delación se rige por sus respectivas normas* (art. 321.4): momento del otorgamiento y momento de la ejecución o extinción, respectivamente (para el caso de fiducia, *cfr.* STSJA 26 enero 2005).

En las restantes sucesiones la regla general es que *la sucesión se defiere en el momento del fallecimiento del causante* (art. 321.1): es pues una delación inmediata (ya sea directa o por relación a la de la persona a la que se sustituye) que se da tanto en los llamamientos puros como en los a término; *en los llamamientos sucesivos, si se ha frustrado* (por repudiación) *el llamamiento anterior* (voluntario o legal), *la sucesión se entiende deferida* al siguiente llamado también *al tiempo del fallecimiento del causante* (art. 321.3; *cfr.* 343.1): la delación es sucesiva, si bien, al no haber llegado a existir un sucesor anterior, tiene efectos retroactivos al momento de la muerte del causante.

En cualquier clase de sucesión, la delación se aleja del momento inicial, lo mismo que en el caso de fiducia, cuando depende del cumplimiento o incumplimiento de una condición suspensiva: entonces —como dice el art. 321.2— *la delación tendrá lugar al tiempo de cumplirse la condición* (delación diferida).

En los casos en que, voluntariamente o por disposición de la ley, resulten designados varios sucesores sucesivos para que reciban la herencia o legado uno detrás de otro, si acepta el primer sucesor y la sustitución está sujeta a condición suspensiva, la delación a favor del sucesor posterior tendrá lugar cuando la condición se cumpla (art. 321.2); si la sustitución es a término, cierto o incierto, se aplica la regla general del art. 321.1, de modo que el ofrecimiento (voluntario o legal) a suceder después de otro existe desde la muerte del causante (o desde el otorgamiento del pacto, en su caso); dado que la sustitución fideicomisaria puede ser a plazo o condicional, el inciso final del

art. 321.3 se limita a aclarar que *la sustitución* (no la delación) *tiene lugar cuando fallezca el heredero precedente o de otra forma se extinga su derecho*.

**E. Adquisición.** Hay dos sistemas diferentes de adquisición de las atribuciones deferidas por causa de muerte:

a) *Sistema de estilo germánico.* El legatario, o el sucesor a título particular por disposición legal, adquiere su derecho desde el momento de la delación, sin necesidad de aceptación, aunque sin perjuicio de la posibilidad de optar por la repudiación, en cuyo caso se considera que no ha tenido lugar la delación a su favor (arts. 322.3 y 477.1); la aceptación consolida la adquisición ya producida (art. 477.2) y representa una renuncia al derecho a repudiar.

Este sistema es el seguido por algunos Derechos extranjeros también para la adquisición de la herencia y parece que era el propio del Derecho aragonés histórico. Se adquiere la condición de heredero sin necesidad de aceptación —heredero provisional—, con lo cual no hay posibilidad de herencia yacente, pero el heredero provisional (o sus herederos por derecho de trasmisión) siempre puede repudiar el llamamiento a título de heredero (Daniel BELLIDO).

b) *Sistema de estilo romanista.* En cambio, el llamado a título de heredero, sólo adquiere la herencia deferida mediante la aceptación; hasta que no acepta no se convierte en heredero (art. 322.1). De forma que entre delación y adquisición puede mediar un lapso de tiempo más o menos largo de herencia yacente, aunque producida la aceptación sus efectos se retrotraen al momento del fallecimiento del causante (art. 343.1), con el que necesariamente ha de enlazar el heredero (STSJA 3/12/2010).

En la herencia deferida por pacto sucesorio a favor de contratante los efectos transmisivos dependen de lo pactado (hay transmisión en la institución de presente y no la hay hasta la muerte del instituyente en la institución para después de los días), sin que tras la muerte del instituyente se requiera nueva aceptación del instituido que intervino en el pacto (art. 322.2), que no podrá repudiar la herencia o renunciar al legado (art. 385).

A la adquisición de la posesión de los bienes de la herencia son aplicables los arts. 440 y 442 Cc., a completar con lo previsto en el art. 479 CDEA para el legado de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario.

## 10. La herencia yacente

*Desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación del llamado la herencia carece de titular* (art. 324.1), pero la ausencia de titular es meramente provisional o transitoria. Se dice entonces que la herencia está yacente. En caso de fiducia, mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia

yacente (forzosa), y su administración y representación se regirá por lo establecido en los arts. 449 a 455 (arts. 324.5 y 448.2).

La situación de herencia yacente se ha concebido como un patrimonio falto interinamente de titular, pero destinado a ser adquirido por los herederos —una vez debidamente acreditado quienes sean éstos—, en interés de los cuales le atribuye la ley consistencia propia. La herencia yacente, sin llegar a constituir una persona jurídica, se considera como «entidad jurídica especial», como comunidad de intereses que recibe transitoriamente un tratamiento unitario (STS 21-6-1941).

Se puede hablar de una yacencia voluntaria, cuando los llamados, pudiendo aceptar, no lo han hecho todavía (SAPT 10/3/2009), y de una yacencia forzosa, cuando los llamados no pueden aún aceptar la herencia: llamado todavía no nacido (art. 326), persona jurídica aún no constituida (art. 327), llamamiento condicional (arts. 801 y ss. Cc.), etc.

En Derecho aragonés, la regulación general de esta figura es la contenida en el art. 324. *La administración de la herencia yacente corresponderá a la persona que hubiera designado, en su caso, el causante* (art. 324.2; un albacea, p.e.: art. 902 Cc.). *Asimismo, los llamados como herederos podrán instar el nombramiento de un administrador judicial de la herencia de acuerdo con lo establecido en las leyes procesales* (art. 324.4) para la intervención judicial de la herencia (cfr. arts. 792 y ss. Lec.).

A falta de administrador voluntario o legal, los casos de yacencia forzosa se rigen por sus propias normas (art. 326), mientras que en la yacencia voluntaria *los llamados como herederos podrán realizar exclusivamente actos posesorios, de conservación, vigilancia y de administración de la herencia. Dichos actos por sí solos no implican la aceptación de la misma* (art. 324.3, que concuerda con el 350.2, si bien éste añade otro supuesto: el pago de los impuestos que gravan la sucesión).

La Ley de Enjuiciamiento Civil concede a la herencia yacente capacidad para ser parte en juicio (cfr. art. 6.1.4º), si bien ha de comparecer por medio de quienes, conforme a la ley, la administren (cfr. art. 7º.5 Lec.). A falta de administrador, en el aspecto pasivo los tribunales consideran correcta y suficiente la legitimación pasiva cuando la demanda se dirige contra la herencia yacente y los llamados a ella todavía no aceptantes.

## 11. Capítulo II. La capacidad para suceder

**A. El Capítulo II.** Titulado *Capacidad e indignidad para suceder* (arts. 325 a 333), contiene una moderna y completa regulación de la capacidad para suceder, que, evitando los problemas y dificultades que plantea la normativa del Código civil (muy defectuosa, desfasada y mezclada con la regulación de la incapacidad relativa, que es propia sólo de las sucesiones volunta-

rias), contempla las posibilidades y soluciones puestas de manifiesto por la mejor doctrina y los últimos Códigos (catalán, portugués o italiano) sobre capacidad de las personas físicas y jurídicas para ser sucesores *mortis causa*: el concebido pero no nacido, personas futuras, personas fecundadas tras la muerte del causante, fundaciones *mortis causa*, etc. Es una materia no prevista en la Compilación ni en el Apéndice pero que preocupó a los juristas aragoneses de finales del s. XIX.

La regulación es común a todas las clases de sucesión (paccionada, testamentaria —en ambas, también en caso de fiducia— o legal), si bien en los pactos de institución a favor de contratante el instituido ha de ser mayor de edad en el momento del otorgamiento (art. 378: capacidad para otorgar pactos) y sobrevivir al instituyente (capacidad para suceder).

**B. Regla general: la tienen las personas ya existentes y que sobrevivan al causante.** La regla general (no formulada en sentido positivo en el Cc.: *vid.* arts. 744 y 745) es que *tienen capacidad sucesoria todas las personas nacidas o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante* (art. 325.1). Algo similar dispone para las personas jurídicas el art. 327.1: *Tienen capacidad sucesoria las personas jurídicas constituidas legalmente al tiempo de la apertura de la sucesión.* Por tanto, las personas físicas o jurídicas llamadas a una sucesión y nacidas antes de la muerte del causante, han de sobrevivirle (ya sabemos que en caso de comoriencia entre dos o más personas llamadas a suceder no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro: art. 320.2).

**C. Regla especial para el nasciturus y la fecundación asistida post mortem.** Expresamente se prevé la capacidad sucesoria del *nasciturus*, el cual, en cuanto nazca cumpliendo las condiciones legales para adquirir personalidad jurídica (art. 30 Cc.), consolidará su llamamiento. Para favorecer la prueba, dice el art. 325.2 que *se presumirá concebido al tiempo de la apertura de la sucesión el que nazca antes de los trescientos días siguientes al fallecimiento del causante* (presunción que coincide con la del art. 116 Cc. para la filiación matrimonial). En los arts. 959 a 967 Cc. se contienen una serie de precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta, pero que son de aplicación a todo caso de concebido y no nacido y a los supuestos análogos.

Por otra parte, los hijos del causante nacidos de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor, *se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que se cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación* (art. 325.3). Es una ficción legal para extender a este caso el régimen previsto para el *nasciturus*. El art. 9º.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dice que “el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el art. 6.3, en escritura pública,

en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer”, posibilidad que el 9º.3 extiende al “varón no unido por vínculo matrimonial”.

**D. Reglas especiales para las personas físicas o jurídicas futuras.** La supervivencia del llamado a suceder, o el estar ya concebido (o la consideración de que lo está) al tiempo de la apertura de la sucesión, no es imprescindible para poder ser sucesor, pues también las personas futuras pueden llegar a serlo.

Dice el art. 325.1, segundo inciso, que, *no obstante, en la sucesión voluntaria puede disponerse a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión*. Pero se requiere una disposición expresa en tal sentido porque, en otro caso, en el llamamiento a favor de los hijos de persona determinada no se entienden comprendidos los hijos aún no concebidos en el momento de la apertura de la sucesión (*cfr.* art. 472 e). Indica la STSJA 26/01/2005 que, determinado que los posibles futuros herederos a designar por la fiduciaria sean sólo “los hijos de los hijos o los demás descendientes del testador”, ninguna duda ofrece cuáles sean, al final, los posibles llamados a la herencia. El art. 325.1, como es obvio, no se aplica a los llamamientos sucesivos propios de las sustituciones fideicomisarias (NAVARRO VIÑUALES).

Y el art. 327.2 recoge la misma idea para las personas jurídicas: *Si el causante, en su disposición por causa de muerte, crea u ordena crear una persona jurídica que sólo quede constituida legalmente después de la apertura de la sucesión, ésta tendrá capacidad para adquirir las atribuciones patrimoniales ordenadas por el causante desde que tenga personalidad, pero los efectos se retrotraerán al momento de la delación*.

Se ha dado recepción, con ello, a la doctrina legal que defendía para el Código civil la capacidad para suceder del *concepturus* y de las fundaciones testamentarias (SS. TS 25 abril 1963, 3 abril 1965, 4 febrero 1970 y 28 noviembre 1986, entre otras). Al quedar constituida legalmente la persona jurídica adquiere capacidad para adquirir mediante la aceptación, pero los efectos de la aceptación se retrotraerán, no sólo al momento de la delación como dice el art. 327.2, sino, conforme a la regla general, al momento del fallecimiento del causante (art. 343.1 CDF).)

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, regula en el art. 9º las modalidades de constitución, por actos “inter vivos” o “mortis causa”, y precisa en el ap. 4 que “si en la constitución de una fundación por acto *mortis causa*, el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley



se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial.”

El art. 326, norma común para los llamamientos a favor de personas físicas no nacidas, dice que *la herencia deferida a favor de un todavía no nacido, esté concebido o no, se pondrá en administración, con sujeción a las reglas de la herencia bajo condición suspensiva*. Son llamamientos sujetos a condición suspensiva a los que se aplican los arts. 801 y ss. Cc. sobre administración de la herencia hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse. Al tiempo de cumplirse la condición tendrá lugar la delación, cesará la administración de la herencia y hasta la aceptación le serán de aplicación las normas de la herencia yacente (art. 324).

*E. La incapacidad de las personas capaces de suceder.* Aunque, de acuerdo con las reglas vistas, el llamado tenga capacidad para suceder al causante y se haya producido la delación a su favor, quedará privado de la herencia o legado si se declara que es indigno de sucederle por haber incurrido en causa de indignidad (art. 328); quedará privado de lo dejado voluntariamente por el disponente cuando se declare la incapacidad relativa del sucesor voluntario por afectarle alguna de las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (art. 475). Por otra parte, el causante o su fiduciario pueden (en pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia) desheredar al legitimario incurso en causa legal de desheredación privándole de la condición de legitimario y de las atribuciones sucesorias que le correspondan por cualquier título, excepto de las voluntarias posteriores a la desheredación (arts. 509-511); y sin necesidad de causa legal, pueden excluir absolutamente al legitimario de grado preferente privándole de todo derecho en la legítima y en las sucesiones voluntaria y legal (*vid.* art. 513). Aunque exista causa legal, la desheredación, lo mismo que la exclusión voluntaria, depende de la voluntad de disponente (*vid.* art. 511.3), y también la eficacia de las causas de indignidad puede ser evitada por el causante o su fiduciario rehabilitando al indigno (art. 332); por el contrario, el disponente no puede remover las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (art. 475).

Veremos aquí, junto a la indignidad para suceder, que es la figura central, las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (“incapacidad relativa”), pero dejaremos para estudiarlas en sede de legítima, la desheredación y la exclusión absoluta.

## 12. La indignidad sucesoria

Aunque, de acuerdo con las reglas de los arts. 325 y 327, el llamado tenga capacidad para suceder al causante y se haya producido la delación a su

favor, quedará privado de capacidad sucesoria si es declarado indigno de sucederle por haber incurrido en alguna causa de indignidad (art. 328), y deberá restituir los bienes de la herencia o legado si ha entrado en posesión de ellos (art. 331).

La institución central de todas las que determinan la incapacidad para suceder a un determinado causante es la indignidad, pues, por un lado, su régimen es aplicable en parte también a las incapacidades relativas (*vid.* art. 475.2), y, por otro, las causas de indignidad son también las primeras causas legales de desheredación (*vid.* art. 510).

La indignidad es una sanción civil por los actos taxativamente determinados por la ley cometidos por el llamado (tanto si el llamamiento es voluntario o legal, y tanto si es llamado como heredero, como legatario o como sucesor por disposición legal) contra el causante, su familia más directa, o el fiduciario; actos que en todo caso suponen una ofensa al disponente. Este carácter de pena privada hace que la eficacia de las causas de indignidad pueda ser evitada por el causante o su fiduciario rehabilitando al indigno (art. 332).

**A. Causas de indignidad.** Dice el art. 328 que *son incapaces de suceder por causa de indignidad: a) Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus descendientes.*

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

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

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

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

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

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

Esta enumeración tiene como base la del art. 756 Cc., debidamente adaptada al Derecho aragonés, para hacerla aplicable también en caso de sucesión paccionada o fiducia sucesoria, y actualizada en sus referencias a delitos y

penas, con algunos añadidos introducidos por enmiendas parlamentarias; son novedad la posibilidad de declarar la indignidad del que fuere condenado por haber atentado contra la vida *de otro llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno* y la causa del ap. c), introducida en la tramitación parlamentaria de la Ley. Cuando el que incurra en ellas sea un legítimo, las causas de indignidad lo son también de desheredación (art. 510 CDFa; 853 Cc.). Tras las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 2014 y de 30 de Enero de 2015, se interpreta que el abandono emocional de los padres por los hijos supone un maltrato psicológico que puede considerarse como maltrato de obra a los efectos de desheredación del artículo 853.2 del Código Civil Español.

A las causas del art. 328 hay que sumar la del art. 61 CDFa (supuestos de eficacia limitada de la filiación), así como la del art. 713 Cc. (relacionada con la no presentación dentro de plazo del testamento cerrado o la sustracción dolosa, así como la ocultación, rotura o inutilización del mismo).

**B. Momento para calificar la capacidad.** La regla general, la del art. 329.1, es que para calificar la capacidad sucesoria hay que atender al tiempo de la delación marcado en el art. 321: en el llamamiento puro y a plazo, al momento de la muerte del causante, mientras que en el llamamiento sujeto a condición y en la fiducia, al momento de cumplimiento de la condición o la fiducia (*cfr.* STSJA 26/1/2005). En el momento de la delación hay que ser capaz de suceder conforme a lo dicho en los arts. 325 y 327.

Producida la delación, de ser necesario, añade el 329.2 que en los casos de las letras b), c) y d) se esperará a que se dicte la sentencia firme, y en el e) a que transcurra el mes señalado para la denuncia.

**C. Efectos de la indignidad.** La indignidad no produce efectos automáticamente, sino exclusivamente cuando, no habiendo sido rehabilitado el indigno, es invocada por las persona legitimadas para ello y es reconocida por el indigno o declarada judicialmente. Conforme al art. 330.1, las personas que resultarían inmediatamente favorecidas en la sucesión, caso de reconocerse o declararse la indignidad (aquellas a quienes se deferiría subsidiariamente en primer lugar el llamamiento ineficaz: sustitutos voluntarios, sustitutos legales, titulares del derecho de acrecer, sucesores legales), pueden invocar las causas de indignidad (legitimación activa) que sólo producirán efecto si son reconocidas por el indigno o, en otro caso, si se declara judicialmente la indignidad. La causa de indignidad debe ser invocada por la persona a quien correspondería la delación si se declarara la indignidad, y si la persona afectada no la reconoce, deberá instar la correspondiente declaración judicial.

Los efectos de la indignidad reconocida o declarada se retrotraen al tiempo de la delación, por lo que es como si nunca hubiera tenido lugar la dela-

ción a favor del indigno. Antes del reconocimiento o de la declaración de la indignidad hay delación a favor del indigno, de modo que puede aceptar la herencia y tomar posesión de los bienes, pero es una delación claudicante (LACRUZ) o aparente (VALLET), que puede dar lugar, aunque no siempre, a la apariencia de un heredero o un legatario que podrá desvanecerse, una vez reconocida o declarada la indignidad, o que se consolidará con el transcurso del plazo de caducidad de la acción de impugnación (art. 333). Una vez reconocida o declarada la indignidad, las atribuciones sucesorias hechas a favor del indigno son ineficaces. La indignidad declarada priva al indigno de la herencia o legado deferidos y, si es legitimario, pierde también esta condición (art. 330.2).

La indignidad es personalísima y no afecta a los hijos o descendientes del indigno que sean llamados a la sucesión en su lugar. La indignidad del transmisor respecto al causante determina la ineficacia del derecho de transmisión (art. 412-8.3 Cc. Cat.).

**D. Deber de restitución.** Consecuencia lógica de los efectos del reconocimiento o declaración judicial de la indignidad para suceder previstos en el art. 330, es el deber del indigno de restituir los bienes de la herencia o del legado sobre los que hubiera entrado en posesión. Además habrá que liquidar la situación posesoria teniendo en cuenta que el indigno, como dice el artículo, ha de restituir los bienes con todas sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido, lo que parece apuntar como Derecho supletorio al régimen de liquidación del estado posesorio propio del poseedor de mala fe (*cfr.* art. 412-8.1 Cc. Cat.).

**E. Caducidad de la acción.** *La acción declarativa de la indignidad caducará transcurridos cinco años desde que el indigno de suceder esté en posesión de la herencia o legado* (art. 333). El artículo regula sólo la caducidad o extinción de la acción declarativa de la indignidad cuando el indigno está en posesión (material: no basta la posesión civilísima) de la herencia o legado (o, hay que añadir, atribución legal a título particular). Pero para invocar la indignidad no hay que esperar a que el indigno tome posesión de los bienes, sino que la acción de indignidad puede proponerse por la persona legitimada que conozca la causa de indignidad una vez producida la delación a favor del indigno, sin necesidad de esperar tampoco a que acepte, y parece que puede hacerlo mientras el indigno tenga abierto el plazo para aceptar o ejercitar la acción de petición de herencia (30 años).

Legitimado pasivamente para ser demandado lo está el indigno que no haya sido rehabilitado. La acción es meramente declarativa, pero si el indigno ya posee los bienes cabe reclamarle éstos también de conformidad con el art. 331 y las reglas generales aplicables a la restitución. La acción puede intentarse contra los herederos del indigno, tanto si éste fallece ya entablado

el proceso como antes, puesto que la indignidad no tiene carácter penal, sino civil (*vid.* art. 412-7 Cc. Cat.).

**F. Rehabilitación del indigno.** Del carácter de pena privada que la indignidad tiene, como castigo de ámbito privado predispuesto por la ley para sancionar —conforme a la presunta voluntad del causante— la ofensa que le ha inferido, directa o indirectamente, el llamado a la sucesión, deriva la posibilidad de que el causante o su fiduciario, mediante la rehabilitación del indigno, puedan evitar que la causa de indignidad surta efecto.

Son presupuestos de la rehabilitación que el llamado haya incurrido en alguna de las causas de indignidad, que el hecho sea conocido por quien puede rehabilitarle, que éste quiera hacerlo y lo haga en la forma requerida por la Ley.

El art. 332.1 prevé tres clases de rehabilitación: a) rehabilitación por disposición sucesoria a favor del indigno (rehabilitación tácita); b) rehabilitación por reconciliación con él por actos indudables; y c) rehabilitación por perdón de los efectos de la indignidad en escritura pública (*cfr.* 511.3 para el perdón al desheredado con causa legal).

*La reconciliación y el perdón serán irrevocables* (332.1 i.f.). En realidad lo que se quiere decir con ello es que la rehabilitación del indigno, una vez hecha, cualquiera que sea la forma utilizada, es irrevocable; incluso, por tanto, en el supuesto de hacer disposiciones a favor del indigno, pues la causa de indignidad ha dejado de producir efectos desde el otorgamiento de la disposición, aunque luego ésta sea revocada o resulte ineficaz.

En caso de fiducia, las facultades del fiduciario para rehabilitar al indigno, tanto por las causas anteriores a la muerte del causante no dejadas sin efecto por éste como por las posteriores, son las mismas del causante.

Las disposiciones paccionadas a favor del instituido que incurre luego en causa de indignidad pueden ser revocadas unilateralmente por el disponente (art. 401); Si el instituyente, conociendo las causas de indignidad (o desheredación), decide no hacer uso de la facultad de revocación, se entiende que las ha remitido y la disposición paccionada subsiste (*cfr.* art. 412-4 Cc. Cat.).

### 13. Las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (“incapacidad relativa”)

**A. Causas de incapacidad relativa.** Aunque su régimen es en gran parte como el de la indignidad para suceder, las que el art. 475 llama, de forma no del todo acertada (Parra), *prohibiciones de adquirir por causa de muerte*, se regulan entre las normas comunes a las sucesiones voluntarias (ordenadas por testamento, pacto o fiducia sucesoria) porque, a diferencia de la indignidad que priva al indigno de la herencia o legado y, en su caso, de la condición

de legitimario (art. 330.2 CDF), estas “prohibiciones” sólo incapacitan o inhabilitan para suceder al causante en las atribuciones voluntarias hechas a favor de las personas contempladas en dicho artículo cuando se hallen en las circunstancias en él contempladas. Estas “prohibiciones de adquirir” son, en realidad, como indica el propio art. 475.2 CDF, supuestos de incapacidad relativa para suceder al causante.

Al tratarse de supuestos de incapacidad relativa, no absoluta como en la indignidad, las personas afectadas por ella pueden suceder al causante por sucesión legal, e incluso por sucesión voluntaria en la que no se de la causa de incapacidad relativa, y, en su caso, conservan sus derechos como legitimarios.

Los supuestos o causas de incapacidad relativa se establecen por el legislador con la finalidad de evitar la posible captación de la voluntad del disponente por dichas personas. Pero la incapacidad relativa no depende de la efectiva captación de voluntad, sino que se produce aunque se pruebe que la disposición responde a una voluntad libre y consciente del disponente. No es, por tanto, una sanción civil a una conducta reprochable del favorecido con la disposición sucesoria.

Por otra parte, la incapacidad relativa del beneficiario de estas disposiciones sucesorias voluntarias se establece de forma imperativa, es decir, sin admitir prueba en contrario y también sin admitir que el disponente pueda evitar la incapacidad relativa del beneficiario ni burlarla disfrazándola bajo la forma de contrato onerosos o haciéndola a nombre de persona interpuesta, como dice el art. 755 Cc. No es posible, a diferencia de la indignidad, una especie de rehabilitación del incapaz.

Dice el art. 475.1 CDF que es “nula” la disposición por causa de muerte a favor de las siguientes personas:

a) *El Notario autorizante del acto, o las personas ante las que se otorgan los testamentos especiales, y su cónyuge, parientes o afines dentro del cuarto grado (cfr. art. 754.1 Cc.)*

b) *Los testigos, facultativos, expertos e intérpretes que intervengan en el otorgamiento del pacto o testamento (cfr. art. 754.2 y 3 Cc.).*

c) *La persona que escribe el testamento cerrado a ruego del testador.*

d) *El tutor o curador del disponente, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no hubiesen que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela. Es, sin embargo, válida la disposición a su favor cuando se trate de ascendientes, descendientes, hermanos o cónyuge del disponente.*

Esta lista de causas de incapacidad relativa desplaza a la contenida en los arts. 752 a 754 Cc., con la que coincide en parte. Unas causas afectan a personas que han intervenido en el otorgamiento de la disposición por causa de

muerte y a sus familiares, y otras al tutor o curador del disponente, mientras este dependa de él.

**B. Efectos de la incapacidad relativa.** La “nulidad” de la disposición no quiere decir, en este caso, que la disposición sea inválida, sino que, como se deduce del art. 475.2 CDFA, el beneficiario es incapaz o inhábil para suceder en ella, si los interesados invocan y hacen valer oportunamente su incapacidad relativa.

*Abierta la sucesión, los efectos retroactivos, el deber de restitución y la caducidad de la acción declarativa de la incapacidad relativa del heredero o legatario a quien se haya deferido la herencia, se rigen por las normas de la indignidad (art. 475.2 CDFA).*

Como la indignidad, a cuyos efectos se remite el art. 475.2, la incapacidad relativa no impide la delación de la herencia o legado a favor del llamado incapaz, y por ello la disposición, más que nula, es válida pero con eficacia claudicante, porque, una vez reconocida o declarada judicialmente la incapacidad relativa del favorecido (atendiendo al tiempo de otorgar la disposición), la incapacidad tiene efectos retroactivos y priva al incapaz de la herencia o legado deferidos (art. 330 CDFA), por lo que tendrá que restituir los bienes que haya tomado en posesión con sus accesiones y con todos los frutos y rentas que haya percibido (art. 331 CDFA). La acción declarativa de la incapacidad relativa caduca a los cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado (art. 333 CDFA). En cambio, como ya hemos dicho, no tienen aplicación a las incapacidades relativas los arts. 330.2 y 332 CDFA.

#### 14. Capítulo III. La sustitución legal

**A. Antecedentes de la regulación actual.** En el Derecho de los Fueros y Observancias sólo existía el derecho de representación en la línea recta descendente. En cambio, “en Aragón por preceptos de sus leyes forales y, en especial, por lo que las Observancias 5ª y 6ª “*De testamentis*” disponían, no se conocía el derecho de representación en la línea colateral”. Pero la jurisprudencia uniformadora del TS entendió que, desde la llamada Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835, todas las disposiciones forales, referentes al modo y orden de suceder (sucesión legal), quedaron derogadas, siendo por tanto de aplicación a todo el territorio nacional, con respecto a esta materia, los preceptos de dicha ley, y luego los del Código civil. Así que, “como el art. 925 de este Cuerpo legal concede a los hijos de hermanos este derecho de representación, forzoso es reconocer el derecho a suceder en un abintestato, al hijo de una hermana premuerta del causante” (SS ATZ 19/10/1927 y 7/5/1931).

El Apéndice establece el derecho de representación en la línea recta descendente (art. 35) y en la línea colateral a favor de hijos del hermano sustituido (art. 39, último párrafo); pero no determina en qué forma se ha de distribuir la herencia adquirida por derecho de representación cuando a ella concurran solamente hijos de hermanos ya fallecidos, si

por estirpes o por partes iguales. En los bienes no troncales se aplican supletoriamente las normas del Código civil por imperativo mandato del art. 40 Ap., entre ellas el art. 948 Cc. (SATZ 28/03/1927). Cuando concurren hermanos con sobrinos del causante, éstos deben mantener con sus tíos equivalencia de derechos y heredan por estirpes (como en el 948 Cc.), pero si concurren sólo sobrinos hijos de varios hermanos, heredan por cabezas. “Se considera que el fundamento de la sucesión intestada es el afecto del causante a sus herederos; por lo que, mientras vivan sus hermanos o parte de ellos, deben atribuirse los bienes en razón a cada hermano sobreviviente o grupo de sobrinos descendientes de los premuertos, en tanto que, fallecidos los hermanos, igual grado de parentesco tienen todos los sobrinos y se les debe suponer el mismo afecto e igual participación en la herencia” (SATZ 6/10/1958).

En 1967, el art. 141 de la Compilación, colocado entre las normas comunes a las diversas clases de sucesión y, por tanto, de aplicación también en la sucesión legal, indica que el causante ha de ser ascendiente o hermano del sustituido, permitiendo la sustitución legal en la línea colateral a favor de los “hijos o ulteriores descendientes” de hermanos del causante. En la sucesión troncal a favor de hermanos, el art. 132.1º Comp. limita el derecho de representación a los “hijos y nietos de hermanos”; para la sucesión legal no troncal, el art. 135 Comp. remite al Código civil (arts. 935 a 955), de modo que se aplica la regla del art. 954 Cc. de que “más allá del cuarto grado no se extiende el derecho a la sucesión intestada”. Y aunque la reforma de 1985 suprimió del art. 141, sin ningún fundamento, la referencia a la condición del causante como hermano o ascendiente del heredero o legitimario, lo que originó serias dudas, prevaleció la acertada interpretación de que la sustitución legal del art. 141 Comp. es aplicable a la sucesión legal, tanto troncal como ordinaria, pero en la sucesión legal a favor de hermanos la sustitución legal hay que entenderla limitada al cuarto grado con el causante (hijos y nietos de hermanos).

En cuanto al problema de la división de la herencia adquirida por sustitución legal en la línea colateral, en los bienes sujetos a reserva troncal se aplica el art. 132. 1 Comp., con arreglo al cual, habiendo sólo hijos o nietos de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas. Lo mismo cabe decir para la sucesión legal en bienes no troncales por aplicación supletoria del Código civil: si concurren a la sucesión sólo sobrinos heredarán por partes iguales (948 Cc., *a contrario sensu*). Pero en Aragón, la sustitución legal en la línea colateral incluye también a los sobrinos nietos (cuarto grado con el causante), y si concurren por sustitución legal sólo sobrinos y sobrinos nietos, la jurisprudencia interpreta que los sobrinos heredan por cabezas y los sobrinos nietos por estirpes (A. APZ (Sec. 5ª)14/12/2000).

Esta cuestión no quedó suficientemente aclarada en la reforma de 1999, como puso de manifiesto el A. APH 18/01/2007, de modo que fue en el momento de hacer la refundición en 2011 cuando se introdujeron, de forma reiterada, las precisas aclaraciones.

La sustitución legal es una institución propia del fenómeno sucesorio en su globalidad, pues tanto puede operar en la sucesión legal como en la voluntaria, así como en la condición de legitimario de grado preferente, por ello en la reforma de 1999 recibe su regulación general en un Capítulo del Título Primero dedicado a las sucesiones en general: arts. 334 a 341. Hay también algunas concordancias y aplicaciones concretas en sede de sucesión paccionada (art. 387), legítima (arts. 488 y 513.2) y sucesión legal (524.2, 526.1º, 532).

A salvo la cuestión ya comentada, la reforma de 1999 clarifica, simplifica y completa la regulación de la sustitución legal, restablece los presupuestos que tenía en el art. 141 de



la Compilación de 1967 (que fueron indebidamente modificados en la reforma de 1985), de manera que el sustituido ha de ser descendiente o hermano del causante, y suprime la renuncia como causa de sustitución legal (estaba en la Compilación desde 1967; pero desde 1985 se permitía al repudiante decidir el destino de los bienes repudiados).

**B. Concepto y efectos.** La sustitución legal es una figura paralela a la conocida en otros Ordenamientos como “derecho de representación”, aunque en nuestro Derecho tiene un ámbito de aplicación mayor. El legislador aragonés quiere que los descendientes sustituyan al ascendiente en cualquier llamamiento sucesorio, tanto en la sucesión voluntaria como en la legal, así como en la condición de legitimario de grado preferente (art. 335), en los casos y con los presupuestos que a tal fin indica.

Se trata de un mecanismo sustitutorio de origen legal pero basado en la presunta voluntad del disponente; por ello en las sucesiones voluntarias (art. 336), y lo mismo vale para la sucesión legal, la sustitución legal sólo tiene lugar cuando no exista *previsión en contrario del disponente*: el causante o su fiduciario pueden excluirla, pueden reducir o ampliar su ámbito de aplicación, etc.; en cambio, las previsiones del disponente en contra de la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente han de respetar el contenido imperativo de la legítima. Por esta razón, en la refundición de 2011, el inciso *salvo previsión en contrario del disponente* se ha quitado del art. 334, aplicable también a la legítima, y se ha llevado al art. 336.1 (sucesiones voluntarias), que es un lugar más adecuado.

La sustitución legal en el ámbito de los *llamamientos sucesorios*, ya sea voluntario o legal, opera tras la sustitución voluntaria y antes del derecho de acrecer o acrecimiento legal (arts. 323.1 y 520); en la sucesión legal, es una excepción al principio de proximidad de grado del 519.1.

El concepto completo de la figura resulta de sumar lo dicho en los arts. 334, 335 y 340. No se trata de representar a nadie, y menos de heredar al sustituido o adquirir de él derechos, sino de suceder al causante o ser legitimario suyo por derecho propio atribuido gracias a este mecanismo legal de sustitución que permite a los descendientes ocupar el lugar dejado libre por el ascendiente incurso en causa de sustitución. La delación o atribución a favor del sustituto es por derecho propio e inmediata, pero indirecta o por relación a la que, de no mediar causa de sustitución legal, hubiera correspondido al ascendiente. El ascendiente sustituido no llega a ser legitimario o titular del *ius delationis* ni, en consecuencia, transmite derecho alguno a sus descendientes. Pero el derecho de los sustitutos legales lo determina la ley por relación al que hubiera correspondido al sustituido si no hubiera incurrido en causa de sustitución (STSJA 22/9/2011). La división entre los sustitutos de varios sustituidos normalmente es por estirpes, pero hay casos en que es por cabezas (*cf.* arts. 336.2 y 338.2).

Se es sustituto del sustituido por el mero hecho de ser su descendiente, no es preciso que el sustituto llegue a heredar al sustituido (art. 340.2), de manera que no se pierde el derecho a ser sustituto legal de otro por haber renunciado su herencia o ser incapaz de sucederle. La herencia del causante y la del sustituido son dos herencias distintas, no siendo necesario para suceder al causante ser también sucesor del sustituido.

**C. Casos y presupuestos.** El legislador quiere que los descendientes sustituyan al ascendiente, llamado a la herencia o legitimario de grado preferente, en los siguientes casos: a) cuando ha *premuerto* al causante (o ha sido declarado fallecido —art. 195.2 Cc.— o ha muerto al mismo tiempo: supuestos equiparados a la muerte), b) cuando ha sido *declarado ausente* (la sustitución del legitimario no está prevista en caso de ausencia), c) cuando ha sido declarado *indigno de suceder* (estos tres casos se dan tanto en las sucesiones voluntarias —art. 336.1— como en la legal —338.1—; los casos a) y c) se dan también en la legítima: 339.1); hay dos casos más, pero son casos exclusivos de la sucesión legal y la legítima (arts. 338.1 y 339): d) cuando ha sido *desheredado con causa legal*, y e) cuando ha sido *excluido absolutamente*.

*En caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal* (arts. 341, y 488.2 para la legítima), de modo que los descendientes no ocupan el lugar del ascendiente renunciante (descendiente o hermano del causante). Se modifica, en este punto, la extensión que tenía el art. 141 Comp. No obstante, hay que tener en cuenta lo dicho en la Disp. Transitoria 16<sup>a</sup>. Además, no debe olvidarse que, en caso de renuncia o repudiación del pariente más próximo (imaginemos que descendiente o hermano del causante), si es solo, o, si fueren varios, de todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente (frecuentemente, sus hijos) por su propio derecho y no como sustitutos del repudiante (art. 519.2, de modo general, y 523.2, para la sucesión legal de los descendientes).

Ahora bien, no siempre que se da alguno de estos casos de ineficacia (del llamamiento o de la condición de legitimario de grado preferente) tiene lugar la sustitución legal: se precisa, además, como presupuesto *sine que non* que el llamado o legitimario sea descendiente o hermano del causante; el legitimario, por hipótesis, es siempre descendiente del causante (no hay otros); el llamado, ha de ser necesariamente descendiente o hermano, en otro caso no opera la sustitución legal (AAPH 18/1/2007). Es lo que quiere decir el art. 335.2: *La sustitución legal tiene lugar en la línea recta descendente, pero no en la ascendente. En la línea colateral sólo tiene lugar a favor de los descendientes de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado* (cfr. art. 336.2).

La sustitución legal de los hermanos y sus descendientes opera con independencia de si el vínculo del hermano con el causante es doble o sencillo, pero hay que ponerlo en relación con la regla del duplo, que atribuye a los

hermanos de doble vínculo doble cuota de la herencia que a los medio hermanos (arts. 533.1 —sucesión legal— y 472.a —sucesiones voluntarias—), para aplicarla también a los descendientes que ocupen su lugar por sustitución legal, así como a la concurrencia de sólo hijos o nietos de hermanos y medio hermanos: los primeros tomarán doble porción que los segundos.

**D. Los distintos ámbitos de aplicación.** Cuando se da este presupuesto (parentesco con el causante) y concurre alguno de los casos legales de sustitución, la sustitución legal puede tener lugar tanto en la sucesión voluntaria (paccionada o testamentaria, incluso en caso de fiducia) como en la legal, así como en la legítima (art. 335.1), si bien no siempre opera de forma idéntica.

*a) En las sucesiones voluntarias.* En estas sucesiones, la sustitución legal se da en los casos de premoriencia, ausencia e indignidad, y se produce a favor de los descendientes del sustituido (desciende o hermano del causante) siempre sin limitación de grado (art. 336, aps. 1 y 2). Desde 2011 aclara el art. 336.2 que, *cuando el sustituido sea descendiente del causante y la sustitución favorezca a sus nietos o descendientes ulteriores, heredarán siempre por estirpes, aunque todos los sustitutos sean del mismo grado. Si el sustituido es hermano del causante y entre sus sustitutos concurren hijos y descendientes ulteriores, aquéllos suceden por cabezas y éstos por estirpes; si solo hay nietos, heredarán por cabezas.*

El art. 336.3 dispone que *los sustitutos que reciban la porción del llamado a la herencia declarado ausente deberán cumplir las obligaciones que impone el artículo 55: hacer inventario de los bienes, reservarlos hasta la declaración de fallecimiento, expresar esta circunstancia en la inscripción registral de los bienes inmuebles.* La introducción del caso de ausencia legal es sólo una relativa novedad porque en el Código civil también hay derecho de representación en caso de ausencia (*cf.* art. 191 Cc.).

En caso de fiducia ejecutada en testamento (*vid.* art. 456.2) la sustitución legal opera con normalidad, pero cuando se ejecuta en escritura pública (*vid.* art. 456.1) no se puede llamar a una persona fallecida, ni será frecuente hacerlo a una en situación de ausencia legal; por otra parte, el fiduciario que hace disposiciones a favor del indigno le rehabilita (art. 17), por lo que difícilmente podrá tener lugar la sustitución legal por causa de indignidad.

En la sucesión paccionada dice el art. 337 que, cuando el instituido (descendiente o hermano) premuere al instituyente, se aplica lo dispuesto en el art. 387 que, aunque lleva por titulillo *derecho de transmisión*, no es un supuesto de transmisión de la condición de sucesor contractual a sus herederos, sino de sustitución legal a favor de sus descendientes (aunque no sean sus herederos): el instituido les transmite los derechos y obligaciones derivados del pacto y, en su caso, los bienes adquiridos de presente, pero los adquieren directamente del instituyente como sustitutos del instituido. Además, si tales

descendientes fueren varios, se puede designar (por el transmitente y, en su defecto, por el instituyente) a uno sólo de ellos heredero sustituto.

Lo previsto para la premoriencia parece también aplicable a los casos de declaración de fallecimiento, comoriencia y ausencia legal del instituido. En cambio, la indignidad del instituido (o el haber incurrido en causa que, de ser legitimario, implicaría causa de desheredación), lo mismo que en caso de testamento, permite al instituyente revocar unilateralmente su disposición a favor del indigno (art. 401.1.c), pero si no lo hace parece que al mantener la institución contractual le rehabilita, por lo que a su muerte los descendientes tendrán difícil, mientras no haya caducado, el ejercicio de la acción de indignidad para que, una vez declarada, opere a su favor la sustitución legal.

b) *En la sucesión legal.* A la sucesión legal se refiere específicamente el art. 338. Señala los casos en que procede la sustitución legal: premoriencia, ausencia (*vid.* además art. 520.2), indignidad, desheredación con causa legal y exclusión absoluta; e indica, en el ap. 2, con aclaraciones introducidas en 2011 sobre las clases de división posibles, que *en tales supuestos la sustitución legal en favor de los descendientes del descendiente sustituido, se produce sin limitación de grado y aunque concurren solos dividen por estirpes (vid. arts. 520.1.1º y 523); mientras que la sustitución legal a favor de los descendientes del hermano sustituido, sólo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante y si concurren con algún hermano del causante dividen por estirpes, pero si concurren solamente hijos o solamente nietos de hermanos sustituidos, dividen por cabezas, si bien cuando concurren por sustitución solamente hijos y nietos de hermanos sustituidos, los primeros dividen por cabezas y los segundos por estirpes (vid. arts. 520.1.1º, 524.2, 526.1º, 532 y 533).*

c) *En la legítima.* Para la legítima dice el art. 339 que la sustitución legal del legitimario de grado preferente tiene lugar en caso de premoriencia, desheredación con causa legal, indignidad (art. 488.1) y exclusión absoluta (art. 513.2), si bien en este último caso el legitimario *sustituido conserva el derecho de alimentos previsto en el art. 515.* No tiene lugar, por tanto, en los casos de ausencia o renuncia del legitimario (*vid.* art. 488.2), supuestos en los que, si el legitimario ausente o que renuncia la legítima es el único legitimario de grado preferente (o si todos de esta condición están ausentes o renuncian), aunque tengan descendientes, puede dejarse toda la herencia a favor de extraños y nadie estará legitimado para reclamar por lesión de la legítima porque no hay legitimarios de grado preferente (*vid.* art. 494), con lo que, por esta vía, se introduce una excepción a la regla general del art. 486.1.

Desheredados sin causa legal todos los hijos o excluidos absolutamente, si solo uno de ellos tiene descendientes, éstos son por sustitución legal los únicos legitimarios de grado preferente y a ellos corresponde el importe íntegro de la legítima, así como las acciones para reclamarlo (STSJA 22/9/2011).

## 15. El derecho de acrecer

**A. Casos en que procede y efectos.** Otro mecanismo legal también relacionado con la delación, en concreto con la delación solidaria, es el denominado derecho de acrecer, propio de las sucesiones voluntarias y, por ello, regulado en los arts. 481 a 483, como un Capítulo del Título V de *normas comunes a las sucesiones voluntarias*, pero que consideramos preferible exponer aquí, a continuación de la sustitución legal.

El derecho de acrecer se considera únicamente basado en la voluntad del disponente (siendo inaplicables, por tanto, las construcciones “objetivas” que parte de la doctrina preconiza para el Código civil), que llama a *dos o más personas conjuntamente a la totalidad de una herencia o legado o porción de ellos* (art. 481); cuando el disponente hace un llamamiento de este estilo (“conjunto y a la totalidad” o “llamamiento solidario”), la ley interpreta que es su voluntad que, si alguna de las personas llamadas no quiere (renuncia) o no puede suceder (premorienza y asimilados, indignidad, desheredación u otras causas de ineficacia del llamamiento: *vid.* art. 437), su porción acrezca a las demás (art. 481).

Lo decisivo es que de la interpretación del título sucesorio pueda deducirse que el llamamiento a la herencia o legado o porción de ellos, está hecho a favor de todas y cada una de las personas llamadas: si alguna de ellas no quiere o no puede suceder, no “decrece” el derecho de las demás a la totalidad del llamamiento, pero ahora, al ser uno menos, su porción será más grande. El llamamiento solidario tiene como consecuencia que *los herederos o legatarios favorecidos por el acrecimiento adquieren la parte acrecida por imperio de la ley, sin necesidad de aceptación y sin poder repudiar separadamente esa parte* (art. 483). No hay dos llamamientos independientes, sino que la parte acrecida es parte del llamamiento solidario a la totalidad.

Basado en la forma conjunta y solidaria del llamamiento, siguiendo la tradición doctrinal aragonesa, huelgan las disquisiciones un tanto cabalísticas de los arts. 982 y 983 Cc. (en contra: SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA). El llamamiento conjunto a la totalidad puede hacerse en la misma cláusula del título sucesorio, sin expresión de partes o con expresión de partes, iguales o desiguales; la regulación del acrecimiento por grupos da a entender que el acrecimiento puede ser desigual: en tal caso, la parte del que no quiere o no puede suceder se divide entre los otros en proporción al importe de su participación; tampoco es imprescindible que el llamamiento solidario se haga en la misma cláusula del título sucesorio, pero sí en el mismo pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia. En principio, el derecho de acrecer sólo queda excluido cuando cada uno de los designados haya sido instituido en un cuerpo de bienes concreto y separado. La fijación de cuotas numéricas, iguales o desiguales, no va, de por sí, contra la designación conjunta y a la totalidad.

**B. Acrecimiento por grupos.** El art. 482 CDFA regula el *acrecentamiento por grupos*, es decir, el supuesto en el que entre los llamados solidariamente varios de ellos forman grupo (por ej., el disponente instituye por terceras partes a sus dos hijos y sus tres nietos, hijos del hijo premuerto): en tal caso, *si quien no llega a suceder es parte de un grupo, el acrecentamiento tendrá lugar con preferencia dentro del mismo* (si un nieto no puede o no quiere suceder, su parte —un noveno— acrece a los otros dos nietos, que forman parte de su grupo de llamados y en ninguna medida a sus tíos; si otro nieto tampoco puede o quiere suceder, su parte —un sexto— acrece al único nieto que queda). Si quien no llega a suceder es el último del grupo, el acrecentamiento se da a favor de las otras personas llamadas conjuntamente (si el último nieto no quiere o no puede suceder, su parte —un tercio— acrece a sus dos tíos); y si quien no llega a suceder es una de las otras personas llamadas solidariamente, pero que no pertenecen al grupo, su porción se divide entre los demás llamados solidarios en proporción al importe de su participación (si los tres nietos pueden y quieren suceder, y es uno de sus tíos el que no puede o no quiere hacerlo, su parte —un tercio— acrece al otro tío —que recibe un sexto— y a los tres nietos —que recibe cada uno un tercio del otro sexto: un dieciochoavo—).

**C. Orden de prelación.** El Derecho de acrecer es propio exclusivamente de la sucesión voluntaria (no debe confundirse, por tanto, con el acrecentamiento por ineficacia del llamamiento legal: *vid.* arts. 520, 529, 530) y tiene como presupuesto un llamamiento solidario; no obstante, aunque se de el presupuesto, no habrá derecho de acrecer, como dice el art. 481 en concordancia con el 323.1, si el disponente ha nombrado sustituto o lo ha excluido de otra manera (el mecanismo y su extensión dependen de su voluntad; si no la hay, tiene la extensión legal) o procede la sustitución legal o el derecho de transmisión del art. 387; de este orden de mecanismos se deduce que la ley entiende que el disponente prefiere que, si el llamado que no quiere o no puede suceder tiene descendientes, éstos ocupen su lugar y no haya derecho de acrecer. Por tanto, entre los mecanismos para evitar la ineficacia de un llamamiento voluntario, el derecho de acrecer es subsidiario, residual, y cuando, a falta de sustitución voluntaria o legal, tampoco puede tener lugar, se procede a la apertura de la sucesión legal o a la refundición del legado en la masa de la herencia (*vid.* arts. 323 y 465.2). Conviene recordar lo dicho en el art. 323.2.

## 16. Capítulo IV. Aceptación y repudiación de la herencia

El capítulo IV del Título Primero (arts. 342 a 354), construido en la reforma de 1999 como desarrollo y complemento del art. 137 Comp., regula de forma completa la aceptación y repudiación de la herencia, pero, como

advierde el art. 342.3, *lo dispuesto en este capítulo no afecta a lo establecido para la aceptación o renuncia de uno o varios contratantes de un pacto sucesorio*, que se rige por sus normas específicas (*vid.* arts. 385 y 399). Los arts. 342 y ss., por tanto, son de aplicación a la sucesión testamentaria, a la legal, y a la aceptación o repudiación de las atribuciones hechas en pacto sucesorio a favor de tercero (art. 397), casos todos ellos en los que la aceptación o repudiación es siempre acto posterior a la apertura de la sucesión. No obstante, conviene tener presente nuestro Derecho admite la renuncia previa, unilateral o como resultado de un pacto sucesorio (arts. 492.1 y 399).

**A. Concepto y caracteres.** El art. 342.1 dice que *el llamado a una herencia podrá libremente aceptarla o repudiarla, una vez producida la delación a su favor*; además de la libertad para elegir una cosa u otra, tanto la aceptación como la repudiación son actos enteramente voluntarios y libres (*cfr.* art. 988 Cc.), que sólo puede realizar el llamado a quien se ha deferido la herencia y tiene conocimiento de ello (*cfr.* art. 991 Cc.). Pero *si son varios los llamados a la herencia, cada uno de ellos puede aceptarla o repudiarla con independencia de los otros* (art. 342.2).

La aceptación consiste, ya en una declaración de voluntad del sucesor de querer ser heredero (*vid.* art. 349.2), ya en la realización por éste de actos a los cuales la ley atribuye la consecuencia de ser heredero (*vid.* art. 350.1); la repudiación, en cambio, supone siempre una declaración expresa y formal rechazando la herencia (*vid.* art. 351).

La repudiación y la aceptación expresa son actos *unilaterales* (no precisan ser notificados ni aceptados por nadie) e *irrevocables* (STSJA 10/5/2007), que cuando hay declaración de voluntad *pueden hacerse por medio de representante* (legal o voluntario, éste con poder expreso para ello: art. 1.713 Cc.; el mandato puede ser verbal: STSJA 10/5/2007), *y sus efectos se retrotraen al momento del fallecimiento del causante* (art. 343.1). Aunque la delación no haya tenido lugar en el momento de la muerte del causante (*vid.* art. 321), ni la adquisición hasta que, tras la delación, haya sido aceptada (*vid.* art. 322), los efectos de la aceptación o repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento del fallecimiento del causante (y, lógicamente, nunca a un momento anterior: STSJA 3/12/2010) para que el aceptante se convierta en su heredero y el que la ha repudiado sea como si nunca hubiera sido llamado a ella (art. 352).

Lo mismo que en caso de aceptación o repudiación parcial (indivisibilidad) de un llamamiento hereditario (art. 345.1), la aceptación y la repudiación de la herencia hechas a plazo o condicionalmente, son nulas (art. 343.2), porque no se pueden modificar las concretas características del llamamiento sucesorio; pero la nulidad no afecta al *ius delationis*, que el llamado sigue teniendo y que, por ello, podrá ejercitarlo válidamente, es decir, en tiempo y

forma, pero sin hacerlo a plazo o bajo condición.; en otros Derechos el plazo o la condición se tienen por no puestos (art. 462-2 CCCat.).

En una institución recíproca de herederos en testamento mancomunado, la aceptación de la herencia del testador premuerto hecha por los herederos del testador supérstite *iure trasmissionis*, aunque válida inicialmente, puede devenir ineficaz, si los herederos del premuerto favorecidos por la sustitución legal preventiva de residuo del art. 419.3 CDFA hacen valer su preferencia (SAPZ, Sec. 4ª, 454/2017, de 30/10).

**B. Capacidad para aceptar o repudiar.** La capacidad de las personas físicas para aceptar o repudiar una herencia la regula el art. 346, con la redacción resultante de la reforma de 2006, que dice así:

1. *Pueden aceptar una herencia [sin necesidad de asistencia] las personas mayores de catorce años no incapacitadas [y, por tanto, también los menores emancipados y los mayores de edad]; pero para repudiarla los menores de edad mayores de catorce años, aunque estén emancipados [art. 33], necesitarán la debida asistencia [la prevista en el art. 23].*

2. *La aceptación y la repudiación de las atribuciones deferidas a menores de catorce años o a incapacitados sometidos a la tutela o a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada corresponde a sus representantes legales [los titulares de la autoridad familiar o tutela]; pero para repudiarlas necesitan autorización de la Junta de Parientes o del Juez. Denegada la autorización se entenderá automáticamente aceptada la atribución sucesoria [arts. 14.1 y 178.2].*

3. *Cuando sean representantes ambos padres, puede aceptar en nombre del hijo uno cualquiera de ellos; sin embargo, la repudiación exigirá la intervención de ambos [cfr. arts. 71, 88.3].*

4. *El sometido a curatela puede aceptar o repudiar la herencia con la asistencia del curador, salvo que se establezca un régimen distinto en la sentencia de incapacitación. El régimen legal previsto para el curatelado no coincide con el del menor mayor de catorce años (cfr. art. 150.1).*

Si el llamado no es de vecindad civil aragonesa, cuando haya que proceder a una representación o complemento de capacidad habrá que proceder conforme a lo dicho al respecto por su ley personal (CALATAYUD).

La aceptación y repudiación de las herencias deferidas a las personas jurídicas se rigen por las normas que específicamente les sean de aplicación y, en su defecto, a la aceptación se aplican las reglas relativas a los actos de administración y a la repudiación las de los actos de disposición de bienes de la persona jurídica (art. 347). Para las herencias deferidas a la Comunidad Autónoma de Aragón hay que consultar el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón de 2013 (arts. 20 y ss.) y el Decreto 185/2014, de 18 noviembre.



**C. Plazo para aceptar o repudiar. La interpelación.** El *ius delationis* o derecho a aceptar o repudiar la herencia no tiene señalado un plazo específico para su ejercicio. La mayoría de la doctrina defiende para el Código civil que este derecho, lo mismo que la acción de petición de herencia (arts. 55.2; 1.016 Cc.), prescribe a los 30 años desde la delación.

Ahora bien, cabe forzar al llamado para que acepte o repudie mediante la llamada “interpelación”: *transcurridos treinta días desde que se haya producido la delación, cualquier tercero interesado* (acreedores, legatarios, etc.) *podrá solicitar al Juez* (el que esté conociendo del procedimiento interpuesto para el cobro de lo debido —A. JPI 16 Zaragoza 27/9/2006—, o en acto de jurisdicción voluntaria, si no hay contienda, SAPH 19/2/2007) *que señale al llamado un plazo, que no podrá exceder de sesenta días* [atendidas las circunstancias, puede ser inferior], *para que manifieste si acepta o repudia la herencia* (art. 348.1). Añade el ap. 2 que *el Juez apercibirá al llamado de que, si transcurrido el plazo señalado no ha manifestado su voluntad de aceptar o repudiar, se tendrá la herencia por aceptada*, sin necesidad de que el Juez así lo declare (Ss. APH 19/2/2007 y 19/4/2007). Si el interpelado repudia en forma y plazo, la herencia se deferirá a los siguientes llamados. La regulación aragonesa amplía razonablemente los plazos de los arts. 1.004 y 1.005 Cc. Tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, que modifica el art. 1005 Cc., estableciendo que la interpelación sea notarial, la interpelación judicial aragonesa del art. 348 sigue vigente, al ser una norma de naturaleza sustantiva, no procesal (AA APZ 22/2017, de 1/02, y 319/2017, de 18/07).

**D. Formas de aceptación.** *El llamado puede aceptar la herencia expresa o tácitamente* (art. 349.1); *aceptación expresa es la que el llamado hace en documento público o privado en el que manifiesta su voluntad de aceptar la herencia* (art. 349.2); *tácita, es la que tiene lugar mediante actos del llamado que suponen necesariamente la voluntad de aceptar o que no podría realizar si no fuera heredero* (art. 349.3). Por otra parte, en Aragón, como la responsabilidad del heredero está siempre limitada por ley, aunque no se haga inventario (art. 325.1), no hay necesidad de distinguir, como hace el Código civil, entre aceptación pura y simple y aceptación a beneficio de inventario.

a) *Aceptación expresa.* La aceptación sólo es expresa cuando la manifestación de voluntad del llamado de aceptar la herencia o asumir el título de heredero está hecha documentalmente, tanto si el documento es público o privado, y tanto si es un documento escrito u otra clase de documento: sonoro, con o sin imagen. La aceptación verbal explícita, aún hecha ante testigos o recogida por éstos en escrito, no tiene valor de aceptación expresa porque no está hecha documentalmente, sin perjuicio de que pueda valer para probar que ha habido aceptación tácita.

b) *Aceptación tácita*. Puede tener lugar de dos maneras: mediante *actos del llamado que suponen necesariamente la voluntad de aceptar* (aceptación cuasi negocial: la ley se limita a interpretar la voluntad de aceptar del llamado y a atribuirle los efectos que resultarían de la misma si se hubiera declarado documentalmente) y mediante *actos que el llamado no podría realizar si no fuera heredero* (aceptación tácita no negocial: la aceptación se produce en estos casos por imposición legal aunque falte la voluntad de aceptar, como sucede, tanto si hay voluntad como si no, en los supuestos del art. 350.1). Los actos que implican aceptación tácita han de ser, en todo caso, positivos e inequívocos en el sentido de no poder realizarse en otra calidad que la de heredero, ni por otras razones (STSJA 18/2019, de 8/10/2019): han de ser, como decían las Partidas (6,6,11), “actos de señor”, porque el silencio, la inacción y el no mostrarse parte en el procedimiento no tienen significación propia y —salvo lo previsto en el art. 348.2— nada prejuzgan.

Por ejemplo, dice la SJPII 2 Huesca 28/03/1996 que, “tratándose de la sucesión intestada, la aceptación se entiende producida por *la sola petición de la declaración formal [de herederos legales]*, pero es que, ... la sola interposición de una demanda como la presente, por la que se pide la reintegración al patrimonio hereditario de una finca que de él salió, ya supone un *acto de aceptación, si bien tácito*, de la herencia”; en la SJPI 14 Zaragoza 22/02/2005, la hermana del fallecido se presentó como heredera y *cobró la indemnización de la póliza de seguro establecida en beneficio de los herederos del fallecido*, con lo que ha llevado a cabo una actuación que no podría realizar si no fuese heredera; La STSJA 18/2019, de 8/10/2019, entiende que hay aceptación tácita en el *acto de uno de los llamados a heredar que paga, con cargo a su propio patrimonio, su parte en el legado que grava a todos los herederos*, pues es un acto propio de indudable significación patrimonial y definitivo, que tiene su causa sólo en su condición de heredero y que evidenció su consentimiento pleno al hecho de heredar.

Para facilitar la interpretación de ciertos actos dudosos, dice el art. 350.2 (completando la enumeración del 324.3) que *no se entiende aceptada la herencia por el llamado que realiza actos posesorios, de conservación, vigilancia o administración de la herencia, o que paga los impuestos que gravan la sucesión* (SAPZ 17/02/2005), *salvo que con ellos tome el título o la cualidad de heredero*; presunción *iuris tantum* de que tales actos no suponen aceptación tácita.

Pese a la rúbrica del art. 350, los casos que enumera en el ap. 1 no son propiamente de “aceptación tácita” sino supuestos en los que la ley entiende que hay aceptación aunque falte la voluntad del llamado. La ley no permite que quien dona o transmite a título oneroso su derecho a la herencia ceda el *ius delationis*, despojándose de la delación hereditaria; ni permite renunciar a favor de sólo alguno o algunos de los llamados a la herencia (renuncia traslativa: SJPI 17 Zaragoza 262/2005, de 22/12), ni disponer de bienes de la

herencia, sin adquirir con tales actos la condición de heredero; el cedente es, precisamente por el hecho de ceder, aceptante de la herencia y el cesionario adquiere los bienes de él y a título singular, no como heredero del causante. El supuesto de renuncia se completa al decir el ap. 3 que no se entiende aceptada la herencia por *el llamado que renuncia gratuitamente a ella a favor de todas las personas a las que se defiere la cuota del renunciante* (renuncia gratuita, pura y simple). Por otra parte, la ley sanciona con la aceptación al llamado que sustrae u oculta bienes de la herencia, actos que no suponen necesariamente voluntad de aceptar.

**E. Forma y efectos de la repudiación.** *La repudiación de la herencia ha de hacerse de forma expresa en escritura pública o mediante escrito dirigido al Juez competente* (art. 351; cfr. art. 108 Cc.). Queda claro que la forma pública no sólo es *ad probationem* (*vid.* art. 1.280.4º Cc.) sino *ad solemnitatem*. En Derecho aragonés, pese a su supresión por la LJV en el ir. 1008 Cc., sigue siendo posible la repudiación mediante escrito dirigido al Juez competente, en expediente de jurisdicción voluntaria regido, a falta de norma específica, por las normas del procedimiento común.

Mediante la repudiación el llamado se despoja del *ius delationis* que le había conferido el llamamiento voluntario o legal repudiado. Por ello, el art. 352 dice que, *a todos los efectos legales, se entenderá que el que repudia la herencia deferida a su favor por un llamamiento voluntario o legal no ha sido llamado nunca a ella* por tal llamamiento (para el legado, art. 477.2). Pero la repudiación de un llamamiento no afecta a otras relaciones jurídicas, derechos o situaciones en las que pueda encontrarse el llamado respecto del causante: por ejemplo, puede aceptar llamamientos independientes a la misma herencia (arts. 344 y 345), puede reclamar los legados (art. 345.3), puede ser sustituto legal del causante (art. 340.2), puede ser beneficiario de un seguro sobre la vida de éste.

**F. Repudiación en perjuicio de acreedores.** Los acreedores de un llamado a heredar, cuando éste es insolvente y repudia la herencia, deben tener algún medio de evitar el perjuicio que tal acto de su deudor les va a provocar, aunque no exista fraude de acreedores.

Como acción específica y distinta de la subrogatoria y la revocatoria (art. 1.111 Cc.), dice el art. 353 (cfr. 1001 Cc.) que, *si el llamado repudia la herencia en perjuicio de sus acreedores, podrán éstos pedir al Juez que les autorice para aceptarla en nombre de aquél* (ap. 1). *Concedida la autorización, el único efecto que produce es el de facultar a los acreedores para hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio hereditario* (ap. 2). No hay aceptación, ni del deudor ni de los acreedores, que se limitan a intervenir en la sucesión en cuanto tenía derecho a ella el repudiante, con la exclusiva finalidad de hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio hereditario, si una vez liquidado el saldo es positivo, y sin que

la repudiación deje de obrar a ningún otro efecto, por lo que ni el repudiante ni los acreedores se transforman en herederos. *El derecho de los acreedores para solicitar la citada autorización caduca a los cuatro años a contar desde la repudiación* (art. 353.3).

## 17. Concurrencia en una misma persona de varios llamamientos a una herencia

**A. Llamamientos independientes.** La persona que solo ha sido favorecida con un llamamiento a la herencia o cuota de ella no puede aceptarlo o repudiarlo parcialmente porque *es nula la aceptación o la repudiación parcial de un llamamiento* (art. 345.1). Pero *el llamado simultáneamente como heredero y legatario* (o sucesor a título particular por disposición legal) *puede aceptar por un concepto y repudiar por el otro* (art. 345.3). Y el legatario de dos legados, si los dos son onerosos o gratuitos, es libre para aceptarlos todos o repudiar el que quiera (art. 890.1 Cc.).

Y también *el llamado* a varias cuotas de una herencia (llamamientos, en principio, igualmente onerosos o gratuitos) *por distintos modos de delación* (mejor: por llamamientos independientes) *puede aceptar por un llamamiento y repudiar por otro* (art. 345.2): las cuotas dejadas a una misma persona por distintos modos de delación (pacto, testamento, sucesión legal) son, por supuesto, llamamientos independientes; pero en la sucesión legal, cuando una persona es llamada simultáneamente como heredero troncal y como heredero no troncal, también hay llamamientos independientes y puede aceptar uno y repudiar el otro; en cambio, lo dejado a una persona en un mismo pacto o testamento, o por sucesión testamentaria o paccionada, aunque los instrumentos de la misma clase sean varios y compatibles entre sí, integrará normalmente un único llamamiento, salvo cuando sea llamado a una cuota directa e incondicionalmente y a otra como sustituto o de modo condicional, casos en los que existen llamamientos independientes incluso dentro del mismo modo de delación.

**B. Llamamientos sucesivos, uno voluntario y otro legal, a una misma herencia.** Caso distinto es el del llamado a la totalidad de una herencia por disposición voluntaria que estuviera también llamado a ella, en todo o en parte, por disposición de la ley: *se entiende* —dice el art. 344.1— *que si la repudia por el primer título la ha repudiado por los dos, salvo que en el mismo acto manifieste su voluntad de aceptar como heredero legal*. La regla general es que la repudiación del llamamiento voluntario incluye también el subsidiario e inoperante llamamiento legal; pero como novedosa excepción, la ley permite al llamado que repudia el llamamiento voluntario manifestar en el acto de repudiación (*vid.* art. 351) su voluntad de aceptar como heredero legal: la

aceptación del llamamiento legal ha de hacerse simultáneamente a la repudiación y en la misma forma que ésta.

Ahora bien, al abrirse la sucesión legal pueden ser varios los llamados en primer lugar o serlo sólo el renunciante: en el primer caso se aplica el art. 323.2, mientras que para el segundo es el propio art. 344.1 el que dice que *quedará sujeto a las mismas modalidades, limitaciones y obligaciones impuestas por el disponente*; de manera que cuando toda la herencia se defiere también por disposición de la ley a la persona llamada por el disponente, puede aceptarla por un título o por otro sin que varíen las consecuencias. En cambio, las consecuencias son muy distintas cuando, tras la repudiación del llamamiento voluntario a toda la herencia, la ley le defiere sólo una parte de la herencia al concurrir con otros llamados del mismo grado: nada parece impedir repudiar el llamamiento voluntario universal y aceptar el llamamiento legal a una parte de la herencia. El llamado no puede en ningún caso modificar a su favor la voluntad del disponente; puede renunciar a toda la herencia del causante, pero es libre de renunciar sólo a la delación voluntaria (arts. 342.1 y 352), sin que ello, si manifiesta su voluntad de aceptar como heredero legal, implique su renuncia a recibir del causante por otro título, ni su inhabilitación para poder concurrir, sólo o con otros, a la sucesión legal subsidiaria.

Por último, *si el llamado repudia la herencia como heredero legal y sin noticia de su llamamiento voluntario, puede aceptarla todavía por éste* (art. 344.2). Si tenía noticia del llamamiento voluntario la renuncia hay que entenderla referida a él, que es el único existente. Y, por supuesto, si el llamado acepta la herencia como heredero legal y sin noticia de su llamamiento voluntario, puede aceptarla todavía por éste, porque la sucesión voluntaria es preferente a la legal, que sólo se abre en defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento (art. 516).

## 18. La transmisión del derecho a aceptar o repudiar

El art. 354 (*cf.* art. 1006 Cc.) regula la “transmisión del derecho a aceptar o repudiar” la herencia y el art. 478 el “derecho de transmisión” en los legados; aunque la denominación sea distinta, se trata de la misma figura jurídica: la transmisión del *ius delationis* del llamado, como heredero o como legatario, que sobrevive al causante pero fallece sin haber aceptado o repudiado la herencia o el legado. Con la sustancial diferencia de que, en el caso de la herencia, lo que se transmite es el derecho a adquirirla o repudiarla, y en el del legado, el de confirmar la adquisición ya producida —de un bien o derecho que, por ello, forma ya parte de la herencia que el legatario deja— o deshacerse de ella.

El art. 354 es aplicable a la sucesión legal, a la testamentaria y a los pactos sucesorios en favor de tercero, pero no a los pactos de institución a favor de contratante (*vid.* art. 342.3) en los que, por hipótesis, el instituido siem-

pre fallecerá habiendo aceptado (sobre la no sobrevivencia del instituyente: art. 387). Además, las figuras sucesorias aragonesas regidas por el principio de troncalidad, como la sustitución legal preventiva de residuo de los arts. 395.3, 419.3 y 531.2, el consorcio foral, los recobros y la sucesión troncal, tienen preferencia sobre el derecho de transmisión (BAYOD, SAPZ, Sec. 4<sup>a</sup>, 454/2017, de 30/10).

El llamado a quien, abierta la sucesión del causante, se ofrece la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia adquiere de modo originario (pues el derecho adquirido no estaba en el patrimonio del causante) y por ministerio de la ley (por tanto, de forma inevitable e instantánea) el *ius delationis*: un derecho personalísimo (concedido en atención a la persona de su titular y que continúa unido a ella hasta que se ejercita –por sí misma o por representante-) y, en consecuencia, inembargable e intransferible voluntariamente tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa* (la transmisión y la renuncia traslativa conllevan la aceptación: *vid.* art. 350.1), que permite al llamado optar entre aceptar o repudiar. Pues bien, este derecho, cuando muere su titular, no pasa a los eventuales sucesores de grado ulterior del causante, sino que se transmite *ope legis* a los propios herederos del “delado”, como una parte de la herencia de éste. Si estos herederos aceptan la herencia del transmitente (segundo causante), se convierten en titulares (derivativos) de la primera delación, y vienen a ocupar, respecto de la herencia del primer causante, la misma posición que tenía su propio causante-transmitente: por lo que, si ejercitan tal *ius delationis* y aceptan, se convierten en herederos del primer causante; y si repudian, se produce la ineficacia del llamamiento voluntario (*vid.* art. 323) o legal (*vid.* art. 520).

El art. 354 comienza indicando que la transmisión no es imperativa sino que tiene lugar sólo cuando el disponente no ha hecho expresa previsión en contrario; en tal caso, la transmisión del *ius delationis* a los herederos del llamado que ha muerto sin aceptar ni repudiar la herencia tiene lugar *por ministerio de la ley y en la proporción en que lo sean*, sin que la voluntad del transmitente pueda cambiar esto. El ap. 2 (inexistente en el art. 1.006 Cc.) dice que *la transmisión del derecho a aceptar o repudiar la herencia del causante sólo tiene lugar en favor del llamado que acepta la herencia del transmitente; si son varios los que la aceptan, cada uno puede ejercitar el derecho transmitido con independencia de los otros y con derecho preferente de acrecer entre ellos*. La mejor doctrina entiende, y también el TS —S 539/2011, de 11/9— y la DGRN —RR de 26/3 y 11/6 2014—, que, una vez producida la transmisión, el transmisorio es heredero directo del primer causante. En consecuencia, se produce un solo hecho imponible y, con ello, una sola liquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (STSJA, Sala de lo C.A., de 9/5/2018 y STS, Sala de lo C.A., 936/2018, 5/6).

El ap. 3 (en concordancia con el art. 278) refleja adecuadamente la incidencia que puede tener el usufructo de viudedad en esta figura: *El usufructo de viudedad del cónyuge del transmitente se extenderá a los bienes así adquiridos por los herederos de éste, sin perjuicio del que, en su caso, previamente corresponda al cónyuge del primer causante.* Si el titular del “ius delationis” se halla casado, este derecho, que tiene un claro contenido patrimonial, es parte de su patrimonio y se halla afecto al derecho expectante de viudedad. Cuando el cónyuge titular fallece sin haber ejercitado el “ius delationis”, como —pese a ser personalísimo e intransferible— se transmite por ministerio de la ley a sus herederos, el cónyuge viudo ha de conservar en relación a éste derecho la misma posición que tenía constante matrimonio. Por ello: a) si los herederos, ejercitando el “ius delationis”, repudian la herencia del primer causante, se extingue el “ius delationis” y ningún derecho corresponde al cónyuge viudo (lo mismo que si, en vida, hubiera renunciado el cónyuge); b) si los herederos aceptan la herencia del primer causante, el cónyuge viudo del llamado fallecido debe tener usufructo de viudedad también sobre los bienes que reciban por “derecho de transmisión” (lo mismo que si hubiera aceptado el cónyuge: a su muerte tendría el supérstite viudedad sobre los bienes heredados por el premuerto); pero todo ello, obviamente, sin perjuicio del derecho de viudedad del cónyuge del primer causante que es siempre previo (se origina primero) y preferente en caso de concurrencia.

## 19. Capítulo V. La responsabilidad del heredero

*A. El heredero responde de las obligaciones del causante y de las cargas de la herencia.* El heredero, a diferencia del legatario, sucede, en todo o en parte, en las relaciones patrimoniales y personales del causante que no se extingan por su muerte (art. 466.1), por lo que no sólo adquiere los bienes y derechos de la herencia, sino que *se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias* (art. 322.1). Las características de la condición de heredero son las mismas tanto en el designado voluntariamente (en pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia) como en el legal, y, dentro de los herederos legales, los troncales tampoco tienen un régimen de responsabilidad distinto.

Dice el art. 355.1 *que el heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias.* Añade el art. 357 *que entre las cargas hereditarias se incluyen los gastos causados por la última enfermedad del causante (aunque si estaba casado en régimen de comunidad estos gastos son comunes), así como los de su funeral y entierro o incineración, los de conservación y defensa de los bienes de la herencia causados en interés común y cualesquiera otros de naturaleza análoga* (los de partición, retribución de albaceas, juicio de división de la herencia, etc.). Luego el heredero, además de por sus deudas personales, responde de las deudas del causante, de las posteriores

a la apertura de la sucesión que graven los bienes de la herencia y de los legados.

**B. Responsabilidad limitada por ley.** Pues bien, el heredero responde de todo este conjunto de obligaciones y cargas de la herencia *exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario* (art. 355.1). La responsabilidad del heredero está limitada por la ley en todo caso, sin necesidad de solicitar ningún beneficio ni hacer inventario alguno; es una responsabilidad *intra vires* porque tiene como límite lo recibido por el heredero del caudal relicto sin que pueda ser hecho responsable personal en mayor medida (SAPZ —Sec. 4<sup>a</sup>— 31/7/2015); además, en principio, es una responsabilidad que los acreedores sólo pueden exigir sobre los bienes recibidos por el heredero del caudal relicto (*cum viribus*). *Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene* [voluntariamente: A. APZ (Sec. 4<sup>a</sup>) 22/3/2000], *consume o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados* (art. 355.2). Por tanto, cuando los restantes bienes heredados no son suficientes para atender a los acreedores de la herencia, la responsabilidad sigue estando limitada al importe de lo recibido de la herencia, pero hasta el valor de lo heredado enajenado, consumido, empleado en pagar deudas no exigibles, perdido o deteriorado de forma culpable, puede exigirse sobre el patrimonio propio del heredero (responsabilidad *pro viribus*).

**C. Separación de patrimonios.** La ley, además de la responsabilidad limitada del heredero, establece también, sin necesidad de que lo soliciten los acreedores, la separación de los patrimonios del heredero y del fallecido, para que los acreedores de la herencia —incluido el heredero, que también lo sea— puedan cobrar con preferencia sobre los bienes del caudal relicto: *la confusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto* (art. 357.1), por tanto, uno y otros, conservan sus derechos y créditos contra la herencia, lo mismo que conserva ésta los que tuviera contra el heredero o los acreedores (SAPZ —Sec. 4<sup>a</sup>— 29/10/2019: “El patrimonio del causante, dividido o no, mantiene una unidad conceptual y contra todo él y por el total de la deuda podría el acreedor de la herencia, aunque fuera uno de los herederos, accionar”). Expresamente dice el art. 357.2 (adaptando para Aragón lo dicho en el 1.192.2 Cc.) *que la aceptación de la herencia no produce la extinción de los derechos y créditos del heredero contra la herencia, ni los de ésta contra aquél*. El heredero puede ser, por tanto, un acreedor o deudor de la herencia igual que los demás (STSJA 3/12/2010).

En el supuesto de autos de la SAPZ —Sec. 4<sup>a</sup>— 29/10/2019 demandante y demandada son acreedoras de la herencia pues ambas tendrían derecho a un numerario que el



usufructuario y causante de la recurrente consumió, estando en la obligación de devolver el mismo, sin que la recurrente pierda esa condición por el hecho de ser heredera, pues, como se ha explicado, a estos efectos la heredera no pierde su alteridad respecto a la misma herencia, y tiene el mismo derecho que la otra nuda propietaria para resarcirse del caudal hereditario con relación al usufructo del dinero que el causante consumió en vida.

**D. Preferencias. Embargo de bienes del heredero.** Establecida la responsabilidad *intra vires* y *cum viribus* y la separación de patrimonios, el Código extrae otra serie de consecuencias lógicas, algunas de tipo procesal. Así, dice que *con relación a los bienes del caudal relicto, los acreedores de la herencia* (incluido, en su caso, el propio heredero) *gozan de preferencia sobre los legatarios y ambos sobre los acreedores personales del heredero* (art. 359.1).

Al responder con preferencia los bienes del caudal relicto, la ley permite expresamente al heredero, para defenderse de la agresión de un acreedor del causante materializada sobre bienes de su patrimonio personal (SAPZ —Sec. 4ª— 31/7/2015), *oponerse al embargo de bienes de su propio patrimonio basado en créditos contra la herencia por la vía de la tercería de dominio* (la separación de patrimonios hace que el heredero no sea deudor, sino tercero). Si bien, *a la demanda deberá acompañarse necesariamente un inventario de los bienes relictos recibidos* (que es el título en que se funda la tercería: art. 595 Lec.), *que podrá ser impugnado* (oponiendo la correspondiente excepción) *por el acreedor en el mismo procedimiento* (art. 358). No obstante, *cuando el heredero deba responder con su patrimonio personal del valor de lo heredado, los acreedores hereditarios y legatarios concurrirán sin preferencia con los acreedores particulares del heredero* (art. 359.2), no siendo de aplicación entonces el art. 358, sino las reglas generales sobre clasificación y prelación de créditos. Por otra parte, si los acreedores personales del heredero embargan bienes del caudal relicto, los acreedores de la herencia podrán hacer valer su preferencia por la vía de la tercería de mejor derecho.

**E. Pago de deudas y legados.** En caso de herencia insolvente, es decir, cuando los bienes del caudal relicto sean insuficientes para el pago de las deudas y cargas de la herencia, sin incluir los legados, los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia [no aceptada pura y simplemente, en el sistema del Cc.] (*cf.* arts. 1º.2 y 3º.4 Ley concursal); en otro caso, *el heredero pagará a los acreedores del causante, cobrará sus créditos y, finalmente, cumplirá los legados* (art. 360.1). No obstante, *si consta que alguno de los créditos conocidos es preferente, no se hará el pago sin previa caución a favor del acreedor de mejor derecho* (360.2). Como dice el art. 1029 Cc. y se deduce del orden de prelación establecido en el art. 359.1, si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos sólo podrán reclamar contra

los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles.

**F. Formas de pago.** Aunque ordinariamente los acreedores no puedan exigir el pago sobre los bienes propios del heredero, *éste puede pagar las deudas y cargas de la herencia con los bienes recibidos del caudal relicto* (dinero existente en el caudal o que obtenga de la venta de bienes hereditarios conforme al art. 1.030 Cc. o dación en pago) *o con su propio patrimonio* (art. 361.1), pero *si se excediere del valor de lo heredado en el pago a los acreedores, éstos no estarán obligados a restituir* (art. 361.2).

## 20. Capítulo VI. Colación y partición

El contenido del Capítulo VI (arts. 362 a 372), aunque es plural y por ello aparece estructurado en tres Secciones (“Colación”, “Partición” y “Pago de las deudas hereditarias por los coherederos”), sólo trata estos tres aspectos de la comunidad hereditaria que se produce cuando son varios los titulares de una herencia o porción de ella. En todo lo demás resulta de aplicación el Derecho supletorio.

**A. Colación.** La obligación de tener que colacionar las liberalidades recibidas del causante al hacer la partición de su herencia, descansa únicamente en la voluntad del disponente, que *puede ordenarla en el título de la propia liberalidad* (donación o legado) *o en pacto sucesorio o testamento*; también puede dispensarla con posterioridad en testamento o en escritura pública (art. 362). No procede, pues, por ministerio de la ley (SAPH 14/6/2001).

La ley se limita a aportar breves reglas para cuando, en efecto, el disponente ha ordenado colacionar sin indicar cómo hacerlo; para lo demás habrá que acudir al derecho supletorio (SAPT 8/6/2002, así, por ej., conforme al art. 1038.1 Cc., el sustituto colacionará todo lo que debiera colacionar el sustituido si viviera. Un problema distinto de la colación es el de si la liberalidad a extraños, por no haberse respetado la legítima, puede ser inoficiosa (arts. 494-496; Ss APT 8/6/2002, APZ, Sec. 4ª, 297/2009, de 8/6).

Aunque haya obligación de colacionar, no serán colacionables, salvo que expresamente así lo declare el disponente, *las liberalidades y gastos a que se refiere el ap. 2 del art. 489* (art. 363).

Sobre la *práctica de la colación*, dice el art. 364:

1. *No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas, sino el valor que tuvieron al tiempo de la donación actualizando su importe al momento en que se evalúen los bienes hereditarios.*

2. *El donatario tomará de menos en la masa hereditaria tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.*

3. *Si un coheredero, mediante las liberalidades colacionables, ha recibido más de lo que le correspondería en la partición, no está obligado a restituir el exceso ni ha de recibir nada en la partición.*

**B. Partición.** En la “comunidad hereditaria” los partícipes pueden disponer de su cuota en la comunidad o porción de ella (no hay cuotas sobre los bienes: SAPT 10/3/2009), pero no adquieren derechos sobre bienes concretos sino desde la partición (art. 1068 Cc.). El Código foral sólo regula de la partición los aspectos en los que incide la mayor libertad civil de los aragoneses (arts. 365, 368) y la distinta regulación de la capacidad de obrar (arts. 366, 367), en lo demás es aplicable el Derecho supletorio (SAPH 9/2/2007).

a) *Derecho a la división.* La comunidad hereditaria, en cuanto comunidad transitoria, inestable e incluso perjudicial para la economía, es esencialmente divisible. *Todo titular de una cuota en una herencia o porción de ella tiene derecho a promover en cualquier tiempo (cfr. art. 1.965 Cc.) la división de la comunidad (art. 365.1).*

El art. 365.2 atiende a las prohibiciones de partir y a los pactos de indivisión, limitándolos temporalmente —pero de forma más generosa que el art. 400 del Código civil—: la indivisión ordenada por el disponente no podrá exceder de quince años a contar desde la apertura de la sucesión, o por el tiempo en que los bienes estén sujetos al usufructo del viudo; la convenida por los partícipes también se sujeta al plazo máximo de quince años. Pero, *en ambos casos, podrá prorrogarse la indivisión por acuerdo unánime de los partícipes por término que, cada vez, no sea superior a quince años.* Por último, dice el ap. 3 que, *aunque haya prohibición o pacto de indivisión, el Juez puede autorizar la partición a instancia de cualquier partícipe si concurre una justa causa sobrevenida.*

b) *Capacidad de los partícipes para solicitar e intervenir en la partición.* De la partición propiamente dicha, nuestro Derecho regula con detalle la solicitud e intervención de personas menores de catorce años o incapacitadas (art. 366), así como la de menores mayores de catorce años (art. 367), dice el Preámbulo (núm. 31) que lo hace por “la frecuencia de estas situaciones en la vida jurídica y la conveniencia de la mayor claridad y seguridad en el modo de operar en ellas”. Son artículos que, como el 346, fueron modificados en 2006 por la Ley del Derecho de la persona.

La capacidad para solicitar la partición o para intervenir en ella es la misma, quien tiene la una tiene la otra. La regla general es que, sin necesidad de complemento alguno, dicha capacidad la tienen los partícipes mayores de edad no incapacitados (arts. 366 y 367 a contrario) y posiblemente también los menores emancipados.

Los partícipes menores de catorce años, conforme a lo dispuesto en los arts. 9, 13 y 17, y los incapacitados sometidos a tutela o autoridad familiar por la equiparación a ellos del art. 39 (salvo que la sentencia de incapacita-

ción haya previsto otra cosa), actúan por medio de sus representantes legales, padres o tutores como regla (con las salvedades previstas en el art. 9.2). Si representantes legales son ambos padres, se requiere para la partición propia la actuación conjunta de los dos; la posible oposición de intereses con el representado se salva acudiendo a las reglas del art. 13. Además, el art. 17 exige que la partición sea aprobada por la Junta de Parientes o el Juez cuando haya sido practicada por el tutor (sin autorización previa), la Junta de Parientes (en este caso la aprobación ha de ser del Juez), un defensor judicial o por el único padre titular de la autoridad familiar con el que exista oposición de intereses si no ha obtenido autorización previa (*cf.* art. 13.1.b). Ahora bien, en los casos de partición impropia del art. 366.2, como no hay riesgo de que el representado pueda sufrir daño alguno, *no será necesaria la intervención de ambos padres ni la aprobación de la Junta de Parientes o del Juez.*

Los menores mayores de catorce años y los incapacitados sujetos a curatela solicitan e intervienen en la partición por sí mismos, puesto que no están sujetos a representación legal, pero necesitan la asistencia prevenida en el art. 23 o la del curador. Si hubiera oposición de intereses entre el menor y quien haya de prestarle la asistencia se aplica lo previsto en el art. 28, y en caso de oposición de intereses con el curador, asiste al “curatelado” la Junta de Parientes o un defensor judicial (at. 367).

*c) Partición por el disponente.* En Aragón sólo tenemos regulada como una manifestación del *standum est chartae*, para darle mayor amplitud (*cf.* art. 1056 Cc.), la partición de la herencia por el disponente (*vid.* E. BELLOD). Las otras formas o modalidades de partición de la herencia son las del Derecho supletorio: partición contractual o convencional (art. 1058 Cc.), partición por contador-partidor o comisario (art. 1057.1 Cc.), partición por contador-partidor dativo (art. 1057.2 Cc.), partición arbitral y partición judicial (art. 1059 Cc.). Sobre la partición judicial *vid.* Ss. APH 10/3/2004 y APZ 7/3/2005. La STSJA de 26/11/2007 indica que la falta de previa liquidación de la herencia no acarrea la nulidad de la partición realizada, salvo cuando aquella fuera necesaria para determinar los bienes que han de partirse.

El art. 368 atiende a la *partición por el disponente*, ya sea el causante o su fiduciario, admitiendo que pueda estar referida incluso a la sucesión legal. La partición puede ser de toda la herencia o de parte de ella, también puede limitarse el disponente a establecer normas vinculantes para su realización: por ejemplo establecer que la partición que lleven a cabo los coherederos sea aprobada por mayoría en vez de por unanimidad (SANCHO-ARROYO). Los motivos del disponente para hacer él mismo la partición pueden ser muy variados, desde asegurar el cumplimiento de su voluntad en la división y adjudicación de los bienes que componen su patrimonio hasta el ahorro de tiempo y gastos o el evitar pugnas y los litigios en las operaciones divisorias (E. BELLOD).

En cuanto a la forma, será la propia de los actos de última voluntad (pacto o testamento) o de ejecución de la fiducia, aunque se les faculta para hacerlo también en acto entre vivos sin sujeción a forma determinada, salvo si se trata de la partición de la herencia deferida por sucesión legal que precisa siempre pacto o testamento. *Si la partición la hace el disponente en el mismo acto de disposición por causa de muerte (pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia), las cláusulas de partición prevalecen sobre las dispositivas en caso de contradicción. Si la hace en acto separado (por causa de muerte o entre vivos), prevalecerán las cláusulas dispositivas salvo que sean revocables (normalmente, sólo las testamentarias) y puedan ser efectivamente revocadas por el acto de partición (pacto, testamento).*

**C. Pago de las deudas hereditarias por los coherederos.** En Sección aparte, reciben atención pormenorizada y acorde con los principios aragoneses de la responsabilidad del heredero (arts. 355, 357), el pago de las deudas hereditarias por los coherederos, tanto antes como después de la partición, los derechos de los acreedores y la acción de regreso entre coherederos. Se parte del principio de que, aunque haya varios herederos, las obligaciones y cargas de la herencia (con exclusión de los legados) no se dividen entre ellos, ni antes ni después de la partición.

a) *Antes de la partición.* La mancomunidad o solidaridad de los coherederos deudores no tiene un particular sentido frente al acreedor de la herencia en modelos como el aragonés de limitación de la responsabilidad del heredero y separación entre los patrimonios personales de los coherederos y el heredado, con posibilidad de oponerse al embargo de bienes de su propio patrimonio por la vía de la tercería de dominio (art. 358). No hay responsabilidad con el propio patrimonio, de manera que los acreedores hereditarios, incluido el heredero que también lo sea, mientras no se realice la partición, habrán de proceder contra todos los partícipes que sean herederos para exigir el pago de las deudas y cargas de la herencia sobre los bienes del caudal relicto indiviso. Esta norma tiene una evidente trascendencia procesal, al diseñar explícitamente un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario propio de cualquier comunidad. Por otra parte, aunque la cuota de cada coheredero en la comunidad es disponible, no será frecuente que sea embargada por los acreedores hereditarios, que tendrían que esperar a las resultas de la partición para realizar su valor, siendo que ya están legitimados para proceder directamente sobre los bienes comunes indivisos.

La pendencia de la partición no obsta a la exigencia del crédito, aunque quien reclame sea un heredero acreedor y, por tanto, integrante de la comunidad hereditaria. La acción se dirige contra el patrimonio indiviso considerado unitariamente, sin deducir la parte proporcional del coheredero acreedor (contra: 371.2), de suerte que, como del caudal partible ya se habrá deducido

lo necesario para atender al crédito del heredero acreedor cuya alteridad se mantiene, no existe el peligro de que ningún heredero resulte perjudicado (SAPZ —Sec. 4<sup>a</sup>— 31/7/2015).

Cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, los coherederos responderán solidariamente con su propio patrimonio, hasta el límite de su respectiva porción hereditaria, del valor de lo heredado enajenado, consumido, perdido o deteriorado por su culpa o negligencia o empleado en el pago de créditos hereditarios no vencidos (arts. 355.2 y 359.2 en relación con el 371). Internamente la responsabilidad se ajustará mediante acciones de regreso entre coherederos.

b) *Derechos de los acreedores.* En cuanto a los *derechos de los acreedores*, dice el art. 370 que *los acreedores hereditarios reconocidos como tales* (incluido el heredero que también lo sea) *podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o garantice el importe de sus créditos* (cfr. art. 1082 Cc.); en cambio, *los acreedores de uno o más de los partícipes sólo pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos* (cfr. art. 1083 Cc.). Pero, una vez pagados los acreedores hereditarios y los legatarios, los acreedores particulares de uno o más partícipes podrán pedir la retención o embargo del remanente que pueda resultar a favor de su deudor (cfr. art. 1.034 Cc.).

c) *Después de la partición.* El principio de limitación de la responsabilidad del heredero exclusivamente a los bienes recibidos del caudal relicto (art. 355) permanece inmutable hasta la liquidación de la herencia, lo mismo que el de separación de patrimonios (art. 357), pero no habiendo ya bienes indivisos que puedan darse en pago, *los acreedores hereditarios pueden exigir el pago de cualquiera de los herederos* (solidaridad) *hasta el límite de su responsabilidad*, que será normalmente *cum viribus* y en los casos del art. 355.2 *pro viribus*. Se establece así un sistema de solidaridad, que redundará en beneficio de los acreedores de la herencia, pero que no es absoluta sino matizada por la limitación de responsabilidad antedicha.

*Igualmente* (es decir: hasta el límite de su responsabilidad), *el coheredero acreedor de la herencia puede también reclamar de cualquiera de los otros* (solidaridad) *el pago de su crédito, pero deducida su parte proporcional como tal heredero*; el coheredero acreedor sigue siendo acreedor gracias a la separación de patrimonios, pero hecha la partición es también, en parte, deudor de sí mismo y por ello tiene el crédito reducido en esa parte (SAPZ —Sec. 4<sup>a</sup>— 31/7/2015).

Además, la solidaridad está también atenuada por el derecho del demandado a hacer llamar y emplazar a sus coherederos para que intervengan en el proceso y puedan ser condenados en la misma sentencia, *a menos que por disposición del causante o su fiduciario o a consecuencia de la partición hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda* (art. 371.3, cfr. art. 1084 Cc.). Se trata con esta

norma de cohonestar los efectos propios de la solidaridad con la promoción del ejercicio del derecho de defensa (SANCHO-ARROYO).

Siendo varios los coherederos obligados al pago de un legado, su responsabilidad es limitada y *cum viribus* (art. 355.1), pero responden de forma mancomunada parciaria, es decir, en proporción a su participación en el caudal relicto y con el límite de su participación (art. 859.2 Cc.).

d) *Acción de regreso entre coherederos*. Antes de la partición ningún coheredero responde con su propio patrimonio, pero si alguno ha pagado voluntariamente deudas y cargas de la herencia con sus propios bienes, como un acreedor hereditario más, podrá reclamar la totalidad de lo pagado sobre los bienes comunes indivisos procediendo contra los restantes coherederos (art. 369); y si se ha practicado ya la partición sin exigir el pago de dicho crédito, se aplicará el art. 371.2.

En cambio, si después de practicada la partición un coheredero, como consecuencia de la responsabilidad solidaria, paga más de lo que le corresponde por su participación en la herencia, puede reclamar la diferencia a los demás, pero a cada uno sólo puede exigirle su parte proporcional hasta el límite de su respectiva responsabilidad. El crédito nacido del pago hecho por uno de los deudores solidarios deja de ser solidario y la acción de regreso sólo permite al que hizo el pago reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda (art. 1.145 Cc.: mancomunidad parciaria) y exclusivamente hasta el límite de su respectiva responsabilidad (art. 355).

## 21. Capítulo VII. El consorcio foral

A. *Supuestos de hecho, sujetos y objeto*. Dice el Preámbulo (núm. 31) que “el ‘consorcio foral’, reintroducido en la Compilación de 1967 tras vencer algunas dudas, es mantenido en la nueva regulación [de 1999] en sus rasgos básicos, pero añadiendo precisiones inspiradas en las necesidades de la práctica tanto en la previsión de los hechos que lo originan como en la determinación de sus efectos. En particular, parece llamada a tener frecuente aplicación la permisión de separación de un consorte por el sencillo medio de declarar su voluntad en escritura pública, con lo que tendrían fácil solución algunas situaciones indeseadas puestas de relieve por algunos autores.” Se mantiene el concepto y la naturaleza de la institución, pero se modifican sus efectos (así lo afirma la trascendental STSJA 10/3/2009). Las novedades introducidas en 1999 se aplican también, en los términos de la DT 18ª, a los consorcios ya originados a su entrada en vigor (23 abril 1999).

El consorcio foral es —como dice A. CALATAYUD— una comunidad especial que surge sobre los inmuebles que varios hermanos o hijos de hermanos (a los que se denomina *consortes*) heredan o reciben por donación de un ascendiente mientras subsista la indivisión entre ellos, y que se caracteriza por-

que los consortes sólo pueden disponer de su cuota indivisa a favor de sus descendientes o de otros comuneros y fallecido un consorte sin descendientes su cuota acrece a los demás. Se trata de una comunidad caracterizada por su origen familiar y cuyo régimen pretende evitar (para respetar la presunta voluntad del ascendiente) que, en esa situación de indivisión, siempre problemática, ingresen en la comunidad personas ajenas a ese círculo familiar estrecho cotitular de los bienes o sus descendientes.

El llamado “consorcio o fideicomiso foral” se origina desde que varios hermanos o hijos de hermanos, cualquiera que sea su vecindad civil (SAPZ 634/2004, 10/11), heredan de un ascendiente bienes inmuebles o desde que adquieren de él proindiviso bienes inmuebles por legado o donación (art. 373). La transmisión (herencia o donación) ha de estar regida por ley aragonesa por ser la ley personal del causante o donante (RDGRN 14/11/2002). El causante o donante ha de ser un ascendiente de cualquier grado, siempre que los llamados a la herencia, legado o donación sean entre sí, en el momento del nacimiento del consorcio, hermanos o hijos de hermanos, de modo que sólo hasta primos hermanos se produce el consorcio; no obstante, los descendientes, sin limitación de grado, del llamado a ser heredero o legatario “consorte” ocupan su sitio en el consorcio en los casos de sustitución legal (art. 340, SAPZ —Sec. 4<sup>a</sup>—, 25/1/2008). Concurriendo estos presupuestos subjetivos, el consorcio se inicia, si se transmiten bienes inmuebles (o una cuota de ellos) indivisos, al aceptar más de uno la herencia (voluntaria o legal) o la donación, o al recaer en más de uno el legado. Ahora bien, el disponente (donante, causante o su fiduciario), conforme al principio *standum est chartae*, puede evitar el nacimiento del consorcio foral manifestando su voluntad en contrario (art. 373.1).

El consorcio tiene por objeto bienes inmuebles por naturaleza (o una cuota de ellos) adquiridos en indivisión, sitios en Aragón o en otra parte (RDGRN 13/5/2002), tanto en pleno dominio como en nuda propiedad (art. 278, STSJA 10/3/2009) u otro derecho real limitado (excluyendo únicamente los derechos reales de garantía en razón de su accesoriidad a un derecho de crédito), y dura en tanto subsista sobre ellos la indivisión de la comunidad hereditaria u ordinaria (STSJA 10/3/2009). La partición “impropia” de la herencia no elimina la indivisión de los bienes que siguen perteneciendo cada uno de ellos proindiviso a los consortes, ahora en comunidad ordinaria.

**B. Efectos.** Establecido el consorcio y en tanto subsista la indivisión entre consortes, en la comunidad de herederos, legatarios o donatarios se producen los efectos del art. 374, que limitan las facultades de disposición voluntaria de los consortes (pero menos que el art. 142.1.2<sup>o</sup> Comp.) y previenen un especial acrecimiento si un consorte muere sin descendencia.

El primer efecto lo regula el art. 374.1: *Vigente el consorcio, sólo son válidos los actos de disposición, inter vivos o mortis causa, realizados por un consorte*



sobre su cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran cuando se otorguen a favor de sus descendientes, que con ello adquirirán la condición de consortes, o de otro consorte [que así amplía su cuota en el consorcio]. Al consorte le está prohibido todo acto de disposición (enajenación, gravamen, etc.) sobre su cuota, ya esté en comunidad universal (como la hereditaria) o en comunidad ordinaria, que no se otorgue a favor de sus descendientes o de otro consorte; para disponer con libertad de un bien consorcial se requiere el consentimiento de todos los consortes (actuación conjunta o de uno o varios con el consentimiento, previo o posterior, de los demás consortes).

Los límites no se extienden a la ejecución forzosa ya que *es embargable la cuota de un consorte en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran, sin que pase a formar parte del consorcio el extraño* (si es consorte o descendiente, la cuota sigue en el consorcio) *que la adquiera en el procedimiento de apremio* (art. 374.2). El extraño adquiere la cuota embargada y hasta la división del inmueble o inmuebles es partícipe en la indivisión, pero sin que le sean de aplicación los efectos del consorcio, que continúa entre los demás consortes.

A la muerte de un consorte, si no ha ordenado el destino de su cuota consorcial conforme al art. 374.1 a favor de sus descendientes o de otro consorte, la ley la reserva a sus descendientes (art. 374.3 *a contrario*) que, si aceptan el llamamiento, adquirirán la condición de consortes por sucesión legal; se entienden llamados en primer términos los hijos, sustituidos por sus stirpes de descendientes conforme a las reglas de la sustitución legal (art. 472.d).

En cuanto al segundo efecto, dice el art. 374.3 que *si un consorte muere sin descendencia, su parte acrece a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio, pero sujeta al usufructo de viudedad del cónyuge del consorte fallecido conforme al artículo 278*. El acrecimiento consorcial, a diferencia del derecho de acrecer en la sucesión voluntaria o del acrecimiento en la sucesión legal, no tiene lugar por la muerte de un "llamado a ser consorte" sino de uno que es consorte, y se produce a favor de los demás consortes; hay dos transmisiones: la primera del donante o causante a los consortes, y la segunda de la cuota del consorte fallecido a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio ("fideicomiso foral") y, en principio, en proporción a la cuota que tengan en el mismo. La sustitución del consorte fallecido por los demás consortes guarda cierta similitud con la sustitución fideicomisaria, pero opera por ministerio de la ley y se da en cualquier clase de sucesión; además los consortes, al producirse la sustitución, aumentan la cuota consorcial que ya tenían, mientras que el heredero fideicomisario suele recibir unos bienes sobre los que antes no tenía ninguna titularidad. El acrecimiento consorcial tiene preferencia sobre lo dispuesto en el art. 528.2 (STSJA 10/3/2009).

En el caso del consorcio originado por donación, el ascendiente del consorte-donatario que fallece sin descendencia y sin haber dispuesto válida-

mente de su cuota conforme al art. 374.1 recobra, si le sobrevive, la cuota donada a éste (*cf.* art. 524.1), por lo que —como dice el art. 374.3 i.f.—, *en caso de recobro de liberalidades, el acrecimiento no se produce respecto de los bienes recobrados*. El recobro de liberalidades por el ascendiente se entenderá sin perjuicio del derecho de viudedad que corresponda al cónyuge del donatario fallecido (art. 524.3), regla que el art. 374.3 extiende a todo caso de fallecimiento de consorte casado: el viudo tendrá el usufructo de viudedad sobre la cuota consorcial del premuerto cualquiera que sea el destino *mortis causa* de ésta (descendientes, ascendiente donante o consortes).

**C. Disolución del consorcio y separación de un consorte.** Los efectos del consorcio se producen mientras subsista la indivisión entre consortes; *el consorcio se disuelve* —y dejan de aplicarse sus efectos— *por la división del inmueble o inmuebles y por acuerdo de todos los consortes* (art. 376). La STSJA 5/7/2005 considera que, aunque faltó el acuerdo para practicar la división, existió el acuerdo de disolver el consorcio, sin que sea necesario que tal acuerdo aparezca revestido de formalidad alguna para su validez, bastando únicamente que exista constancia del mismo. Con la división de los bienes (que requiere el acuerdo de todos o, en su defecto, un proceso judicial) cesa no sólo el consorcio sino también la situación de comunidad, porque los antiguos comuneros-consortes pasan a ser titulares individuales de los bienes adjudicados; en cambio, por acuerdo de todos los consortes cesa el consorcio, pero mientras no dividan se mantiene la situación de comunidad.

Además, el vínculo consorcial se extinguirá por consolidación en un único consorte de todas las cuotas consorciales, por la pérdida o destrucción de los bienes objeto del consorcio, por la usucapión de tales bienes por un tercero, etc.

Pero la gran novedad introducida en 1999 por la Ley de sucesiones es la facultad de *separación de un consorte* prevista en el art. 375:

1. *Dejarán de aplicarse los efectos del consorcio al consorte que declare su voluntad de separarse totalmente del mismo en escritura pública.*

2. *La separación deberá comunicarse fehacientemente a los demás consortes [obligación del Notario], entre los que continuará el consorcio.*

Por tanto, ya no es precisa la división de los bienes del consorcio, ni ponerse de acuerdo todos los consortes para eliminar sus efectos, basta que un consorte manifieste expresamente en escritura pública (requisito de validez) su voluntad de separación para que a él dejen de aplicársele los efectos del consorcio, si bien, hasta la división de los bienes, seguirá estando en situación de comunidad. La separación permite al exconsorte disponer libremente de su cuota, y, si muere sin haber establecido su destino, se abrirá la sucesión legal. El consorcio continuará entre los demás consortes que no decidan separarse, siempre que sean dos al menos, y durará hasta que sólo quede

uno o hasta que acuerden la disolución por las vías del art. 376. Con esta regulación el consorcio foral se convierte en un instituto de Derecho voluntario tanto para el disponente, que puede evitar su nacimiento, como para los consortes que pueden, no sólo decidir por acuerdo de todos su disolución, sino separarse de él libremente con solo manifestar su voluntad al respecto en escritura pública. Habrá que pensar que si los consortes no se separan es porque juzgan que el consorcio presenta para ellos indudables ventajas.

**BIBLIOGRAFÍA:** Exposiciones generales: BAYOD LÓPEZ, Carmen: *Algunas cuestiones prácticas en materia de Derecho civil aragonés*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2011, 63 pp.; CURIEL LORENTE, Francisco: “ El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma de Aragón”, en VV. AA., *Regímenes Económico-matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial)*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, T. II, pp. 943-960; LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «El Derecho de sucesiones aragonés: las huellas del maestro Lacruz», en *Cincuenta años de Derecho civil aragonés*, IFC, Zaragoza, 2018, pp. 213 a 254; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coor.): *Manual de Derecho sucesorio aragonés*. Sonlibros, Zaragoza, 2006, 695 pp.; — *Memento experto. Derecho foral de Aragón*, Eds. F. Lefebvre, Madrid, 2011; NAVARRO VIÑUALES, José María: “Diez años de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte”, *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 9-50; SERRANO GARCÍA, José Antonio: “Introducción a la Ley de Sucesiones por causa de muerte”, *Revista de Economía Aragonesa (Ibercaja)*, núm. 8, junio 1999, pp. 75-98; — *Manual de Derecho civil aragonés. Conforme al Código del Derecho Foral de Aragón* (J. Delgado, Dir., M<sup>a</sup> A. Parra, Coord.), 4<sup>a</sup> ed., El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 507-547; — “De las sucesiones en general” (Caps. I a VI), en *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 497-562; — “De las sucesiones en general”, en *25 años de jurisprudencia aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los Tribunales (1995-2019)* (Coords. C. Bayod y J.A. Serrano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1065-1146; SERRANO GARCÍA, José Antonio, con la colaboración de BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Sucesiones por causa de muerte*, Kronos Editorial, Zaragoza, 2019, pp. 1-151; VV.AA.: *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*. Librería General, Zaragoza, 1999 (= RDCA, 1999-1<sup>o</sup>, pp. 11 a 138); VV.AA.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. XXXIV, vol. 1<sup>o</sup>: *Artículos 1 a 148 de la Ley de Sucesiones Aragonesa*, Edersa, Madrid, 2002; ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: “Diez años de jurisprudencia sobre la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte”, *Actas de los XIX encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 51-87.

Sustitución legal: SERRANO GARCÍA, José Antonio (ponente), MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio (en caso de ausencia) y MOLPECERES OLIETE, Antonio (en la sucesión contractual): “La sustitución legal”, *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., pp. 87 a 138.

Aceptación y repudiación, responsabilidad del heredero: BARRIO GALLARDO, Aurelio: “Nuevas perspectivas de la aceptación tácita en Aragón (Una reflexión crítica a propósito del art. 35.1.a) de la Ley 1/1999, de 24 de febrero), *RDCA*, 2007, pp. 113-131”; — *La aceptación hereditaria derivada de actos dispositivos concluyentes sobre el caudal*. Fundación Registal, Madrid 2007, 278 pp.; BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Relaciones entre la sucesión *iure transmissionis* y el llamamiento a los sucesores legales del cónyuge premuerto *ex art.* 108

Comp. Efectos sobre la aceptación de la herencia por los herederos “del más viviente”», *RDCA*, 2018, pp. 11-32; DOLADO PÉREZ, Ángel y BERNABÉ PANOS, Rafael: “La responsabilidad de heredero y legatario”, *Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2001, pp. 67 a 102; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (ponente), ARGUDO PÉREZ, José Luis (derecho de transmisión) y HERNÁNDEZ GIRONELLA, Fermín (aspectos procesales): “Aceptación y repudiación de la herencia”, *Actas de los XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2002, pp. 7 a 83.

Comunidad hereditaria, colación y partición, consorcio foral: ALONSO PÉREZ, M<sup>a</sup> Teresa: “Consortio conyugal”, en *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 563-566; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: *La partición efectuada por el causante. Régimen del Código civil y aragonés, con breve referencia a otros Derechos forales*, Ed. Reus, Madrid, 2018, 246 pp.; CALATAYUD SIERRA, Adolfo: “Cuestiones prácticas sobre consorcio foral”, *RDCA*, 2010, pp. 215-225; — “Consortio foral. La sucesión paccionada”, en *Derecho civil aragonés (2017)*, Manual de Formación a Distancia 1-2017 (Director: Manuel Bellido Aspás), CGPJ-CEN-DOJ, Madrid, 2017, pp. 328-337; PUEYO MOY, José Luis: “La colación en el Derecho civil aragonés”, *RDCA*, 2005-2006, pp. 123-162; ROMERO HERRERO, Honorio (ponente), CARNICER DÍEZ, Carlos (consorcio foral) y SERRANO GIL DE ALBORNOZ, Francisco (aspectos tributarios): “La comunidad hereditaria”, *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 9 a 83; SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Carmen: *El consorcio foral (Tras la reforma del instituto por la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000; VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego, «El Derecho civil de Aragón, la seguridad del tráfico y el Registro de la Propiedad», en *RDCA*, 2014-XX, pp. 155-179.

## §19.1 LA FISCALIDAD DE LAS SUCESIONES EN ARAGÓN

Antonio José GARCÍA GÓMEZ  
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

### 1. El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

En nuestro sistema tributario, en el caso de las personas físicas, el gravamen de las adquisiciones gratuitas de bienes y derechos no tiene lugar dentro del impuesto sobre la renta, sino a través de un impuesto distinto, el impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD), cuyo objeto de gravamen está constituido, precisamente, por los incrementos de patrimonio obtenidos a título gratuito, *mortis causa* o *inter vivos*, por las personas físicas. Las personas jurídicas, sin embargo, quedan fuera de la órbita de este tributo, por lo que las adquisiciones gratuitas que pudieran obtener serán gravadas en el seno del impuesto sobre sociedades (o en el IRNR, para el caso de entidades no residentes en España).

Por lo que interesa a esta obra, nos vamos a centrar en la modalidad de las adquisiciones *mortis causa* del ISD, que incluye las realizadas por herencia, legado u otro título sucesorio, dejando de un lado las adquisiciones gratuitas *inter vivos*.

El ISD es un impuesto estatal, regulado en Ley 29/1987, de 28 de diciembre (LISD) desarrollada por el Real Decreto 1269/1991 (RISD). No obstante, se trata de un tributo cedido a las CCAA, lo que supone, en este caso concreto, no solo que las regiones asumen la gestión, sino que además cuentan con importantes competencias normativas en la regulación del impuesto y que inciden decisivamente en el gravamen. En síntesis, podría decirse que los elementos de identificación del impuesto (hecho imponible, sujetos pasivos, devengo, base imponible) siguen en manos del Estado, con aplicación exclusiva de su normativa, mientras que los elementos de cuantificación se comparten en buena medida entre aquel y las CCAA (reducciones de la base imponible, tipos de gravamen o bonificaciones).

En el ejercicio de estas competencias, varias CCAA han apostado desde hace algunos años por tratar de atenuar o en algunos casos casi suprimir el gravamen en determinadas adquisiciones, sobre todo en las relativas a la esfera familiar más cercana, propiciando así algunas desigualdades territoriales y agudizando la polémica sobre el encaje de este tributo. El problema esencial es la ausencia de límites o de criterios de armonización en la normativa estatal de cesión.

Por otra parte y en relación con lo anterior, ha de resolverse cuál es la CCAA competente para gestionar el impuesto y cuya normativa propia resultará de aplicación. En las adquisiciones *mortis causa* se atenderá a la re-

gión de residencia habitual del causante, específicamente, aquella en la que hubiera permanecido un mayor número de días durante el período de los cinco años anteriores al fallecimiento, y ello, con independencia de donde radiquen los bienes o donde residan los causahabientes.

Entrando ya en el propio contenido del impuesto, nos centraremos a continuación únicamente en los aspectos más relevantes.

En esencia, no estamos ante un impuesto sobre las herencias, sino sobre las hijuelas, es decir, el hecho imponible está constituido por la adquisición que obtiene cada causahabiente (art. 1 LISD). Los sujetos pasivos del impuesto son, por lo tanto, los adquirentes. En general, se sujetan a gravamen las adquisiciones a título sucesorio universal, particular, o por cualquier otro título sucesorio. Igualmente, se asimilan a la sucesión las adquisiciones percibidas por beneficiarios de seguros de vida cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario y tengan causa en el fallecimiento del asegurado.

Otro de los aspectos claves tiene que ver con el devengo del impuesto y su relación con el aspecto material del hecho imponible. El devengo no espera a la aceptación de la herencia, sino que, en general, tiene lugar en la fecha del fallecimiento del causante, momento a partir del cual empieza a computarse el plazo de seis meses del que disponen los causahabientes para presentar la preceptiva autoliquidación. No obstante, el hecho imponible se produce con la obtención del correspondiente incremento de patrimonio por parte de los distintos causahabientes (arts. 1 y 3 LISD).

En este caso, el legislador fiscal, en virtud de las atribuciones que le son propias, establece la fecha del fallecimiento del causante como el momento a tomar en consideración para la realización del hecho imponible, aunque el elemento material del mismo no es otro que la adquisición de los bienes y derechos en virtud del título hereditario. Una solución orientada a no dejar en manos de los contribuyentes el nacimiento de las obligaciones tributarias y que no parece resultar del todo ajena a las normas civiles (arts. 440 y 657 Cc, entre otros).

En todo caso, precisamente para evitar que esta forma de situar el devengo pueda alterar el contenido material del hecho imponible, el propio artículo 24.3 LISD, acoge un criterio tradicional en la normativa del tributo: “toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso, o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan”. Con la misma intención, para los casos de renuncia pura y simple, serán los beneficiarios de la misma quienes deban tributar por la parte renunciada, no así cuando haya una renuncia gratuita en favor de persona determinada, donde tendrá lugar una doble tributación, primero, por la transmisión hereditaria al heredero, y segundo, por la donación o transmisión al beneficiario de la renuncia (art. 28 LISD).

Pasamos ahora a sintetizar los aspectos de cuantificación del tributo.

La base imponible se define como *el importe neto de la adquisición individual de cada causahabiente*. Se parte del valor real de los bienes o derechos que se adquieren y después se minoran por las cargas de naturaleza real, deudas y gastos que la Ley admita como deducibles. Si bien los interesados deberán consignar en la declaración el valor (real) que atribuyen a cada uno de los bienes y derechos incluidos en el caudal relicto, la Administración podrá realizar una comprobación de esos valores y atribuir a alguno de ellos uno mayor, en cuyo caso prevalecerá este. En la reforma fiscal proyectada para 2021 (Proyecto de Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal) se sustituye el valor real por el valor de mercado y, en el caso de bienes inmuebles, dicho valor será el valor de referencia establecido por la Administración de conformidad con la normativa reguladora del catastro.

No obstante, para llegar a obtener la base imponible que corresponde a cada contribuyente, se deben realizar una serie de operaciones contempladas en la LISD y que dependen en gran medida del modo en que esté ordenada la sucesión. La diferencia descansa fundamentalmente en si el causahabiente tiene asignada una parte alícuota de la herencia, sea por ley o por testamento, o, en cambio, si el testador les ha asignado bienes concretos. Este asunto tiene que ver con la partición de los bienes de la herencia, ya que en el primer caso deben llevarla a cabo los propios causahabientes, adjudicando los bienes y derechos hasta el límite de sus respectivas cuotas de participación y, en el segundo, es el causante el que realmente la ha efectuado a través del testamento.

El procedimiento de cuantificación es más complejo en el primer caso que en el segundo, pues digamos que hace falta valorar el conjunto del caudal relicto, incluido el ajuar doméstico, al que la LISD le confiere un valor concreto, restar las cargas y deudas y proceder a continuación a distribuir la masa hereditaria entre los causahabientes atendiendo exactamente a su cuota de participación. Si resultase que la adjudicación de bienes realizada por los herederos no atendiese a esa proporción, se podrán someter a tributación los excesos resultantes.

Dos cuestiones importantes a considerar en este proceso a las que debe hacerse mención.

En primer lugar, si el causante estuviera casado, una vez valorados los bienes y derechos, habría que proceder a liquidar la sociedad conyugal, si fuera este el régimen económico del matrimonio, pues únicamente formarán parte de la herencia el cincuenta por ciento proindiviso de los bienes gananciales o consorciales (la otra mitad corresponde al cónyuge superviviente). En segundo lugar, en el caso habitual de que, al producirse la transmisión *mortis causa*, un causahabiente adquiera el *usufructo* sobre los bienes objeto de la misma y otro la *nuda propiedad* la normativa del impuesto contiene normas

especiales para determinar el valor que, en el momento de la sucesión, ingresa en el patrimonio de cada adquirente.

Si el usufructo es temporal, su valor será el 2 por ciento del correspondiente al total del bien, por cada año de duración, con el límite del 70 por ciento. Si el usufructo es vitalicio dependerá de la edad del usufructuario. Cuando tenga menos de 20 años, el valor del usufructo será el 70 por ciento del valor del bien. Dicho porcentaje se minorará a medida que aumente la edad, en la proporción de un 1 por ciento menos por cada año de más con el límite del 10 por ciento del valor total. Por su parte, el valor de la nuda propiedad será la diferencia entre el valor total del bien y el atribuido al usufructo.

Una vez calculada esa cuota de participación, se procederá, en su caso, a la *acumulación de donaciones* (art. 30 LISD) y a la *integración en la base imponible de cada causahabiente de las cantidades percibidas por seguros de vida*. En cuanto a la acumulación de las donaciones, se suma a la base imponible del causahabiente el valor de los bienes y derechos donados a este por el causante durante los cuatro años anteriores a su fallecimiento (esta acumulación únicamente tiene lugar a los efectos de hallar el tipo medio de gravamen que corresponde a la sucesión).

Por su parte, si hubiera herederos o legatarios que estén llamados a adquirir de la herencia bienes o derechos concretos y determinados, la cuantificación de la base imponible es más simple (valor real del bien o derecho de que se trate, minorado, en su caso, por las cargas y gravámenes que efectivamente disminuyan el valor de sus bienes respectivos).

Una vez calculada la base imponible es cuando entra en juego la normativa autonómica para continuar con la cuantificación del tributo.

La LISD establece un conjunto de reducciones sobre la base imponible, algunas basadas en la *edad* del adquirente y en su *parentesco* con el causante, y otras referidas a la *adquisición de determinados bienes*, como *vivienda habitual o empresas o negocios familiares* (art. 20 LISD). No obstante, en esta materia *las CCAA pueden establecer reducciones propias*, que se añadirán a las estatales, así como *mejorar* las establecidas en la LISD.

Por lo que respecta a *Aragón*, se han establecido algunas reducciones propias que tratan de minimizar el gravamen para algunos contribuyentes, como es el caso de los hijos del causante menores de edad o personas con discapacidad elevada (donde prácticamente se elimina) y, en general, para descendientes, ascendientes y cónyuge del causante, que pueden practicar una reducción lineal de hasta 500.000 euros en su base imponible respectiva, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones. Asimismo, se mejora la reducción estatal por adquisición de empresas familiares y negocios profesionales, se establece una propia para la creación de empresas y empleo y se elimina totalmente el gravamen para los descendientes, ascendientes y cónyuge de



los fallecidos por actos de terrorismo o violencia de género. De todo ello se ocupan los artículos 131-1 a 131-11, respectivamente, del Decreto Legislativo 1/2005, que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, tras la última reforma llevada a término a través de la Ley 10/2018, de 6 de septiembre.

Con respecto a la reducción más generalista, regulada en el artículo 131-5 TR, el cónyuge, los ascendientes y descendientes del fallecido podrán aplicarse una reducción del 100 por 100 de la base imponible correspondiente a su adquisición *mortis causa*, incluida la relativa a pólizas de seguros de vida, de hasta 500.000 euros. Se trata de una reducción lineal, es decir, sumadas todas las posibles reducciones a las que tenga derecho el contribuyente (estatales y autonómicas), excluida la relativa a los beneficiarios de pólizas de seguros de vida, no se podrán superar los 500.000 euros. En caso contrario, se aplicará esta reducción hasta ese límite. Si además el fallecido tuviera hijos menores de edad, en la reducción que corresponda al cónyuge, el límite se incrementa en 150.000 euros por cada hijo menor de edad que conviva con él. Por su parte, si en los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, el contribuyente se hubiera practicado otros beneficios fiscales en el ISD por haber recibido donaciones del causante, ya sean reducciones de la base imponible o bonificaciones en la cuota, se tendrán en consideración a los efectos de minorar el límite anterior.

Para el siguiente paso y a tenor de la estructura liquidatoria establecida en la LISD, sobre la base liquidable se aplica una tarifa progresiva (o en su caso, la regulada por la CCAA) y se obtiene así la *cuota íntegra*.

Como hemos advertido, es muy habitual que por efecto de la sucesión tenga lugar una *desmembración del dominio*. En tal caso, el nudo propietario adquiere la titularidad sobre el bien en dos momentos distintos, primero, la nuda propiedad, y, posteriormente, al extinguirse el usufructo, el dominio pleno. En la primera fase, tributará en este impuesto por el valor atribuible en dicho momento a la nuda propiedad, y en la segunda, por el valor atribuible en dicho momento al usufructo, pero aplicando en ambos casos el *tipo medio* de gravamen que correspondería al valor íntegro de los bienes.

La cuota obtenida podrá incrementarse, en su caso, por aplicación de los coeficientes multiplicadores contenidos en la LISD o los que establezca, en su caso, la CCAA. Aragón no ha hecho uso de esta competencia, por lo que se aplican los del artículo 22 LISD. En síntesis, la cuota aumenta cuánto más alejado sea el parentesco con el causante y cuánto más alta sea la valoración del patrimonio preexistente del adquirente. Finalmente, y cuando proceda, podrán practicarse las bonificaciones establecidas por la respectiva CCAA.

En este momento, Aragón solo contempla una bonificación en la cuota respecto de la adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual del causante

por parte del cónyuge, ascendientes o descendientes, sometida a ciertos límites y condiciones.

Todavía cabe destacar dos cuestiones adicionales sobre la aplicación de la normativa del ISD en la CA aragonesa.

Las referencias que se hacen a los cónyuges se entienden realizadas igualmente a los miembros de las parejas estables no casadas, en los términos previstos en el Título VI del Libro II del Código del Derecho Foral de Aragón, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones: que la pareja se encuentre inscrita en el Registro Administrativo correspondiente al menos con cuatro años de antelación al devengo y se mantengan en dicho momento los requisitos exigidos para su inscripción, que se encuentre anotada o mencionada en el Registro Civil competente cuando así lo exija la legislación estatal, y que no exista entre los miembros de la pareja relación de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción, ni como colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado, en los términos establecidos en el artículo 306 CDFA (Disposición adicional única del Texto Refundido).

Por su parte, a los efectos de la aplicación de beneficios fiscales en el ISD, se entenderá que el parentesco por afinidad no se pierde por fallecimiento del cónyuge que sirve de nexo, salvo si hubiere segundas nupcias (art. 133.4 TR).

Finalmente, acerca de la gestión de este impuesto, en los últimos años se ha generalizado el sistema de autoliquidación, que deberá presentarse por los causahabientes en un plazo (prorrogable) de seis meses desde el fallecimiento, y a la que se acompañarán algunos documentos: escritura de aceptación de la herencia o, en su defecto, el testamento, junto con una relación de los bienes y derechos adquiridos, certificación de defunción del causante y del Registro de Actos de Última Voluntad, justificación documental de las cargas, deudas y gastos que resulten aplicables, declaración del patrimonio preexistente del causahabiente, etc.

## **2. Otras obligaciones tributarias de los sucesores**

Puede ocurrir que entre los bienes que forman parte de la adquisición hereditaria se encuentre algún inmueble urbano, lo que determinará desde el mismo momento de la muerte del instituyente el devengo del Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU).

El hecho imponible de este tributo municipal está constituido por el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos (art. 104 TRLHL). El impuesto se devenga en la fecha de la transmisión o en la fecha en que tenga lugar la constitución del derecho real.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, depende del tipo de negocio jurídico que se realice. En las transmisiones o en la constitución o transmisión de derechos reales a título gratuito, como es el caso que nos ocupa, será contribuyente la persona física o jurídica o la entidad sin personalidad jurídica del artículo 35.4 LGT que adquiera el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate (art. 106 TRLHL). En consecuencia, si como consecuencia del título hereditario se desmiembra el dominio, tanto el nudo propietario como el usufructuario (por ejemplo en el caso del cónyuge viudo) han de satisfacer este impuesto en función del valor correspondiente a cada parte (siguiendo las reglas de valoración ya vistas en el ISD).

La cuantificación del incremento del terreno se realiza en función de valores administrativos (catastrales) y se le aplican los tipos de gravamen fijados en la TRLHL, modulados por el Ayuntamiento respectivo. Y por lo que respecta al plazo para presentar la autoliquidación, será de seis meses prorrogables hasta un año a solicitud del sujeto pasivo.

Pero al margen del ISD o del impuesto municipal de plusvalía, en cuanto tributos que afectan al incremento patrimonial obtenido por los distintos sucesores, no puede olvidarse que a éstos les incumbe igualmente el cumplimiento de las obligaciones tributarias pendientes del causante.

Según dispone el artículo 39 de la Ley General Tributaria, a la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia. Se transmitirán a los legatarios en las mismas condiciones que las establecidas para los herederos cuando la herencia se distribuya a través de legados y en los supuestos en que se instituyan legados de parte alícuota. En ningún caso se transmiten las sanciones.

Una de las obligaciones pendientes habituales tiene que ver con el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Es sabido que, con carácter general, el período impositivo del IRPF coincide con el año natural y el devengo se produce el 31 de diciembre (art. 12 LIRPF). Ahora bien, el período impositivo será inferior al año natural en el caso de producirse el fallecimiento del contribuyente; período que abarcará desde el 1 de enero hasta el día del fallecimiento, día en que se entenderá también devengado el impuesto (art. 13 LIRPF). De conformidad con ello, serán los sucesores del causante los obligados a cumplir con la obligación de presentar la autoliquidación del IRPF correspondiente a ese ejercicio y al cumplimiento de las demás obligaciones pendientes por dicho impuesto (art. 96.7 LIRPF). En estos casos, la autoliquidación deberá presentarse dentro de los plazos establecidos por la normativa tributaria con relación al ejercicio donde haya tenido lugar el devengo (actualmente, de abril a junio del año siguiente).



## §20. LA SUCESIÓN PACCIONADA

Carmen BAYOD LÓPEZ  
*Catedrática de Derecho civil*

### 1. Pluralidad de regímenes españoles y ley aplicable

**A. La sucesión paccionada en los diversos derechos civiles españoles.** La sucesión paccionada se admite en todos los Derechos civiles españoles, salvo en el Código civil. En éste el único modo de delación voluntario admitido es el testamento unipersonal (art. 658 Cc.), ya que en dicho ordenamiento la sucesión paccionada está prohibida al establecer el art. 1271.2 Cc. que *Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.*

Con todo, esta prohibición general cuenta con tres leves excepciones en los arts. 826 y 827, que admiten pactos sobre la mejora en capítulos matrimoniales y en el art. 1341 Cc., que permite a los cónyuges donarse antes del matrimonio, también en capitulaciones, bienes futuros, sólo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada.

En el resto de los ordenamientos forales sí se admiten con carácter general, y con sus propias singularidades, los pactos sucesorios: en Cataluña (arts. 411-7 y 431-1 a 431-30 Cc.Cat.); en Galicia (arts. 181.3 y 209 a 227 LDCG); en el País Vasco (arts. 18.1 y 100 a 109 LDCV); en Baleares, Ibiza y Formentera (art. 8, arts. 72 a 77 Comp. IB) y en Navarra (leyes 155 y 172 a 183 Comp. N.).

**B. Ley aplicable al otorgamiento de los pactos sucesorios: capacidad y forma.** En razón de la pluralidad de legislaciones españolas sobre los pactos sucesorios, conviene ahora establecer los criterios necesarios para determinar la legislación aplicable al otorgamiento de un concreto pacto sucesorio.

Las normas a tener en cuenta para determinar cuál de las diversas legislaciones españolas es la aplicable son, por un lado, los arts. 9.8 y 11 del Cc., a los que remite el art. 16.1 Cc. para dar solución de los conflictos entre leyes españolas, y, por otro, para los conflictos de Derecho internacional privado, el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias y el RUE 650/2012.

a) *Ley aplicable a la sucesión paccionada en el ámbito internacional.* El RUE 650/2012 será de aplicación cuando los ciudadanos españoles (o de otra nacionalidad) tengan su residencia habitual en el extranjero y no hayan elegido la ley de su nacionalidad (vecindad civil), arts. 21 y 22 del Reglamento.

Tomando como premisa la aplicación del Reglamento a los nacionales españoles, el *Considerando 49* se refiere a los pactos sucesorios para afirmar que *son un tipo de disposición mortis causa cuya admisibilidad y aceptación varían de un Estado miembro a otro. Con el fin de facilitar que los derechos sucesorios adquiridos como consecuencia de un pacto sucesorio sean aceptados en los Estados miembros, el presente Reglamento debe determinar qué ley ha de regir la admisibilidad de esos pactos, su validez material y sus efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución.*

En relación a ello, el art. 25 del Reglamento determina la ley aplicable a los mismos en razón del número de instituyentes: si el pacto es relativo a la sucesión de una sola persona, *se regirá, por lo que atañe a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, por la ley que, en virtud del presente Reglamento, fuese aplicable a su sucesión si aquella hubiera fallecido en la fecha de conclusión del pacto [ley de la residencia habitual ]* (art. 25.1); si hay varios instituyentes, *únicamente será admisible en caso de que lo sea conforme a la ley que, de conformidad con el presente Reglamento, hubiera sido aplicable a la sucesión de cada una de ellas si hubieran fallecido en la fecha de conclusión del pacto [ley de la residencia habitual de cada una de las partes]* (art. 25.2).

En ambas modalidades el legislador europeo afirma que los pactos serán válidos en cuanto a su forma, capacidad, modificación o revocación por la ley de la residencia habitual de los paciscentes, admitiendo, como dice el Considerando 52, que el presente Reglamento regula la validez formal de todas las disposiciones mortis causa consignadas por escrito a tenor de normas conformes a las disposiciones del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Con ello, el Reglamento, siguiendo los principios del Convenio de La Haya, somete a la misma ley las cuestiones de forma, contenido y capacidad; siendo la ley aplicable la de la residencia habitual o la de la nacionalidad del disponente, como ahora vamos a ver [En contra la R. DGSJFP de 10/08/2020, criticada por ZABALO y BAYOD].

En efecto, como sabemos también, es característica esencial de este RUE 650/2012 la primacía de la autonomía de la voluntad, de manera que los otorgantes del pacto sucesorio pueden elegir, a estos efectos, su ley personal: *No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, las partes podrán elegir como ley aplicable al pacto sucesorio, por lo que respecta a su admisibilidad, validez material y efectos vinculantes entre las partes, incluidas las condiciones para su resolución, la ley que la persona o una de las personas de cuya sucesión se trate habría podido elegir de acuerdo con el artículo 22 en las condiciones que este establece*. Por lo tanto, cuando el Reglamento Europeo sea de aplicación, los otorgantes podrán elegir entre la ley de su residencia habitual, aunque sea diversa a la de su nacionalidad, o bien la ley de su nacionalidad (vecindad civil si son nacionales españoles), si su residencia habitual la tienen en otro país.

Así, un aragonés con residencia habitual en Colonia puede otorgar un pacto sucesorio conforme al BGB o bien elegir al tiempo de su otorgamiento que el pacto se rija por el CDFa.

Igualmente un alemán con residencia habitual en Aragón puede otorgar el pacto sucesorio conforme al Derecho alemán, por ser esta la ley de su nacionalidad, o bien pactar conforme al CDFa, en este caso tanto la sucesión como todas las cuestiones de forma, capacidad, contenido y revocación o modificación del pacto quedarán sujetas al Derecho civil de Aragón [art. 36.2.a) RUE 650/2012].

b) *La ley aplicable a la sucesión paccionada en el Derecho interregional*. El RUE 650/2012 no desplaza la aplicación del art. 9.8 Cc. cuando en la sucesión no existen elementos transfronterizos. La ley aplicable a la sucesión cuando el causante es de nacionalidad española y fallece en España se rige por la vecindad civil que éste tuviera al tiempo de su fallecimiento.

Ahora bien, el acto de disposición por causa de muerte, el testamento o pacto, se otorgan, lógicamente, en un momento anterior a la apertura de la sucesión y por ello el punto de conexión que determine la ley aplicable habrá que referirlo a un momento previo: al de su otorgamiento.

En razón de ello, la segunda proposición del art. 9.8 Cc. se refiere al acto de disposición por causa de muerte: *Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.*

El precepto tiene en cuenta el conflicto móvil que se pudiera producir por los cambios de vecindad civil [el causante tenía una vecindad cuando otorgó el pacto sucesorio (la aragonesa, por ejemplo) y luego adquiere otra cuando fallece (la de Código civil, por ejemplo)] al objeto de mantener la validez del pacto (o testamento) otorgado por el causante, si bien su disposición voluntaria deberá ajustarse a las legítimas previstas en la ley que rige la sucesión.

Así, si un aragonés otorga un pacto sucesorio instituyendo heredero a su cónyuge y dejando a uno de sus dos mencionados hijos la legítima, y al tiempo de su fallecimiento había adquirido la vecindad civil del Código, el pacto conservará su validez pero los hijos, ambos, deberán recibir la legítima prevista en el Código civil (3/4 del caudal computable) para lo cual habrá que reducir tanto la institución de heredero a favor de extraños como lo recibido de más por uno solo de los hijos, que habrá de repartir con el otro (arts. 808, 814, 815 y 818 Cc.).

Ahora bien, el art. 9.8 Cc. determina la ley aplicable a la sucesión y afirma la validez del pacto otorgado conforme a las reglas de validez del mismo, pero no indica cuál es la ley aplicable al otorgamiento del pacto sucesorio.

Para solventar esta cuestión debemos recurrir al art. 11 Cc., que no ofrece en esta materia una solvente respuesta al no tener en cuenta la sucesión paccionada (tampoco el testamento mancomunado), y referirse a las cuestiones formales: *Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes.*

En la disposición sucesoria no sólo es relevante la forma, sino sobre todo la capacidad. En razón de ello, debemos dar respuesta a las siguientes cuestiones a los efectos de poder concluir, en el Derecho interno español con una pluralidad de legislaciones en materia de sucesión paccionada, cuál de ellas es la aplicable. Como veremos, estos criterios son aplicables a los testamentos mancomunados, fiducia, y en cierta medida a los testamentos unipersonales:

*a'. La ley personal del otorgante rige la capacidad para el otorgamiento.* En materia sucesoria, y no siendo aplicable en Derecho interregional el Convenio de la Haya de 1961 (DELGADO, CALATAYUD, BAYOD), que somete las reglas de capacidad a las cuestiones de forma (art. 5), el criterio dominante en España es que estamos ante una cuestión de capacidad y por ello, la ley aplicable a los otorgantes al tiempo de llevar a cabo el pacto sucesorio (o el testamento mancomunado o unipersonal o la fiducia) vendrá determinada por la ley personal del disponente en ese momento.

*Por lo tanto la ley aplicable a los pactos sucesorio viene determinada por el art. 9.1 Cc.* En Aragón así lo dispone el art. 417.1 CDFA para el testamento mancomunado: *Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón;* norma que la doctrina (BAYOD, BELLOD, CALATAYUD) considera aplicable también a los pactos sucesorios. La misma previsión se contiene en Galicia (art. 188 LDCG), Navarra (ley 200 Comp. N.) y País Vasco (art. 24.3 LDCV) respecto del testamento mancomunado.

1. *En los pactos de institución a favor de contratante o de un tercero* es irrelevante la ley personal del heredero, que únicamente servirá para determinar su capacidad para poder aceptar o repudiar. El otorgamiento, en cuanto a forma, contenido y revocación, queda sujeto a la ley personal del instituyente. Esta solución es la misma que ahora de forma expresa establece el art. 25 R.UE 650/2012 como hemos visto, y en Derecho español viene impuesta por el sistema sucesorio: la ley que rige la sucesión es la de la vecindad civil del causante.

2. *Pactos con varios instituyentes.* Cuando en el pacto hay varios instituyentes (pactos de institución recíproca, pero también pactos de institución de heredero con pluralidad de instituyentes) el ordenamiento español no da una respuesta: ¿ambos tienen que ser aragoneses, catalanes, etc.?, ¿sería posible un pacto sucesorio entre un aragonés y un navarro?

Como hemos visto, el RUE 650/2012 admite la validez del pacto si es válido conforme a una de las posibles leyes aplicables: la de la residencia o nacionalidad de cualquiera de los instituyentes. Esta solución, válida en sucesiones transfronterizas (el aragonés con el alemán), no es tan evidente para el Derecho interno.

En Aragón, para el testamento mancomunado (norma aplicable al pacto sucesorio por *analogía legis*), se resuelve de forma expresa esta cuestión en similares términos a como lo hace el RUE 650/2012, y lo dispuso el Convenio de la Haya de 1989, que no está en vigor en España, al establecer que *si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón* (art. 417.2 CDFa). Esta solución es defendida por la doctrina para todo el ordenamiento español, por lo tanto, todos los nacionales españoles en cuyos ordenamientos civiles se regule y admita el pacto sucesorio podrán otorgarlo recíprocamente entre ellos.

Por el contrario, será inválido (nulo de pleno derecho) el pacto sucesorio otorgado, por ejemplo, entre un aragonés y un sevillano, ya que el Código civil no admite la validez de los pactos sucesorios. El mismo ejemplo, pero referido al testamento mancomunado, podría tener otra solución aplicando las reglas de la conversión y considerar que hay dos testamentos unipersonales en vez de uno mancomunado (CALATAYUD).

*b'. Ley aplicable a la forma, contenido y revocación cuando hay varios otorgantes.* Los pactos se rigen por la ley personal del otorgante dando la misma respuesta a todas las formalidades, contenido y causas de revocación del pacto. Ahora bien, cuando intervienen varios sujetos como instituyentes (el caso del art. 417.2 CDFa), el ordenamiento español no da respuesta.

La doctrina ha atendido a estas cuestiones, señalando las siguientes reglas que, en el fondo, se reducen a una suma de requisitos de validez previstos por cada uno de los ordenamientos aplicables según la ley personal de los instituyentes:

1. *La capacidad para otorgar el pacto* será la que prevé la ley personal de cada uno de los otorgantes.

2. *La forma*, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 11.2 Cc., nos lleva a exigir que se cumplan los requisitos de ambas legislaciones. Un ejemplo, referido al testamento mancomunado, puede verse entre el otorgado por un aragonés y un navarro: el testamento de hermandad navarro no puede otorgarse en forma ológrafa, pero sí es posible para el testamento mancomunado regulado en Aragón. La validez de este otorgamiento exige que el testamento mancomunado entre navarro y aragonés no se lleve a cabo en forma ológrafa al ser inválida para la legislación Navarra (ley 199).



3. *Respecto de los requisitos de modificación y revocación*, la solución más segura es aplicar los que resulten de ambas legislaciones cumulativamente.

4. *Respecto del contenido*, la solución es más complicada ya que cada ordenamiento tiene sus peculiaridades. Por ejemplo, en Aragón los pactos sucesorios de institución recíproca tienen, salvo pacto en contrario, los efectos del “pacto al más viviente”, ello no es así en el resto de ordenamientos. Igualmente la solución pasaría por aplicar la suma de las reglas de cada ordenamiento (CALATAYUD, ZABALO). Con todo, y por mi parte, me inclino a pensar que los otorgantes, de forma voluntaria, podrían elegir una de las leyes personales a las que sujetar el contenido del pacto, respetando, en su caso, las normas imperativas de su propio ordenamiento (en particular las legítimas), solución que ampara el principio de autonomía de la voluntad en materia de sucesiones en todo el ordenamiento español, pero ahora también el RUE 650/2012, que forma parte de nuestro Derecho.

*c'. Ley aplicable a la revocación e ineficacia sobrevenida.* La revocación e ineficacia de los actos de disposición por causa de muerte crean problemas añadidos cuando tras el otorgamiento del pacto o testamento se ha producido un cambio de la ley personal del sujeto. La pregunta obvia es determinar cuál de las leyes posibles (la que rigió el otorgamiento o la que ahora tiene el disponente) debe gobernar la revocación o modificación.

Las soluciones no son claras en Derecho interno. La revocación requiere un nuevo otorgamiento; en cuanto a los requisitos formales y de capacidad, nuevamente habrá que estar a lo previsto en los arts. 9.1 y 11 (capacidad y forma), solución que puede ser admitida para los testamentos unipersonales.

Ahora bien, cuando se trata de pactos sucesorios o testamentos mancomunados, que están sometidos a un régimen específico de revocación en cada ordenamiento aplicable, habrá que concluir que la ley aplicable a la misma será la que gobernó su otorgamiento y no la que ahora tenga el disponente. Esta es la solución que señala el art. 25 RUE 650/2012 y la que creo que se desprende del art 9.8 Cc., al conservar la validez del acto de disposición. Con todo, téngase en cuenta que esta ley sólo gobernará la revocación, pues la nueva disposición sucesoria deberá estar sujeta a la ley personal que ahora tenga el otorgante.

Respecto a la ineficacia sobrevenida del acto de disposición por causa de muerte, igualmente cuando afectan al régimen específico de los pactos sucesorios o testamento mancomunado, deben regirse por la ley de su otorgamiento aun cuando ahora sea otra la ley personal del otorgante.

## 2. La sucesión paccionada en Aragón. Antecedentes y regulación actual

*A. Antecedentes.* La sucesión paccionada o el «hacer herederos en vida», como suele denominarse en Aragón, es uno de los modos de delación voluntaria admitidos tradicionalmente.

Su orígenes forales se remontan con toda seguridad al siglo XIV (Fuero 3º *De Donationibus*) y la doctrina regnícola, en atención a los Fueros y a las Observancias (Obs. 7, 17 y 18 *De Iure Dotium*), destacaron esta posibilidad y peculiaridad aragonesa frente a la prohibición que tal delación tenía *De Iure* [en Derecho común europeo (MOLINO, PORTOLÉS, SESSE)].

Con todo, como ya señalara LACRUZ BERDEJO, la sucesión contractual tuvo su amplio desarrollo a través de la costumbre y, sobre todo, gracias al notariado aragonés que articuló de forma perfecta las necesidades de un pueblo asentado en la zona pirenaica. Los pactos sucesorios fueron una importante estrategia para conseguir la indivisión de los patrimonios agrícolas —de la Casa aragonesa en el sentido más tradicional— sin que el titular de los mismos y su cónyuge —los «señores mayores» o «amos viejos»— perdieran la administración y control sobre aquéllos.

En el siglo XX, la regulación de la sucesión paccionada se contuvo en la Compilación aragonesa de 1967, que dedicó al pacto sucesorio los arts. 99 a 109 de la misma, puesto que el Apéndice foral de 1925, aunque no repudió este modo de delación, no reguló la sucesión contractual.

La regulación de la sucesión paccionada en la Compilación estuvo especialmente vinculada a su origen consuetudinario: i) la necesidad de que los pactos se otorgaran casi exclusivamente en capítulos matrimoniales; ii) que los otorgantes de los mismos fueran cónyuges o parientes, iii) o que, de no mediar relaciones de parentesco o matrimonio, se establecieran en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias (arts. 99 y 102 Comp.). La regulación era escasa y necesitaba una profunda reforma que aclarase problemas de fondo en su régimen jurídico en particular la determinación de la responsabilidad de los bienes transmitidos.

Frente a esa regulación contenida en la Compilación aragonesa, apegada a la tradición y a la Casa —pero sin abandonarlas: sigue siendo posible adoptar la regulación más tradicional—, la vigente regulación, que procede de las Lusc., ofrece una regulación de los pactos sucesorios abierta a todos los aragoneses, sean o no parientes y tengan o no «Casa aragonesa»; su regulación, moderna y avanzada, pretende ser la respuesta a las necesidades de la sociedad aragonesa del siglo XXI e incluso ofrecer de presente solución a problemas endémicos que los pactos sucesorios celebrados antes de la entrada en vigor de la ley venían produciendo (fundamentalmente la responsabilidad de los bienes objeto del pacto en vida de instituyente e instituido).

La regulación de la sucesión paccionada contenida en la Lsuc., ha pasado íntegra al vigente Código de Derecho Foral de Aragón, sin ninguna modificación relevante, únicamente se suprime en el art. 384 (69 Lsuc.) el término *standum est chartae* y en el art. 404 (89 Lsuc.) se añade, después de la expresión «se encontrarán en trámite», el inciso «a instancia de uno o ambos cónyuges».

**B. Regulación actual.** El Código del Derecho Foral de Aragón, tras declarar la admisibilidad de la sucesión paccionada en Aragón, y dar a este modo de delación un rango prioritario, al colocarlo el primero de todos ellos junto al testamento y a la fiducia (arts. 317 y 318 CDFR), regula de forma

completa y extensa (27 preceptos frente a los 10 de la Compilación) este modo de delación en los art. 377 a 402, que integran los seis Capítulos que forman el Título II, *De la sucesión paccionada*, del Libro III del CDFA.

Los Capítulos I y VI contienen varios preceptos de carácter imperativo, dada la materia que regulan (capacidad, forma, revocación, ineficacia, etc.), y los Capítulos II a V, integrados en general por normas dispositivas, establecen la regulación de las diversas modalidades de pacto sucesorio: de institución, recíprocos, a favor de tercero y de renuncia.

Los *caracteres más relevantes* que presenta la vigente regulación son los siguientes:

a) *El carácter dispositivo de la mayor parte de las normas.* La característica general de esta regulación es su declarada manifestación de ser supletoria de la voluntad de los otorgantes del pacto sucesorio: “Salvo pacto en contrario” es la expresión habitual con la que comienzan, por regla general, cada uno de los preceptos destinados a regular esta materia. Este planteamiento coincide no sólo con la regulación que del pacto sucesorio se hiciera en la Compilación sino también con el Derecho histórico, que lejos de contener una rigurosa regulación, declaró su admisibilidad, dejando a los otorgantes plena libertad para ordenar su sucesión, sin más límites que los derivados del principio *standum est chartae*. Con todo, en la regulación legal hay normas imperativas como ya hemos advertido.

b) *Una regulación de futuro.* La regulación de la sucesión paccionada rompe con cierta tradición secular que venía vinculando la sucesión paccionada a la Casa aragonesa y a la familia unida por vínculos de matrimonio. Todo ello llevaba también a considerar que el documento hábil para contener esta sucesión era, con carácter general, la capitulación matrimonial (art. 99 Comp.). En la vigente regulación de la sucesión paccionada: i) la capitulación matrimonial no es ya (el casi) único documento hábil para contener esta delación; ii) no es necesario ser pariente; iii) ni tampoco que medie una relación matrimonial para que pueda tener lugar «el pacto al más viviente».

Junto a todo ello, la sucesión paccionada no se articula en torno a la conservación del patrimonio casal (lo que desde luego sigue siendo posible, arts. 381.2 y 388 CDFA), sino que de forma abstracta permite la Ley a los particulares establecer una sucesión «a su medida», teniendo en cuenta los beneficios que comporta para el instituido heredero saber que con seguridad lo será, y para el instituyente el seguir siendo titular, si así lo quiere y hasta el fin de sus días, del patrimonio objeto de la herencia.

Como señala PALAZÓN VALENTÍN los pactos sucesorios en la sociedad del siglo XXI pueden dar respuesta a atenciones y cuidados de personas vulnerables (ancianos, personas con discapacidad) así como a la trasmisión de la empresa familiar.

c) *Una regulación completa.* El Código aragonés regula la sucesión paccionada en el Título II del Libro III. Regulación que se completa con los preceptos de dicho Libro III que a la misma resultan aplicables, contenidos en el Título I, *De las sucesiones en general*, en el V, *Normas comunes a las disposiciones voluntarias*, y en el VI, *De la legítima*, y en general, con cualesquiera otras normas del Código foral aplicables al caso. Todo ello evidencia la complitud a la que el legislador aragonés ha querido llegar en esta materia, que carece de la supletoriedad del Código civil al ser éste un modo de delación por él desconocido.

d) *Una regulación inmediatamente aplicable. El Derecho transitorio.* El Código foral sigue en varias de sus Disposiciones Transitorias la doctrina del efecto inmediato, de manera que la regulación en él establecida no sólo será aplicable a las sucesiones abiertas a partir del día 23 de abril de 1999 (DT 14<sup>a</sup>) sino también a sucesiones abiertas con anterioridad a su entrada en vigor.

En concreto, *las normas del Título II en cuanto a efectos, disposición de bienes entre vivos y responsabilidad de los bienes transmitidos, así como la reguladora de los efectos de la revocación de la institución de presente, son también aplicables a los pactos sucesorios otorgados con anterioridad al 23 de abril de 1999 (DT 19<sup>a</sup>).* Con ello se consigue, como ya advertíamos, resolver problemas que presentaba la carencia de regulación de estas importantes cuestiones en la Compilación.

Junto a lo anterior se declara que *también son válidos los pactos sucesorios y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas o pactadas antes del 23 de abril de 1999 que lo sean con arreglo a este Código, aunque no lo fueran según la legislación anterior, siempre que la apertura de la sucesión se produzca a partir de dicha fecha (DT 14<sup>a</sup>.2).*

Por lo demás, y como es evidente, *los pactos sucesorios otorgados al amparo de la legislación anterior seguirán siendo válidos, si así lo eran conforme a ella (DT 14<sup>a</sup>.1), sin perjuicio de la aplicación inmediata de los preceptos a los que se refiere la ya referida DT 19<sup>a</sup> CDFA.*

### 3. Concepto, caracteres y naturaleza. Validez y forma

A. *Concepto de pacto sucesorio en Aragón.* El Código del Derecho foral de Aragón no define lo que sea un pacto sucesorio. Tan sólo nos indica qué es: *un modo o fundamento de la delación* (art. 317) y cuál es su finalidad: *la ordenación voluntaria de la sucesión* (art. 318). Junto a lo anterior, el legislador aragonés señala también ciertas especialidades de la delación paccionada, que en más de una ocasión escapará a las reglas generales.

Así, en los pactos sucesorios *algunos efectos de la sucesión mortis causa se anticipan a la muerte del instituyente* (art. 316); *el momento de la delación se rige por sus propias normas* (art. 321); *los efectos transmisivos dependen de lo pactado,*

*sin que tras la muerte del instituyente se requiera nueva aceptación por el instituido que intervino en el pacto* (art. 322).

En atención a todo lo anterior, podemos definir el pacto sucesorio como aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante —instituyente— queda vinculada a otra voluntad —instituido o mera contraparte—, no pudiendo revocarse dicha disposición por acto unilateral del causante (LACRUZ BERDEJO).

**B. Caracteres.** *a) Vinculación “mortis causa” del instituyente.* La característica principal que presenta el pacto sucesorio frente al testamento es precisamente que aquél, una vez convenido, deviene irrevocable, sustrayendo al causante —instituyente— la posibilidad de disponer por causa de muerte estableciendo algo distinto a lo previsto en dicho pacto. Nombrado heredero o legatario mediante pacto sucesorio, dicha designación deviene irrevocable (salvo que haya causa de revocación o nuevo pacto entre los mismos otorgantes o sus herederos: arts. 400 y 401 CDFa) y cualquier disposición *mortis causa* que contradiga lo pactado será nula, como lo es el testamento posterior que lo contradiga (art. 432 CDFa, *a sensu contrario*).

*b) Impugnación del pacto por el propio causante.* Mientras el testamento, en principio, no puede ser impugnado por el propio causante (le basta con revocar) el pacto sucesorio, que el causante no puede revocar libremente, puede ser impugnado por él haciendo valer la nulidad o anulabilidad del mismo e incluso revocarlo unilateralmente, siempre que concurra causa legal para ello (art. 401 CDFa).

*c) Disponibilidad inter vivos.* El pacto sucesorio regulado en la ley no priva al instituyente de la disposición *inter vivos* de sus bienes, sino en cuanto los actos de disposición perjudiquen directamente las expectativas del heredero o del legatario contractuales (*cfr.* arts. 393 y 398 CDFa).

*d) Carácter personalísimo.* No es posible la representación (art. 379 CDFa) ni el complemento de capacidad (art. 378 CDFa).

*e) Solemne.* A ello se refiere el art. 377 CDFa, al requerir la escritura pública, como requisito de validez del otorgamiento.

**C. Naturaleza.** El pacto sucesorio no es un testamento irrevocable (art. 431.2 CDFa), sino una disposición por causa de muerte que produce un vínculo obligatorio actual entre el instituyente y la contraparte que recibe su voluntad (el instituido o un simple tercero). La esencia de dicha vinculación es privar al instituyente de su capacidad de disposición *mortis causa*, pues cualquier acto que contradiga la institución será inválido.

**D. Pactos sucesorios válidos.** En Aragón son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto (art. 377 CDFA). De este precepto se deduce que se admiten los llamados “pactos de sucedendo” (los que se convengan sobre la propia institución a favor del ya designado heredero o de un tercero no contratante), nominados todos ellos en el art. 380 CDFA en las letras a) [De institución mortis causa de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos], b) [De institución recíproca] y c) [De disposición mortis causa de los contratantes a favor de tercero o terceros]; pero también se admiten los “pactos de no sucedendo”, al referirse la letra d) del art. 380 a los pactos *De renuncia de uno o varios contratantes a la herencia de otro u otros*.

No se admiten en Aragón (tampoco en el resto de los Derecho civiles españoles) los pactos que se celebren sobre la sucesión de un tercero, que no intervenga en el otorgamiento del pacto (STSJA 21/6/2005).

**E. Forma de los pactos sucesorios.** El art. 377 CDFA exige como requisito de validez de los pactos sucesorios el otorgamiento de los mismos en *escritura pública*. No es escritura pública, y por lo tanto no cumple los requisitos legales de forma un acto de conciliación (SAPH 5/3/1996) ni el convenio regulador (SAPZ 3/12/2010).

La exigencia de escritura pública, y no otro documento público, responde a la necesidad de fehaciencia de toda disposición *mortis causa*. Ello hace también que formalmente el pacto sucesorio sea mucho más limitado que el testamento, pues no existen diversas formas de otorgamiento, ni cabe la forma ológrafa, ni tampoco su posible conversión, que sí está prevista para el testamento (art. 430 CDFA).

La falta de forma, la escritura pública, provoca la nulidad de pleno Derecho del pacto: arts. 423.1.a y 426 CDFA, aplicables de forma analógica a la sucesión paccionada.

#### 4. Capacidad para otorgar pacto sucesorio

**A. Sujetos otorgantes: instituyente y cocontratante.** Los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser al menos dos: el instituyente y el cocontratante, si bien nada impide que haya varios instituyentes (era habitual históricamente en las instituciones de heredero de la casa aragonesa) y también que pueda haber varios instituidos a título de herederos o de legatarios (arts. 380 y 400.2 CDFA).

Los pactos de institución recíproca son siempre bilaterales: cada uno de los sujetos es recíprocamente instituyente e instituido (art.395 CDFA).

El instituyente o disponente es la persona que en vida a ordena su sucesión de forma irrevocable. El cocontratante es la parte contractual que recibe

la declaración de voluntad del instituyente, quedando éste vinculado a su disposición por causa de muerte.

Cocontratante puede ser un tercero o el propio favorecido por la disposición (instituido o renunciante). En el primer caso, la contraparte se limita a recibir la voluntad del instituyente para vincularle, supuesto que no debe confundirse con el del tercero favorecido en el pacto, sin que haya intervenido en él para nada, que no puede aceptar o repudiar la herencia hasta el fallecimiento del causante (art. 397 CDFa). En el segundo supuesto se producirá la efectiva delación de la herencia y la aceptación (o repudiación) de la misma por el cocontratante (arts. 321.4, 322.2 y 385 CDFa).

**B. Capacidad para ser otorgante.** El instituyente debe tener vecindad civil aragonesa o, no siendo aragonés, no tenerlo prohibido por su ley personal (art. 9.8 CDFa). En caso de que sea de aplicación el RUE 650/2012 y la ley aplicable al otorgamiento sea la aragonesa, se requiere que el extranjero tenga su domicilio en Aragón o que el aragonés con domicilio en el extranjero designe su ley personal como rectora del otorgamiento (art. 25 RUE 650/2012).

En estos casos, la capacidad exigida por el CDFa a todos los sujetos intervinientes en las diversas modalidades de pacto sucesorio es la mayoría de edad: *Los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser mayores de edad*, no siendo suficiente con la emancipación (art. 378 CDFa).

La mayoría de edad hay que entenderla en función del art. 4 CDFa (tener 18 años o estar casado). Por lo tanto, al instituyente no le basta con tener capacidad para disponer *mortis causa* (tener 14 años), sino que debe ser mayor edad. Lo mismo se le exige al cocontratante, tanto si es un tercero como si es el instituido.

El instituido e interviniente en el pacto ha de tener, además, capacidad para suceder (art. 385 en relación con el art. 329 CDFa) y no le basta con la capacidad general para aceptar la herencia: 14 años (art. 346 CDFa). Junto a ello, como señala la jurisprudencia, ha de tener capacidad de entender y de querer, aun cuando está se presume por ser mayor de edad (SAPZ 22/7/2016 y 23/11/2010).

El Código aragonés, así como las leyes gallega y vasca, exigen siempre mayoría de edad, aun cuando el pacto se otorgue en capítulos matrimoniales o ninguna carga se le imponga al heredero o legatario, a diferencia de otras normas civiles españolas en las que la capacidad varía en función de estos parámetros: Si se otorgan en capítulos matrimoniales, será suficiente con *la capacidad para contraer matrimonio* (ley 173 Comp. N. en relación con la ley 83) o bien *si un otorgante de un pacto sucesorio tiene solo la condición de favorecido y no le es impuesta ninguna carga, puede consentir en la medida de su capacidad natural o por medio de sus representantes legales o con la asistencia de su curador* (art.

431-4 Cc. Cat.) o exigiendo diversa capacidad a cada sujeto *El donante deberá tener la libre disposición de sus bienes y el donatario capacidad para contratar* (art. 12 Comp. IB).

No es necesario que entre instituyente e instituido (o tercero cocontratante) medie relación de parentesco o de matrimonio, como sí exige el Derecho civil Catalán (art. 431-2 Cc. Cat.) pudiendo, incluso, ser instituido heredero un extraño (v. gr. el cónyuge, la pareja de hecho), así se deduce de los arts. 486 y 487.2 CDFa. Son novedades que introduce el Derecho vigente frente al Derecho histórico [(Fuero 3º *De Donationibus* de 1398 explicado por MOLINO,] y a las previsiones de la Compilación de 1967 (art. 99 Comp.)].

El CDFa al regular el elemento subjetivo, parece tener en cuenta tan solo a las personas físicas y cabría pensar si, respecto del instituido como heredero, se excluye también a la persona jurídica. PALAZÓN se plantea, en relación con las personas mayores en situación de soledad, la validez de estos pactos sucesorios por los que estas personas, con plenas facultades mentales, pacten con el titular de la residencia para designarla heredera a cambio de los cuidados y asistencia.

**C. *Carácter personalísimo del pacto sucesorio.*** Los otorgantes de un pacto sucesorio sólo pueden formalizarlo personalmente, no admitiéndose la representación, ni complemento alguno de capacidad (art. 379 CDFa). La actuación personal se exige a ambas partes: instituyente e instituido o cocontratante no instituido. La razón de ello es la misma que en el testamento: la naturaleza personal de la disposición sucesoria. Si bien, el carácter personalísimo de los pactos sucesorios no excluye la fiducia (arts. 384 y 461 CDFa).

**D. *Idioma de los otorgantes.*** El art. 382 CDFa permite que los pactos sucesorios se redacten en cualesquiera lenguas o modalidades lingüísticas aragonesas. El fundamento de esta posibilidad se encuentra en el art. 7 EA aragonés y ahora en la Ley 3/2013, de 9 de mayo, de uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón.

## 5. Contenido e interpretación de los pactos sucesorios

**A. *Contenido contractual del pacto y contenido de última voluntad.*** El contenido del pacto sucesorio no difiere del propio de un testamento, sea este unipersonal o mancomunado, ya que aquél, al igual que éstos, es una herramienta a través de la cual el causante ordena el destino de todas, o parte, de sus relaciones jurídicas que no se extingan con su muerte (art. 318 CDFa).

El pacto podrá contener todo aquello que se podría estipular en un testamento, si bien las disposiciones por causa de muerte, como la designación de



heredero o legatario, las cargas impuestas y, en general, los efectos patrimoniales que se contengan en el pacto (disponibilidad o no sobre los bienes de la herencia; límites a las facultades de disposición sobre los bienes; alimentos o donaciones a favor de otros sujetos, etc.) serán irrevocables.

El resto del contenido, si es de última voluntad, es posible que se estipule en el contrato sucesorio, pero por ser de última voluntad, será revocable por el instituyente o disponente de forma unilateral (vgr. ejecutores testamentarios, nombramiento de tutores, de fiduciarios, etc.).

**B. Contenido posible del pacto sucesorio.** *Los pactos sucesorios pueden contener cuales quiera disposiciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de un tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que convengan, así lo establece con carácter general y ad exemplum, el art. 381 CDFa.*

a) *Nombramiento de heredero o legatario.* La disposición central del pacto sucesorio es la institución de heredero o la designación de legatario: disposición a título universal o singular. No obstante, para la validez del pacto sucesorio no es necesaria la institución de heredero (art. 465 CDFa); así, por ejemplo, sucede en los pactos renunciativos en los que no hay designación de heredero (art. 399 CDFa). La institución de heredero o legatario son estipulaciones contractuales por causa de muerte (bien sean bilaterales o unilaterales) y, por lo tanto, irrevocables.

b) *Modalidades, cargas y obligaciones que se convengan.* Las modalidades, cargas y obligaciones que se convengan forman parte del contenido contractual del pacto, y por lo tanto no pueden ser modificadas de forma unilateral por los otorgantes.

Han sido tradicionales en el Alto Aragón, entre otras: (i) la obligación de convivencia en la Casa; (ii) la asistencia a los instituyentes; (iii) la elección de un nuevo heredero para la Casa; (iv) la asistencia en la Casa y dotación al resto de los hermanos no instituidos mientras vivan en la Casa y trabajen para ella (S. JPII núm. 2 Ejea de los Caballeros 28 de junio 1994).

c) *Sustituciones.* Son sustituciones que de forma voluntaria puede establecer el instituyente para evitar la ineficacia de la institución, bien cuando no haya efectiva delación (pactos a favor de tercero), bien por premoriencia, ausencia e indignidad del instituido, y siempre que no quiera el instituyente que se apliquen los mecanismos legales de sustitución (art. 327 y ss.) o de transmisión (art. 385). La sustitución prevista por el disponente se antepone a la sustitución legal (art. 334 CDFa), de ser aplicable, o al derecho de transmisión regulado en el art. 377 CDFa; pues ambas normas son dispositivas.

d) *Reservas.* *Especial referencia al “señorío mayor”.* El instituyente puede establecer reservas a su favor, pero también a favor de un tercero (por regla

general su cónyuge). Han sido tradicionales en Aragón: (i) la reserva de usufructo a favor de ambos instituyentes; (ii) la reserva de disposición sobre determinados bienes, muebles o inmuebles; (iii) la reserva de uso y habitación; (iv) la reserva de señorío mayor.

A esta última se refiere de forma expresa el art. 388 CDFA: *La reserva de «señorío mayor» en el heredamiento de casa aragonesa atribuye al instituyente el usufructo y administración de los bienes, cuyo producto deberá destinarse al sostenimiento y mejora de la casa.* Supone, por un lado, la reserva en favor del instituyente del usufructo y administración de la “casa aragonesa” entendida ésta como unidad de explotación y cultivo (una empresa o cualquier patrimonio productivo y no solo “la casa” en el sentido tradicional), tanto si el pacto es de presente como para después de los días, con la obligación para el instituyente de reinvertir en la explotación el producto obtenido; por otro lado, no se exige directamente por la norma la convivencia entre instituyente e instituido, salvo que la misma se pacte de forma expresa (SAPZ 1/12/2009).

e) *Fiducias.* En los pactos sucesorios aragoneses se establecían fiducias para prevenir la apertura de la sucesión legal y evitar dividir la herencia (el patrimonio casual) a partes iguales entre los hijos.

f) *La comunidad familiar.* Además del régimen sucesorio, puede también pactarse en capitulaciones matrimoniales en consideración a la casa el establecimiento de una comunidad familiar entre instituyentes e instituido y sus familiares, regulando los derechos y las obligaciones de los que la integran (art. 381.2 CDFA). El legislador aragonés con el párrafo 2 del art. 381 y la referencia al «señorío mayor» en el art. 388 ha querido principalmente recordar que, aun cuando la regulación del pacto sucesorio se abre a todos los aragoneses, estén o no vinculados por relaciones de parentesco o matrimonio, y tengan o no Casa aragonesa, se admiten también los pactos más tradicionales y que de forma secular se venían estipulando en Aragón y por los aragoneses.

La regulación de estos pactos tradicionales será, en primer lugar, la que determinen sus otorgantes, y después la costumbre que informa estas instituciones consuetudinarias (art. 384 CDFA, en relación con los arts. 201 y 202 CDFA). Si bien, en estos casos es requisito de validez que el pacto se otorgue en escritura de capítulos matrimoniales, al crearse una comunidad familiar entre instituyente e instituido y sus respectivos cónyuges, puesto que ello dará origen a la determinación de un régimen económico supraconyugal, en el sentido del art. 202 CDFA (STSJA de 29/05/1991; SJPII nº 2 de Ejea de 28/06/1994).

**C. Límites del pacto.** El instituyente del pacto sucesorio tiene, como dice el art. 318 CDFA, la más amplia libertad para ordenar su sucesión, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio *standum est chartae* que marca el art. 3 CDFA.

**D. Reglas de interpretación del pacto.** a) *Prelación de las fuentes de interpretación.* El art. 384.1 CDFA establece las fuentes de interpretación del pacto sucesorio: *Los pactos sucesorios se interpretarán en los términos en que hayan sido redactados, y cuando el pacto se refiera a instituciones consuetudinarias se atenderá a la costumbre, usos y observancias del lugar.*

El art. 384.2 CDFA señala como fuentes supletorias de interpretación e integración del pacto: *las normas generales sobre los contratos y disposiciones testamentarias, según la respectiva naturaleza de las estipulaciones.* La interpretación del pacto, vicios de la voluntad, etc. se realizará conforme a las reglas de los contratos, pues la situación de intereses encontrados entre instituyentes e instituido es semejante a la que media entre las partes contratantes, mientras que la forma de suceder del heredero se determinará de acuerdo a las disposiciones sobre la herencia en general (LACRUZ BERDEJO).

b) *El carácter de las donaciones por causa de muerte.* El legislador, salvo disposición en contrario, atribuye a la donación universal de bienes la naturaleza de un pacto sucesorio, lo que está de acuerdo con el origen de la sucesión contractual en Aragón: *La donación universal de bienes habidos y por haber equivale a institución contractual de heredero, salvo pacto en contrario* (art. 383.1 CDFA). Por el contrario, *la donación mortis causa de bienes singulares tendrá en todo caso el carácter de pacto sucesorio* (SAPH 14/6/2001).

La misma interpretación de las donaciones *por causa de muerte* hace la LDCV en el art. 102 (*La donación mortis causa de bienes singulares se considera pacto sucesorio y también lo será la donación universal inter vivos, salvo estipulación en contrario*). El legislador catalán mantiene, respecto de la donación *mortis causa* de bienes singulares la solución contraria: *Si en el pacto sucesorio de atribución particular existe transmisión de presente de bienes, el acto se considera donación* (arts. 431-29.3 Cc. Cat. y 432-1 a 5, donde se regulan). En Navarra, las donaciones *mortis causa* tienen también regulación especial y no se les atribuye la naturaleza de pactos sucesorios (leyes 165 a 171 Comp. N.).

## 6. La institución a favor de contratante

**A. Concepto.** La institución a favor de contratante, como señala CALATAYUD, “es aquella que contiene la disposición *mortis causa* de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos”. Son parte en ellos: quienes instituyen y los instituidos, que en ese acto aceptan la institución, por lo que no podrán repudiar la herencia o renunciar al legado con posterioridad (art. 385 CDFA y SAPH 14/4/2010).

**B. Clases.** El Código foral distingue según los efectos transmisivos se produzcan en vida del instituyente o a su fallecimiento (art. 322 CDFA).

La institución es “de presente” cuando hay transmisión actual de bienes al instituido, mientras que es “para después de los días” cuando no haya transmisión de bienes al instituido (art. 386.1 CDFA). En todo caso, y no disponiéndose claramente lo contrario, se entenderá que la institución es para después de los días (art. 386.2 CDFA).

**C. Institución para “después de los días”.** En este pacto, la adquisición de los bienes por el instituido solo se produce una vez fallecido el instituyente (art. 392 CDFA).

El CDFA regula el régimen de los actos de disposición *inter vivos* por parte del instituyente así como el sistema de responsabilidad de los mismos.

Corresponde al instituyente el poder de disposición a título oneroso de los bienes objeto de la institución, ya que conserva su propiedad, salvo que se pacte la prohibición de disposición sin consentimiento del instituido (art. 393.1 CDFA). Este pacto de prohibición de disposición era frecuente para evitar que por esta vía el instituyente, que no podía revocar la institución, la vaciara de contenido; para reforzar su eficacia, se inscribe en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, esta frecuencia, como señala CALATAYUD, ha disminuido drásticamente, al haberse comenzado a considerar por la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón que el pacto que establece la prohibición de disponer tributa por el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados así como otras desventajas fiscales (vid. §20.1.).

Por el contrario, para disponer a título gratuito de los bienes objeto de la institución, el instituyente necesitará el consentimiento del instituido. Se exceptúan las liberalidades usuales o de escaso valor (art. 393.2 CDFA).

Los bienes objeto de la institución para después de los días responden de las deudas contraídas por el instituyente (art. 394 CDFA), sin posibilidad de pacto en contrario, ya que no ha habido en vida del instituyente transmisión de los bienes al instituido.

**D. Institución “de presente”.** En la institución de presente de heredero universal, el instituido adquiere todos los derechos de que sea titular el instituyente al otorgamiento del pacto, salvo los que se hubiera reservado (art. 389.1 CDFA). En consecuencia, se transmiten al heredero todos los bienes que de presente tenga el instituyente, salvo aquéllos que sean intransmisibles, inherentes a la persona o queden excluidos por el pacto. El efecto transmisivo se adelanta a la apertura de la sucesión (arts. 322.2 y 383.1 CDFA).

Salvo pacto en contrario, los bienes que con posterioridad adquiera el instituyente, pasarán al instituido en la forma establecida para la institución para después de los días (art. 389.2 CDFA).

El instituyente, en coherencia con dicho efecto transmisivo y salvo pacto en contrario, pierde la titularidad sobre los bienes transmitidos al instituido

y, por tanto, el *ius disponendi* sobre los mismos *corresponde al instituido, salvo pacto en contrario y, en su caso, con las limitaciones establecidas* (art. 390 CDFA y SAPH 16/5/2001).

Conforme a lo que son las reglas generales en materia de responsabilidad sucesoria, al haber ingresado los bienes en el patrimonio del heredero pasan a ser masa responsable de sus deudas (art. 1911 Cc.), a la vez que dejan de serlo respecto del instituyente. Con todo, y para evitar posibles fraudes, el art. 391 CDFA establece una prelación de créditos, si concurren acreedores de instituyente e instituido: *Sobre los bienes transmitidos de presente, los acreedores por deudas contraídas por el instituyente con anterioridad al pacto sucesorio tienen preferencia respecto de los acreedores del instituido.*

En este tipo de pacto, *la revocación de la institución produce la reversión al instituyente de los bienes transmitidos al instituido que éste conserve y de los subrogados en ellos, si no se hubiera convenido otra cosa* (art. 402 CDFA).

## 7. Pactos de institución recíproca

**A. Concepto.** El pacto sucesorio de institución recíproca, o en Aragón denominado “agermanamiento o pacto al más viviente”, consiste, como ahora indica su nombre, en la recíproca institución de herederos por parte de ambos otorgantes que son a su vez, instituyentes e instituidos; la eficacia del heredamiento depende de que al fallecimiento del primero de los paciscentes no le sobreviva descendencia o, en el caso de que sobreviva, no se haya previsto por las partes el mantenimiento de la eficacia del pacto y la legítima de los descendientes (art. 396.1 CDFA).

Nos encontramos ante un pacto bilateral y recepticio, que en vida de ambos otorgantes se somete al régimen jurídico del pacto sucesorio para después de los días (art. 395.4 CDFA).

**B. Efectos.** En la tradición jurídica aragonesa los efectos propios de la institución recíproca de herederos, además de poder pactarse únicamente entre cónyuges, se hacían depender de la subsistencia o no de descendencia: Habiendo sólo hijos comunes, el pacto no producía sus efectos propios (que un cónyuge heredase al otro), sino que tan sólo se asignaba al más viviente (*ministerio legis*) facultades de fiducia y usufructo universal. Si la descendencia no era común, la institución no producía efecto alguno, teniendo lugar la apertura de la sucesión legal. Estos efectos, en sede de sucesión paccionada, eran inevitables (art. 108 Comp.).

En la regulación actual, no es necesario ser cónyuges para poder pactar al más viviente, y la supervivencia de hijos, sean comunes o no, no impide que se produzcan los efectos propios de la institución, siempre que los otorgantes

hayan establecido las previsiones que tengan por conveniente y respeten la legítima de los descendientes (art. 396-1 CDFA).

Sólo a falta de disposición expresa sobre este particular, y sobrevivien-do hijos, se producirá bien la ineficacia de la institución recíproca (hijos no comunes) bien la transformación de la institución a favor del supérstite en usufructo universal y vitalicio y facultad de distribuir la herencia (art. 396.2 CDFA).

Si no hay hijos comunes o habiendo fallecido todos antes de la edad para poder testar, el sobreviviente hereda todos los bienes del premuerto sin nin-guna limitación, pues no hay que salvaguardar la legítima de los descen-dientes (art. 396.1 CDFA).

La otra consecuencia importante de estos pactos es el destino de los bie-nes del primeramente fallecido que pueden ser objeto, a su vez, de disposi-ción voluntaria, *designándose en ellos heredero o legatario, para el caso de que no hubieran sido consumidos por el supérstite* [sustitución fideicomisaria de resi-duo en su modalidad *si aliquid superit* (STSJA 30/0/2004)]: art. 395.2 CDFA.

A falta de la anterior previsión, el art. 395.3 dispone: *Fallecido el instituyen-te supérstite sin haber dispuesto por cualquier título de los bienes del primeramente fallecido, se deferirán los que quedaren en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bie-nes quedan integrados en la herencia del sobreviviente.* Evitándose en este último caso el llamamiento a la Comunidad autónoma (S. TSJA 13/06/2007).

## 8. Pactos de institución en favor de tercero

**A. Concepto.** Como señala CALATAYUD, en estos pactos, los tercero lla-mados a suceder no son parte del pacto; normalmente, se trata de dos o más instituyentes que pactan entre sí su disposición por causa de muerte a favor de otras personas, de modo que se asemeja a un testamento mancomunado, con la particularidad de que sólo pueden modificarse por acuerdo entre los instituyentes. Pero también es posible que sólo uno de los contratantes sea quien dispone por causa de muerte y el otro u otros intervienen sólo para vincular su voluntad, siendo un tercero que no interviene el favorecido.

Tradicionalmente en Aragón, el pacto a favor de tercero se establecía en beneficio de los hijos nacederos del instituido heredero por sus padres en capítulos matrimoniales. En la legislación aragonesa vigente, y a diferencia de la catalana, no se exige para la validez del pacto que medie relación de parentesco entre los instituyentes ni que los favorecidos sean descendientes de éstos.

**B. Efectos.** Por las razones expuestas, el tercero favorecido en el pacto no tiene un derecho consolidado y, por ello, *no podrá éste aceptar la herencia*

*o adquirir el legado hasta que, fallecido el instituyente, no se le defieran (art. 397) y, salvo que otra cosa se haya pactado, el instituyente podrá disponer entre vivos de sus bienes, tanto a título oneroso como lucrativo (art. 398).*

## 9. Pactos de renuncia

Como señala CALATAYUD, los de renuncia son pactos por los que una persona renuncia o transige sobre la herencia futura de otra, siempre que sean otorgados entre el renunciante o renunciantes y la persona o personas de cuya sucesión se trate, pudiendo referirse a todos los derechos sucesorios o a parte de ellos, establecerse a título gratuito u oneroso y sujetarse a condición (art. 399).

La renuncia o transacción sobre la herencia futura está prohibida en el Cc., mientras que en Aragón es ampliamente aceptada e incluso se permite la renuncia unilateral de herencia futura, fuera de pacto, sea sólo de la legítima o de todos los derechos sucesorios (art. 492).

## 10. Revocación, modificación e ineficacia de los pactos sucesorios

El Capítulo VI del Título II del Libro Tercero del Código foral regula las causas de revocación, modificación e ineficacia de los pactos sucesorios, atendiendo fundamentalmente a la revocación y a sus efectos. Es en esta materia donde se ponen de manifiesto las principales características de los pactos sucesorios y sus diferencias con el testamento.

**A. Modificación y revocación de los pactos sucesorios.** *a) Regla general: mediante nuevo pacto sucesorio o, en su caso, testamento mancomunado.* Los pactos sucesorios válidamente celebrados son irrevocables, de manera que el instituyente no puede mudar su voluntad sino por las causas pactadas o por las causas previstas en la ley. En principio, *sólo pueden modificarse o revocarse mediante nuevo pacto sucesorio celebrado por las mismas personas o sus herederos o, si sólo fueran dos los otorgantes del pacto, por testamento mancomunado otorgado por ambos (art. 400).*

*b) Excepción: revocación unilateral si concurre causa para ello.* La revocación unilateral por parte del disponente, prevista en el art. 401 CDFA, *sólo cabe en los siguientes casos:*

*a'. Por las causas expresamente pactadas.* Los particulares pueden crear las causas de revocación que tengan por conveniente (con los límites del *stándum*), pero también modificar o excluir las previstas en la ley.

*b'. Por incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido, así como cuando éste, con su conducta, impida la normal convivencia familiar si esta hubiera sido pactada.* Como señala CALATAYUD, frecuentemente, se

prevé la intervención de la Junta de Parientes para determinar si ha habido incumplimiento. La SAPH de 23/11/2011 desestimó la demanda contra la revocación realizada por no haberse impugnado la decisión de la Junta de Parientes, cuya validez se presume. No está claro si el plazo para la acción de revocación por incumplimiento es de 15, 4 o 1 año, inclinándose por esto último la SAPZ 1/12/2009, a contar desde que se tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitarla.

*c'. Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o en situación que, de ser legítimo, implicaría causa de desheredación.* Causas de revocación tradicionales en Aragón contempladas ahora en los arts. 328 y 510 CDFa.

El art. 401.1 no hace referencia a la supervivencia o superveniencia de hijos como causa de revocación del pacto, de manera que no son causas legales de revocación del mismo, sin perjuicio de su previsión paccionada (art. 400.1.a CDFa). No obstante, si no están pactadas y dichos acontecimientos se producen, estaremos ante un caso de preterición, posiblemente no intencional (art. 506 CDFa), que podría invalidar la institución (art. 508.2 CDFa) o reducir su contenido (art. 508.1 CDFa). En el caso de pacto de institución recíproca los efectos de la existencia de hijos de los instituyentes, a falta de pacto, se regula en el art. 396 CDFa.

*c) Legitimación y ejercicio.* Conforme al art. 401-2 CDFa, la revocación (o modificación) unilateral deberá hacerse necesariamente en escritura pública y no requiere que siendo varios los instituyentes deban actuar de forma conjunta. El notario debe notificarla a los demás otorgantes, dentro de los ocho días hábiles siguientes, aunque éste no es requisito de validez, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar. Y si la institución contractual se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad, la revocación unilateral sólo puede inscribirse transcurridos tres meses desde el otorgamiento de la escritura (art. 401.3 CDFa).

*d) Efectos de la revocación.* La revocación del pacto sucesorio tiene como efecto principal que el instituyente recobra sus facultades de disposición *mortis causa*, y el instituido pierde su condición de heredero o legatario contractual. Si la institución fuere de presente, y no se hubiere convenido otra cosa, producirá la *reversión al instituyente de los bienes transmitidos al instituido que éste (aún) conserve y de los subrogados en ellos* (art. 402 CDFa).

**B. Ineficacia sobrevenida del pacto sucesorio.** *El Código aragonés regula dos supuestos especiales de ineficacia: a) Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación. Las atribuciones sucesorias pactadas entre cónyuges quedarán sin efecto si, al fallecimiento de uno de ellos, estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin, salvo*



*que otra cosa se haya pactado en el contrato* (art. 404). Es una regla similar a la que para los testamentos dispone el art. 438.

Dada la vinculación que produce el pacto sucesorio, y no encontrándose entre las causas de revocación este supuesto, la norma reviste especial importancia pues, salvo previsión expresa de las partes, la separación o la disolución del vínculo matrimonial no afectarían a la disposición paccionada (a salvo los motivos, art. 470 CDFa). Con todo, no se considera relevante la separación de hecho.

Respecto de las parejas no casadas, sería conveniente que establecieran de forma expresa la ruptura de la convivencia como causa de ineficacia de la disposición. No obstante, en virtud de la identidad de razón, tal vez, sería posible la aplicación analógica de esta norma para los supuestos constatados de la ruptura de la convivencia (STSJA 20/06/2005, respecto de disposiciones testamentarias).

*b) Premoriencia del instituido. Derecho de transmisión.* Cualquier llamamiento sucesorio deviene ineficaz si el instituido no sobrevive al causante (art. 325 CDFa). Ahora bien, el pacto sucesorio no sólo vincula al causante sino que atribuye al instituido la titularidad de heredero contractual. Por esta razón, la costumbre aragonesa consideraba que el pacto no quedaba ineficaz premuerto el heredero, si éste tenía descendencia: la institución de heredero a favor de los hijos no sólo recaía en ellos, sino también en los nietos (SAPENA).

Ello es lo que con carácter dispositivo prevé el párr. 1º del art. 387: *Salvo lo establecido en el pacto sucesorio, cuando el instituido premuera al instituyente, transmitirá a sus descendientes los derechos y obligaciones derivados del pacto y, en su caso, los bienes transmitidos de presente.* En consecuencia, si el instituido premuere al causante dejando un descendiente, éste, si acepta, será heredero por derecho de transmisión. Si deja varios descendientes, podrá ser heredero, tras su aceptación, el que designe el instituyente (en testamento, escritura pública o mediante fiduciarios), salvo que el premuerto hubiera ya designado heredero uno de sus hijos (art. 387.2 CDFa).

*La institución quedará sin efecto cuando el instituido premuera al instituyente sin dejar descendientes. En este caso, los bienes transmitidos de presente que aun subsistan en el patrimonio del instituido revertirán al instituyente* (art. 387.3 CDFa). En este supuesto, y salvo sustitución expresa prevista por los otorgantes, la institución deviene ineficaz recuperando el instituyente sus facultades de disposición *mortis causa*, pues en este supuesto no resulta aplicable la sustitución legal (art. 337 CDFa).

Al quedar ineficaz la institución, el instituyente recupera sus facultades de disposición *mortis causa* y, en su caso, los bienes transmitidos de presente que aún subsistan en el patrimonio del heredero, a salvo el usufructo viudal

que pudiera corresponder al viudo del premuerto (arts. 271 y 283 CDFa). Si el instituyente no designa nuevo heredero o habiendo fiduciarios estos tampoco lo hicieran, se abrirá la sucesión legal (S. JPI Núm. 2 Huesca 15/9/2009).

c) *Efectos sobre las disposiciones recíprocamente condicionadas*. La nulidad, revocación unilateral o ineficacia de una disposición hereditaria paccionada lleva aparejada la de aquellas que, en el mismo documento, se hallen recíprocamente condicionadas (art. 403).

**C. Invalidez de los pactos sucesorios.** Los pactos sucesorios son un negocio jurídico por causa de muerte al que le son aplicables no solo las normas que regulan la invalidez de los contratos sino también las normas que rigen la invalidez de las disposiciones sucesorias, en lo que hace a la forma, a la capacidad de las partes y al contenido.

a) *Nulidad*. El pacto sucesorio será nulo en los casos que indica el art. 423.1.a) CDFa para los testamentos: falta de capacidad en los otorgantes (art. 378 CDFa), falta de forma (art. 377 CDFa y STSJA 29/9/1992) y, en lo que hace al contenido, infracción de los límites del art. 377 CDFa (vgr. pacto sobre la herencia de un tercero). Los efectos serán los previstos en el art. 426.1 CDFa.

b) *Anulabilidad*. El pacto será anulable en los supuestos de error, dolo, violencia o intimidación que haya podido padecer el instituyente. Serán aplicables de forma supletoria los arts. 1.300 y ss. Cc. Ejercitándose la acción en vida del instituyente, retornarán a él sus facultades de disposición *mortis causa* así como los bienes transmitidos de presente (arts. 1.303 y 1.307 Cc.).

**BILIOGRAFÍA:** BAYOD LÓPEZ, Carmen (2000): “La sucesión paccionada en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (reflexiones y comentarios)”, *RDCA-VI*, núm. 1, pp. 37-98; (2005-2006) “Algunos problemas sobre invalidez, ineficacia y revocación de los pactos sucesorios en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999 de 24 de febrero)” en *RDCA-XI-XII*, pp. 15-433; (2018): “Pactos sucesorios en Aragón”, *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. I, dirigido por Gete-Alonso y Calera, ed. Thomson Reuters y Civitas, Pamplona pp. 1317-1366; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena (2018): “Comentario a los arts. 377 a 404 CDFa” en *Código del Derecho foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 599-604; (2020): “De la sucesión paccionada” en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, ed. Tiran lo Blanch, pp.; pp.743 a 769; CALATAYUD SIERRA, Adolfo (1999): “Conflictos interregionales entre los Derechos sucesorios españoles”, *RDCA-V*, núm. 2, pp. 169-199; (2000): “Renuncia a la herencia futura en Aragón: un supuesto práctico”, en *RDCA-VI*, núm. 1, pp. 185-195; (2013): “El Reglamento sobre sucesiones y el Derecho Internacional Español: dos sistemas de solución de conflictos, sus diferencias y su encaje”, *RDCA-XIX*, pp.125-145; FONT SEGURA, Albert (2000): “La sucesión hereditaria en el Derecho interregional”, *ADC*, nº 1, 2000, pp. 23-81; (2009): “La Ley aplicable a los pactos sucesorios”, en *InDdret*, mayo; GIL NOGUERAS, Luís Alberto (2002): “Comentario a los arts. 62 a 89 de la Ley de Sucesiones

Aragonesa”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart. T. XXXIV, vol. 1º: Artículos 1 a 148 de la Ley de Sucesiones Aragonesa, ed. Reus-SA., Madrid, pp. 489 a 609.; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María (2006): “La institución recíproca de herederos” en *Actas de los Decimoquintos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 13-57; PALAZÓN VALENTÍN, Javier (2020): “Los pactos sucesorios: su vigencia hoy su tratamiento tributario” en *Actas de los XXIX Encuentros de Foro de Derecho aragonés*; PÉREZ MILLA, José Javier (2019): *El espacio de Derecho europeo interregional tras los Reglamentos de la Unión Europea sobre familia y sucesiones mortis causa*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza RODRÍGUEZ BOIX, Francisco, (2000): «La preterición», en *Actas de los Décimos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza; SERRANO-BAYOD (2019): *Lecciones de Derecho civil: Sucesiones por causa de muerte*, ed. Kronos, Zaragoza, pp. 155-184 ; ZABALO ESCUDERO, Elena (2020): “Pactos sucesorios de extranjeros residentes en España: La respuesta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su resolución de 10 de agosto de 2020”, en *RDCA-XVI*.



## §20.1. LA TRIBUTACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS EN ARAGÓN

Antonio José GARCÍA GÓMEZ  
*Profesor Titular de Derecho Financiero*

La casuística de los pactos sucesorios es evidentemente muy amplia, como manifestación del principio de autonomía de la voluntad, y más si contemplamos el abanico de opciones que se deriva de la regulación de esta figura en cada uno de los Derechos forales, con diferente alcance y contenido. En nuestro caso, dado que nos ceñimos a Aragón, es cierto que las opciones se reducen, pero sin que igualmente dejemos de reconocer que siguen alcanzando un amplio espectro. En consecuencia, los efectos fiscales habrán de atender al caso concreto, a la naturaleza de lo pactado, teniendo presente en todo caso el principio de calificación que rige en el ámbito tributario.

A la vista de ello y de acuerdo con los objetivos de esta obra, nos vamos a ocupar de los efectos fiscales principales que, esencialmente, suelen derivarse de este tipo de pactos o convenios sucesorios, partiendo de la clasificación que se recoge en el Código del Derecho Foral de Aragón (art. 380). En este sentido, más que distinguir entre pactos a favor de contratante y pactos de institución recíproca, la clasificación que procede es la de pactos para después de los días y pactos de presente, en función de cuando se produce la transmisión de los bienes. Finalmente, nos ocuparemos de los pactos a favor de tercero y los pactos de renuncia.

### **1. Pactos para después de los días**

Son los más frecuentes en la práctica, aquellos en los que el instituyente distribuye todo o parte de su herencia a favor de uno o varios de los contratantes que la aceptan (o de un tercero), postergando los efectos de la transmisión al momento en que tenga lugar la muerte del causante instituyente.

En general, este tipo de pactos no presentan problemas desde el punto de vista de su incardinación en la normativa del impuesto sobre sucesiones, que le resulta aplicable como si se tratase de una sucesión más. Según el artículo 3.1 LISD, el hecho imponible descansa en la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado, o “cualquier otro título sucesorio”. Por su parte, el artículo 11 RISD reconoce como títulos sucesorios, entre otros, “la donación *mortis causa* y los contratos o pactos sucesorios”.

Es decir, la liquidación tendrá lugar aplicando los criterios previstos en la LISD para las adquisiciones *mortis causa*, por lo que los causahabientes podrán beneficiarse de las reducciones de la base imponible o bonificaciones en la cuota establecidas para las adquisiciones *mortis causa*, tanto las estata-

les como las propias o de mejora establecidas por la CA de Aragón. Por su parte, como ocurre para el resto de las adquisiciones a título hereditario, el devengo del impuesto se sitúa en la fecha de fallecimiento del instituyente (causante) y el plazo para presentar la autoliquidación será el fijado con carácter general para las adquisiciones *mortis causa*, seis meses desde la muerte del causante.

De igual modo, si dentro de la adquisición sucesoria se incluye un inmueble urbano, los adquirentes habrán de tributar por el IIVTNU, en las condiciones que ya hemos examinado en el capítulo correspondiente a las sucesiones, en general

Sin perjuicio de todo ello, la singularidad de este tipo de pactos desde el punto de vista fiscal se sitúa en un momento anterior. Específicamente, en la propia suscripción del contrato sucesorio, pues cabe plantear si en este instante y antes de que tenga lugar el fallecimiento del instituyente, se deriva algún tipo de impacto fiscal para alguno de los contratantes. En concreto, con relación al impuesto sobre el patrimonio o al IRPF, tanto del instituyente como del designado heredero. La respuesta ha de ser negativa. Por lo que respecta al primero de estos tributos, hasta el momento del fallecimiento el designado heredero no es titular de los bienes y derechos de la futura herencia y por lo tanto no posee un derecho de contenido patrimonial. En parecido sentido, tampoco cabe entender que el instituyente ha obtenido una eventual ganancia o pérdida patrimonial sujeta al IRPF, puesto que por razón de lo pactado no se produce en este momento la necesaria alteración patrimonial, sino que esta tendrá lugar como consecuencia de la transmisión de los bienes, es decir, en el momento de la muerte del causante. Y esa eventual plusvalía se encuentra exenta por aplicación del artículo 33.3 LIRPF (plusvalía del muerto).

Cuestión distinta será que, si en vida del instituyente, tras la suscripción del pacto sucesorio, aquel dispusiera de alguno de los bienes que forman parte del contenido de la institución, es decir los transmitiera, ello daría lugar a que se produzca la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial sujeta al IRPF, tanto si se trata de una disposición a título oneroso, como en caso de donación.

Recuérdese que, según la normativa civil aplicable, el instituyente conserva, en general, las facultades de disposición a título oneroso, mientras que las facultades de disposición a título gratuito sobre dichos bienes se limitan, requiriendo el consentimiento del instituido.

Una última cuestión importante y no exenta de polémica. Dado que para la suscripción del pacto sucesorio se requiere escritura pública, ¿habrá que pagar en ese momento la cuota gradual —documentos notariales— de AJD? La respuesta no es sencilla, toda vez que, a tenor de lo dispuesto en la Ley, el gravamen por AJD no procede cuando el acto que se documenta se someta

a tributación por alguna de las otras modalidades gravadas por el ITPAJD (a saber, transmisiones patrimoniales onerosas u operaciones societarias) o bien por el ISD (art. 31.2 LITPAJD). No obstante, la CA de Aragón lo viene exigiendo al entender que en el momento de formalizar el pacto en la escritura pública no existe tal sujeción al ISD (no se ha devengado todavía), sino que, en todo caso, esto ocurrirá en un futuro, con la muerte del instituyente.

## 2. Pactos de presente

Sin duda, ha sido ésta desde siempre la modalidad de pacto sucesorio que más controversia ha suscitado desde el punto de vista tributario. Y la justificación de esta conflictividad, no se le escapa a nadie, tiene que ver con su peculiar naturaleza, en tanto, siendo una institución típicamente sucesoria, los efectos principales tienen lugar en vida del instituyente.

De conformidad con lo establecido en el artículo 389 CDFA, en la institución de presente el instituido adquiere todos los derechos de los que sea titular el instituyente *al otorgamiento del pacto*, salvo los que se hubiera reservado. Es decir, el efecto transmisivo se adelanta a la apertura de la sucesión (arts. 322 y 383.1 CDFA). Este efecto de traslación del dominio al otorgamiento del pacto es el elemento característico de esta figura y que permite diferenciarla del pacto para después de los días.

Como es fácilmente deducible, el principal problema que plantea el pacto de presente, como otras instituciones similares en el resto de los Derechos forales, no es otro que si debe tratarse en el seno del ISD como una donación, aplicándose la normativa del impuesto destinada a las adquisiciones gratuitas *inter vivos*, o bien, en el sentido que predica el artículo 11 RISD, entenderlo como un título sucesorio y aplicar las normas dedicadas a las adquisiciones *mortis causa*. En segundo término, habrá de considerarse el momento en que tiene lugar el devengo del tributo.

Tradicionalmente, la postura de la Administración tributaria era apostar por su consideración como una adquisición gratuita que tiene lugar *inter vivos*, devengándose en el momento del otorgamiento del pacto, puesto que desde allí se producen los efectos traslativos. Por lo tanto, le resultaba aplicable la normativa del impuesto prevista para las donaciones (reducciones, bonificaciones, coeficientes multiplicadores...). Una interpretación no exenta de crítica por parte de la doctrina, sobre todo entre los foralistas. Paralelamente, esa calificación administrativa del pacto sucesorio de presente tenía reflejo asimismo en el ámbito del IRPF, en el campo de las ganancias y pérdidas patrimoniales generadas por la transmisión *inter vivos* de bienes y derechos. Es sabido que la LIRPF excluye de tributación las ganancias generadas como consecuencia de las transmisiones gratuitas por causa de muerte (plusvalía del muerto), pero no ocurre lo mismo en el caso de las donaciones

o, en general, en las transmisiones gratuitas *inter vivos*, donde el transmitente ha de tributar por la eventual ganancia patrimonial que se hubiera generado.

La situación cambia en 2004, con la modificación del artículo 24.1 de la LISD. En este precepto, relativo al devengo, tras la regla general para las adquisiciones *mortis causa*, se añade una regla específica para las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, situando el devengo “el día en que se cause o celebre dicho acuerdo”.

Un análisis conjunto de los artículos 3 y 24.1 LISD, así como del 11 RISD, no permite otra conclusión y es que el pacto de presente ha de tratarse en el seno del ISD como adquisición *mortis causa*, con todo lo que ello implica (aplicación de los criterios, reglas y beneficios fiscales establecidos en la normativa estatal y autonómica para este tipo de adquisiciones) y situándose el devengo el día del otorgamiento del pacto. En cuanto al plazo para presentar la autoliquidación, ante la ausencia de norma específica y siendo consecuentes, será el fijado con carácter general para las adquisiciones *mortis causa*, seis meses desde el devengo.

Sin embargo, a pesar de este cambio de criterio en la sujeción al impuesto sobre sucesiones y donaciones, no había ocurrido lo mismo respecto al tratamiento de esta cuestión en el IRPF, donde continuaban tributando las ganancias patrimoniales generadas con ocasión del pacto de presente. Hay que esperar a la *STS de 9 de febrero de 2016 (407/2016), Sala de lo Contencioso*, para que se produzca un cambio de criterio, unificando el tratamiento de los pactos sucesorios de presente en ambos tributos, de forma que en el IRPF deja de gravarse la eventual plusvalía que pudiera derivarse de la transmisión de los elementos patrimoniales, como ocurre en el caso del fallecimiento.

En definitiva, con este marco normativo, no cabe duda de la importancia que pueden suponer este tipo de acuerdos en las actuaciones de planificación fiscal de los contribuyentes, máxime si añadimos un elemento adicional: una de las cautelas establecidas en la LISD para evitar que la fragmentación de transmisiones a título gratuito acabe alterando la progresividad de la tarifa, como es la regla de la acumulación de donaciones y de éstas a la sucesión, no se aplica en el caso de los pactos sucesorios.

Esa fiscalidad ventajosa respecto a los territorios donde la normativa civil no los permite está llevando a algunas CCAA, como la aragonesa, a replantearse algunas cuestiones relevantes.

En concreto, la Exposición de Motivos de la Ley 10/18, de 6 de septiembre, de medidas relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ha dado pie a un cambio de criterio por parte de la Dirección General de Tributos de Aragón, hecho público a través de la contestación a la consulta vinculante 4/2018. Viene a entender que existe un principio informador en la normativa sucesoria, ahora recogido de manera explícita en esa Exposición de Motivos, por el cual los beneficios fiscales son mayores en el ámbito de



las transmisiones *mortis causa* que en las realizadas *inter vivos*, precisamente, como consecuencia de que existe un fallecimiento y no por otra razón. Ello justificaría una diferencia de trato fiscal entre este tipo de pactos sucesorios y el régimen propio de las sucesiones, tras el fallecimiento del causante.

Así, en una sucesión empresarial realizada a través de un pacto de presente, la Dirección General de Tributos regional considera aplicables los beneficios fiscales establecidos por la CA en los artículos 132-2 y 132-3 del Texto Refundido (previstos para las transmisiones gratuitas *inter vivos*), en lugar de los del artículo 131-3 (previstos para las *mortis causa*). Acude para ello a la literalidad de las normas y a su finalidad, entendiendo que para la ley aragonesa no es irrelevante si la adquisición tiene lugar antes o después del fallecimiento. Asimismo, se aprovecha para anunciar que se cambia el criterio expresado en consultas anteriores y por lo tanto, tampoco son aplicables a la institución de presente los beneficios fiscales por parentesco establecidos para las sucesiones en el artículo 131-5 TR (entre otros, la reducción de 500.000 euros).

Esta doctrina administrativa puede suponer una clara desventaja en el tratamiento fiscal de esta figura respecto de otras CCAA donde existen pactos sucesorios similares.

Finalmente, por lo que se refiere a la tributación por el IIVTNU, en el caso de los inmuebles urbanos objeto de transmisión o de la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio sobre aquellos, la normativa es bastante clara. El impuesto se devenga en la fecha de la transmisión (art. 109 TRLHL) y deberán satisfacerlo los adquirentes o aquéllos en cuyo favor se constituya el derecho.

### 3. Pactos en favor de tercero

En realidad se trata de una modalidad del pacto sucesorio para después de los días, cuya singularidad radica en que el favorecido por el pacto no es uno de los otorgantes, sino un tercero. Igualmente en este caso, los efectos esenciales tienen lugar a partir del fallecimiento del instituyente, con la delación, por lo que la adquisición de la herencia o del legado que recibe el tercero tributará por el impuesto sobre sucesiones, que se entiende devengado a consecuencia de aquel fallecimiento. Sirvan por lo tanto a estos efectos, todas las consideraciones que realizamos anteriormente a propósito de los pactos sucesorios para después de los días.

En lo que afecta a los contratantes, las consecuencias tributarias del acuerdo dependerán del contenido del mismo, por lo que habrá de analizarse caso por caso. Pudiera ocurrir que el pacto no tuviera carácter gratuito, sino que alguno de los contratantes percibiera una retribución, lo que seguramente habría de tener el reflejo correspondiente en el seno del IRPF.

#### 4. Pactos de renuncia

En general, en este tipo de pactos una de las partes es el futuro causante, es decir, una persona que negocia sobre su sucesión, y la otra es el renunciante o los renunciantes, presuntos herederos o legatarios que renuncian a todo o parte de su expectativa.

Es evidente que la casuística puede ser variada, por lo que, desde el punto de vista tributario, deberá estarse nuevamente al contenido de lo pactado. No obstante y sin ánimo de exhaustividad, se pueden extrapolar algunas consideraciones.

Como señala POZUELO ANTONI, habrá de considerarse en primer término cuál es el objeto de la renuncia, si es la posición que correspondería al renunciante en el caso de ser llamado a la sucesión o si es el propio derecho sucesorio que le pueda corresponder antes del llamamiento (la legítima, por ejemplo).

En este sentido, cuando lo que tiene lugar es una renuncia al llamamiento efectivo de una herencia o de un legado, resultan de aplicación las reglas establecidas en la LISD para estos casos. Así, en una renuncia pura, simple y gratuita a la herencia en favor de los restantes causahabientes con derecho de acrecer (art. 100.3 Cc.), no se dan dos transmisiones sujetas al impuesto, sino una sola, del causante a los beneficiarios de la renuncia. No obstante, en los casos de renuncia traslativa, es decir, cuando uno de los causahabientes renuncia en favor de una persona determinada, no se produce la exclusión del gravamen, sino que, fiscalmente, se consideran dos transmisiones: una *mortis causa*, del causante al heredero o legatario que renuncia, sometida a gravamen por el ISD, y otra entre el heredero o legatario y el beneficiario de la renuncia, sometida a gravamen por el ISD o por TPO, según fuera gratuita o no (art. 28 LISD).

En cambio, si por efecto del pacto lo que se produce es una renuncia a los derechos sucesorios (más habitual), se abren varias posibilidades. Si fuera en favor de persona determinada y tuviera causa gratuita, el beneficiario de la renuncia deberá tributar por el ISD. Por su parte, si tuviera carácter oneroso, la tributación de la renta obtenida por el renunciante puede resultar más controvertida, toda vez que se trata de una renta obtenida en vida del futuro causante, pero con origen en un pacto sucesorio. De estimarse el origen sucesorio de dicha renta, tributaría en el ISD, considerando el devengo en el momento de la celebración del pacto (art. 24.1 LISD). Caso de no admitirse este razonamiento, entendemos que la renta debería integrarse en el IRPF. Por lo que respecta al beneficiario de la renuncia, que ha pagado un precio a cambio, su adquisición seguiría estando sujeta al ISD, aunque para la valoración deberá tomarse en cuenta aquella contraprestación.

**BIBLIOGRAFÍA:** AGUILLELLA MEDIANO, J. y QUERO CHAMORRO, B., “La fiscalidad del pacto sucesorio de institución de presente”, en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2019; ARTAMENDI GUTIÉRREZ, A., “Visión integral de la fiscalidad del pacto sucesorio”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 42, 2016; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., “De la sucesión paccionada” en Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia, Delgado Echeverría, J. —dir.—, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015; PÉREZ FADÓN, J., “Tratamiento tributario de los pactos sucesorios”, en *Carta Tributaria*, nº 22, 2017; POZUELO ANTONI, F., “Aspectos fiscales de los pactos sucesorios”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, Tomo XXXIV, vol 1º, Edersa, Madrid 2002; SANTACRUZ BLANCO, R., “Fiscalidad de las Instituciones Aragonesas de Derecho Privado”, en *Actas XVIII Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008; VAQUERO GARCÍA, A., “Implicaciones de los pactos sucesorios sobre el ISD: el caso de Galicia”, en *Revista Crónica Tributaria*, nº 171, 2019.



## §21. LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA  
*Profesora Titular de Derecho civil.*

### 1. El Testamento

**A. Concepto. Clases.** El testamento es el acto por el cual una o dos personas, manifestando consciente y libremente su voluntad ordenan para después de su muerte el destino de todos sus bienes o parte de ellos.

Cuando la sucesión se defiere por este título sucesorio se denomina testamentaria (art. 405 CDFA). El testamento puede ser unipersonal o mancomunado, según que los otorgantes sean uno o dos (art. 406 CDFA).

**B. Caracteres.** *a) Es un acto unilateral.* En el testamento solo concurre una parte: el testador o testadores. La unilateralidad se predica igualmente en el testamento mancomunado, puesto que, aunque lo otorgan dos personas, no son dos partes con intereses contrapuestos sino una sola en la que se aúnan dos declaraciones de voluntad.

*b) Es un acto unipersonal* cuando es uno el testador; *pluripersonal* o mancomunado, si son dos los otorgantes.

*c) Acto formal o solemne.* El testamento es un acto cuya validez va estrechamente vinculada a la estricta observancia de las formalidades legales, las del CDFA y por aplicación supletoria las del Código civil. Por ello y en principio, el efecto de la inobservancia de los requisitos de forma es la nulidad del testamento (art. 423.1.a.b) CDFA).

Tanto el testamento unipersonal como el mancomunado pueden revestir cualquiera de las formas admitidas por la Ley: común o especial; el común puede ser ológrafo, abierto y cerrado. Son testamentos especiales, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

En relación a la forma del testamento unipersonal serán de aplicación supletoria las normas del Código civil que no sean contrarias al ordenamiento civil aragonés. No obstante, la pluralidad de sujetos en el testamento mancomunado, por otra parte, prohibido por el Código civil (art. 669 Cc.), obliga al legislador a establecer normas específicas respecto de las formas cerrada y ológrafa del mismo, en orden a la intervención o actuación de los testadores en su formalización o redacción manuscrita (arts. 410 y 411 CDFA), que necesariamente ha de otorgarse en un mismo instrumento jurídico.

En materia de requisitos formales esenciales, el CDFA regula específicamente la intervención de testigos. El principio general es que no es necesaria la intervención de testigos, salvo que concurran circunstancias especiales en

el testador o testadores (que no sepan o no puedan leer o que no sepan o puedan escribir), que lo requiera expresamente uno de los testadores o el notario (arts. 413 a 415 CDFFA). Cuando sea necesaria la intervención de testigos, su número será de dos.

*d) Acto revocable:* Esencialmente revocable en el caso del testamento unipersonal y naturalmente revocable en el supuesto del testamento mancomunado.

**C. Revocación del testamento.** *a) Revocación tácita.* El testamento anterior queda revocado por el pacto sucesorio o testamento posterior perfectos, salvo que del contenido de éstos se infiera la subsistencia del anterior testamento en todo o en parte. Hay una presunción *iuris tantum* de que no se revoca el testamento anterior, cuando el posterior no tiene contenido patrimonial o este se limita a solo una parte del caudal hereditario (art. 432 CDFFA).

Ejemplo: Juan otorga testamento legando a su hijo una finca. Otorga posteriormente testamento nombrando un tutor para su hijo en el supuesto de que fallezca siendo aquel menor de edad. En principio se presume que este testamento posterior no revoca el anterior.

*b) Revocación expresa.* El testamento anterior queda revocado por el pacto sucesorio posterior o testamento posterior en los términos establecidos por el testador o testadores. No cabe la renuncia a la facultad de revocar, en todo o en parte, su testamento, y la revocación de un testamento no afectará a la validez o eficacia del reconocimiento de hijos no matrimoniales (art. 431 CDFFA).

*c) Revocación real. a'. Inutilización del testamento cerrado.* El testamento cerrado se presume *iuris tantum* revocado si aparecen deterioradas la cubierta o los sellos quebrantados en el domicilio del testador. Si el testamento cerrado cuyas cubiertas o los sellos hayan sido deteriorados se encuentra en un domicilio distinto al del testador se tendrá que demostrar la autenticidad del testamento (art. 435 CDFFA).

*b'. Inutilización del testamento ológrafo.* Se presume *iuris tantum* revocado el testamento ológrafo si aparece rasgado, inutilizado, con tachaduras o borraduras sin enmendar (art. 436 CDFFA).

**D. Revocación de disposiciones testamentarias.** *a) Testamento unipersonal.* Todas sus disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, salvo la del reconocimiento del hijo no matrimonial.

*b) Testamento mancomunado.* Todas sus disposiciones testamentarias son esencialmente revocables (art. 421.1 CDFFA), salvo la del reconocimiento del hijo no matrimonial, teniendo en cuenta además lo establecido por el CDFFA en cuanto a las disposiciones correspectivas que puede contener.

**E. Capacidad (art. 408 CDFEA).** *a) Edad.* El testador ha de ser una persona física mayor de catorce años (mayor de edad en el ológrafo), siempre que no carezca de capacidad natural.

*b) Capacidad natural.* Tener capacidad natural supone que el testador tiene la inteligencia suficiente para entender y querer precisamente las disposiciones que establece, es decir, goza de pleno discernimiento para apreciar los motivos que tiene para hacerlas, así como los efectos que el testamento produce. Bastará para no tenerla una situación de anomalía psíquica o trastorno patológico, aunque sea transitorio que impida el cabal juicio (sonambulismo, hipnosis, embriaguez, etc...). Se requiere que ambos otorgantes del testamento mancomunado tengan capacidad de testar.

*c) Momento.* ¿Cuándo se aprecia la capacidad del testador? Debe atenderse al momento de otorgarse el testamento.

*d) Efectos por falta de capacidad ¿qué efectos tiene la falta de capacidad para testar?* Hay que distinguir:

*a'.* La falta de capacidad por no tener la edad requerida, ser menor de catorce años, o menor de edad en el ológrafo, que da lugar a la nulidad o inexistencia del testamento (art. 423.1.a CDFEA), siendo la acción imprescriptible (art. 426 CDFEA)

*b'.* La falta de capacidad natural (no tener discernimiento del acto que se está realizando) que da lugar a la anulabilidad (art. 423.2 CDFEA), cuya acción prescribe a los cuatro años desde el fallecimiento del testador (art. 427 CDFEA).

**F. Contenido del testamento.** El contenido del testamento puede ser patrimonial o no patrimonial. Puede contener cualesquiera disposiciones relativas a la ordenación de la sucesión del testador o testadores: patrimoniales, sin que sea exigible la institución de heredero, y no patrimoniales, incluso solo no patrimoniales. Lo que se exige es que sea un acto revestido de forma testamentaria (art. 405. 2 y 3 CDFEA).

## 2. Testamento mancomunado

**A. Historia.** El testamento mancomunado es una institución sucesoria netamente consuetudinaria de gran arraigo y frecuencia en Aragón. Históricamente, LACRUZ señala su probable origen en las donaciones "post obitum" otorgadas conjuntamente por ambos cónyuges, de cuya costumbre de ir juntos a otorgarlas quedó la de concurrir también conjuntamente a otorgar testamento.

No faltan quienes vean su precedente en el Fuero Real (año 1.255 bajo el reinado de Alfonso X, de influencia germánica) cuando regula los pactos de

hermandad de bienes otorgados por los cónyuges con ocasión de su matrimonio y que quedaban sin efecto por la sobreveniencia de hijos.

Lo cierto es que los Fueros no hablan de esta institución, y es en las Observancias (Observancia Primera, "De testamentis", del año 1361 las de Jaime de Hospital y del año 1437 las de Martín Diez de Aux) donde encontramos norma escrita referida al testamento hecho conjuntamente por marido y mujer en la que no sólo se reconoce expresamente este testamento, sino que contiene su régimen de revocabilidad.

Con base en el estudio de casi un millar de testamentos mancomunados de los archivos históricos notariales de Zaragoza, Huesca, Teruel y Calatayud desde el siglo XVI, estudiados por la autora, se acredita los caracteres que realmente tuvo el testamento mancomunado tradicional aragonés y que fueron los siguientes:

a) *Tratarse de una institución de derecho consuetudinario*, habitual en las provincias de Zaragoza y Teruel y muy escaso en la provincia de Huesca en la que la ordenación de la sucesión se efectuaba bien por testamentos unipersonales o bien en capítulos matrimoniales.

b) *Se consideraba una clase de testamento más*, con todos los caracteres esenciales del mismo, entre ellos el de la revocabilidad.

c) *Pluripersonal*, otorgado por dos o más personas, unidas entre sí generalmente por el vínculo conyugal pero también por relaciones de parentesco, bien de consanguinidad (padres e hijos, hermanos) o de afinidad (cuñados), pero nunca por extraños entre sí; con una tipicidad en su contenido derivada de su pluripersonalidad.

d) *Con total libertad de testar* incluso habiendo hijos; se da la libre institución de herederos recíproca entre cónyuges aun habiendo hijos, porque un principio inspirador constante era la protección del cónyuge sobreviviente.

Para evitar la preterición a los hijos se les mencionaba con una atribución patrimonial de legítima formal meramente formularia, expresada habitualmente con la expresión de "dejamos a cada uno de nuestros hijos XXX por parte y derecho de legítima herencia cinco sueldos jaqueses por bienes muebles y otros cinco sueldos jaqueses por bienes sitios".

La Ley de Sucesiones (refundida en el CDFa) ha tenido en cuenta la mayor parte de tales caracteres históricos, pero no así el criterio de absoluta libertad de testar cuando hay descendientes pues se ha limitado a reducir la cuantía de la legítima colectiva de los descendientes que han pasado de los dos tercios anteriores a la mitad. Es de señalar que en las encuestas previas que se hicieron entre diversos profesionales del Derecho antes de la promulgación de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón el criterio de la libertad absoluta de testar, incluso habiendo legitimarios, que en Aragón son solo los descendientes, fue el prevalente entre tales profesionales que



recogían así la voluntad real de sus clientes manifestada en sus respectivos despachos.

e) *Denominación.* Curiosamente, hasta finales del siglo XIX no recibía la denominación de mancomunado, simplemente se le denominaba testamento, más aún: en la zona conocida como la comunidad de Calatayud se le denominaba testamento de hermandad, como en Navarra en que se conserva ese nombre.

El Apéndice Foral de Aragón de 1925, primer cuerpo legal que contiene una regulación del testamento mancomunado y que lo denomina ya así, al inspirarse en el Proyecto de Gil Berges de 1904, de clara influencia germánica extraña a la naturaleza de la institución, se aparta del sentido histórico-consuetudinario del mismo entre otros aspectos porque introduce el concepto de correspectividad en sus disposiciones lo que lo hacía prácticamente irrevocable por el cónyuge sobreviviente.

La Compilación de 1967, tras la reforma de 1985, se muestra mucho más flexible en la regulación de la revocabilidad y correspectividad al exigir que la correspectividad esté declarada por los testadores, por lo que la revocación por el sobreviviente en cuanto a sus propias disposiciones, fallecido el otro, pasa a ser la regla general, y la irrevocabilidad, derivada de la correspectividad declarada por los testadores, la excepción, justamente lo contrario de lo que sucedía bajo el Apéndice. Para evitar dudas interpretativas (así se planteaba, por ejemplo, si una institución mutua de herederos o un legado mutuo implicaba por su propia naturaleza el recíproco condicionamiento y por tanto su correspectividad) no era infrecuente que se hiciera constar en el propio texto de algunos testamentos mancomunados que sus disposiciones no tenían carácter correspectivo, o, si así lo querían los testadores una vez informados de su alcance, que sí la tenían.

Y la Ley de Sucesiones de 1999, aun manteniendo las nociones de correspectividad y por tanto de irrevocabilidad, se acerca más a lo que fue su sentido tradicional y no solo en este aspecto sino en otros que ya veremos.

**B. Concepto. Caracteres.** La Ley considera al testamento mancomunado como una clase de testamento caracterizada por su pluripersonalidad al disponer en el art. 406.1: “El testamento puede ser unipersonal y mancomunado”, para luego, en el apartado 3 del mismo precepto establecer que “El testamento mancomunado es un acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos”.

Así el testamento mancomunado se caracteriza:

a) *Por ser una clase de testamento* que se diferencia del testamento unipersonal en que sus otorgantes son dos, y esa pluripersonalidad que es su ca-

racterística esencial diferenciadora, va a influir en su contenido, pudiendo hablarse de un contenido típico que se manifiesta en la habitualidad de la existencia de disposiciones conjuntas y recíprocas.

b) *Por ser un acto unilateral*, al no existir dos partes con intereses contrapuestos sino una sola en que se aúnan dos declaraciones de voluntad, sin embargo, la ley solo predica expresamente la unilateralidad en el caso del testamento unipersonal y no se pronuncia al respecto en el caso del testamento mancomunado.

c) *Naturalmente revocable*. Puesto que el testamento mancomunado puede contener disposiciones correspectivas, lo considera la Ley como un acto “naturalmente revocable” a diferencia del testamento unipersonal en el que por no existir esa posibilidad se le califica de “esencialmente revocable”.

d) *Dos sucesiones* Es un título sucesorio que ordena la sucesión de cada uno de los otorgantes para después de su muerte, y, en consecuencia, como indica el art. 418 CDFA, será al fallecer el primero de los testadores cuando se abrirán y producirán efectos sus disposiciones testamentarias y no las del otro testador, y los sucesores del testador primeramente fallecido tendrán derecho solo a la copia de las disposiciones testamentarias otorgadas por su causante y no las del otro testador, todavía vivo.

Ejemplo: Juan y Juana, de vecindad aragonesa y cónyuges entre sí, otorgan testamento mancomunado instituyendo herederos por partes iguales a sus tres hijos. Cuando fallece Juan, se disuelve y liquida el régimen económico matrimonial y se abre solo su sucesión y no la de Juana. Conformando la herencia de Juan, los bienes privativos y los que se le adjudiquen procedentes del consorcio. La herencia, si la aceptan los tres hijos se repartirá entre ellos en partes iguales.

Podría plantearse qué sentido tiene el promulgar una norma en la que se establece un principio general del derecho de sucesiones “al morir el primero de los testadores se abre su sucesión y producen sus efectos las disposiciones del testamento mancomunado reguladoras de la misma...”; en cuanto que la norma no añade nada. En el testamento mancomunado siempre se han ordenado dos sucesiones. Sin embargo, entiendo que el legislador ha actuado con acierto al señalarlo expresamente.

En la práctica testamentaria tanto histórica como actual, cuando es un matrimonio quien otorga testamento mancomunado, es habitual que se nombren recíprocamente fiduciarios y que el supérstite ejecute la fiducia y disponga de sus bienes y de los del premuerto (muchos de ellos pertenecientes a la masa consorcial, a veces sin liquidar) en su testamento. En consecuencia, tanto en el modelo tradicional como en el actual, cuando fallece el supérstite, los llamados a la sucesión acceden a ambas herencias a la vez, por lo que en apariencia podría entenderse erróneamente que la sucesión de ambos testadores se abre cuando fallece el último de ellos.

La cuestión se plantea especialmente cuando cada uno de los testadores fallece bajo la vigencia de diferentes leyes. Por ejemplo, en un testamento mancomunado en el que los cónyuges se han instituido recíprocamente herederos, la sucesión se abre cuando fallece el primero de los testadores, por lo que los efectos de la institución recíproca de herederos tendrán lugar en ese momento, siendo aplicable la norma vigente entonces según la disposición Transitoria Primera de la Ley de Sucesiones.

*f) Forma.* Como requisito formal de validez es necesario que se otorgue en un mismo instrumento.

**C. Sujetos.** Después de que el art. 406. 3 CDFA limite a dos el número de otorgantes, el art. 417 CDFA dispone que “Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes pueden testar de mancomún aún fuera de Aragón”.

Introduce pues la Ley novedades:

En cuanto a la práctica testamentaria histórica, en la que si bien lo habitual es que fueran dos no se limitaba el número de sujetos, y en la que los testadores estaban unidos por el vínculo conyugal o por relación de parentesco. Y en cuanto a la normativa anterior, tanto del Apéndice como de la Compilación, que limitaba esta posibilidad a los cónyuges.

Por consiguiente, pueden ser testadores:

*a) Dos personas de vecindad civil aragonesa.* Han de ostentar la vecindad civil aragonesa en el momento de otorgamiento; el cambio posterior de vecindad civil no afecta a su validez (art. 9.8 Código civil). Todo ello en el Derecho interno y sin perjuicio de la aplicación, en su caso del RU 650/2012.

*b) Pueden otorgarlo aún fuera de Aragón,* recordemos que el art. 2 del Estatuto de Autonomía de Aragón, ley Orgánica, dispone que las normas que integran el Derecho Civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostentan la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial.

Ejemplo: Juan y Juana de vecindad aragonesa otorgan testamento mancomunado (da igual el lugar de otorgamiento), instituyendo herederos a sus tres hijos. Juan y Juana, se mudan a vivir a Madrid, al cabo de diez años como no han hecho declaración alguna en el Registro civil, en relación a su vecindad, automáticamente se hacen de vecindad común, ¿se mantiene la validez del testamento mancomunado a pesar de que el Código civil lo prohíbe?, por supuesto que sí, en virtud del art. 9.8 del Código civil

*c) Sean o no parientes entre sí.*

*d) De cualquier sexo.*

*e) La Ley permite también el otorgamiento del testamento mancomunado, cuando uno de los testadores es aragonés y el otro no lo es, pero no lo tiene prohibido por su ley personal.* Así podrán otorgarlo: un aragonés y un navarro (pues la Ley Navarra permite el otorgamiento de testamentos pluripersonales denomi-

nados de hermandad), un aragonés y un gallego (La Ley de Sucesiones de Galicia permite el testamento mancomunado), un aragonés y un vizcaíno (La Ley del derecho civil vasca admite el testamento mancomunado o de hermandad). No podrán en cambio otorgarlo un aragonés y una persona de vecindad civil común puesto que el Código Civil, art. 669, lo prohíbe expresamente.

Lo que la Ley no resuelve es el problema del régimen jurídico aplicable al testamento mancomunado otorgado por un aragonés y otra persona de distinta vecindad, no en cuanto a la determinación de su contenido puesto que el único límite es el respeto al sistema legitimario de cada una de las partes, sino en orden al régimen de revocación que es distinto en cada uno de los citados ordenamientos. La solución puede venir en que sean los propios testadores quienes determinen el régimen de revocación, posibilidad que les permite expresamente el art. 421.3 in fine CDFa: "Todo ello salvo que en el testamento o en el contrato sucesorio se prevea otra cosa".

**D. Forma.** Necesariamente ha de otorgarse en un mismo instrumento. Por lo demás, al ser una clase de testamento puede revestir cualquiera de las formas permitidas para los mismos, art. 409 CDFa. Así, pueden ser comunes y especiales. Dentro de los comunes: abierto, cerrado y ológrafo.

*a) Testamentos comunes: a'. Testamento mancomunado abierto.* El testamento abierto no suscita comentario especial, se formalizará como el unipersonal con la diferencia que serán dos las personas que formulen su última voluntad al notario autorizante quien la plasmará en un único documento.

*b'. El testamento mancomunado cerrado.* Esta forma del testamento tiene dos fases: una privada y otra notarial.

En la fase privada, la Ley, art. 410.1 CDFa es flexible pues basta que esté escrito por cualquier medio mecánico, de forma manuscrita por cualquiera de los testadores o por otra persona a ruego de alguno de ellos, pero en cambio exige como requisito formal la firma de ambos testadores en todas y cada una de las hojas del testamento y al final del mismo, salvo si uno de los otorgantes lo hubiese escrito de su puño y letra, en cuyo caso basta respecto de él, que lo firme al final del mismo.

En la fase notarial, deben comparecer ambos testadores ante el Notario manifestando de forma expresa que el sobre que presentan contiene un testamento mancomunado, explicando también la forma en que se halla escrito y firmado. Y una vez autorizado el testamento se deposita en poder del Notario y solo puede ser retirado por ambos testadores.

*c'. Testamento mancomunado ológrafo.* La forma ológrafa del testamento mancomunado, como señala Lacruz, carece de precedentes en el orde-

namiento aragonés y de siempre ha planteado problemas la cuestión de su admisibilidad debido a la dificultad que representa el hacer compatible la autografía con la intervención de dos personas.

El art. 411 CDFA resuelve esta cuestión al determinar que basta que esté escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día, y que el otro declare también por escrito de su puño y letra antes de la firma de ambos que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo.

En relación con su adverbación y protocolización se determina que ésta se realizará a la muerte del primero de los testadores con la participación del sobreviviente. Hemos de añadir, como cuestión de capacidad, que conforme al art. 408. 2 y 3 CDFA, se requiere la mayoría de edad en ambos testadores para poder otorgar testamento mancomunado en forma ológrafa.

*b) Formas especiales o excepcionales del testamento mancomunado.* Ante la ausencia de preceptos específicos de la Ley se aplicará de forma supletoria la normativa del Código Civil sobre testamentos especiales o excepcionales (el testamento en peligro de muerte, en caso de epidemia, militar, marítimo, en país extranjero), si bien, dada la pluralidad de sujetos, el art. 409.2 CDFA previene que basta que concurren en uno de los testadores las circunstancias requeridas por cualquiera de las citadas formas especiales o excepcionales para que pueda otorgarse mancomunadamente, así por ejemplo, en caso de peligro de muerte, bastará para otorgarlo mancomunadamente con que se encuentre en tal situación uno de los testadores.

*E. Contenido. a) Introducción.* Pese a que, en principio, las posibilidades de disposición de los testadores en un testamento mancomunado no tienen por qué ser distintas de las que tienen en los testamentos unipersonales, es indudable que la pluralidad de sujetos en el testamento mancomunado influye en la existencia de lo que pudiéramos denominar un contenido típico del mismo.

Esta tipicidad se manifiesta en la habitualidad de disposiciones en esta clase de testamento:

*a'. Disposiciones conjuntas.* Cuando ambos testadores instituyen heredero o llaman a un legado a una misma persona

*b'. Disposiciones recíprocas.* Cuando los testadores establecen disposiciones mutuas a su respectivo favor.

*c'. Disposiciones separadas.* Según se desprende del art. 405.2 CDFA, también cabe que cada testador otorgue disposiciones de forma separada y sin ninguna relación entre ellas, lo que no afecta a que el testamento siga siendo mancomunado.

*b) Disposiciones correspectivas.* En orden a la posible vinculación o no de las disposiciones contenidas en el testamento mancomunado, se clasifican en correspectivas y no correspectivas.

El concepto de disposición correspectiva lo recoge el art. 420 CDFA:

“Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de un tercero”.

Son pues disposiciones interdependientes, en el sentido de que una disposición tiene por causa la otra, en suma, se trata de disposiciones otorgadas por los testadores en favor recíproco o de un tercero de forma que una disposición no se hubiera dado sin la disposición del otro.

Del precepto se desprenden las siguientes características:

*a'. Aunque lo habitual es que tales disposiciones tengan carácter recíproco no es su característica esencial pues también pueden ser disposiciones conjuntas o separadas.*

Ejemplo de disposiciones separadas de naturaleza correspectiva: Juan y Juana, de vecindad aragonesa y cónyuges entre sí, otorgan testamento mancomunado. Juan deja a título de legado un reloj de oro al sobrino de Juana, porque Juana le lega a la sobrina de Juan una pulsera de brillantes.

*b'. Disposiciones recíprocas:* no toda disposición recíproca es correspectiva. Las disposiciones recíprocas en testamento mancomunado son aquellas que los testadores se otorgan mutuamente a su respectivo favor, pero el carácter recíproco o conjunto de las disposiciones del testamento mancomunado no se asimila a correspectividad; lo habitual es que no lo sean, pero no es extraño que para fundamentar la irrevocabilidad de las disposiciones testamentarias se pretenda darle carácter correspectivo.

En consecuencia, en principio, la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado no lo es («...Desde luego el testamento mancomunado y la institución recíproca de heredero no son per se disposiciones correspectivas, como parece insinuar el recurso” señala, por ejemplo, la Sentencia de 14 de octubre de 2010 de la Audiencia Provincial de Huesca)

*c'. Disposiciones conjuntas.* Las disposiciones conjuntas no son correspectivas si no es esa la voluntad de los testadores, siendo éste el criterio jurisprudencial.

Es significativo el siguiente supuesto: los testadores, en testamento mancomunado, dispusieron de su patrimonio común ordenando diversos legados. Falleció el marido, y la mujer sin liquidar el régimen consorcial otorgó testamento individual revocando las disposiciones otorgadas en el testamento mancomunado nombrando otros beneficiarios. La Sentencia con acierto entiende que no hay correspectividad y que la testadora

puede disponer de la mitad de los bienes que le correspondería si hubiera liquidado el régimen económico consorcial porque como sigue señalando la Sala: “la correspectividad es una cualidad que se predica de aquellas disposiciones en las que un testador no dispondría de lo suyo si el otro no realizase, a su vez, otra disposición y viceversa. No se trata de reciprocidad en el sentido contractual por faltar el justo equilibrio de las contraprestaciones, ni tampoco de una liberalidad, dado que este instituto no exige necesariamente condición. La revocación unilateral por el sobreviviente, tras la muerte de su cónyuge, de este tipo de disposiciones es ciertamente posible en determinados supuestos, pero, en este caso, no se trata de una disposición correspectiva. Se trata, simplemente, de un llamamiento testamentario en común que, más tarde, ha sido variado en lo jurídicamente posible por el último consorte muerto” (Vid. SAPZ de 11/5/2005; S.APZ (sec. 5ª) 30/5/2008).

*d'. Han de ser de contenido patrimonial:* quedan excluidas por tanto las disposiciones de tipo familiar como el nombramiento de tutor u otras de contenido no patrimonial como el nombramiento de fiduciarios.

*e'. La correspectividad es un concepto referido a la eficacia:* Lo relevante es que lo dispuesto se cumpla y no el mantenimiento o existencia de las disposiciones calificadas como correspectivas si devienen ineficaces, y así conforme el art. 420. 2 CDFA: “La ineficacia sobrevinida de una disposición correspectiva no anula la otra disposición correspectiva, sino que simplemente deja de tener ese carácter correspectivo”.

Por ejemplo, si una disposición correspectiva deviene ineficaz porque el legatario repudia el legado, la correspectiva no se anula, sino que deja de tener carácter correspectivo. Así en el supuesto anterior (Juan y Juana, de vecindad aragonesa y cónyuges entre sí, otorgan testamento mancomunado. Juan deja a título de legado un reloj de oro al sobrino de Juana, porque Juana le lega a la sobrina de Juan una pulsera de brillantes), si el sobrino de Juana repudia el legado, el legado de la pulsera de brillantes a la sobrina de Juan, se mantiene, aunque pierde el carácter correspectivo. ¿Qué supone que deje de tener el carácter de correspectiva?: que no está sometida a las normas de las disposiciones correspectivas, es decir, Juana podrá revocar el legado cuando crea conveniente y sin ninguna limitación (*vid.* art. 424. 3 CDFA).

*f'. Efectos de la nulidad o anulabilidad de una disposición correspectiva.* Como señala el art. 420.2 CDFA “La nulidad o anulación de una disposición correspectiva produce la ineficacia total de la correspectiva”. En el ejemplo anterior si Juan ha sido intimidado para otorgar el legado del reloj al sobrino de Juana y se anula la disposición, tampoco surte efectos el legado de Juana a la sobrina de Juan.

*g'. Tiene que haber voluntad declarada de ambos testadores en el mismo testamento mancomunado.* Pero subsisten las dudas porque la voluntad declarada no significa voluntad expresa puesto que basta que se deduzca que esa es la voluntad de los testadores, por lo que siguen subsistiendo las dudas en

cuanto al carácter correspectivo o no de una disposición recíproca como la institución de herederos o la de legados.

*h'*. Presunción *iuris tantum* de la no existencia de la correspectividad: art. 420.1 *in fine* CDFa: “La correspectividad no se presume” ¿El testamento mancomunado contiene siempre disposiciones correspectivas? Habitualmente no, es más, se presume, con presunción *iuris tantum*, que éstas no se dan. En conclusión, para que se considere que el testamento mancomunado las contiene es necesario que así lo determinen los testadores expresamente o que quienes estén interesados en su existencia demuestren que ésta era la voluntad tácita de aquéllos.

*d) Disposiciones no correspectivas.* Son no correspectivas aquellas disposiciones en las que no concurre la interdependencia. El CDFa, art. 420. 1, *in fine*, presume la no correspectividad, por lo que salvo en aquellos casos en los que los testadores lo determinen expresamente, el que la alegue habrá de probarla. Desde un punto de vista de la práctica notarial, creo que estas dudas pueden evitarse indicando expresamente en el propio testamento si sus disposiciones o algunas de ellas tienen o no carácter correspectivo, sin dejar margen a una interpretación posterior generadora de inseguridad jurídica.

**F. Institución recíproca entre otorgantes.** *a) Antes de la Ley de Sucesiones de 1999.* La institución recíproca de herederos, en sus diferentes modalidades, es una cláusula que solo puede encontrarse en los testamentos pluripersonales. Es cierto que puede llegarse a situaciones parecidas a través de sendos testamentos unipersonales en los que los testadores se instituyan respectivamente herederos, pero con la diferencia fundamental de la falta del factor de la mancomunidad o voluntad común.

Antes del Apéndice de 1925, la institución recíproca de herederos entre los testadores constituía la cláusula típica del testamento mancomunado; la tipicidad de la misma y la frecuencia de su utilización plasma la voluntad de proteger al testador supérstite y es consecuencia del importante principio de la libertad de testar en Aragón.

A partir del Apéndice de 1925, el contenido del testamento mancomunado varía fundamentalmente por la implantación en el derecho sucesorio aragonés de la legítima colectiva de los dos tercios de la herencia a favor de los descendientes, que conlleva la derogación de la libertad absoluta de testar, además de la limitación de poder otorgarlo solo los cónyuges entre sí. Por lo que, una vez derogados los Fueros y Observancias por el citado Cuerpo legal, el testamento mancomunado deja de tener carácter consuetudinario para tener su propio régimen legal, y la institución recíproca de herederos entre los testadores, así como otras instituciones sucesorias que



conforman su contenido típico, se ven afectadas por el nuevo régimen sucesorio.

Debido a la introducción en la regulación del Apéndice de la presunción de corresponsabilidad de las disposiciones del testamento mancomunado y posteriormente por la asimilación, bajo la Compilación, al pacto sucesorio, la institución recíproca de herederos dejó de ser cláusula habitual en los testamentos mancomunados al adquirir aparentemente un carácter vinculante. Hasta la promulgación de la Ley de Sucesiones de 1999 (hoy refundida en el CDFA), el cambio de la naturaleza de la citada cláusula testamentaria originó numerosos conflictos en la práctica jurídica.

*b) Regulación en la Ley de Sucesiones, hoy refundida en el CDFA.* La Ley de Sucesiones, hoy refundida en el CDFA, supuso un cambio de criterio respecto de la regulación de la Compilación que en su art. 95 disponía que, salvo declaración en contrario, se entenderá que la institución mutua y recíproca entre cónyuges (en su regulación solo los cónyuges podían otorgar testamento mancomunado) produce los mismos efectos que el pacto al más viviente regulado en la Compilación, en su art. 108, que a su vez imponía la ineficacia de la atribución si sobrevivían hijos no comunes y su conversión en una concesión recíproca de la viudedad universal y la facultad de distribuir la herencia si sólo había hijos comunes.

El art. 419.1 CDFA confirma la posibilidad de que los testadores de un testamento mancomunado puedan instituirse recíprocamente herederos, sin perjuicio de los derechos legitimarios, produciendo los efectos normales y naturales que le son propios. Y sin que produzca los reducidos efectos del pacto al más viviente que sigue existiendo en el CDFA dentro de los pactos sucesorios, arts. 395 y 396, salvo que los testadores establezcan expresamente los efectos de dicho pacto.

Regula tal precepto en sus apartados 2 y 3 como se hereda después del fallecimiento de los testadores, estableciendo dos reglas para determinar cuál ha de ser el destino de los bienes.

Así, si los testadores designan herederos o legatarios respecto de los bienes que quedaren al fallecimiento del último de los testadores, los así designados suceden en los bienes del primeramente fallecido directamente del mismo como sustitutos del que ha fallecido en último lugar; se trata pues de una sustitución fideicomisaria de residuo establecida por la norma legal.

Si, por el contrario, los testadores no han previsto el ulterior llamamiento de un tercero, al fallecimiento del último de los testadores, los bienes procedentes del primero que quedaren por no haber dispuesto de ellos el sobreviviente pasarán a los parientes llamados en tal momento a la sucesión legal del primeramente fallecido como herederos suyos y sustitutos del cónyuge sobreviviente, y sólo a falta de tales parientes, se integrarán tales bienes en la

herencia del sobreviviente. Se establece pues aquí un principio de troncalidad al cambiar la trayectoria sucesoria de los bienes en favor de los sucesores legales del premuerto.

Conviene que nos detengamos en este punto porque, lo mismo que sucedía en la regulación anterior (arts. 95 y 108 de la Compilación cuando el testamento mancomunado estaba limitado a los cónyuges) puede dar lugar a sorpresas y como tal no previstas, sorpresas para los propios testadores, sorpresas para sus herederos y sorpresas para el jurista profesional.

Y para ponerlo de manifiesto y aunque en la regulación actual el testamento mancomunado está abierto a toda clase de personas, unidas o no por vínculos de matrimonio y/o parentesco vamos a fijarnos en un supuesto concreto y relativamente frecuente para asimilarlo mejor: el testamento de cónyuges aragoneses sin descendientes o simplemente pareja sin descendientes, y cada uno con hermanos y padres, que desean instituirse herederos el uno al otro sin limitación alguna y sin querer prever ningún tipo de sustitución respecto de los bienes que puedan quedar al fallecimiento del último de ellos.

La diferencia de efectos sustantivos, una vez fallecido el cónyuge sobreviviente conservando bienes procedentes de la herencia del premuerto y sin haber dispuesto de los mismos por nuevo testamento, según la clase de testamento otorgada por los testadores, sendos testamentos individuales o bien testamento mancomunado, propiciada por la aplicación alternativa de la normativa general de la sucesión legal aragonesa y/o la del art. 419. 3 de CDFA

Ejemplos de los cónyuges Juan y Juana, aragoneses y sin descendientes:

Supuesto de Testamento Mancomunado. Los cónyuges Juan y Juana, de vecindad aragonesa y sin descendientes, se instituyen recíprocamente herederos en testamento mancomunado. Juan fallece y le hereda Juana, más tarde fallece Juana, y le sobrevive como único pariente su sobrina Juanita. – Forma su patrimonio hereditario, una finca X y una casa Y, que heredó de su cónyuge premuerto Juan, así como un apartamento y un solar que le correspondió al disolver el régimen consorcial. Juana no ha dispuesto ni en vida ni en testamento o pacto sucesorio de la finca X ni de la casa Y que heredó de su marido, ni del apartamento y el solar que le correspondió al disolver el régimen consorcial. Por lo que según lo que señala el CDFA, la finca X y la casa pasarán a los herederos legales de Juan (quienes lo sean en ese momento) y el apartamento y el solar, pasarán a Juanita (heredera legal de Juana).

Supuesto de sendos Testamentos unipersonales. Juan en testamento unipersonal instituye heredera a su esposa Juana, y Juana en testamento unipersonal instituye heredero a su esposo Juan. Juan fallece y hereda Juana. Juana fallece y le sobrevive como único pariente su sobrina Juanita. Forma su patrimonio hereditario la finca X y la casa Y, que heredó de su cónyuge premuerto Juan, y el apartamento y el solar que le correspondió al disolver el régimen consorcial. Juana no ha dispuesto ni en vida ni en testamento o pacto sucesorio de ninguno de tales bienes, ni de esa finca X, ni de esa casa Y que heredó

de su marido. En este supuesto heredará TODOS los bienes que forman su patrimonio hereditario su sobrina Juanita.

c) *Institución recíproca de herederos y pacto al más viviente. a'. Vigente la Compilación* —y como ya se ha señalado por su regulación en el Apéndice— la Jurisprudencia asimiló la institución recíproca de herederos, propia del testamento mancomunado, al pacto al más viviente, propio del pacto sucesorio. La equiparación planteó la duda de si la citada cláusula testamentaria, aunque hubiera voluntad expresa de que no se aplicasen los efectos del pacto sucesorio, se anulaba cuando al fallecimiento de ambos cónyuges sobrevivían hijos comunes al igual que acontecía en el pacto al más viviente, lo que supuso que aquélla dejara de ser habitual en los testamentos mancomunados haciéndose propia del pacto sucesorio.

b'. *Vigente la Ley de Sucesiones*, refundida en el CDFa. El art. 419.1 del CDFa recuperó para el testamento mancomunado la que durante siglos fue su cláusula habitual: la institución recíproca de herederos entre sus otorgantes, con independencia de la tenencia o no de hijos. Ya se ha señalado el carácter dispositivo del art. 419 del CDFa. Es decir, los testadores pueden señalar reglas diferentes a las establecidas en sus apartados 2 y 3, para la sucesión de los bienes de que no haya dispuesto el supérstite, como también pueden establecer los efectos del pacto al más viviente. Es representativa en este sentido la S.TSJA de 18/2/2013 (10, RCDA, 2013, XIX)

d) *Otorgantes sin descendientes: institución recíproca de herederos en sendos testamentos individuales o en testamento mancomunado. a'. Supuesto de que se otorguen sendos testamentos individuales.* Fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente como heredero universal del premuerto adquiere la totalidad de los bienes y derecho integrantes de su haber hereditario en pleno dominio y libre disposición tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. Y fallecido después el cónyuge sobreviviente, conservando bienes procedentes de la herencia del premuerto y sin haber dispuesto de los mismos por nuevo testamento, y devenido ineficaz el último testamento otorgado por premoriencia del heredero sin sustituto y abierta sucesión legal, dichos bienes heredados del premuerto pasan a los herederos legales del fallecido en segundo lugar conforme a las normas generales de la sucesión legal aragonesa. Por tanto, en este supuesto cualquiera que sea la composición del caudal relicto del cónyuge fallecido en segundo lugar (tanto los procedentes de herencia del primero como los de distinto origen) se aplican las normas generales de la sucesión legal aragonesa (arts. 516 y ss. CDFa).

b'. *Supuesto de que otorguen testamento mancomunado.* Fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente como heredero universal del premuerto adquiere la totalidad de los bienes y derechos integrantes de su haber hereditario en pleno dominio y libre disposición tanto por actos *inter vivos* como *mortis*

*causa*, que son los efectos propios de la institución de heredero. Y fallecido después el cónyuge sobreviviente, conservando bienes procedentes de la herencia del premuerto y sin haber dispuesto de los mismos por nuevo testamento, y devenido ineficaz el único testamento otorgado por premoriencia del heredero sin sustituto y abierta por consiguiente la sucesión legal, dichos bienes heredados del premuerto pasarán no a los herederos legales del cónyuge fallecido en segundo lugar sino a los parientes llamados en tal momento a la sucesión legal del cónyuge fallecido en primer lugar, y sólo a falta de esos parientes del fallecido en primer lugar tales bienes pasan a los herederos intestados del cónyuge fallecido en segundo lugar.

*c'. Supuesto habitual.* Pensemos que esta situación podemos encontrarla en la herencia más sencilla y como ejemplo paradigmático de simplicidad el siguiente: cónyuges aragoneses sin descendientes cuyo patrimonio está constituido exclusivamente por el piso en que viven que fue comprado durante el matrimonio para la sociedad conyugal; otorgan sendos testamentos individuales, con iguales disposiciones, es decir instituyendo cada uno heredero al otro. Al fallecer el último, ambas mitades del piso, o sea todo el piso, pasaría a los herederos legales del último.

En cambio, si los mismos cónyuges hubiesen otorgado testamento mancomunado instituyéndose recíprocamente herederos, el resultado hubiese sido distinto. Fallece un cónyuge y el piso pasa en su totalidad al sobreviviente; en cuanto una mitad indivisa por su participación en los bienes comunes y en cuanto a la otra mitad indivisa por herencia testada del cónyuge premuerto. Fallece después el cónyuge sobreviviente sin haber enajenado el piso, ni haber dispuesto del mismo por nuevo testamento, se abre la sucesión legal; pues bien, una mitad del piso, la que le pertenecía porque se le adjudicó en pago de su participación en los bienes comunes pasará a sus propios herederos legales pero la otra mitad del piso que adquirió por herencia de su esposo pasará a los parientes que en ese momento sean herederos legales del cónyuge premuerto. Esto lleva a la necesidad de asesorar a los testadores que se encuentren en este supuesto que prevean y eviten este problema, puesto que pueden nombrar a las personas que heredarán los bienes que puedan quedar al fallecimiento del último de los testadores.

**G. Revocación y efectos.** *a) Introducción.* La práctica testamentaria histórica conoció un testamento mancomunado libremente revocable; el Apéndice al introducir la noción de correspectividad, ajena al derecho aragonés, complicó la revocabilidad del mismo, atenuando la Compilación la rigidez del régimen anterior.

El CDFA, aunque considera que el testamento mancomunado es un acto naturalmente revocable (y no esencialmente revocable como el unipersonal) la regula con mayor flexibilidad, muestra de ello es el carácter dispositivo

del art. 421. 3 *in fine*, que al regular los efectos de la revocación unilateral de las disposiciones correspectivas en vida de ambos testadores y la imposibilidad de la misma fallecido uno de ellos, salvo excepciones, determina que “todo ello salvo que en el testamento o en el contrato sucesorio se prevea otra cosa”.

*b) Revocación en vida de ambos testadores. Art. 421 CDEA.* La revocación puede hacerse conjuntamente por ambos testadores en un mismo acto, bien sea en testamento mancomunado o en pacto sucesorio; en cuyo supuesto es indiferente la naturaleza correspectiva o no de las disposiciones que se quieren revocar.

Puede unilateralmente revocarse el testamento mancomunado por uno de los otorgantes, en cuyo caso debe hacerse en testamento abierto ante notario al cual se le hará saber la existencia del testamento anterior y el domicilio del otro otorgante al que el notario notificará el hecho del nuevo otorgamiento dentro de los ocho días hábiles siguientes, pero teniendo en cuenta que la falta de estas manifestaciones o notificación no afecta a la eficacia de la revocación o modificación. Por lo que la notificación no es requisito de la eficacia de la revocación.

En esta revocación o modificación unilateral hay que distinguir si las disposiciones que se quiere revocar o modificar son correspectivas o no, si no lo son, regirán las reglas generales de la revocación de las disposiciones testamentarias, pero si lo son, producen la ineficacia total de las disposiciones correspectivas del otro, siempre que los otorgantes no hayan dispuesto otra cosa en el testamento.

*c) Revocación, fallecido uno de los testadores. Art. 421 CDEA.* Distingamos entre disposiciones correspectivas y no correspectivas.

*a'. Disposiciones no correspectivas:* Cabe la revocación de las disposiciones no correspectivas.

*b'. Disposiciones correspectivas:* No cabe la revocación de las disposiciones correspectivas, salvo que concurran las causas de revocación unilateral de los pactos sucesorios o que los otorgantes hayan previsto otra cosa en el testamento.

Ejemplo: Juan le legó al sobrino de Juana un reloj de oro porque Juana le legó a la sobrina de Juan sus pendientes de brillantes, y en el resto de su herencia ambos instituyen herederos a sus tres hijos. Pueden revocar el testamento mancomunado ambos cónyuges en testamento mancomunado o pacto sucesorio posterior, estableciendo un contenido diferente al anterior. Unilateralmente, Juan puede revocar el testamento en cuanto a sus disposiciones: el legado al sobrino de su cónyuge (disposición correspectiva) y la institución de herederos a favor de sus hijos, por ejemplo: nombrando heredero de toda su herencia a uno de los hijos y no dejando el legado. Respecto a la institución de heredero, Juan puede revocar la disposición sin ninguna limitación, tanto en vida de Juana como a su fallecimiento. En cuanto al legado, solo puede revocarlo en vida de Juana y su revo-

cación supondría también la ineficacia del legado de Juana a favor de la sobrina de Juan. Una vez fallecida Juana, Juan no puede revocar el legado correspondiente. En cualquier caso, la revocación unilateral del testamento mancomunado siempre habría que hacerla en testamento abierto ante notario.

**H. Efectos de la nulidad del matrimonio, divorcio y separación. Art. 438 CDFa.** El precepto regula los efectos de las situaciones de crisis matrimonial sobre las disposiciones testamentarias otorgadas por los cónyuges. Se entiende que la alteración de la situación matrimonial afectaría a la voluntad de los testadores que posiblemente se hayan olvidado de revocar el testamento. Y dado que el testamento mancomunado se basa en la confianza, es lógico que si los otorgantes, cónyuges entre sí, se separan, anulan o divorcian es **lógico que los efectos en cuanto a las disposiciones testamentarias sean los siguientes:**

*a'. Resultan ineficaces las disposiciones correspondientes entre los cónyuges:* es decir, resultan ineficaces aquellas disposiciones correspondientes que supongan una atribución patrimonial recíproca entre ellos, por lo que mantienen su validez aquéllas a favor de terceras personas.

*b'. Resultan ineficaces todas las liberalidades de uno de los testadores al otro.*

**Ejemplo:** Juan y Juana, cónyuges entre sí, de vecindad aragonesa, sin hijos, se dejan sendos legados en testamento mancomunado (Juan le deja a Juana a título de legado una finca X y Juana a Juan la finca Y). Juan y Juana se divorcian, pero se olvidan de revocar el testamento (no es tan inhabitual). Juan fallece y le sobreviven su madre Lucía y su ex-mujer Juana. Según este artículo del CDFa, Juana no podrá suceder en el legado (como sería lo normal aplicando las reglas sucesorias), ya que los legados son liberalidades que se otorgan entre sí. ¿Quién sucederá en el legado de la finca X? le sucederá su heredera legal, la madre del testador, Lucía. El mismo efecto se producirá si al fallecer Juan está en trámite el procedimiento de nulidad, separación y divorcio.

*c'. La ineficacia, que es de carácter automático, no afecta al resto del testamento, que mantiene su validez, sino solo a las disposiciones citadas anteriormente.*

Y aquí encontramos una falta de previsión del legislador al no hacer ninguna referencia a los testamentos mancomunados otorgados entre sí por una pareja estable no casada, reguladas por la Ley aragonesa 6/1999 de 26 de marzo, refundida en el CDFa, arts. 303 a 315.

Ya hemos visto como la regulación actual establece que pueden ser sujetos de un testamento mancomunado, los aragoneses, sean o no cónyuges entre sí o parientes (art. 417 CDFa), por tanto, puede tratarse de una pareja estable. Pero la relación de una pareja estable de hecho puede romperse no solo por muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus miembros, sino también por las causas que establece el art. 309 del CDFa (de común acuerdo, por decisión unilateral, por separación de hecho más de un año, por matrimonio de uno de los miembros).

Y el CDFA, al regular los efectos de la extinción de la relación de hecho estable, nada dispone sobre sus efectos sobre las disposiciones de carácter recíproco y correspectivo o las liberalidades de uno en favor del otro establecidas por los miembros de la pareja en testamento puesto que lo único que establece es que en tal caso los miembros de la pareja están obligados aunque sea separadamente a dejar sin efecto la escritura pública que en su caso se hubiese otorgado, por lo que tal ruptura en principio no produce efecto alguno respecto de los mismos, lo que parece una falta de previsión objetiva (art. 309. 3 CDFA).

Es cierto que, producida la ruptura, ambos de común acuerdo o uno solo de ellos notificándolo al otro, pueden proceder a la revocación del testamento mancomunado conforme a las reglas generales y con los efectos generales que acabamos de ver, pero si no hacen nada o simplemente se olvidan de ello, no parece acertado que la ley no atribuya ningún efecto a esta ruptura (a diferencia de lo que ocurre para los cónyuges en los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial). Es una falta de previsión del legislador.

Cabe también que los miembros de la pareja, al otorgar testamento mancomunado entre sí y en virtud del principio de libertad de pacto "*standum est chartae*", establezcan como causa de ineficacia de todas sus disposiciones o de algunas de ellas o de las correspectivas o de las liberalidades de uno en favor de otro, el hecho de que al fallecer uno de ellos se hubiese producido la ruptura de la relación de pareja estable.

También cabe que al formalizar la escritura pública manifestando su voluntad de constituir pareja estable (art. 305 CDFA), establezcan la ineficacia de las liberalidades pactadas con carácter recíproco para el supuesto de ruptura de la relación. Pero queda sin resolver el supuesto de ruptura de la relación de pareja estable seguida de la inactividad de los interesados, que de hecho se da en la práctica más de lo que a primera vista pudiera parecer.

El criterio jurisprudencial dominante es la aplicación por analogía del precepto a las parejas estables, así lo entendió en el siguiente supuesto: una pareja estable no casada se legaba recíprocamente el usufructo vitalicio de todos sus bienes, derechos y acciones. La pareja se rompió poco antes del fallecimiento del varón; la Sentencia entiende que "si las liberalidades concedidas en testamento por un cónyuge al otro devienen ineficaces, si al fallecer el cónyuge estuviera en trámite el procedimiento de separación conyugal, con mayor (o, por lo menos igual) motivo no surtirán efecto las liberalidades que reúnan esos requisitos cuando en una relación convivencial a modo matrimonial de hecho, ya se ha producido la separación de hecho sin que se haya probado en autos reconciliación alguna del fallecido" (Vid. S. TSJA 20 de junio de 2005).

**I. Interpretación.** Se aplican las normas generales de interpretación testamentaria salvo en la interpretación de las disposiciones correspectivas, respecto de las cuales, el CDFa, art. 416.4, dado el carácter cuasicontractual de las mismas, dispone que deben conjugarse e integrarse las normas de interpretación de testamentos con las de interpretación de los contratos.

**J. Actos de Disposición.** *a) Introducción.* Antes de la actual normativa se planteaba en la doctrina la cuestión del posible fraude que podía darse cuando, en vida de ambos testadores, uno de ellos dispusiera de los bienes comprendidos en una disposición correspectiva por actos *inter vivos* o *mortis causa*. No hubo unanimidad en los criterios de la Jurisprudencia si bien la posición dominante fue la de considerar nulos solo los actos de disposición realizados a título gratuito por considerarlos como un fraude a la voluntad testamentaria.

El CDFa, art. 422, soluciona con buen criterio esta cuestión logrando armonizar por un lado el carácter testamentario de las disposiciones correspectivas y de otro su naturaleza vinculante. Es preciso distinguir:

*b) En vida de ambos testadores.* Cualquiera de los testadores tiene libertad para disponer de los bienes objeto de sus disposiciones correspectivas tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. No podía ser de otro modo puesto que tales cláusulas, formando parte de un testamento, sólo son vinculantes cuando fallece uno de los testadores. Lo que ocurre es que cuando ese acto de disposición de bienes implica la revocación o modificación sustancial de una disposición correspectiva, produce la ineficacia total de la correspectiva del otro.

Pero debemos precisar cuál será el alcance de esa ineficacia establecida por la ley: se dará cuando se trate de disposiciones correspectivas referidas a un bien concreto y determinado, ya sea a título de legado o como heredero (el heredero *ex re certa*), en cuyo supuesto se aplicará supletoriamente el art. 869 Código civil que determina la ineficacia del legado si el testador enajena la cosa legada.

La inaplicabilidad de esa ineficacia en los demás supuestos se deriva de que, tratándose de una institución de heredero en la totalidad o parte alícuota de la herencia o de un legado de parte alícuota, ni la herencia, ni el legado de parte alícuota existen hasta el fallecimiento.

*c) Fallecido un otorgante.* Se mantiene el criterio de que, fallecido un otorgante, el otro puede disponer de los bienes comprendidos en una disposición correspectiva: *a'*. *Si lo hace a título gratuito.* La persona a quien el testamento atribuía dichos bienes podrá pedir al donatario o a sus herederos su valor actualizado una vez fallecido el disponente.

*b'*. *Si lo hace a título oneroso,* suponiendo la ineficacia de una disposición correspectiva, también puede el que hubiera sido destinatario testamentario de los mismos reclamar su valor actualizado a los herederos del disponente



una vez fallecido éste, de lo que se deduce que la contraprestación obtenida no se subroga en el lugar de los bienes enajenados.

Y finalmente, para evitar incertidumbres prolongadas en materias de herencias, se establece un plazo de caducidad para el ejercicio de estos derechos de dos años, contados desde el fallecimiento. Y es que, en la práctica, este tipo de reclamaciones serán de dudosa eficacia.

### 3. Invalidez, ineficacia de los testamentos

**A. Introducción.** Ni el Apéndice de 1.925 ni la Compilación de 1.967 regulaban el tema de la invalidez de los testamentos, por lo que, hasta la promulgación de la Ley de Sucesiones, refundida en el CDFa, fueron de aplicación supletoria los escasos preceptos del Código civil.

El CDFa en los arts. 423 a 430, regula conjuntamente las clases de invalidez de los testamentos y de las disposiciones testamentarias, así como el plazo de prescripción de las acciones de impugnación. Con ello introduce una regulación novedosa en cuanto establece un régimen completo de los diferentes vicios o defectos que pueden afectar al testamento y a las disposiciones testamentarias, tratándolos de forma separada, dado los diferentes efectos que produce su invalidez.

Son clases de invalidez: la nulidad insubsanable o absoluta, la nulidad subsanable, y la anulabilidad. Son causas de anulabilidad los defectos no sustanciales de capacidad de los otorgantes, y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave.

**B. Nulidad insubsanable o absoluta.** Es una invalidez próxima a la inexistencia, que no está sometida a plazo de prescripción, el testamento no existe y por tanto no produce efectos sin perjuicio de que los instituidos adquieran los bienes poseídos por usucapión (art. 426 CDFa).

Así a título enunciativo son causas de invalidez absoluta.

a) *Por razón del testador o testadores.* El testamento unipersonal otorgado por un menor de catorce años, o el mancomunado en el que ambos testadores o solo uno de ellos lo sea; o el ológrafo otorgado por un menor de edad.

b) *Por razón del contenido.* Cuando la causa o finalidad sea ilícita

c) *Defecto de forma.* La norma aragonesa ha renunciado a regular algunas cuestiones relativas a los requisitos y formalidades extrínsecas que deben respetar los instrumentos notariales que contengan testamentos, lo que obligará acudir a la regulación supletoria del Código civil para concretar los requisitos y forma de los testamentos.

A diferencia del terminante efecto de nulidad que recoge el Código civil, art. 687, cuando se infringe alguna de las formalidades previstas para el otor-

gamiento de los testamentos, la norma aragonesa no ordena la nulidad en todo caso por haberse incumplido algún requisito, sino que establece distinciones, según la clase de requisito o formalidad no respetada, y a diferencia del Código civil, establece dos excepciones: no acarreará nulidad la falta de expresión de la hora en el testamento cuando el testador no hubiera otorgado otro en la misma fecha, ni tampoco lo anulará la falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades cuando pueda demostrarse que efectivamente fue cumplido.

**C. Nulidad subsanable.** Abarca a testamentos que existen y no se reducen a mera apariencia a pesar de haberse infringido requisitos y formalidades requeridos por la Ley que no destruyen la forma esencial del testamento, por lo que es posible su convalidación si transcurre el plazo de prescripción de la acción de nulidad que la norma fija en 15 años (art. 426. 2 CDFa).

**D. Anulabilidad por falta de capacidad natural. a) Introducción.** Se trata de testadores con capacidad para testar en razón de la edad, pero sin pleno discernimiento sobre los efectos del acto que están otorgando (art.423.2 CDFa). Adquirirá plena validez (convalidación), si transcurridos cuatro años no se ha ejercitado la acción de anulabilidad (art. 427 CDFa).

Como se advierte en la constante doctrina elaborada por el Tribunal Supremo, secundada por las distintas Audiencias, la sanidad de juicio se presume en toda persona mayor de edad (en Aragón, mayor de catorce años: art. 34.1 CDFa) que no ha sido previamente incapacitada, adquiriendo especial relevancia de certidumbre la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador (art. 34.2 CDFa). Es una presunción *iuris tantum* por lo que quien alegue lo contrario tendrá que demostrarlo, valorando de forma restrictiva las pruebas de falta de capacidad. Para apreciar la capacidad del testador debe atenderse a la que tenga en el momento del otorgamiento y sin que las posteriores alteraciones o variaciones en esa capacidad afecten a su validez o eficacia, por lo que no cabe, en principio, la aplicación retroactiva de una sentencia de incapacitación posterior. No obstante, todo lo cual se entiende sólo con carácter de presunción *iuris tantum*. Y ante la existencia de informes médicos contradictorios, se atiende preferentemente a los informes del forense que ha intervenido en el procedimiento por razón de su imparcialidad.

**b) Principios Jurisprudenciales que regulan la capacidad en el testamento. a'. Prevalencia de la presunción de capacidad:** presunción *iuris tantum* de la capacidad en toda persona que previamente no haya sido incapacitada judicialmente, por lo que el que alegue lo contrario tendrá que demostrarlo.

*b'. Momento del otorgamiento:* para apreciar la capacidad del testador debe atenderse a la que tenga en el momento del otorgamiento y sin que las posteriores alteraciones o variaciones en esa capacidad afecten a su validez o eficacia.

*c'. Supuesto que destruye la presunción de capacidad:* la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos.

*d'. Circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad:* en principio no se entiende que el testador es incapaz por su edad senil, o porque se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, o por una enfermedad neurasténica y/ o que tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos.

*e'. Estudio de la capacidad en el momento del otorgamiento del testamento:* la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre «cumplidamente» en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica presunción *iuris tantum*». Por lo que no es significativo que el testamento se haya otorgado el mismo día de su fallecimiento o que se haya otorgado años antes de la incapacitación judicial (Vid. S.APZ 29 /06/2017; SAPZ 17/01/2018)

*f'. No es necesaria la intervención de facultativos:* La intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante, pues el art. 665 del Código Civil (testamento del incapacitado) no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Vid S.APZ 11/03/2013).

**E. Anulabilidad por error en la persona y captación de voluntad.** El art. 424.2 del CDEFA dispone la anulabilidad de la disposición testamentaria que haya sido otorgada por error en la persona, y su art. 425 señala que, si el testador hubiera indicado erróneamente la persona del heredero o del legatario, pero de la interpretación del testamento fuera posible concluir a qué persona pretendía referirse, la disposición será válida con relación a esa persona (Vid STSJA 26/02/2009). La anulabilidad por la captación de voluntad, si no supone la supresión de dicha voluntad en el testador, no cabe considerarla como causa de nulidad, sino de anulabilidad.

### ***F. Límites en el ejercicio de la acción de nulidad o anulabilidad.***

*a) Convalidación.* El testamento se convalida por el transcurso del tiempo de prescripción de 15 años en los supuestos de nulidad subsanable (art.426.2 CDFA) y de cuatro años en los de anulabilidad (art. 427 CDFA) a contar desde el fallecimiento del testador sin ejercitar la acción de nulidad y anulabilidad respectivamente.

*b) La teoría de los actos propios.* El testamento nulo o anulable se convalida cuando aquellos con derecho a impugnarlo, conociendo la causa de nulidad o anulabilidad, le dan ejecución o renuncian a la acción. Es un supuesto de confirmación mediante ejecución voluntaria de un testamento nulo o anulable. Responde a la teoría de los actos propios, por la cual, los testadores no pueden impugnar un testamento que ha sido aceptado tácitamente al darle ejecución o que ha sido considerado válido al renunciar la herencia basada en el mismo.

El principio general del Derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los propios actos, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico, siempre que concurren los requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación, es aplicado por la Jurisprudencia, en sede de errores pretendidamente invalidantes.

Así por ejemplo, la SAPH 8/03/2002, señaló que no cabe reclamar la nulidad del testamento alegando, como defecto invalidante del consentimiento prestado, el desconocimiento del contenido de los capítulos matrimoniales de 1941 porque dichos capítulos están inscritos en el Registro y en la escritura de aceptación de herencia se hace referencia expresa a ellos, y en cualquier caso, aunque hubiera prosperado la acción, ya se hubiera producido la prescripción adquisitiva sobre los bienes reclamados por haber transcurrido 10 años desde el fallecimiento del testador y la toma de posesión de dichos bienes (en el mismo sentido, STSJA 10/04/2003)

*c) Nulidad y usucapión.* Hay disposiciones testamentarias nulas pero que devienen inamovibles por la prescripción adquisitiva sobre los bienes dispuestos.

Por ejemplo, en un supuesto en el que, no estando la testadora facultada para nombrar heredero, lo nombró y la persona designada adquirió no obstante los bienes por usucapión, es decir, por la existencia de una posesión en concepto de dueño, pública y pacífica que se prolongó más de 30 años (S.TSJA, 26/01/2011).

*d) Legitimación activa.* La Jurisprudencia ha venido reconociendo que la legitimación activa para la impugnación de los testamentos se halla restringida a los herederos y a aquéllos que serían llamados como herederos abintestato por la invalidez del testamento (vid. S. APZ 11/3/2013, Roj: SAPZ 518/2014 – y la S. APZ 15/01/2010).

***G. Ineficacia de las disposiciones testamentarias.*** Junto a las causas de nulidad o de anulabilidad que afectan al testamento considerado como un

todo, hay otras causas de nulidad parcial que solo hacen ineficaces las cláusulas sobre las que recaen, manteniendo su validez el resto del testamento, salvo que sea otra la voluntad del testador o que se trate de disposiciones correspectivas en testamento mancomunado. El art. 424 CDFA, recoge dos clases de invalidez parcial o invalidez de disposiciones testamentarias: nulidad y anulabilidad. Es de destacar que el legislador no aborda la nulidad insubsanable de las disposiciones testamentarias, ya que el art. 426 CDFA solo predica la imprescriptibilidad para los testamentos nulos por las causas del art. 423. 1 CDFA, y no hace ninguna referencia en este sentido a las disposiciones testamentarias:

a) *Nulidad*: es la sanción para todas aquellas disposiciones que vayan contra la Ley, orden público o buenas costumbres.

b) *Anulabilidad*: Abarca los supuestos en los que el testador ha otorgado la disposición por error de hecho o de derecho y este fuera determinante. También será anulable cuando el error recaiga en la indicación de la persona o de los bienes, salvo que de la interpretación del testamento fuera posible concluir a qué personas o bienes pretendía referirse, en cuyo caso, la disposición vale relativamente a esta persona o a estos bienes (art. 425 CDFA).

**H. Supuestos de ineficacia (art. 437 CDFA).** La norma recoge supuestos de disposiciones testamentarias de institución de heredero o legado ineficaces, a falta de sustitución voluntaria o derecho de acrecer.

a) *Por premoriencia o incapacidad para suceder del heredero o legatario, salvo que se dé la sustitución legal.* “La institución de heredero o el nombramiento de legatario devienen ineficaces a falta de sustitución voluntaria o derecho de acrecer si el instituido fallece antes que el testador salvo que haya sustitución legal”

En consecuencia, será eficaz la disposición cuando el premuerto, heredero o legatario, sea hermano o descendiente del causante y tenga descendientes.

Ejemplo: Juan instituye heredero a su hijo Juanito. Juan fallece y le sobrevive su cónyuge Juana y una hermana de doble vínculo. Sabiendo que no hay bienes troncales y que Juan no ha determinado sustitutos vulgares, *¿quién heredará a Juan?*, no hay sustitución voluntaria, no cabe la sustitución legal porque Juanito ha premuerto a Juan y no tiene descendientes, no cabe derecho de acrecer (no hay llamamiento conjunto a la herencia) por lo que el llamamiento a Juanito deviene ineficaz y se abrirá la sucesión legal a favor de la viuda Juana.

b) *Institución de heredero o atribución de legado bajo condición suspensiva.* “La institución de heredero o el nombramiento de legatario devienen ineficaces a falta de sustitución voluntaria o derecho de acrecer, si el nombramiento

estuviera sujeto a condición suspensiva y el sucesor falleciere antes de que la condición se cumpla”

La institución de heredero puede darse bajo condición suspensiva lo que supone que hasta que no se cumpla la condición, el llamado no podrá aceptar o repudiar la herencia. En este supuesto la vocación y la delación no coinciden. La vocación o llamamiento potencial se da en el momento de la apertura de la sucesión y la delación o llamamiento efectivo, cuando se cumpla la condición. Si el llamado a la herencia sobrevive al testador, pero fallece antes de que se cumpla la condición nada ha adquirido y por tanto nada puede transmitir a sus herederos y si el testador no ha previsto esta situación y no se da el derecho de acrecer, el llamamiento a la herencia deviene ineficaz.

Ejemplo: Juan, de vecindad aragonesa, soltero y sin descendientes, instituye heredero a su hermano Juanito que tiene una hija llamada Juanita, bajo la condición suspensiva de que acabe la carrera de derecho. Fallece Juan y le sobreviven su hermano Juanito, su sobrina Juanita y su madre Juana. Juanito fallece sin haber acabado la carrera de derecho, por lo que no ha podido aceptar ni repudiar la herencia de Juan ya que no se ha dado la delación a su favor y como Juan no ha previsto la situación y no se da el derecho de acrecer, el llamamiento a la herencia deviene ineficaz, se abrirá la sucesión legal y sucederá en la herencia de Juan, suponiendo que no hay bienes troncales su madre (heredera legal).

*c) Incapacidad para suceder.* “La institución de heredero o el nombramiento de legatario devienen ineficaces a falta de sustitución voluntaria o derecho de acrecer si el instituido o nombrado se torna incapaz de adquirir la herencia o el legado, salvo que haya sustitución legal”

En consecuencia, la disposición será eficaz si el heredero o legatario es descendiente o hermano del causante y a su vez tiene descendientes, al operar la sustitución legal o si el llamamiento a la herencia o al legado es conjunto, al darse el derecho de acrecer.

Ejemplo: Juan, de vecindad aragonesa, soltero y sin descendientes instituye heredero a su amigo Luis. Cuando fallece Juan le sobreviven, Luis y sus hijos, Luisito y Luisita, y la madre de Juan, Juana. Pero Luis es incapaz para suceder, y dado que Juan no previó la situación, que no se da la sustitución legal y tampoco se da el derecho de acrecer, el llamamiento deviene ineficaz, se abrirá la sucesión legal y al no haber bienes troncales heredará su madre Juana.

*d) Repudiación de la herencia o legado.* “La institución de heredero o el nombramiento de legatario devienen ineficaces a falta de sustitución voluntaria o derecho de acrecer si el llamado a suceder repudia la herencia o legado”. En este supuesto nunca cabe la sustitución legal (art. 341 CDFR). Solo será la disposición eficaz cuando el llamamiento a la herencia o legado sea conjunto.

Ejemplo. Juan, de vecindad aragonesa, instituye heredero a su hermano Luis. Cuando fallece Juan le sobreviven, Luis y sus dos hijos, Luisito y Luisita, y la madre de Juan, Juana. Pero Luis renuncia a la herencia y dado que Juan no previó esta situación, que no

se da la sustitución legal y que no se da el derecho de acrecer, la disposición testamentaria deviene ineficaz, abriéndose la sucesión legal, sucediendo su madre Juana.

e) *Ineficacia parcial*. La nulidad, anulación, revocación o ineficacia de una disposición testamentaria no afectará a la validez o eficacia de las demás, a no ser otra la voluntad del testador (424.3 CDFa). Cuando se trate de disposiciones correspectivas dejará de tener este carácter (art. 420 CDFa)

f) *Ineficacia del llamamiento voluntario* (art. 323 CDFa). Cuando un llamamiento voluntario resulte ineficaz, la porción vacante del llamado a heredar pasará a los herederos legales del causante y si se trata de un legado se refundirá en la masa de la herencia. Así en el ejemplo anterior, se abre la sucesión legal y sucede la madre del causante o heredera legal.

Ejemplo: Juan de vecindad aragonesa otorga testamento instituyendo herederos por partes iguales a sus dos hijos, Juanito y Juanita; dejando a su madre Juana a título de legado la Finca X. Juan fallece y le sobreviven sus dos hijos y su cónyuge Luisa. Al premorir Juana, el legado deviene ineficaz refundiéndose en la masa de la herencia. El testador no previó una sustitución voluntaria, tampoco opera la sustitución legal (Juana no es descendiente ni hermana del testador), ni el derecho de acrecer (no hay un llamamiento conjunto al legado) por lo que la Finca X pasará a los herederos del testador, Juanito y Juanita.

**BIBLIOGRAFÍA:** ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: “El testamento mancomunado. Reflexiones sobre su posibilidad teórica y su eventual utilidad práctica (primera parte)”. *Revista Jurídica del Notariado*, núm 66, abril-junio 2008, p. 51-125; “El testamento mancomunado. Reflexiones sobre su posibilidad teórica y su eventual utilidad práctica (segunda parte)”. *Revista Jurídica del Notariado*, núm 67, abril-junio 2008, p. 9-96; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena (2020): “De la sucesión testada” en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, ed. Tiran lo Blanch, pp.; (2020); BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, “De la sucesión testamentaria”, *Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, p. 599-637; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, “La sucesión testamentaria”, *Manual de Derecho Civil aragonés*, pp. 567-587; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, “El testamento mancomunado. Estudios de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad”, Edit., el Justicia de Aragón, Zaragoza 1997, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, “La correspectividad del testamento mancomunado, estado de la cuestión”, *RCDa*, núm. 1997, p. 31 y ss.; CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “Derecho interregional, Código Civil y Reglamento Europeo de Sucesiones”, *Revista Jurídica del Notariado*, 86-87/2013, p. 479-508; CARBALLO FIDALGO, Marta, “El testamento mancomunado, análisis comparado de los ordenamientos forales y regulación en la propuesta de Código Civil de la APDC”, *Revista de Derecho Privado*, núm 5, 2019, pág 33 y ss; ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel, “El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que deseen instituirse herederos el uno al otro”, *RCDa*, núm. 2, 1996; GARCÍA BERNUES, Ángel, “Algunas cuestiones acerca de la ineficacia de los testamentos”, en *Actas de los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2014)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 211 a 222; GARCÍA VICENTE, Fernando, “El testamento mancomunado”, *Actas de Foro Aragonés, Terceros Encuentros*, Zaragoza, 1993, pp. 7 y ss; PARRA PIAZUELO, M<sup>a</sup> Ángeles, “Nulidad y revocación del testamento unipersonal (Especial atención a los límites de la voluntad

de disponer y su control”, en *Actas de los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2014)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 135 a 197; PEMÁN PIAZUELO, Mariano Jesús, “Revocación e ineficacia del testamento mancomunado”, en *Actas de los XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2014)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 199 a 209; TENA PIAZUELO, Isaac, *Revista de Derecho Civil*, <http://nerg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216, núm. 4 octubre-diciembre, 2019, Estudios, pp. 45-88.



## §22. LA FIDUCIA SUCESORIA

Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA  
*Profesora Titular de Derecho civil*

### 1. Introducción

La fiducia sucesoria aragonesa, junto a la viudedad foral y la institución recíproca de herederos entre cónyuges, son instituciones tradicionales que potenciaban la posición del cónyuge viudo dentro de su familia desde la perspectiva jurídica, económica y sociológica. Es una figura consuetudinaria, constituye una cláusula habitual en los testamentos mancomunados. No se hace mención expresa de ella en los Fueros y Observancias. El Apéndice de 1925 la recogió en su art. 29 y la Compilación de 1967 en sus arts. 110 a 118, pero su regulación en ambos cuerpos legales no fue satisfactoria ni resolvió las cuestiones que planteaba la institución. En la actualidad está regulada en los arts. 439 a 463 del CDFa, reproduciendo la normativa de la Ley de Sucesiones de 1999. Para centrar adecuadamente los contornos de la institución fiduciaria hay que tener en cuenta la DT 14ª CDFa según la cual: “Conservan su validez... las fiducias sucesorias concedidas o pactadas antes del 23 de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, que sean válidas con arreglo a la legislación anterior. También son válidas... las fiducias sucesorias concedidas o pactadas antes del 23 de abril de 1999 que lo sean con arreglo a este Código, aunque no lo fueran según la legislación anterior, siempre que la apertura de la sucesión se produzca a partir de dicha fecha”.

### 2. Concepto

La fiducia sucesoria aragonesa es aquella institución del derecho aragonés a través de la cual una persona, denominada comitente, nombra a una o varias personas, denominadas fiduciarios, para que ordenen su sucesión para después de su muerte en los términos que aquel señale, sin otros límites que el respeto a la legítima y los generales del principio *standum es chartae* (art. 439 CDFa). Se trata de una delegación de disponer *mortis-causa* en la que una persona encarga a otra (u otras) que disponga de su sucesión cuando aquélla ha fallecido y si el comitente no impone al fiduciario límite o condición alguna, goza de la misma libertad que aquel para ordenar su sucesión. Como señala el art. 407.1 CDFa, el testamento no deja de ser acto personalísimo por el hecho de que las personas capaces de testar puedan encomendar a fiduciarios que, tras su muerte, ordenen su sucesión; debe excluirse pues la idea de que la fiducia constituya un supuesto de representación, ya que no cabe gestionar con terceros ningún interés de quien ha fallecido, lo que se

pide del fiduciario es que tras la muerte del causante ordene su sucesión. La voluntad del fiduciario integra o completa la del causante precisamente al cumplir el encargo que éste le hizo.

### 3. Función y utilidad

*A. Principalmente refuerza la posición del cónyuge viudo cuando es designado fiduciario (habitualmente también usufructuario).* Al depender de él la designación de sucesor, además de ampliarle las facultades de disposición de los bienes de la herencia del comitente.

*B. La institución permite mantener indiviso el patrimonio de las pequeñas empresas o empresas familiares.* También en los supuestos en los que es fiduciario el cónyuge, al retrasar la designación de sucesores, la institución permite mantener indiviso el patrimonio de las pequeñas empresas o empresas familiares, cuya división al fallecimiento del titular les perjudicaría.

*C. Con carácter general evita la apertura de la sucesión legal.* Si el causante muere temprano y sin haber dispuesto *mortis causa*

*D. Favorece el acierto en la elección de sucesor.* Cuando queremos que éste sea único y continuador de la casa o de la empresa familiar

### 4. Requisitos que ha de reunir el comitente

*A. Vecindad aragonesa en el momento del nombramiento (a efectos de Derecho interno, entre españoles, y sin perjuicio de la aplicación del RUE 650/2012).* El comitente ha de ser aragonés en el momento del nombramiento del fiduciario o fiduciarios. Si el comitente en el momento del fallecimiento es de vecindad distinta a la aragonesa, se plantea un posible conflicto móvil, al que debe aplicarse las normas de derecho internacional privado, por remisión del art. 16, 1 Cc. En concreto su art. 9.8 se ocupa de la sucesión *mortis causa* señalando que "...las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra ley la que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso a esta última..." En consecuencia, aunque el causante adquiera una vecindad diferente no pierde validez la institución de la fiducia que seguirá regulándose por la ley aragonesa, aunque la sucesión se rija por ley diferente según reza el art. 9.8 Cc. Por analogía, si la designación se hizo en escritura pública independiente, como permite *in fine* el artículo 442 CDFA, también mantiene su validez

**B. El comitente debe tener capacidad para testar (art. 439 CDFa).** En consecuencia, ha de tener más de 14 años; y, cuando el instrumento empleado sea testamento ológrafo (art. 408.2 CDFa) o se designe la fiducia en pacto sucesorio (art. 378 CDFa), ser mayor de edad (en Aragón es mayor de edad el mayor de 18 años y el menor que haya contraído matrimonio).

**C. Naturaleza personal de las normas del CDFa.** Podrá designarse fiduciario fuera o dentro de la Comunidad de Aragón por la naturaleza personal de la norma. Este carácter personalista viene recogido en el vigente Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por la Ley Orgánica 8/1982, en su art. 2.2: «Las normas que integran el Derecho Civil de Aragón tendrá eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostentan vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial.».

**D. No se requiere que comitente y fiduciario sean parientes o cónyuges entre sí.** Hasta la Ley de Sucesiones, hoy refundida en el CDFa, el comitente y fiduciario tenían que ser cónyuges entre sí, pero la nueva Ley ha ampliado su ámbito subjetivo de manera que no existe necesidad de que haya entre comitente y fiduciario ninguna relación de parentesco ni vínculo matrimonial. Por lo que, aunque lo habitual sigue siendo que sea fiduciario el cónyuge, también puede serlo la pareja de hecho, cualquier pariente o cualquier otra persona.

## 5. El fiduciario

**A. Capacidad.** El comitente puede nombrar a una o varias personas que sean mayores de edad y tengan plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante-comitente (arts. 439, 440 CDFa). Parece de buen sentido la exigencia de plena capacidad de obrar en el fiduciario, dada la trascendencia que tiene la disposición de bienes ajenos, siendo por tanto coherente con todas las facultades de administración y disposición que, de acuerdo con la ley, pueden corresponder al fiduciario hasta el momento que se ejecuta la fiducia. Así, deberá determinarse la capacidad del fiduciario o fiduciarios, no en el momento del nombramiento sino cuando, fallecido el comitente, tenga en su caso, que aceptar su nombramiento y ejercer su cargo.

**B. Situación de crisis matrimonial.** Como ya se ha señalado, actualmente puede designarse fiduciario a cualquier persona que cumpla los requisitos de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar, sin que sea preciso que tenga relación alguna de parentesco o matrimonio con el comitente, sin embargo, dado que lo habitual es que la fiducia se otorgue entre cónyuges, el CDFa en su art. 440. 2, señala que, salvo disposición del

comitente, no tendrá efecto la designación del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento del comitente estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación conyugal o, a instancia de ambos cónyuges o de uno de ellos, se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a tal fin.

La confianza es la base en la que se fundamenta la fiducia sucesoria aragonesa, por tanto, cuando se quiebra, el nombramiento de fiduciario no puede tener efecto. Y salvo disposición del comitente, se entiende que la confianza se ha quebrado cuando a su fallecimiento se diera alguna de las situaciones de crisis del art. 440.2 CDFA (nulidad, divorcio y separación) o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.

La pareja estable no casada no está equiparada al cónyuge, de modo que se la considera igual que a cualquier otra persona. Y la norma no recoge la situación de separación de hecho o la de ruptura de la pareja estable. Es cierto que teniendo la fiducia su fundamento en la confianza que el comitente deposita en el fiduciario, se presume perdida también en estas situaciones, si bien al no estar incluido este supuesto en el precepto debemos entender que en principio la fiducia subsiste no aplicándose las reglas previstas para los cónyuges en el CDFA, en concreto, la norma citada, independientemente de que el comitente dicte las instrucciones que crea conveniente en este sentido.

**C. Voluntariedad y gratuidad del cargo (art. 440.3 CDFA).** La fiducia es un cargo voluntario, lo que supone que el fiduciario no tiene obligación de aceptarlo, siendo posible la renuncia (arts. 440.3 y 462 CDFA).

La Ley no exige causas para la renuncia ni dispone la pérdida de la atribución patrimonial que pudiera corresponderle al fiduciario en la sucesión, salvo que el comitente dé alguna instrucción en este sentido. El comitente ni siquiera puede establecer en sus instrucciones la obligatoriedad de la ejecución; lo que sí podrá hacer, y así ocurre en la práctica, es disponer de sus bienes para el supuesto de que el fiduciario no disponga de los mismos total o parcialmente; con ello se prevé la inejecución de su herencia por el fiduciario y se evita la apertura de la sucesión legal o intestada, que el comitente no desea.

La Ley no establece forma alguna para la aceptación del cargo, por lo que no se necesitará forma especial ni privada ni pública para entenderlo aceptado, bastará el ejercicio de la función encomendada.

Si el fiduciario nada dice sobre si va a aceptar o no su cargo, podrán requerirle notarial o judicialmente para que se defina; de modo que se considerará que renuncia a su condición si no lo aceptare pura y simplemente en los sesenta días siguientes a la notificación (art. 462.d. CDFA). También cabe esperar a que transcurra el plazo de ejecución sin haberse ejercitado ya que, si expira aquel, el fiduciario pierde su condición, aunque no es la medida

más adecuada dada la situación de inseguridad jurídica en que se encontraría el patrimonio hereditario (art. 462.b CDFa)

Es un cargo gratuito, salvo que el causante hubiese previsto que fuera retribuido, por ejemplo, previendo, si ejecuta la fiducia, como forma de retribución alguna atribución sucesoria o la percepción de alguna cantidad con cargo a la herencia.

**D. Carácter personalísimo del cargo.** El cargo de fiduciario es personalísimo lo que supone que no puede delegarse su ejecución ni cederse el cargo a terceros y ello, aunque el comitente le hubiera autorizado, ya que la Ley prevé la posibilidad del llamamiento sucesivo y no la delegación (art. 440.3 CDFa)

**E. Pluralidad de fiduciarios.** Lo habitual es nombrar a una sola persona, pero se admite la pluralidad de fiduciarios, cuyo llamamiento puede ser individual, conjunto o sucesivo.

Si nada se señala al respecto se entiende que el llamamiento es conjunto (art. 439 CDFa).

Si el llamamiento es sucesivo, será fiduciario el llamado en primer lugar y en su defecto actuarán sucesivamente los siguientes designados; se trata de evitar la inexistencia de fiduciario. Si la fiducia, como presume la Ley cuando nada se ha señalado al respecto, es conjunta, los fiduciarios habrán de actuar todos de consuno.

## 6. Forma

Para que la fiducia sea válida debe designarse al fiduciario o fiduciarios en testamento o escritura pública como forma *ad solemnitatem* (art. 442 CDFa). En consecuencia, la forma se constituye así en un requisito de validez de la fiducia.

El testamento en el que se otorga la fiducia puede ser unipersonal o mancomunado, y puede darse en cualquiera de las formas testamentarias admitidas por el CDFa: común: abierto, ológrafo o cerrado; o especial. La escritura pública mediante la cual permite el CDFa el otorgamiento de la fiducia será aquel instrumento notarial que conforme a la legislación notarial tenga tal carácter.

Tradicionalmente, y así lo demuestran los protocolos notariales, los instrumentos en los que se establecía la fiducia sucesoria eran, en el Alto Aragón, la escritura de capitulaciones matrimoniales, que, a su vez contenía pactos sucesorios; y en el resto de Aragón, lo habitual era encontrar la institución en los testamentos unipersonales o mancomunados.

En la actualidad, el procedimiento habitual de ordenación de la fiducia es el testamento notarial abierto normalmente mancomunado otorgado por cónyuges entre sí. No parece necesario que se utilice expresamente las palabras fiducia o fiduciario, pero sí debe estar clara la voluntad del causante en tal sentido, así como que sus instrucciones consten necesariamente en el testamento o escritura pública.

## 7. Principio de subsidiaridad (art. 441 CDFFA)

*A. Instrucciones del comitente.* La actuación del fiduciario está limitada por lo que haya dispuesto el comitente. Su misión consiste en cumplir el encargo que le ha hecho, respetando su voluntad y siguiendo sus instrucciones, si las hubiere.

El nombramiento del fiduciario no coarta ni limita la facultad del comitente de disponer con plena libertad sobre su sucesión, lo que supone que puede modificarla cuantas veces lo crea oportuno siempre que cumpla las mismas formalidades que se exigen para el nombramiento. También puede designar fiduciario sin señalar límite a sus facultades ni disponer instrucción alguna a la que deba sujetar su actuación.

Lo habitual en la práctica (como lo era tradicionalmente) es que el comitente nombre fiduciario con la instrucción de que ordene su sucesión entre sus hijos y descendientes. Aunque también caben instrucciones sobre la administración y disposición de los bienes sometidos a fiducia que, como señala la Ley, deberá constar necesariamente en testamento o escritura pública. La norma deja a salvo que el propio comitente autorice al fiduciario a variar sus disposiciones, a sobrepasar los límites establecidos o no atender sus instrucciones, exigiendo el texto legal que tal autorización sea necesariamente expresa

*B. Disposiciones sucesorias otorgadas por el comitente.* Cosa distinta de las instrucciones establecidas por el comitente al fiduciario para la ejecución de la fiducia, son las disposiciones sucesorias que el comitente haya otorgado en testamento o pacto sucesorio y cuyas disposiciones el fiduciario no puede modificar. Estas disposiciones sucesorias otorgadas por el comitente pueden plantear cuestiones sobre la incompatibilidad total o parcial con el encargo hecho al fiduciario. Para ello distinguamos si son anteriores, simultáneas o posteriores al nombramiento mismo del fiduciario.

*C. Disposiciones sucesorias anteriores al nombramiento del fiduciario.* Habrá que determinar si tales disposiciones quedan revocadas por el nombramiento de fiduciario; para lo cual habrá que estar a lo dispuesto en tema de revocación de testamentos de los arts. 431 a 434 CDFFA.

a) Si el nombramiento de fiduciario es otorgado en un testamento posterior, y su contenido es incompatible con el testamento anterior, revoca las disposiciones sucesorias establecidas por el testador en el testamento anterior.

b) Si el nombramiento de fiduciario es otorgado en escritura pública posterior a un testamento previo, no puede revocar dicho testamento previo ni por tanto tampoco las disposiciones sucesorias que en él se contengan (salvo que la escritura contenga un pacto sucesorio) (art. 432 CDFEA).

c) Si el nombramiento de fiduciario se efectúa en escritura pública (salvo que la escritura contenga un pacto sucesorio) o testamento, no puede revocar disposiciones contenidas en pacto sucesorio anterior.

d) Si el nombramiento de fiduciario se hace en testamento o escritura posterior, no podrá revocar disposiciones sucesorias de carácter correspondiente contenidas en testamento mancomunado si ha fallecido uno de los testadores.

**D. Disposiciones sucesorias otorgadas simultáneamente al nombramiento de fiduciario.** Puede ocurrir: a) Que sean compatibles con el nombramiento de fiduciario al operar sobre distinto ámbito material, así, el comitente dispondrá sobre unos bienes y el fiduciario tendrá el encargo de disponer sobre los restantes.

b) Que sean incompatibles con el nombramiento del fiduciario. En este supuesto habrá que estar a las normas de interpretación de los actos de disposición por causa de muerte, recordando que, prevaleciendo la voluntad del testador, se tenderá a dar un sentido favorable a la eficacia de las disposiciones, y si se trata de disposiciones correspondientes en testamento mancomunado deberá tenerse también en cuenta las normas de interpretación de los contratos (art. 416 CDFEA).

**E. Disposiciones sucesorias posteriores al nombramiento del fiduciario.** Habrá que determinar si tales disposiciones revocan, total o parcialmente, el nombramiento o el encargo del fiduciario:

a) Si el comitente dispone de todos sus bienes en testamento, queda revocado el nombramiento de fiduciario efectuado en un testamento o escritura anterior a aquél.

b) Si el comitente dispone sucesoriamente de parte de sus bienes en testamento, el nombramiento de fiduciario hecho en testamento o escritura anterior será válido en relación a la parte no dispuesta del patrimonio hereditario.

c) Si el comitente dispone de todos o parte de sus bienes en testamento mancomunado posterior al nombramiento del fiduciario otorgado en pacto sucesorio por las mismas partes, el nombramiento quedará revocado en todo o en parte

## 8. Revocación

**A. Principio General.** Señala el art. 443 CDFa, que el nombramiento de fiduciario, con independencia de la forma en que se haya efectuado por el causante, podrá ser revocado en testamento o escritura pública. La doctrina mayoritaria interpreta el precepto en el sentido de que la forma del nombramiento no condiciona que la revocación deba hacerse en idéntico tipo de instrumento formal, de manera que, si se hiciera en testamento o en escritura pública, se podría revocar en escritura o en testamento, indistintamente.

La Compilación de 1.967 no reguló la revocación del nombramiento del fiduciario por lo que, vigente aquella, cabría entender que, si el o los fiduciarios fueron nombrados en pacto sucesorio, su revocación solo podría efectuarse en un pacto sucesorio.

Así, según la citada interpretación, en la actual regulación, si la designación del fiduciario se ha hecho en testamento unipersonal cabría la revocación por cualquier testamento posterior en sentido contrario: abierto, cerrado u ológrafo.

Y si la designación se ha hecho en testamento mancomunado, dado que la designación del fiduciario es una disposición que no tiene carácter patrimonial, y por lo tanto no puede ser nunca correspectiva (art. 420 CDFa), cabe:

a) La revocación unilateral en vida del otro testador igual que ocurre en el testamento unipersonal, con la única limitación de que se haga en testamento abierto, al ser una formalidad que exige la ley, aunque realmente no haya disposiciones correspectivas, en previsión de que pueda haberlas (art. 421.4 CDFa).

b) La revocación en testamento mancomunado o pacto sucesorio posterior entre las mismas partes;

c) La revocación unilateral por el comitente, una vez fallecido el otro testador, en cualquier forma testamentaria (unipersonal o mancomunado: abierto, cerrado, ológrafo) o pacto sucesorio.

**B. Prevalencia de las normas de revocación de la fiducia sobre las del testamento mancomunado.** Es representativa de esta posición la S. TSJA 22/12/2017, Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas. Versa sobre la revocación de la fiducia establecida en testamento mancomunado por testamento ológrafo posterior, planteándose el siguiente supuesto: los cónyuges otorgan testamento mancomunado nombrándose recíprocamente fiduciarios con facultad de distribuir los bienes del cónyuge premuerto y los propios entre hijos y descendientes como creyeran conveniente. Posteriormente, mediante testamento ológrafo, uno de los cónyuges (el marido) revoca el testamento mancomunado anterior y con ello la facultad de fiducia conce-



dida al otro cónyuge. Una vez fallecido el marido se plantea, la nulidad del testamento ológrafo al no cumplir las normas de revocación del testamento mancomunado del art. 421 en relación con el 443 del CDFa.

Es decir, se cuestiona, la eficacia revocatoria de un testamento ológrafo unipersonal respecto de una fiducia instituida en testamento mancomunado. Prevalecen, según la Sentencia, las normas de revocación de la fiducia sobre las del testamento mancomunado, y así señala que el art. 443 CDFa es una norma que especialmente regula la forma de revocación de la designación de fiduciario permitiendo llevarla a efecto en testamento, cualquiera que hubiese sido la forma en que se hiciera. En consecuencia, considera válidas las cláusulas del testamento ológrafo que revocan el testamento mancomunado anterior. Por otro lado, el nombramiento de un nuevo fiduciario se interpreta como revocación tácita del anteriormente nombrado, salvo que resulte clara la voluntad del causante de que actúen conjunta o sucesivamente para evitar la extinción de la fiducia.

## 9. Plazo para ejecutar la fiducia (art. 444 CDFa)

*A. Principio general.* El fiduciario deberá cumplir su encargo en el plazo que expresamente le haya señalado el comitente (el causante). En este aspecto se establece la libertad del comitente para ordenar su sucesión y rige ante todo el plazo que éste haya señalado al fiduciario para cumplir su encargo, cualquiera que sea su duración, incluido si el fiduciario es el cónyuge. Es decir, el comitente puede fijar el plazo que quiera respecto de cualquier fiduciario, sea cónyuge o no, tan corto o tan largo como desee, la Ley no le impone ningún límite.

*B. En el supuesto de que el causante no haya dado instrucciones en este sentido.* La Ley señala al fiduciario no cónyuge el plazo de tres años (art. 444 CDFa), prorrogables con autorización judicial, que también podrá establecer un período más breve si así lo solicita cualquier persona con interés legítimo (arts. 446 y 447 CDFa). El legislador intenta que el período de indeterminación sobre la titularidad del patrimonio, cuando el fiduciario no es el cónyuge del comitente, sea breve.

Si el único fiduciario es el viudo del comitente, su nombramiento se entenderá hecho de por vida. Todo ello supone que, si aquél no ha renunciado al usufructo, usufructuará la herencia sometida a fiducia con los derechos y facultades que ello conlleva y que veremos más tarde. Al tratarse de un acto por causa de muerte, la regla general es que los plazos, que son de caducidad, se computen desde el fallecimiento del causante (art. 445 CDFa). Solo en caso de falta de señalamiento tiene el viudo un régimen distinto al de otros fiduciarios.

**C. Naturaleza del plazo.** El art. 118 de la Compilación disponía que: “Si el causante no hubiera fijado plazo de cumplimiento del encargo y no existe cónyuge fiduciario, cualquier persona con interés legítimo podrá pedir su señalamiento al Juez de Primera Instancia del lugar de apertura de la sucesión, quien lo hará previa audiencia del Ministerio Fiscal”.

En cuanto a la naturaleza y comienzo del plazo, la Compilación dejó al arbitrio del causante el señalamiento del mismo, sin señalar su naturaleza, el comienzo, ni el efecto del incumplimiento del encargo fiduciario en el límite temporal establecido. Las cuestiones que se plantearon básicamente fueron en relación con la validez de la suspensión. Si el plazo establecido es de caducidad, no cabe la interrupción, pero si la limitación de tiempo para la ejecución de la fiducia es de prescripción, la suspensión es válida.

¿Cómo lo resuelve el CDFA? No es objeto de cuestión litigiosa el tema del plazo de ejecución de las fiducias sucesorias reguladas por el CDFA pues el art. 444 además de disponer que el fiduciario deberá cumplir su encargo en el plazo que expresamente le haya señalado el comitente y en su defecto en el plazo de tres años, salvo si el único fiduciario es el cónyuge del comitente en cuyo caso su nombramiento se entenderá hecho de por vida, añade en su apartado 4, que el plazo es de caducidad y, por tanto, sin posibilidad de interrupción por causa alguna.

**D. Cómputo de plazo.** a) *La regla general* es que el “dies a quo” del plazo para ejecutar la fiducia se inicia en la fecha del fallecimiento del causante.

b) *Excepciones.* Existen otras reglas especiales según señala el art. 445 CDFA.

a'. Si al fallecimiento del comitente existen legitimarios de grado preferente menores de edad (hijos, en su defecto sus hijos y así sucesivamente, sustituidos por estirpes), el plazo de ejecución de la fiducia será de tres años desde que alcancen la mayoría de edad todos ellos.

b'. En las fiducias sucesivas, el plazo contará desde que legalmente sea posible la ejecución.

c'. Y en los supuestos en que, después de ejecutada la fiducia, dicha ejecución resulte ineficaz porque los beneficiados de la atribución realizada no quieran o no puedan aceptarla o porque sea declarada nula, el plazo computará desde que el último llamamiento resulte ineficaz. Hay que decir que, en tales casos, la Ley permite al fiduciario reiterar el llamamiento realizado, es decir, volver a ejecutar la fiducia y si al producirse la ineficacia de las atribuciones resulta que ha caducado el plazo, el fiduciario dispondrá de un nuevo plazo de dos años para volver a ejecutar la fiducia.

**E. Prórroga del plazo.** Mediando justa causa, los fiduciarios podrán solicitar al juez, antes de que caduque, la prórroga del plazo establecido. La

competencia para prorrogar el plazo corresponde al juez de primera instancia del último domicilio del causante que instituyó la fiducia. El máximo de la prórroga no puede exceder de dos años, aunque a juicio del juez puede ser inferior (art. 446 CDFa).

*F. Reducción del plazo.* Cuando el fiduciario no es el cónyuge viudo, cabe la reducción del plazo a instancia de cualquier persona con interés legítimo. La competencia corresponde al juez de primera instancia del último domicilio del causante que instituyó la fiducia, quien decidirá previa audiencia del Ministerio Fiscal. Es de resaltar que cuando el único fiduciario es el cónyuge viudo no cabe reducir el plazo de que dispone para ejecutar la fiducia que es de toda la vida si el comitente no ha establecido plazo inferior (art. 447 CDFa).

## 10. Herencia pendiente de asignación (arts. 449 a 455 CDFa)

*A. Introducción.* Hasta que se ejecute la fiducia, la herencia se encuentra en situación de herencia yacente. La situación es interina, se trata de un patrimonio del que ya no es titular el causante, pues su personalidad se ha extinguido con su fallecimiento, desconociéndose por otro lado quien será el nuevo titular. En consecuencia, dado los plazos legales establecidos por la Ley (en defecto de otra determinación por parte del causante, tres años para el fiduciario, toda la vida para el cónyuge fiduciario), la situación requiere que el caudal se administre, que se le represente en eventuales juicios y fuera de ellos, ejercitando derechos y defendiendo pretensiones formuladas contra él.

En la Compilación, el régimen de la herencia pendiente de asignación era insuficiente, simplemente se hacía una remisión a las normas de la comunidad hereditaria del Código Civil lo que planteaba muchas dudas y problemas sin resolver.

En la actualidad, el CDFa ha dado solución a todas las cuestiones que se planteaban, tanto doctrinalmente como en la práctica, en relación a los bienes hereditarios, que no pueden quedar sustraídos del tráfico jurídico, así como, por quién y cómo se administra la herencia pendiente, y de qué manera puede disponerse de los bienes de la herencia.

El CDFa ha tenido en cuenta que el patrimonio hereditario pendiente de asignación puede generar obligaciones y cargas, en definitiva, puede funcionar en el tráfico jurídico durante un tiempo que puede ser largo, con el agravante de que no está determinada su titularidad, por ello son varias las reglas que se han establecido con la finalidad de facilitar una administración dinámica en pro de una mayor agilidad en el tráfico jurídico del patrimonio hereditario pendiente de asignación.

**B. Administración y representación de la herencia (art. 449 CDEFA).** ¿A quién le corresponde la administración y representación del patrimonio hereditario?

En primer lugar, al cónyuge viudo que sea fiduciario. En segundo lugar, al cónyuge viudo no fiduciario y administrador de la comunidad conyugal aunque no sea usufructuario, o al cónyuge viudo no fiduciario ni administrador de la comunidad conyugal en liquidación sobre los bienes afectos al usufructo de viudedad si es usufructuario. En tercer lugar, al fiduciario no cónyuge o fiduciarios. Y finalmente, en las fiducias colectivas corresponde a los fiduciarios siempre que el comitente no haya nombrado un administrador. En la práctica, la designación de un administrador evitará las dificultades que presenta la toma de acuerdo por varias personas.

**C. Administración ordinaria de la herencia. Inventario (art. 450 CDEFA).** Constituye una regla general que, quien administra un patrimonio ajeno, debe formalizar inventario de los bienes que lo integran salvo que la ley dispense de esta obligación en determinadas circunstancias. En el caso de la fiducia, cuando la herencia está pendiente de asignación y a partir de entonces, es exigencia de la ley la formación de un inventario en el plazo fijado por el comitente o, en su defecto, dentro de los seis meses, que el administrador debe formalizar en escritura pública, comprensivo de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión. Salvo que el comitente señale lo contrario, o lo acuerde el Juez a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario, se exonera de la formación de inventario cuando el único fiduciario es el cónyuge. El plazo puede prorrogarse por el juez, a instancia del administrador alegando causa justificada para ello. Como regulación del inventario se exige que sea completo, incluyendo por tanto la totalidad de los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión, o sea el activo y pasivo del caudal relicto, y formalizándose en escritura pública.

En caso de incumplimiento, cualquiera de los parientes del causante dentro del cuarto grado, o cualquiera otro interesado en la herencia podrá solicitar del Juez que requiera al administrador para que lo formalice, le concederá un nuevo plazo por el tiempo que estime oportuno, apercibiéndole que, si no lo hace, lo realizará a su costa un tercero designado judicialmente, sin perjuicio de otras responsabilidades en que pudiera incurrir por el incumplimiento.

**D. Cargas y obligaciones (art. 451 CDEFA).** La Ley señala las obligaciones y cargas que deben ser sufragadas con cargo al caudal hereditario por el administrador: a) Los alimentos debidos a los hijos y descendientes cuando esta obligación no corresponda a otras personas. b) Las cargas y deudas de la herencia. c) Los gastos de conservación, los impuestos, primas de seguro

u otros gastos a que se hallen afectos, así como las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, en cuanto no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario. d) Y, en caso de aplazamiento del impuesto sucesorio, la garantía del pago del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (apartado introducido por la Ley aragonesa 15/2018 de 22 de noviembre).

Es de resaltar que las cargas económicas que detalla el artículo son de distinta naturaleza pues las de los apartados b, c y d responden a obligaciones y gastos del propio caudal, mientras que el apartado a, contempla una obligación subsidiaria de alimentos a favor de los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas.

Gracias a la norma, tanto los hijos o descendientes con derecho a alimentos como los acreedores, no se ven perjudicados por la muerte del causante-comitente, ya que los primeros no ven suspendido el suministro de los mismos y los últimos ven satisfechos sus créditos, sin necesidad de esperar a la designación de herederos cuando se ejecute la fiducia. Si bien podría plantearse si debiera satisfacerse también los alimentos debidos a ascendientes u obligaciones alimentarias contraídas con otra persona que no sean las mencionadas.

Serán a cargo del caudal hereditario los gastos de conservación de los bienes, es decir los derivados de la gestión ordinaria de los bienes y las originadas por la explotación de los negocios que formen parte del mismo, en cuanto no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario. En cuanto al pago de impuestos a cargo del caudal abarcará aquellos que no son a cargo del cónyuge usufructuario en su caso.

#### ***E. Contenido de la administración y representación (art. 452 CDEFA).***

En la administración de la herencia pendiente de ejecución se observarán ante todo las normas previstas al efecto por el comitente, y en caso de que nada haya dispuesto o para completarlo, la norma enumera el conjunto de facultades que integran el contenido normal de la administración ordinaria.

La Ley otorga al administrador todas las facultades posibles para llevar con eficacia su cometido; así, además de señalar la facultad de poder realizar cualesquiera actos propios de su cargo, precisa que podrá gestionar los negocios que formen parte del caudal, así como ejercer las facultades de gestión que el causante le haya podido atribuir.

El administrador está legitimado activa y pasivamente para actuar procesal y extraprocesalmente por cuenta del patrimonio hereditario, por ello, el precepto señala que estará legitimado activa y pasivamente respecto de cualesquiera acciones referidas al patrimonio hereditario, como son las necesarias para su defensa, cobrar créditos vencidos, consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen. Con ello se resuelven los pro-

blemas prácticos propios de la herencia yacente. En particular la facultad de gestionar los negocios que formen parte del caudal relicto facilita su tráfico jurídico en beneficio del mantenimiento del valor del mismo y de los terceros con los que se relacionan.

Otra cuestión es la legitimación para el ejercicio de las acciones personales del causante ¿a quién corresponderá a falta de heredero?; nada señala la Ley en materia de fiducia, tanto las facultades del administrador y del fiduciario van referidas al patrimonio hereditario, al igual que las del administrador de la herencia yacente (art. 324 CDFEA); en consecuencia, siendo los herederos los únicos competentes, habrá que esperar a la ejecución de la fiducia para que aquéllos estén determinados.

*F. Disposición de la herencia (arts 453 y 454 CDFEA). a) Principio general.* Hasta que se ejecute la fiducia, el fiduciario podrá disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia en los supuestos determinados por la norma. Esta facultad de disposición tiene una limitación: si existen legitimarios, para los actos de disposición que recaigan sobre bienes de especial importancia será necesario la autorización de cualquiera de ellos con plena capacidad de obrar y, siendo todos los legitimarios menores o incapaces, de la Junta de Parientes o de Juez competente.

*b) Supuestos.* La Ley permite que el fiduciario disponga de los bienes y derechos hereditarios sujetos a fiducia en tres supuestos:

a'. Si el comitente le hubiera autorizado para ello.

b'. Para atender el pago de las obligaciones y cargas de las que responde el caudal. Es decir, necesidad de obtener liquidez para pagar esas obligaciones y cargas que son a cargo del caudal hereditario según art. 451.

c'. Cuando el fiduciario lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros. Hay que destacar la amplitud de ámbito que el CDFEA otorga al fiduciario para realizar actos de disposición, porque cuando el fiduciario lo juzgue conveniente podrá realizarlos, ¿quién va a juzgar la conveniencia o no de realizarlos? ¿Y en base a qué criterios? El legislador encomienda sólo al fiduciario ese juicio, aunque será exigible en caso de impugnación del acto dispositivo, que justifique alguna razón para enajenar.

En cualquiera de estos supuestos si existen legitimarios, y tratando de evitarles perjuicios, se exige un control externo para la eficacia de los actos de disposición de los bienes de mayor trascendencia como: inmuebles por naturaleza, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos preciosos. De manera que será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, siendo todos ellos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del juez competente.

Es de resaltar que cualquier descendiente o legitimario del causante con capacidad de obrar puede otorgar su autorización al acto de disposición sin

ser necesario que sea legitimario de grado preferente. No tendrá la categoría de legitimario, el descendiente del causante que haya renunciado a la legítima unilateralmente o a través de pacto sucesorio con el causante o el desheredado por las causas recogidas en el CDFa (arts. 511 y 509). No será de aplicación la limitación establecida por el art. 454 si al fallecimiento del causante no hubiera legitimarios: en tal caso el fiduciario no requerirá ninguna autorización en los supuestos en que tiene permitida la disposición.

Es razonable considerar, por aplicación de la doctrina general, que serán los legitimarios o quienes los representen los que podrán impugnar los actos de disposición realizados sin la debida autorización. Y en el supuesto de que no haya legitimarios, también los posibles beneficiados, podrán hacer valer la ineficacia de aquellos actos que defrauden la finalidad de la fiducia.

Imaginemos que el cónyuge es el fiduciario con solo hijos comunes de su matrimonio con el comitente (legitimarios de grado preferente) y juzgue conveniente vender una casa que forma parte de la herencia sujeta a fiducia, con el consentimiento de uno de los hijos mayor de edad y capaz podrá realizar la venta, y si bien es verdad que el dinero obtenido se subroga en el lugar del bien vendido, también es cierto que si el cónyuge supérstite es titular del usufructo aragonés, éste recaerá sobre el precio obtenido, en consecuencia, tendrá derecho a los intereses que produzca, pero también, según el art. 299 CDFa, podrá disponer de todo o parte de tal dinero y en este caso sus herederos habrán de restituir, al tiempo de extinguirse el usufructo, el valor actualizado del dinero dispuesto. Es decir, al fallecimiento del cónyuge supérstite, sus herederos (los hijos comunes) habrán de restituir a los herederos del comitente (los hijos comunes), en consecuencia, a ellos mismos, el valor actualizado del dinero dispuesto.

Se trata pues, de un supuesto más en el que se manifiesta la protección que el derecho aragonés otorga al cónyuge viudo, cuando los herederos del comitente y del cónyuge fiduciario y usufructuario son los mismos.

Cuando la Ley, al regular la realización de los actos de disposición sobre los bienes de la herencia pendiente de asignación, hace referencia en todo momento al fiduciario y no al administrador, es porque la facultad de disposición corresponde en todo caso al fiduciario y no al administrador.

Para los supuestos en que no coinciden los cargos de administrador y fiduciario (por ejemplo cuando coinciden fiduciario no cónyuge y el viudo usufructuario), la Ley exige, para una correcta coordinación de ambas funciones, que el fiduciario o fiduciarios no administradores den cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados, lo que de acuerdo con el número 2 del art. 453 CDFa, sucede en todo caso, salvo que la causa de disposición de los bienes haya sido destinar la contraprestación a saldar deudas a cargo del caudal pendiente de asignación.

Si la fiducia es individual, corresponde al fiduciario decidir por sí mismo la realización de los actos de disposición. Si la fiducia es colectiva, salvo

que el causante hubiera dispuesto otra cosa, el acuerdo de enajenar debe ser unánime.

Los actos de disposición a los que se refiere la Ley son exclusivamente a título oneroso, por eso al regular los actos de disposición señala, que la contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación, y porque, la disposición a título gratuito en realidad forma parte del contenido del ejercicio de la fiducia y por tanto debería reunir los requisitos precisos para ello.

## 11. Liquidación de la sociedad conyugal y fiducia

**A. Principio general.** El fiduciario tiene facultades de liquidación del régimen económico matrimonial. Un paso previo para determinar el caudal relicto es la liquidación y adjudicación del consorcio conyugal. El viudo tiene una posición preponderante en la fiducia, incluso cuando él no es fiduciario, puesto que es administrador de los bienes comunes antes de la partición y tras ello usufructuario del caudal pendiente de asignación.

**B. Si el fiduciario no es el cónyuge.** En este caso el art. 455 CDFA señala que el fiduciario podrá solicitar la liquidación del régimen económico matrimonial disuelto. Puede practicar con el viudo la liquidación y división de la comunidad matrimonial disuelta sin que sea necesaria la concurrencia de los partícipes (art. 259. 2 CDFA). Pueden darse dos situaciones:

a) que el fiduciario ejecute la fiducia, designando los herederos y en este caso los beneficiados junto al cónyuge viudo podrán liquidar la comunidad conyugal;

b) o que el fiduciario no haya designado los herederos, pero interese practicar la liquidación. En este supuesto, para que el fiduciario pueda practicar la división será necesaria la concurrencia del cónyuge viudo, pero no la de los posibles llamados (art. 259 CDFA).

Es una norma que resuelve los problemas que se suscitaban en la práctica, al no ser ya necesario para la liquidación del régimen económico el acuerdo de los herederos, que, por definición, hasta que no se ejecute la fiducia, no están designados; liquidación por otro lado necesaria para que a su vez el fiduciario no cónyuge cumpla su encargo.

**C. Si el fiduciario es el cónyuge viudo.** En tal caso podrá realizar la liquidación y división de la herencia solo con la autorización de uno de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del juez competente, y no habiendo legitimarios, precisará la autorización del juez (art. 259. 3 CDFA).



El art. 259 del CDFA regula, por primera vez, un supuesto muy habitual en la práctica, en consonancia con la facultad de disposición de inmuebles y bienes muebles de importancia económica del art. 454 del CDFA. De manera que, al cónyuge viudo que sea fiduciario, se le concede la facultad de realizar la liquidación y división del patrimonio consorcial con la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si son todos menores o incapaces, de la Junta de Parientes o del juez.

Y más aún: dichas autorizaciones no serán necesarias cuando el cónyuge viudo se limite a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio (art. 259.3. *in fine*).

**D. Liquidación como acto de disposición.** Medidas cautelares por posible contraposición de intereses. La Jurisprudencia entiende que la liquidación de la sociedad conyugal habida entre la fiduciaria y el causante es un acto de disposición que forma parte de las operaciones particionales tendentes a determinar el caudal relicto. Así, en un supuesto en el que la viuda es usufructuaria, habiendo hijos menores de 14 años legitimarios del causante, se señala que no puede la viuda fiduciaria junto al contador partidor designado por el causante efectuar dicha operación sin que medien las cautelas del art. 259. 3 CDFA, al haber contraposición de intereses entre la madre fiduciaria y los legitimarios. Se explica que en el procedimiento para liquidar una sociedad conyugal en la que el cónyuge sobreviviente es fiduciario del fallecido habiendo dos hijos menores de 14 años se está claramente en presencia de un supuesto de oposición de intereses; por un lado, el cónyuge como viudo con derecho a los bienes que le correspondan en la liquidación de la sociedad conyugal, por otro, los posibles designados (A. Pres. TSJA 3/1/2001).

**E. Atribución de bienes consorciales por el cónyuge fiduciario.** Cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de previa liquidación (art. 457.3 CDFA).

La norma diferencia nuevamente la fiducia individual del viudo de los restantes supuestos, pues solo el cónyuge fiduciario tiene facultad de atribución de bienes consorciales sin la previa liquidación del régimen económico matrimonial ya disuelto por el fallecimiento del comitente.

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones por causa de muerte que introduce expresamente esta norma, hoy refundida en el CDFA, tanto la Jurisprudencia (Auto del Presidente del TSJA de 3-10-89) como un amplio sector doctrinal ya entendía legitimado al viudo para asignar bienes consorciales. El Auto señaló que en realidad lo que sucede en este caso es que hay una liquidación simplificada de la comunidad conyugal en cuanto al bien o

bienes en cuestión, que queda adjudicado en cuanto a una mitad indivisa al cónyuge sobreviviente y en cuanto a la otra al caudal hereditario, tras lo cual se produce un acto mixto: en cuanto a la mitad indivisa del bien se ejecuta la fiducia y en cuanto a la otra mitad existe una donación del fiduciario. Es decir, el cónyuge está legitimado al ser titular del poder de disposición sobre la totalidad de ellos, como dueño de su mitad y facultado como fiduciario de atribuir la otra mitad a los herederos del causante (art. 457. 3 CDF).)

El precepto dice que estamos ante un uso parcial de la fiducia, pero, aunque esto sea lo habitual también puede tratarse del único bien o únicos bienes, por lo que podría tratarse de una ejecución total de la fiducia. ¿Pero se aplicará la norma en el supuesto de que la adjudicación del bien o bienes suponga la ejecución total de la herencia? No hay razón para que el tratamiento sea diferente.

Que el tratamiento no sea diferente concuerda con lo establecido en el art. 259 CDF, en el que, se señala, que cuando el fiduciario es el cónyuge viudo, para realizar la liquidación y división necesitará la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar y, si todos son menores o incapaces, la de la Junta de Parientes o del Juez competente; y, no habiendo legitimarios, precisará de la autorización del Juez. Si bien, dichas autorizaciones no serán necesarias cuando el cónyuge viudo fiduciario se limite a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio. En consecuencia, con mayor razón, el cónyuge viudo no necesitará de estas autorizaciones si adjudica un bien o todos los integrantes de la masa consorcial, sin previa liquidación. Ya que lo que la Ley trata de evitar en los preceptos ya citados es que el cónyuge viudo resuelva la liquidación en beneficio propio.

## 12. Delación

**A. Principio General.** Como hemos señalado, la voluntad del fiduciario integra o completa la del causante precisamente al cumplir el encargo que éste le hizo, por lo que no hay delación hasta el momento de ejecución de la fiducia o de su extinción. La razón se encuentra en el hecho de que el nombramiento del fiduciario no es suficiente para que la fiducia produzca su efecto propio, como es la ordenación del fenómeno sucesorio. Es necesario un elemento integrativo, cual es la ejecución de la fiducia.

Es decir, hasta que el fiduciario no adjudique los bienes, nadie puede aceptar o repudiar, porque no se sabe quién va a ser favorecido (art. 448. 1 CDF). Es un supuesto en el que la vocación y la delación no coinciden. La delación (llamamiento efectivo) y vocación (llamamiento potencial) coinciden habitualmente en la apertura de la sucesión salvo en los casos regulados en los apartados 2 a 4 del art. 321 CDF en los que se establece que se

regulará por sus propias normas. Uno de los supuestos es el de la fiducia, cuyo régimen especial señala que a todos los efectos legales la delación de la herencia se producirá en el momento que la fiducia se ejecute o en su defecto cuando se extinga.

**B. Efectos.** Que la delación de la herencia no se produzca hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción conlleva las siguientes consecuencias:

a) No se sabrá hasta entonces quiénes son los favorecidos.

b) A partir de ese momento los favorecidos podrán aceptar o renunciar a la herencia del comitente.

c) Para determinar la capacidad del sucesor o sucesores se estará al momento de la delación y no al tiempo de fallecimiento del comitente. Por lo que el favorecido puede no haber nacido, ni estar concebido, ni siquiera sus padres, en el momento del fallecimiento del comitente.

d) Si no hay todavía ejecución de la fiducia, ni extinción de la misma y el único posible beneficiario fallece en esa situación, como nada ha adquirido en la herencia del comitente, no puede transmitir a sus herederos el *ius delationis* respecto de la herencia del comitente (art. 354 CDFa).

### 13. Ejecución de la fiducia individual

**A. Introducción.** La ordenación de la sucesión por parte del fiduciario es lo que se denomina la ejecución de la fiducia. En primer lugar, se ha de estar a las instrucciones del comitente, en su defecto la Ley establece las siguientes reglas distinguiendo si el fiduciario es o no el cónyuge:

a) *Si el fiduciario no es el cónyuge del comitente.* En este supuesto, la fiducia deberá ejecutarse necesariamente por actos *inter vivos* formalizados en escritura pública.

b) *Si el cónyuge es el único fiduciario.* En tal caso podrá cumplir su encargo tanto *inter vivos* o en testamento, salvo disposición en contrario del causante.

c) *Si existen descendientes del comitente.* Salvo disposición en contrario del causante, si hay descendientes suyos en el momento de su fallecimiento el fiduciario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad con que podría hacerlo el causante (art. 457. 1 CDFa). La norma presume que el deseo del comitente es beneficiar únicamente a sus descendientes, impidiendo al fiduciario beneficiar a quien no lo sea. No se trata únicamente de distribuir la legítima, se trata de la distribución de la totalidad del caudal hereditario hasta ese momento pendiente de asignación.

**B. Forma de ejecución y modo de actuación (arts. 456 y 457 CDFA).** Dos son las formas previstas para ejecutar la fiducia: a) la escritura pública *inter vivos* para todo fiduciario y b) el testamento que también puede utilizarlo el fiduciario cónyuge, salvo que el comitente, en este supuesto se lo haya prohibido o sujeto a encargo a plazo, por lo que no le sería aplicable el plazo vitalicio para su ejecución.

La forma debe entenderse como requisito *ad solemnitatem* del que depende la validez del acto de ejecución, aunque los bienes relictos sean bienes muebles. La ejecución de la fiducia es un acto unilateral del fiduciario, cuya eficacia no precisa la aceptación del instituido.

a) Los actos *inter vivos*, formalizados en escritura pública, que se hacen en ejecución de la fiducia, son irrevocables desde el momento de su otorgamiento, independientemente de que se haya producido la aceptación o no por parte del favorecido; la aceptación afectará a la eficacia de la disposición, pero no a su validez. En consecuencia, el acto de ejecución será válido e irrevocable, siendo necesaria la aceptación del favorecido para la adquisición de la herencia, pero no para dar validez al acto de la ejecución.

b) Los actos de ejecución de la fiducia en forma testamentaria son siempre revocables (art. 458.3 CDFA). El adverbio «siempre» que utiliza el legislador supone que las cláusulas que contienen la distribución de la herencia sujeta a fiducia nunca pueden ser correspectivas. Son correspectivas las disposiciones patrimoniales de un testamento mancomunado, cuando cada uno de los testadores que las otorgan, disponen mediante ellas de alguno de sus bienes o derechos porque el otro dispone de los suyos de una determinada forma. Es decir que una disposición tiene su causa en la otra (art. 420 CDFA). La correspectividad afecta a la revocabilidad del testamento mancomunado, de manera, que una vez fallecido uno de los testadores, el otro testador no podrá revocar las disposiciones que sean correspectivas (art. 421.3 CDFA).

Así las cosas, si los actos de ejecución de la fiducia son siempre revocables no pueden, por lo dicho anteriormente, formar parte de una disposición correspectiva, algo por otro lado que iría en contra del espíritu de la institución. Creo que el siguiente ejemplo puede aclarar lo dicho:

Ejemplo: **A**, nombra a su cónyuge **B**, fiduciario en escritura pública o en testamento unipersonal o mancomunado, para que ordene su sucesión para después de su muerte. **A**, fallece y **B** acepta ser fiduciario. **B** podrá ejecutar la fiducia bien en actos *inter vivos*, formalizados en escritura pública, actos que son irrevocables; o en actos *mortis causa*, formalizados en testamento unipersonal o mancomunado, que siempre son revocables. Supongamos que **B** dispone tanto de sus bienes como de los del comitente en testamento mancomunado que otorga con **C**. En ningún caso cabe que la disposición de los bienes de **A**, forme parte de una disposición correspectiva, porque aparte de que ésta no sería siempre revocable —dejaría de serlo cuando falleciera **C**—, no cabe, porque va en contra de la confianza que tiene el comitente en el fiduciario para que ordene su sucesión, y por

tanto en contra del espíritu que rige la fiducia sucesoria, que B vincule la disposición de los bienes de A a la disposición de los bienes otorgada por C.

De la misma manera y por las mismas razones, además de no ser patrimonial, no cabe la correspectividad en el nombramiento del fiduciario o fiduciarios.

**C. Fiduciario no cónyuge.** La fiducia debe ejecutarse necesariamente por actos inter vivos formalizado en escritura pública. Los actos formalizados en escritura pública son irrevocables y su eficacia es inmediata. Son actos que se otorgan en la práctica entre el fiduciario y los beneficiados, en la misma o diferente escritura pública. Manteniendo la previsión que introdujo expresamente la Compilación, todo fiduciario puede ejecutar la fiducia total o parcialmente, en un solo acto o en diferentes momentos salvo previsión contraria del comitente.

Si bien en los supuestos en los que el llamamiento sea ineficaz porque el designado no puede o no quiere suceder, o sea declarado nulo por error, violencia o dolo, el CDFA (art. 458, 2) permite que el fiduciario reitere el llamamiento, no aplicándose con ello lo preceptuado por el art. 323 del CDFA cuando establece, que si resulta ineficaz un llamamiento voluntario se abrirá la sucesión legal, resultado no acorde con la voluntad del comitente. Esta norma no supone una excepción a la irrevocabilidad del acto, sino un remedio a su ineficacia, al poder reiterar el fiduciario el llamamiento por ser nulo o porque los beneficiarios no quieren o no pueden aceptar.

**D. Fiduciario cónyuge.** Cuando se haya designado como único fiduciario al cónyuge, la fiducia puede ejecutarse por acto inter vivos formalizado en escritura pública o también en testamento. La posibilidad de que cumpla su encargo a través del testamento es consecuencia de que, en principio, el viudo fiduciario, tiene toda su vida como plazo para ejecutar su cometido, por lo que no podrá ejecutar la fiducia mediante testamento cuando la fiducia se haya sometido a plazo. La Ley no distingue, por lo que cualquier clase de testamento: unipersonal o mancomunado y en cualquiera de las formas: abierto, cerrado u ológrafo, son válidas para que el fiduciario-cónyuge ejecute la fiducia.

En la práctica, el cónyuge fiduciario ejecuta la fiducia en el mismo testamento que ordena su sucesión, y como consecuencia de la naturaleza misma de los actos por causa de muerte, su eficacia sólo se produce al fallecer el testador.

En consecuencia, el otorgamiento de testamento por el viudo ejecutando total o parcialmente la fiducia no impide que pueda otorgar otros actos de disposición contrarios a los que estableció en el testamento, ya que las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, quedando estas tácitamente revocadas por actos de ejecución contrarios y posteriores.

Por otro lado, no cabe que el cónyuge fiduciario ejecute la fiducia en pacto sucesorio porque no cabe pactar sobre la herencia de otro (art. 377 CDFFA).

**E. Contenido.** El fiduciario debe ordenar la sucesión del comitente, es decir debe realizar todos aquellos actos que podrían haber sido realizados por el comitente para disponer de sus bienes para después de su muerte. En consecuencia, el fiduciario podrá instituir heredero, atribuir legados, imponer gravámenes, condiciones, mencionar a los legitimarios de grado preferente para evitar la preterición en la que incurrió el causante, realizar la partición de la herencia, nombrar albaceas.

No están comprendidas entre las funciones del fiduciario otras disposiciones de carácter familiar, que escapan en sentido estricto de lo que es la ordenación de la sucesión por causa de muerte, aunque se puedan contener en testamento, como el reconocimiento de hijos, nombramiento de tutor, Junta de parientes, incluso nombramiento de fiduciario, ya que la facultad de nombrar fiduciario o la ejecución de su cargo es personalísima.

En su caso, la parte de la herencia que no se ha distribuido, se deferirá en primer lugar conforme a las disposiciones del comitente dictadas en previsión de la no ejecución y, en su defecto, según las reglas de la sucesión legal.

#### 14. Ejecución en la Fiducia colectiva

**A. Integrantes de la fiducia colectiva.** Hay fiducia colectiva cuando el comitente designa a varias personas para que actúen conjuntamente. La Ley regula la formación y actuación de la fiducia colectiva. Así el art. 439 CDFFA prevé que el comitente pueda nombrar más de un fiduciario y, salvo otra precisión, se entienden llamados conjuntamente, dando lugar a la fiducia colectiva.

Es posible que el comitente, al instituir la fiducia colectiva, no designe las personas que han de integrarla y señale simplemente que los fiduciarios sean parientes sin designarlos expresamente, con lo que surge el problema de precisar y cumplir su voluntad.

Pero cuando el comitente no precisa los parientes que desea que constituyan la fiducia, no siempre será fácil completar la voluntad del testador ya que el nombramiento no idóneo puede tener relevantes consecuencias como la nulidad de la ejecución fiduciaria, lo que ha dado lugar a numerosas situaciones litigiosas.

El Apéndice de 1.925 nada regulaba al respecto; la Compilación de 1.967 en su art. 115, llamaba al cónyuge y a los dos más próximos parientes entre los ascendientes y colaterales; en otro caso, cuatro, dos por cada una de las líneas. El art. 459 del CDFFA, dispone que formará parte el cónyuge viudo, si el comitente no lo ha excluido expresamente y existen solamente descendientes

comunes, y que se entenderán llamados hasta un número de tres, primero a los ascendientes más próximos del causante de menor edad de una u otra línea, y en segundo lugar, a los hermanos que hayan convivido familiarmente con el causante con preferencia del mayor sobre el menor, y en su defecto colaterales hasta el cuarto grado que nombre el Juez.

Entre los parientes comprendidos en estas categorías, más el cónyuge si se diera el caso, es preciso que totalicen un número de tres ya que si no se completa resulta imposible constituir la fiducia y se abrirá la sucesión legal, si el testador no ha previsto la situación

**B. Ejecución de la fiducia colectiva.** Habrá que atender en primer lugar y, ante todo, a lo dispuesto al efecto por el comitente, por lo que las normas legales tienen carácter dispositivo supliendo la falta de instrucciones. La norma establece como regla general que, para adoptar acuerdos válidos de ejecución, es necesario que concurren al otorgamiento de la escritura pública todos los fiduciarios, pero bastando con que concorra la mayoría de ellos si los comparecientes manifiestan bajo su responsabilidad que la decisión se adoptó tras deliberación a la que fueron convocados la totalidad de los fiduciarios (art. 460 CDFA). En este caso la palabra de los otorgantes presta autenticidad al cumplimiento de los requisitos de convocatoria y deliberación para adoptar el acuerdo de ejecución que solemnizan notarialmente

Los acuerdos se adoptarán por mayoría, regla que por excepción se eleva a la unanimidad cuando se trata de adoptar el acuerdo de enajenación de bienes del caudal (art. 453, 1, *in fine* CDFA). Es de resaltar que siendo tres los fiduciarios, salvo disposición distinta del comitente, se evitan empates imposibles de resolver.

## 15. Imposibilidad sobrevenida

Es extraño que acontezca una imposibilidad sobrevenida de la ejecución de la fiducia y por ello no se prevé en los testamentos (aunque habría de tenerse en cuenta). La cuestión planteada es: ¿qué ocurre cuando las instrucciones del testador señalan que se distribuyan sus bienes entre sus descendientes, y éstos fallecen después que el causante y antes de que se ejecute la fiducia? Evidentemente, la ejecución se hace imposible a pesar de la supervivencia del fiduciario.

Plasma esta situación el siguiente supuesto de hecho:

En fecha de 15 de marzo de 1993 **A** y su esposa **B**, otorgaron testamento mancomunado en cuya cláusula tercera se establecía: “se nombran igualmente fiduciarios para que el sobreviviente de ellos, mientras se conserve viudo, pueda disponer libremente de sus propios bienes, de los del premuerto y de los consorciales de ambos, entre sus descendientes comunes, en una o más veces, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*”. Y en su cláusula cuarta: “para el caso de que el sobreviviente de los testadores no hiciera uso de la facultad

fiduciaria contenida en la cláusula precedente, instituyen heredero a su hijo C, sustituyéndole en caso de premoriencia sus descendientes". A (el marido) falleció el día 7 de enero de 2008. Unos meses después, el 25 de octubre de 2008, falleció su hijo C, sin haber dejado descendencia y habiendo instituido heredera a su esposa D. En el momento del fallecimiento de C, B, (esposa de A) es declarada heredera legal por Acta de Declaración de Herederos Abintestato. D (esposa del hijo C) interpone demanda solicitando lo siguiente: 1. Se declare heredera de A, de conformidad con la Ley de Sucesiones de Aragón a D; 2. Se declare nula por contravenir el ordenamiento jurídico el Acta de Declaración por Notoriedad de Herederos Abintestato, otorgada ante el notario X. El Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción, dictó Sentencia desestimando la demanda presentada por D contra B. En nombre de D se interpuso recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1º Instancia e Instrucción y fue desestimado por la Audiencia Provincial de Zaragoza. En nombre de D se interpuso recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón que declaró no haber lugar al referido recurso contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Entiendo que la imposibilidad sobrevenida de la ejecución no afecta a la eficacia de la disposición testamentaria en la que se designa al fiduciario porque el nombramiento del mismo es eficaz. Parece entonces que la imposibilidad sobrevenida será causa de extinción de la fiducia, no solo por exclusión sino porque se encuentra dentro del espíritu de los arts. 462 y 463 CDFR, aunque en ellos no se recoja expresamente, ya que, si se pierde la condición de fiduciario por transcurso del plazo establecido para la ejecución, con más motivo si ésta deviene imposible.

¿Pero cuál es el momento de la delación?, ¿al fallecimiento del causante o al fallecimiento del último descendiente?, al ser la imposibilidad sobrevenida una causa de extinción de la fiducia, la delación se producirá en el momento de la extinción de aquélla, por tanto, cuando falleció el último descendiente (Vid. *STSJA 31/5/2012*).

## 16. Falta de ejecución

La falta de ejecución total o parcial conlleva la aplicación de las disposiciones del causante previstas para el caso de inejecución de la fiducia y, en su defecto, las reglas de la sucesión legal o intestada.

Ejemplo del supuesto más corriente:

Juan y Juana se nombran recíprocamente fiduciarios en testamento mancomunado señalando que en el supuesto de que no se ejecute la fiducia los tres hijos de Juan, Luis, Luisa y Paula, serán los herederos por partes iguales sustituidos en caso de premoriencia, incapacidad o renuncia por sus descendientes.

Juan fallece y Juana como fiduciaria de Juan puede disolver y liquidar el régimen económico matrimonial contando con Luis (legitimario), mayor de edad y con capacidad. La herencia de Juan está formada por sus bienes que ya eran privativos y por los bienes de procedencia consorcial o común. Juana tiene el usufructo de todo el caudal relicto y además las facultades que le concede el CDFR (administración, disposición de bienes inmuebles, empresas y explotaciones económicas, valores mobiliarios u objetos



preciosos con la autorización de cualquiera de los legitimarios). Juana puede necesitar vender un cuadro de firma que se encuentra en la herencia para atender las necesidades de la familia. Vende el cuadro con la autorización de Luis. ¿Qué ocurre con el resto de los bienes de la herencia de Juan?: Juana puede mantener la herencia y disponer de ella a favor de sus hijos como crea conveniente en su propio testamento o disponer de alguno o todos ellos en vida a favor de cualquiera de los mismos en escritura pública. Juana perderá la condición de fiduciaria, por ejemplo, entre otras causas, si vuelve a casarse. ¿Qué ocurre si Juana fallece sin disponer de los bienes de la herencia ni *inter vivos* ni *mortis causa*?: se aplicará la cláusula que se previó, y es que heredarán los tres hijos por partes iguales, sustituidos en su caso por sus descendientes.

## 17. Pérdida de la condición de fiduciario

La pérdida de la condición de fiduciario no siempre produce la extinción de la fiducia, salvo que se trate de fiducia individual sin llamamientos sucesivos.

*La condición de fiduciario se pierde* (art. 462 CDFa):

a) *Por las causas establecidas por el causante*. Es una causa consustancial a la institución de la fiducia. El comitente tiene plena libertad para nombrar fiduciario, determinar su contenido y señalar cuándo el fiduciario pierde su condición.

b) *Por expirar el plazo establecido para su ejercicio*. Es de resaltar la posible prórroga del plazo, así como la imposibilidad de su interrupción al ser de caducidad según el art. 444 CDFa.

c) *Cuando el fiduciario fallezca, sea declarado ausente o fallecido, privado de la plena administración de sus bienes o incapacitado judicialmente*. El fallecimiento, la declaración de fallecimiento o la de ausencia, es obvio que impiden al fiduciario ejecutar la fiducia. La incapacitación judicial y la privación de la administración impiden al fiduciario actuar como tal al no tener la plena capacidad de obrar en el momento de la ejecución de la fiducia según exige el art. 440.1 CDFa.

d) *Por renuncia del fiduciario*. El cargo de fiduciario es voluntario, por tanto, puede aceptar o renunciar el cargo o renunciar a él después de haberlo aceptado. Para no demorar la situación de interinidad inherente a la fiducia, se considera que el fiduciario renuncia a su condición de fiduciario si requerido notarialmente por cualquier persona con interés legítimo no la aceptare pura y simplemente en igual forma en los sesenta días naturales a la notificación. Es de resaltar la diferencia de la interpelación para aceptar o repudiar la herencia que regula el art. 348 del CDFa, así, en este supuesto, el silencio del requerido implica la aceptación y no la renuncia como en el supuesto de la fiducia.

e) *Cuando el cónyuge viudo fiduciario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa*.

La fiducia se basa en la confianza del comitente en el fiduciario; cuando se trata del cónyuge viudo, el legislador entiende que un nuevo matrimonio o convivencia marital destruye esa confianza, salvo que el comitente disponga expresamente lo contrario.

f) *Por incurrir el fiduciario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder.* Las causas de desheredación constituyen motivo suficiente para destruir la confianza en la que se basa la fiducia. Se extiende no solamente al causante sino también a los descendientes, legitimarios en la sucesión y potenciales sucesores.

## 18. Extinción de la fiducia

Los arts. 462 y 463 del CDFA regulan la pérdida de condición de fiduciario y la extinción de la fiducia. Nada establecieron al respecto ni el Apéndice de 1925 ni la Compilación de 1967. Por ello, en los supuestos en los que son de aplicación los citados cuerpos legales, fueron los Tribunales los que tuvieron que resolver situaciones que ya están resueltas en la actual legislación.

Cuando la fiducia es individual, la pérdida de la condición de fiduciario produce la extinción de la fiducia, salvo que proceda el llamamiento de otro fiduciario en los casos de la fiducia sucesiva.

Cuando la fiducia es colectiva, la pérdida de la condición de fiduciario por alguno de ellos dará lugar al llamamiento para ocupar la vacante a quien proceda según las instrucciones del causante. Dado que el CDFA, en el art. 457.2, permite al fiduciario la ejecución parcial y en momentos distintos de la fiducia, resulta congruente que el art. 463.1 establezca que, en todo caso, conservarán su eficacia los actos efectuados con anterioridad por el fiduciario que ha perdido su condición.

Sin embargo, en coherencia con la naturaleza y eficacia *mortis causa* de las disposiciones realizadas en testamento, no conservarán su eficacia las otorgadas por el fiduciario que ha perdido su condición por haber contraído nuevas nupcias o llevar vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente otra cosa, o por incurrir, para el causante o sus descendientes, en alguna de las causas legales de desheredación o indignidad para suceder (art. 463. 1 CDFA).

Extinguida la fiducia, salvo que el testador haya previsto la situación señalando en su caso la sucesión, se abrirá la sucesión legal para deferir con arreglo a sus normas la totalidad o en su caso el caudal pendiente de asignación, produciéndose la delación legal en el momento de la extinción de la fiducia según dice el art. 448.1 CDFA.

## 19. Derecho transitorio

**A. Importancia práctica.** Durante los últimos veinticinco años han sido varias las cuestiones objeto de litigio sobre la fiducia en relación con su funcionamiento y efectividad, concretamente: plazo de ejecución de la misma; facultad del cónyuge viudo fiduciario de liquidar el patrimonio consorcial; pérdida de la condición de fiduciario; ejecución de la fiducia y/o imposibilidad de su ejecución; extinción de la fiducia; la fiducia colectiva y su composición; y la revocación de la fiducia. Temas éstos ligados las más de las veces a una cuestión previa de derecho transitorio, de manera que los litigios sobre la fiducia aragonesa se han centrado fundamentalmente en el tema citado, siguiendo la jurisprudencia recaída una línea uniforme en su adecuación a la verdadera naturaleza y principios de la institución.

**B. Normativa aplicable: Disposición Transitoria Vigésimoprimera.** Conforme a la reseñada DT: *El art. 447 y los Capítulos II, III y IV del Título IV de este Libro [el Libro III: de las Sucesiones por Causa de Muerte] son también aplicables a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución el 23 de abril de 1999, para las que, sin embargo, no regirán los arts. 444 a 446.*

La norma de derecho transitorio regula la fiducia dispuesta por el comitente en testamento o pacto sucesorio otorgado bajo la vigencia de la legislación anterior, la Compilación o el Apéndice, falleciendo el otorgante antes de la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, que tuvo lugar el 23 de abril de 1999, pues en otro caso la fiducia no estaría aún pendiente de ejecución.

Respecto a las normas del CDFa relativas a la regulación de plazos (arts. 444 a 446), la DT determina que no son aplicables a las fiducias pendientes de ejecución el 23 de abril de 1999.

Así, si la fiducia se ha constituido bajo la vigencia de la Compilación, el plazo de ejecución se regirá por su art. 118 y no serán aplicables los arts. 444 a 446 CDFa sobre determinación del mismo, cómputo y prorrogación, sí en cambio es aplicable la norma sobre reducción del plazo por causa justificada del art. 447.

Sin embargo, si la fiducia se hubiera constituido bajo la vigencia del Apéndice el tema se complica en cuanto este cuerpo legal dedicaba únicamente su art. 29 a regular la fiducia, sin señalar plazo alguno para su ejecución. Puede entenderse que, dado que bajo esa legislación solo el cónyuge podía ser fiduciario, con carácter vitalicio, sólo o con asistencia de determinados parientes, no parecía necesario señalar plazo para la ejecución de la fiducia, salvo instrucciones diferentes del comitente.

**C. Normas de interpretación.** Con carácter general deben interpretarse las disposiciones testamentarias buscando la verdadera voluntad del testador/comitente.

La DT decimocuarta del CDFA tiene como principio rector la conservación de la eficacia de los actos jurídicos de disposición por causa de muerte otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones de 1999 cuando la apertura de la sucesión se produce después. Pero en estos supuestos cabe plantearse cuáles son las normas de interpretación: si las reglas de la ley vigente en el momento del nombramiento o concesión de la fiducia o las de la Ley de Sucesiones de 1999, hoy reproducidas en el CDFA.

La doctrina entiende que el respeto a la voluntad del testador/comitente conlleva que si ha sido expresada en disposiciones testamentarias debe llevar a aplicar a su interpretación las reglas de la ley vigente en el momento del otorgamiento

La Jurisprudencia aragonesa matiza el criterio doctrinal, y así entiende que el respeto a la voluntad del testador/comitente conlleva que, si ha sido expresada en disposiciones testamentarias otorgadas bajo la legislación anterior debe llevar a aplicar a su interpretación las reglas de la ley vigente en el momento del otorgamiento, sin que pueda ser obstáculo lo inadecuado de los términos empleados, pero siempre que aquella voluntad resulte de una interpretación lógica y sistemática del testamento, y una vez que se conozca la intención real del testador, ésta prevalece sobre el tenor literal de las palabras utilizadas en caso de discrepancia entre aquella y éstas (*Vid.* SAPH de 16/6/2008), SJPI Zaragoza nº 10, de 15/11/2000).

## 20. Distinción de otras figuras

La fiducia sucesoria que, como el propio término «fiducia» indica, constituye un cargo de confianza, se distingue de otras instituciones jurídicas pertenecientes a otros ordenamientos, en las que también se utiliza la expresión fiducia. Así, por ej., en otras instituciones también de naturaleza sucesoria, como:

a) *La sustitución fideicomisaria.* En la que el fideicomisario es heredero, lo que no es exigible en el fiduciario.

b) *Los fideicomisos puros o herencias de confianza.* En la fiducia aragonesa no hay secreto en el encargo, ni el fiduciario es heredero, ni debe limitarse a ejecutar el encargo recibido.

c) *El albacea:* que, a diferencia del fiduciario, es un mero ejecutor de la voluntad del testador, vigila que se cumpla su voluntad. Incluso puede nombrarle el fiduciario.

d) *Otras titularidades fiduciarias sucesorias reguladas de diferente forma. a'.* La delegación de la facultad de mejorar regulada en el art. 831 Cc. La Ley 41/2003,

de 18 de noviembre (que modifica el citado precepto), tiene como finalidad principal el favorecer y facilitar la creación y formación de un patrimonio vinculado a satisfacer las necesidades económicas que tiene una persona con grado de discapacidad o dependencia especial y que son normalmente de una cuantía superior a las de personas no afectadas por discapacidades o dependencias. Si bien es cierto que, como el citado art. 831 CC. no se refiere a ningún momento a la discapacidad, la norma es aplicable también a otros supuestos.

Son presupuestos de aplicación del art. 831 Cc.: 1) la innecesariedad de que el testador y el fiduciario sean matrimonio entre sí; se aplica también a las parejas de hecho; 2) se requiere la existencia de descendencia común entre el causante y el fiduciario, en concreto es necesario que sobreviva al causante más de un descendiente; 3) es requisito que el fiduciario no contraiga nuevo matrimonio o tenga hijos con posterioridad.

Son facultades del sobreviviente: 1) Realizar mejoras, incluso con cargo al tercio de libre disposición; 2) Realizar adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones; 3) Realizar actos de administración sobre estos bienes.

*b'. El heredero de confianza en Navarra.* Según la Ley foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo: el testador puede instituir herederos de confianza o fiduciarios a personas individuales o jurídicas a quienes faculte para hacerse cargo de toda o parte de la herencia, y a disponer conforme al destino expresado en las instrucciones escritas o verbales que confidencialmente les haya dado.

*c'. Los fiduciarios comisarios en Navarra.* Según la citada Ley foral 21/2019, para el caso de fallecer el causante sin haber ordenado de otro modo su sucesión, puede aquel delegar a un fiduciario comisario, por testamento, capitulaciones u otra escritura pública, las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones, disponer legados y constituir un patrimonio especialmente protegido para personas con discapacidad o dependencia, dentro de los límites establecidos en la delegación.

*d'. El comisario en el País Vasco.* La Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco regula la figura del comisario como un apoderado que se designa en testamento con facultades para designar herederos. Los cónyuges y parejas de hecho pueden también designarse mutuamente comisarios en pactos reguladores del régimen económico o en pactos sucesorios. El cargo de comisario es gratuito, voluntario y personalísimo. Su capacidad de designación de heredero está limitada a los herederos forzosos o tronqueros, si los hay. El plazo ordinario para el ejercicio del cargo es de un año desde su fallecimiento, pero una vez ejercitado es irrevocable. Si el comisario es el cónyuge, tiene

también la condición de administrador, usufructuario y representante de la herencia del fallecido.

## 21. Clausulado básico

*A. Cláusulas de un testamento mancomunado típico otorgado por cónyuges aragoneses de régimen económico matrimonial legal aragonés e hijos comunes, con recíproca concesión del usufructo de viudedad y nombramiento de fiduciarios, en las que se plasma, en lo fundamental, lo recogido en esta Lección. Primera.* Amplían su filiación declarando que, de su actual matrimonio, único por ambos contraído, tienen tres hijos, llamados A, B y C.

*Segunda.* Ambos cónyuges se conceden mutua y recíprocamente el usufructo viudal aragonés de todos sus bienes, con expresa relevación de las obligaciones de formalizar inventario y prestar fianza.

*Tercera.* Ambos cónyuges se nombran mutua y recíprocamente fiduciarios, para que el sobreviviente de ellos, mientras no contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, pueda durante toda su vida ordenar tanto su propia sucesión como la del premuerto entre los hijos y descendientes comunes en la forma que tenga por conveniente, total o parcialmente, por actos *inter vivos* en escritura pública o *mortis causa* en testamento y aun en tiempos distintos a su libre criterio y elección, y concediéndose todas las facultades legales propias de tal cargo y función incluidas expresamente las de liquidación y división del patrimonio consorcial del art. 259 del Código del Derecho Foral de Aragón y las facultades de disposición regulada en los arts. 453 y 454 del citado cuerpo legal.

*Cuarta.* Y para el supuesto de que el sobreviviente no hiciere uso o no agotase totalmente las facultades que se le conceden en la disposición anterior, así como para, los supuestos de que el sobreviviente contrajere ulterior matrimonio o llevare vida marital de hecho, o de conmorencia o muerte simultánea de los testadores, de incapacitación, o de cualquier otro supuesto legal de extinción de la fiducia, ambos otorgantes, ordenan su sucesión en la forma siguiente:

Instituyen y nombran por sus únicos y universales herederos a sus tres nombrados hijos, A, B y C, por iguales partes entre ellos, con sustitución vulgar en favor de sus respectivos descendientes, salvo en el caso de renuncia si el renunciante excluye expresamente la sustitución. Y, en caso de no operar la sustitución vulgar, se dará entre ellos el derecho de acrecer.

*Quinta.* Revocan expresamente cualquier disposición de última voluntad otorgada con anterioridad a la presente.

*B. Cláusulas de un testamento en el que el cónyuge viudo fiduciario aragonés, por sí y ejercitando la facultad fiduciaria, ordena su sucesión y la de su premuerto cónyuge. Primera.* Amplía su filiación declarando que estuvo casada con DON X, ya fallecido, de cuyo matrimonio, único por ambos contraído, tiene tres hijos, llamados A, B y C.

*Segunda.* Declara que dispone en este acto tanto de sus bienes como de los pertenecientes a su difunto esposo, Don X, pues para ello se halla facultada por el Testamento Mancomunado que, con su difunto esposo, otorgó en Zaragoza el día \*\*\* ante el que fue Notario de esta Ciudad, Don \*\*\*, en el cual estipularon en su Cláusula Tercera lo siguiente: "Tercera. Ambos cónyuges se nombran mutua y recíprocamente fiduciarios, para que el sobreviviente de ellos, mientras no contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de

hecho, pueda durante toda su vida ordenar tanto su propia sucesión como la del premuerto entre los hijos y descendientes comunes en la forma que tenga por conveniente, total o parcialmente, por actos *inter vivos* en escritura pública o *mortis causa* en testamento y aun en tiempos distintos a su libre criterio y elección, y concediéndose todas las facultades legales propias de tal cargo y función incluidas expresamente las de liquidación y división del patrimonio consorcial del art. 259 del Código del Derecho Foral de Aragón y las facultades de disposición reguladas en los arts. 453 y 454 del citado cuerpo legal.”

Y manifiesta que su citado esposo, DON X falleció en Zaragoza el día \*\*\*.

*Tercera.* Y que por sí y ejercitando la relacionada facultad fiduciaria, ordena su sucesión y la de su premuerto esposo, en la forma siguiente:

1. De conformidad con lo dispuesto en el art. 504 del Código del Derecho Foral de Aragón, nombra y menciona expresamente a su hijo A, a los exclusivos efectos de evitar la preterición.

2. Establece los siguientes prelegados:

a) A su hijo, B y a su nieta, D, hija de su hijo A, les prelega por partes iguales, los siguientes bienes inmuebles: a.1. – URBANA \*\*\*; a.2. – URBANA \*\*\*; a.3. – URBANA \*\*\* y a.4. – URBANA \*\*\*. Todos ellos forman parte de una casa en Zaragoza, calle \*\*\* número \*\*\*.

Los prelegatarios serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, salvo en el caso de renuncia si el renunciante excluye expresamente la sustitución. Y, en caso de no operar la sustitución vulgar, se dará entre ellos el derecho de acrecer.

b) A su hijo C le prelega:

a’) La cantidad de \*\*\* euros en efectivo metálico, con cargo exclusivamente a la cuenta que tiene la testadora en el BANCO \*\*\*\* con el siguiente número \*\*\*; con el indicado límite de \*\*\*, de forma que, si en dicha cuenta hubiese una cantidad superior a la indicada, dicho exceso no entra en el prelegado, y si en la indicada cuenta no alcanzase la reseñada cantidad, quedaría limitado el prelegado al saldo que hubiere en la misma.

b’) El vehículo automóvil marca \*\*\*, matrícula \*\*\*.

El prelegatario será sustituido vulgarmente por sus descendientes, salvo en el caso de renuncia si el renunciante excluye expresamente la sustitución.

3. En el remanente de todos los bienes, derechos y acciones, suyos y de su premuerto esposo, instituye herederos a sus dos hijos, B y C y a su nieta D, por partes iguales entre ellos. Los herederos serán sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, salvo en el caso de renuncia si el renunciante excluye expresamente la sustitución. Y, en caso de no operar la sustitución vulgar, se dará entre ellos el derecho de acrecer.

*Cuarta.* Revoca expresamente cualquier disposición de última voluntad otorgada con anterioridad a la presente.

**C. Clausulado esquemático de escritura en la que el cónyuge viudo fiduciario aragonés, por sí y como fiduciario, acepta la facultad fiduciaria, y por sí solo liquida la sociedad económico conyugal y adjudica proindiviso todos los bienes integrantes de la misma, conforme al art. 259.3 CDF, y cuya ejecución de la fiducia se reserva**

EXPONE:

I. DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE. Que su esposo, DON A, con D.N.I.-N.I.F. número \*\*\*, nacido en Zaragoza el \*\*\*, hijo de los finados cónyuges Don \*\*\* y Doña

\*\*\*, falleció en Zaragoza, de donde era vecino y ostentando vecindad civil aragonesa, el día \*\*\*, en estado de casado en régimen económico matrimonial legal aragonés de consorcio conyugal con la compareciente DOÑA B, de cuyo matrimonio, único contraído, nacieron y existen tres hijos, llamados C, D y E.

II. DE LA DISPOSICION SUCESORIA. Dicho causante falleció bajo la vigencia del Testamento Mancomunado que, junto con su esposa, había otorgado en Zaragoza el día \*\*\* ante el notario, Don \*\*\* con el número \*\*\* de Protocolo, en el que ambos cónyuges, después de manifestar sus datos personales, declarar ser de vecindad civil aragonesa y sujetos al régimen económico matrimonial legal supletorio aragonés de consorcio conyugal, ordenaron su sucesión, por lo que interesa al presente otorgamiento, en las siguientes: “DISPOSICIONES: PRIMERA. – Amplían su filiación declarando que de su actual matrimonio, único por ambos contraído, tienen tres hijos, llamados C, D y E. SEGUNDA. – Ambos cónyuges se conceden mutua y recíprocamente el usufructo viudal aragonés de todos sus bienes, con expresa relevación de las obligaciones de formalizar inventario y prestar fianza. – TERCERA. – Ambos cónyuges se nombran mutua y recíprocamente fiduciarios, para que el sobreviviente de ellos, mientras no contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, pueda, durante toda su vida, ordenar tanto su propia sucesión como la del premuerto entre los hijos y descendientes comunes, en la forma que tenga por conveniente, total o parcialmente, por actos *inter vivos* en escritura pública o *mortis causa* en testamento, y aún en tiempos distintos, a su libre criterio y elección, y concediéndose todas las facultades legales propias de tal cargo y función, incluidas expresamente las de liquidación y división del patrimonio consorcial del art. 259 del Código Foral de Aragón y las facultades de disposición reguladas en los arts. 453 y 454 del citado Código. CUARTA. – Y para el supuesto de que el sobreviviente no hiciese uso o no agotase totalmente las facultades que se le conceden en la disposición anterior, así como para los supuestos de que el sobreviviente contrajera ulterior matrimonio o llevase vida marital de hecho, o de conmorencia o muerte simultánea de los testadores, o de cualquier otro supuesto legal de extinción de la fiducia, ambos otorgantes instituyen y nombran por sus únicos y universales herederos a sus tres nombrados hijos C, D y E, por iguales partes, en pleno dominio y libre disposición, y serán sustituidos para los supuestos de premorencia, declaración legal de ausencia e indignidad sucesoria por sus respectivos descendientes y, en su defecto, con derecho de acrecer entre sí. QUINTA. – Revocan expresamente cualquier disposición testamentaria otorgada con anterioridad a la presente”. – Así resulta, más pormenorizadamente, del Testamento, cuya copia autorizada, junto con los Certificados de Defunción y del Registro General de Actos de Ultima Voluntad que el compareciente me exhibe, se acompañará donde proceda con las copias que se expidan de la presente, hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad si preciso fuere.

III. DEL INVENTARIO. Al fallecimiento de dicho causante, existían los siguientes bienes, todos ellos comunes del matrimonio: Inmuebles: 1, 2, 3, 4 y 5 —Metálico y títulos: 6, 7 y 8—.

IV. DE LA VECINDAD CIVIL DEL CAUSANTE y DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. El causante, DON A tenía a su fallecimiento la vecindad civil aragonesa, y su matrimonio con DOÑA B estaba sujeto al régimen económico matrimonial legal supletorio aragonés de consorcio conyugal. – Por lo que de los bienes comunes del matrimonio inventariados, y ya disuelta su sociedad económico conyugal por fallecimiento del causante, corresponde una mitad de su valor al cónyuge sobreviviente por su participación en el consorcio conyugal y la otra mitad de su valor corresponde a la herencia del causante.



V. VALORES. DETERMINACIÓN DEL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. – DETERMINACIÓN DE LA HERENCIA DEL CAUSANTE. – A. – VALOR. – Asciede el valor total de los bienes comunes inventariados a la cantidad de \*\*\* euros, del cual: – Una mitad o sea \*\*\* euros corresponde al cónyuge sobreviviente por su participación en el consorcio conyugal. – Y la otra mitad o sea \*\*\* euros corresponden a la herencia del causante. B. – HABER DE LA HERENCIA. – La herencia del causante, DON A, está constituida por su participación en los bienes comunes del matrimonio por su valor de \*\*\* euros. C.– DEUDAS. – No hay deudas imputables a esta herencia. D. – BAJAS. No hay bajas imputables a esta herencia. – E. – Por lo que el haber neto fiscal de la herencia del causante asciende a la cantidad de \*\*\* euros.

VI. SEGUROS. – La compareciente me entrega e incorporo a esta matriz, certificado emitido por el Registro General de Contratos de Seguros de Cobertura de Fallecimiento, en el que consta la existencia de \*\*\* seguros con las entidades X, Y y Z, / ACCIDENTE, que al ser de accidentes no han generado indemnización por no haber concurrido dicho supuesto en el fallecimiento del causante.

VII. Expuesto cuanto antecede, la compareciente, según interviene, OTORGA:

PRIMERO. – ACEPTACIÓN DE LA FACULTAD FIDUCIARIA.-El cónyuge viudo y fiduciario, DOÑA B acepta la facultad fiduciaria concedida a su favor por su causante esposo, DON A en el relacionado Testamento.

SEGUNDO. – DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. – El cónyuge viudo y fiduciario, DOÑA B, conforme a lo dispuesto en el art. 259.3 del Código del Derecho Foral de Aragón, declara DISUELTA y LIQUIDADADA la sociedad económico conyugal del causante DON A con la compareciente DOÑA B, por fallecimiento del primero, correspondiendo al cónyuge viudo una mitad del valor e importe de los bienes y deudas comunes del matrimonio por su participación en el consorcio conyugal, y la restante mitad del valor e importe de los bienes y deudas comunes corresponde a la herencia del causante.

TERCERO. – ACEPTACION Y ADJUDICACIÓN DE HERENCIA. – El cónyuge viudo y fiduciario, DOÑA B, ACEPTA su participación en los bienes comunes del matrimonio y la herencia testada de su esposo, DON A, con la limitación de responsabilidad del art. 355 del Código del Derecho Foral de Aragón, cuyos bienes deja MANIFESTADOS, y aceptada ya igualmente la facultad fiduciaria concedida a su favor por su causante esposo en el relacionado Testamento, SE ADJUDICA los bienes y deudas descritos, en la forma siguiente:

Una mitad indivisa de todos los bienes comunes inventariados, en pleno dominio: por su participación en los bienes comunes del matrimonio, por su valor de \*\*\*euros.

Y la restante mitad indivisa de todos los bienes comunes inventariados: En usufructo de viudedad aragonesa, por sus derechos en la herencia testada del causante. – Dada la edad de \*\*\* años de la usufructuaria al fallecimiento del causante, se valora su usufructo en el \*\*\* % del valor de los bienes sobre los que recae o sea en la cantidad de \*\*\* euros. – Total valor adjudicado al cónyuge viudo: \*\*\* euros.-

Y, en cuanto a la nuda propiedad, por su valor de \*\*\*euros, en su condición de fiduciaria de su causante esposo, cuyo ejercicio se reserva para ejercitarla, en su caso, entre los hijos y descendientes comunes en la forma que resulta del testamento y de las prescripciones legales al respecto. – Conforme a lo dispuesto en el art. 259.3 del Código del Derecho Foral de Aragón, al efectuar el cónyuge viudo fiduciario la adjudicaciones proindiviso, tanto a él mismo como cónyuge sobreviviente como a la herencia del causante.

te para ser ejercitada respecto de la misma la facultad fiduciaria, en igual proporción en que son cotitulares del patrimonio consorcial ella misma y la citada herencia, no requiere ninguna clase de autorización para la liquidación y división del patrimonio consorcial.

**BIBLIOGRAFIA:** BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, “La fiducia sucesoria aragonesa”, *Tratado de Derecho de sucesiones: Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco*, Coord. Judhit Solé Resina; María del Carmen Gete-Alonso Calera (dir), Vol, 1, 2011, págs 843-870; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, “Imposibilidad sobrevenida en la ejecución fiduciaria (STSJA de 30 de mayo de 2012)”, *Revista de Derecho civil aragonés*, nº 19, 2013, pp. 149-165; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “De la fiducia sucesoria” en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, Ed. Tiran lo Blanch, 2020; CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “De la fiducia sucesoria”, en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*. Librería General, S.A. Zaragoza, 1999; LATORRE Y MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, “De la fiducia sucesoria”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Edersa, T. XXXIV, vol.1, Madrid, 2002, pp. 859-1029; MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *La fiducia sucesoria en Aragón*, Colección del Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994; PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles, “La fiducia sucesoria” en *Manual de Derecho Civil Aragonés*, Dir. J. Delgado, 4<sup>a</sup> edición, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 587-612; PASTOR EISARCH, Luis, “La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria”, en *Actas del Foro de Derecho Aragonés*, IX Encuentros, Zaragoza, 1999; SÁNCHEZ RUBIO, Alfredo, “De la Fiducia Sucesoria”, en *CDEA, Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Jesús Delgado Echeverría (Director), María del Carmen Bayod López, José Antonio Serrano García (Coordinadores), Gobierno de Aragón, 2015, p. 639 a 669; TENA PIAZUELO, Isaac, “La sucesión por testamento mancomunado o de hermandad en el nuevo derecho civil vasco”; *Revista de Derecho Civil*, <http://nerg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216, núm. 4 octubre-diciembre, 2019, Estudios, pp. 45-88.; ZUBIRI DE SALINAS, Fernando, “De la fiducia sucesoria, artículos 110 a 118”, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, vol. 3, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, p. 353-468.

## §22.1. ASPECTOS FISCALES DE LA FIDUCIA ARAGONESA

Antonio José GARCÍA GÓMEZ  
*Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario*

### 1. Introducción

Nos ocupamos brevemente en esta introducción de destacar aquellos rasgos de esta figura que son particularmente relevantes a los efectos de sus implicaciones fiscales.

De acuerdo con las normas que regulan el régimen sustantivo de la fiducia aragonesa, una de sus notas esenciales es la situación de pendencia en que se encuentra la sucesión hasta que el fiduciario decide ejecutar la fiducia, ejerciendo la función de reparto que le corresponde. Hasta ese instante, los posibles beneficiarios y futuros herederos (que aún no tienen jurídicamente tal condición) no están todavía llamados a la herencia ni pueden aceptarla, es decir, no se ha producido la delación hereditaria, como reconoce expresamente el artículo 448 CDFa. De conformidad con dicho precepto, hasta la ejecución de la fiducia, la herencia se considera en situación de herencia yacente.

En este sentido, mientras no se ejecute el encargo fiduciario, los posibles beneficiarios del ejercicio de la fiducia no adquieren nada del causante, pues hasta que el fiduciario decida cuando quiere ordenar la sucesión no es posible ni siquiera conocer quiénes serán los herederos, ni cuál será su participación en la herencia. Resulta entonces, y con independencia de la naturaleza jurídica que quiera otorgarse a esta situación de pendencia, que nos encontramos, como ha señalado la doctrina, ante una herencia abierta y no deferida en favor de nadie en concreto, sino ante un colectivo de posibles beneficiarios. En rigor, en esa situación de pendencia ni están determinados los llamados a la herencia, ni los elementos patrimoniales que serán asignados a cada heredero. Y todo ello habida cuenta de que en el Derecho aragonés la legítima es colectiva (art. 486 CDFa), puede distribuirse desigualmente entre los descendientes e incluso atribuirse a uno solo.

En cuanto al contenido de la fiducia, está claro que al fiduciario corresponde, esencialmente, ordenar la sucesión del comitente siguiendo las instrucciones recibidas, si las hubiere, respetando en todo caso la legítima, o, en defecto de aquellas, con la misma libertad que tendría aquél. Es sabido que en la práctica esta función suele recaer en el cónyuge viudo.

La doctrina entiende que, aunque el fiduciario puede realizar determinados actos de disposición sobre los bienes de la herencia, no se trata propiamente de un heredero, no tiene derecho a usar y disfrutar de los bienes, sin perjuicio de que, siendo el cónyuge, podrá disfrutar de los bienes por el

usufructo vidual. De la misma forma, esta figura va más allá que un simple albacea, ya que a éste le compete únicamente cumplir la voluntad del disponente o vigilar que se cumpla su voluntad.

Otro de los asuntos centrales desde el punto de vista fiscal tiene que ver con el patrimonio hereditario pendiente de asignación, ya que esta situación puede mantenerse durante bastante tiempo, sobre todo cuando el fiduciario es el cónyuge, por lo que se requiere de una serie de actuaciones de administración y representación de dicho patrimonio (art. 449 CDFA) e incluso pueden llevarse a término algunos actos de disposición. Entre las obligaciones del administrador (sea o no el fiduciario), el pago de las cargas y deudas de la herencia y de los gastos de conservación de los bienes (con cargo al caudal relicto), la gestión de los negocios del causante que formen parte del caudal relicto, de acuerdo, en su caso, con las instrucciones recibidas y el ejercicio de la representación del patrimonio hereditario, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial. Por lo que se refiere a las facultades de disposición sobre los bienes objeto de fiducia, éstas corresponden al fiduciario y no al administrador, únicamente pueden tener lugar a título oneroso y en los casos y con las condiciones establecidas en la normativa foral (arts. 453 y 454 CDFA).

Por último, interesa también el modo de ejecución de la fiducia, ya que no ha de ser necesariamente en unidad de acto, sino que cabe la ejecución parcial y en momentos distintos, a menos que el comitente hubiera dispuesto otra cosa (art. 457 CDFA).

En resumen, esta situación tan peculiar de esta institución foral ha de obtener una respuesta adecuada del sistema tributario y no resulta sencillo en todos los casos. Los principales problemas se han centrado en el impuesto sobre sucesiones, por el difícil encaje de esta delegación de la facultad de disponer por causa de muerte en las normas del impuesto, pero las implicaciones fiscales no se limitan a este tributo, sino que trascienden también a otros como el IRPF, el impuesto sobre el patrimonio o el IIVTNU.

## **2. La tributación de la fiducia aragonesa en el impuesto sobre sucesiones**

*A) El marco establecido por la normativa estatal y sus problemas de legalidad.* La LISD omite toda referencia a la fiducia aragonesa, como hace en general con la mayor parte de las instituciones forales. Habría que esperar hasta el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, que aprueba el Reglamento del Impuesto (RISD), para encontrar mención expresa a la tributación de la fiducia aragonesa. Así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 54.8 RISD, a la muerte del comitente se giran liquidaciones provisionales a todos los "herederos" por partes iguales, entendiéndose dividiendo la masa hereditaria pendiente de ejecución fiduciaria. Y posteriormente, al ejecutarse

completamente el encargo fiduciario, procede una suerte de regularización, ingresando entonces cada heredero lo que proceda o devolviéndose lo liquidado en exceso.

De otra parte, en el uso de las competencias habilitadas por la normativa estatal de cesión de impuestos a las CCAA, Aragón ha establecido desde hace casi dos décadas medidas para ordenar la tributación de la fiducia aragonesa en materia sucesoria y que, manteniendo el esquema del RISD, se han ocupado, por una parte, de acomodarlo con los beneficios fiscales regulados por la normativa estatal y autonómica y, por otra, de concretar el modo de proceder y liquidar en estos casos, despejando algunas dudas, y favoreciendo, incluso, el pago de las liquidaciones provisionales con cargo al caudal relicto (artículos 131-4 y 133-2 Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos).

Específicamente, el artículo 131-4 TR regula la aplicación de los beneficios fiscales previstos en la normativa general o en el ordenamiento jurídico aragonés a las herencias ordenadas mediante fiducia, tanto en relación con la liquidación inicial que se practicara como en las complementarias. Por su parte, el artículo 133-2 TR se refiere al procedimiento a seguir en los casos de fiducia y que, hasta la reciente reforma producida a través de la Ley 15/2018, de 22 de noviembre, se había basado en el diseño de tributación previsto en el artículo 54.8 RISD.

En cualquier caso, la polémica suscitada en torno a esta cuestión es también conocida, pues, en definitiva, se establece un gravamen provisional a los posibles beneficiarios cuando aquellos no son llamados a la herencia y no tienen todavía la condición de herederos, es más, incluso es posible que en algún caso no lleguen a tenerla nunca. Se sometía, por lo tanto, a tributación, tanto por mandato reglamentario, como, además, en Aragón, en virtud de sus propias leyes tributarias dictadas al amparo de la normas de cesión, un incremento patrimonial inexistente y ficticio, en aras de asegurar la recaudación y de no dejar el devengo del tributo en manos de una decisión de los causahabientes.

Los reparos contra este régimen fiscal no tardaron demasiado en trasladarse a los tribunales. Primero el *TSJ de Aragón (Sala de lo Contencioso)* que a través de la *Sentencia 411/2003, de 21 de abril, y el Auto posterior de 13 de junio*, planteó cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo respecto del artículo 54.8 RISD, entendiendo que el precepto reglamentario vulneraba la regulación contenida en la LISD respecto de la definición del hecho imponible, del sujeto pasivo y del devengo, haciendo tributar, siquiera sea de forma provisional, a un eventual contribuyente que no ha realizado el hecho imponible del tributo, ni ha obtenido el correspondiente incremento patrimonial, pues ni siquiera ha sido llamado a la herencia (*Fundamento Jurídico Quinto*). Unos

razonamientos que, sin embargo, no convencieron inicialmente al *Tribunal Supremo*, que, a través de la *Sentencia 2226/2004, de 31 marzo de 2004*, consideraba plenamente ajustada a Derecho la normativa reglamentaria sobre la tributación sucesoria de la fiducia aragonesa.

Sin embargo, ocho años después, la *STS 591/2012, de 30 de enero* da un giro de ciento ochenta grados respecto de la doctrina anterior, confirmando, ahora sí, todos los argumentos que antes había rechazado y reconociendo abiertamente su cambio de criterio. De esta forma, el Supremo hace suyas muchas de las tesis del TSJ de Aragón y declara la nulidad del artículo 54.8 RISD, por infringir el principio de jerarquía normativa. Un criterio y una doctrina que ha seguido manteniendo la propia Sala de lo Contencioso en posteriores sentencias (*SSTS de 20 de marzo y 2 de abril de 2012*).

Según la *Sentencia*, el artículo 54.8 RISD desconoce los artículos 1, 3 y 5 LISD en cuanto gravan incrementos patrimoniales obtenidos lucrativamente vía herencia, legado o cualquier otro título sucesorio por los causahabientes y concluye, en definitiva, que la liquidación inicial que el RISD hace recaer sobre el patrimonio de alguien que no ha recibido una herencia ni sabe si la recibirá, ignora un principio capital y constitucional, cual es el de la capacidad contributiva, consagrado en el artículo 31.1 CE.

No obstante, a partir de ese instante la situación, lejos de aclararse, se complica.

En Aragón, los órganos de gestión tributaria de la CCAA seguían aplicando el esquema tradicional de tributación de las herencias ordenadas mediante fiducia, sobre la base de que, con independencia de la anulación del precepto reglamentario, seguíamos contando con la normativa fiscal propia de la CCAA que regula este asunto, en virtud de las competencias que se habían ejercido, y que, en consecuencia, desde su punto de vista, continuaban resultando plenamente vigentes y aplicables.

Es más, para minimizar los efectos que pudieran derivarse de la *Sentencia*, se modifica en 2012 el artículo 133-2 TR, de manera que las primeras liquidaciones que se efectúan a la muerte del comitente y antes de la ejecución de la fiducia entre el elenco de posibles beneficiarios continúan practicándose, pero dejan de tratarse como liquidaciones provisionales en cumplimiento de las obligaciones tributarias de aquellos, como se decía antes, para convertirse a partir de entonces en "*liquidaciones a cuenta*", que podrán pagarse con cargo al caudal relicto.

El resto de las CCAA que tuvieran que liquidar herencias sometidas a fiducia aragonesa (sin normativa propia) habían de acudir a las normas generales del impuesto.

En este sentido, intervino la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda (*V397-16, de 1 de febrero y V095-17, de 19 de enero*) para

fijar criterio, acudiendo al artículo 26 LISD, especialmente, en lo que hace referencia a los fideicomisos. Según este criterio, si se entendiera que el fiduciario puede disfrutar de los bienes, pero carece de facultades de disposición sobre ellos, se girará liquidación a aquél, como sujeto pasivo, por el valor del usufructo. Por otra parte, en los casos en los que el fiduciario sea persona distinta del cónyuge superviviente, conforme a la normativa civil aragonesa, será normalmente el administrador de los bienes objeto de la fiducia, salvo respecto de los que estuvieran sujetos al usufructo vitalicio (art. 440 CDFR), pero no tendrá el derecho de uso y disfrute. En cambio, si se considera que el fiduciario ostenta la facultad de disposición sobre los bienes, entonces a la muerte del comitente se tendría que girar liquidación provisional contra el fiduciario, sujeto pasivo, y por el pleno dominio, a resultas de que, cuando se ejecute la fiducia, los ya herederos tributen por el incremento patrimonial efectivamente obtenido, procediéndose a la devolución al fiduciario por la parte correspondiente a la nuda propiedad por la que tributó y que ahora se transmite en virtud del acto de ejecución. Y da la impresión de ser ésta última la tesis que se impone como eje del criterio sentado en ambas consultas.

Sea como fuere, se pone de nuevo de relieve la dificultad de encaje de esta figura en las normas que regulan la tributación sucesoria, pues el fiduciario no es propiamente un usufructuario, ni tiene el pleno dominio de los bienes ni tampoco ostenta la condición de heredero. De otra parte, desde el punto de vista de los posibles beneficiarios, parece claro que en ningún caso deben reputarse causahabientes hasta el cumplimiento del encargo fiduciario, pero al mismo tiempo la normativa fiscal debe arbitrar alguna solución para esa situación de diferimiento.

**B) El nuevo régimen tributario implantado por la Ley aragonesa 15/2018.** Mediante la Ley 15/2018, de 22 de noviembre, sobre la tributación de la fiducia aragonesa en el ISD, pretende culminarse con éxito el proceso de acercamiento entre el régimen civil de la institución y su régimen tributario en el seno del impuesto sobre sucesiones. Una medida que se enmarca a su vez en un contexto de rebaja del gravamen sucesorio a las familias aragonesas, iniciado unos meses antes con la aprobación de la Ley 10/2018, de 6 de septiembre, de medidas relativas al ISD, donde, como ya hemos comentado, se disminuye sustancialmente la carga tributaria de los parientes más próximos del causante.

La reforma no afecta al artículo 131-4 TR, que continua regulando la aplicación de los beneficios fiscales previstos en la normativa general o en el ordenamiento jurídico aragonés a las herencias ordenadas mediante fiducia.

Así, la reducción por la adquisición de la vivienda habitual del causante se aplica a todo sujeto pasivo que, cumpliendo el resto de requisitos esta-

blecidos, tuviera con el causante el parentesco exigido en la normativa del impuesto. Por su parte, la reducción por la adquisición de la empresa individual o del negocio profesional procederá cuando, al menos, uno de los sujetos pasivos continúe la actividad que realizaba el causante. En tal caso, la reducción beneficiará a todos los sujetos pasivos que tuvieran el parentesco exigido por la norma. Finalmente, la reducción por la adquisición de determinadas participaciones en entidades se aplicará a todo sujeto pasivo que, cumpliendo el resto de requisitos establecidos, tuviera con el causante el parentesco exigido en la normativa del impuesto. La definitiva procedencia de estas reducciones aplicadas provisionalmente, quedará condicionada a que el bien objeto del beneficio forme parte del caudal relicto una vez liquidada la comunidad conyugal y a que, en la ejecución fiduciaria, y conforme al principio de igualdad en la partición del artículo 27 LISD dicho bien se atribuya a quien tenga derecho a la reducción. Por último, el precepto regula igualmente las condiciones en que resulta de aplicación la reducción prevista en el artículo 9 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, en los casos de herencia pendiente de ejecución fiduciaria.

Entrando en el contenido de la reforma, la Ley se centra en el artículo 133-2 TR *“procedimiento para liquidar las herencias ordenadas mediante fiducia.”*

Básicamente, el precepto contempla ahora dos opciones muy diferentes de tributación. Una primera que supone la gran novedad en esta materia y que, a los efectos prácticos, pospone la tributación al momento de cada ejecución fiduciaria, con la consiguiente delación hereditaria, de forma que el beneficiario, designado, ahora sí, como heredero, tributará en función de su hijuela, es decir, del incremento patrimonial efectivamente obtenido. Y una segunda basada en el esquema de tributación tradicional, aunque con algunas diferencias.

De acuerdo con la primera opción (la que sería el régimen general), cuando en el plazo de presentación de la autoliquidación del ISD (seis meses desde el fallecimiento) no se hubiere ejecutado totalmente el encargo fiduciario, deberá presentarse una declaración informativa y copia de la escritura pública a que hace referencia el artículo 450 CDFA por quien tenga la condición de administrador del patrimonio hereditario pendiente de asignación. Esa declaración informativa se presentará con periodicidad anual hasta la completa ejecución fiduciaria y deberá contener, entre otros datos, información suficiente sobre los pagos, disposiciones o ejercicio de facultades a que se refieren los artículos 451 a 455 CDFA. Por su parte, en cada ejecución fiduciaria deberá presentarse la correspondiente autoliquidación en los plazos previstos con carácter general.

La Ley aragonesa también resuelve cómo actuar en el caso de que existieran varias ejecuciones a favor de una misma persona: se considerarán



como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del impuesto de forma que se aplicará a la base liquidable de la actual adquisición el tipo medio correspondiente a la base liquidable teórica del total de las adquisiciones efectivamente adjudicadas a una misma persona. Es decir, se aplica el mecanismo que dispensa la LISD para los casos en que se realizan sucesivas transmisiones gratuitas de bienes por el mismo transmitente y en favor de una misma persona (acumulación de donaciones), tratando de evitar que el fraccionamiento de aquellas terminase alterando la progresividad del impuesto.

Por otra parte, habida cuenta de que el artículo 131-5 TR, tras la última modificación, contiene una importante reducción global de 500.000 en la base imponible del impuesto sobre sucesiones a favor del cónyuge y de los ascendientes y descendientes del causante (ampliable, en algunos casos, y sujeta a ciertos límites, como ya hemos explicado en otra parte de esta obra), el nuevo artículo 133-2 TR advierte que se aplicará sobre el conjunto de las ejecuciones fiduciarias y no individualmente. La finalidad de la norma en este caso es la misma que acabamos de señalar respecto del tipo medio.

Con respecto a la segunda opción, se trataría de seguir tributando en el seno del impuesto conforme al sistema tradicional, en el sentido que existe una liquidación inicial, antes de la ejecución fiduciaria y luego, tras producirse ésta, se giran liquidaciones complementarias en función de la hijuela que se atribuya a cada heredero. Específicamente, el administrador ha de presentar en el plazo de seis meses desde el fallecimiento del causante una autoliquidación a cargo de la herencia yacente y, cuando, habiéndose ejecutado totalmente la fiducia, se conozca el destino de los bienes, se girarán liquidaciones complementarias a las iniciales, atribuyendo a cada sujeto pasivo el valor del caudal relicto que realmente le corresponda.

La diferencia respecto del régimen anterior es que inicialmente ya no se ha de presentar una liquidación a cuenta por cada "futuro heredero", sino una autoliquidación que incluya la herencia pendiente de ejecución fiduciaria, siendo el administrador el obligado tributario y realizando el pago con cargo a la propia herencia yacente. Advuértase, como venía ocurriendo hasta ahora, que con en esta opción de tributación las ejecuciones parciales no dan lugar a liquidaciones complementarias.

Una última novedad que incluye la reforma es la modificación del artículo 451 CDFA, añadiendo una nueva letra d), de manera que entre las obligaciones y cargas que pueden pagarse con cargo al caudal relicto se incluye "la garantía del pago del ISD en caso de aplazamiento". En todo caso, el pago de dichas garantías con cargo al caudal relicto no supondrá, entendemos, una minoración de la base imponible del impuesto como un gasto más de la sucesión.

En cualquier caso, la nueva regulación presenta algunos interrogantes que necesitan ser aclarados. Es más, la Ley entró en vigor el 14 de diciembre de 2018, al día siguiente de su publicación en el BOA, pero a juzgar por los problemas que ha planteado su puesta en práctica quizás hubiera sido aconsejable una *vacatio legis* que hubiera permitido el necesario desarrollo reglamentario. Por otra parte, tampoco contiene previsión alguna sobre el derecho transitorio.

En el año siguiente que discurre tras la aprobación de la Ley 15/2018 se suceden varias Resoluciones de la Dirección General de Tributos de la CCAA de Aragón por las que se dictan las correspondientes Instrucciones sobre la tributación de la fiducia aragonesa en el ISD (nada menos que tres), así como sendas Órdenes del Consejero de Hacienda (una de ellas todavía pendiente de aprobación).

Trataremos a continuación de sistematizar lo más relevante de su contenido.

En primer lugar, hay que solventar algunas *cuestiones de derecho transitorio*. Dado que no se establecen expresamente efectos retroactivos en la Ley, la fecha del devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria (art. 21 LGT). Así, en general, a cada ejecución fiduciaria se le aplicará la normativa vigente en el momento del fallecimiento del comitente. Como han sido varias las normativas aplicables la Instrucción 3/2019 de la DGT regional hace un esfuerzo de sistematización de cada etapa, desde antes del Decreto 76/1959 hasta la entrada en vigor de la Ley aragonesa 15/2018.

En segundo lugar, para los fallecimientos producidos desde el 14 de diciembre de 2018 en adelante y a los que, por lo tanto, les resulta aplicable el nuevo régimen de tributación, tanto en las Instrucciones como en las Órdenes HAP se fijan criterios relativos a una y otra alternativa.

— *Opción por presentar autoliquidación con cargo a la herencia yacente (regularizada, en su caso, tras la ejecución total de la fiducia).*

La autoliquidación (que será una y no varias) deberá comprender la totalidad de los bienes y derechos de la herencia existentes a la fecha del fallecimiento del causante.

En cuanto a cómo han de operar en la autoliquidación inicial los elementos de cuantificación relativos a las relaciones de parentesco con el causante, los grupos a que hacen referencia los artículos 20 y 22 LISD y las reducciones autonómicas establecidas por la CCAA de Aragón en relación con el ISD se aplicarán considerando el grado de parentesco más lejano al causante entre los beneficiarios designados por aquel para ser llamados a la herencia. En ausencia de disposición del comitente, existiendo descendientes, se aplicará el grado de la persona que, de entre ellos, tenga el parentesco más alejado del

causante. Como trata de explicar la Orden (parte expositiva), en la fiducia aragonesa no puede decirse que nos hallamos ante un desconocimiento absoluto de quienes puedan ser designados herederos, sino que, generalmente, se señalan las personas entre las que el fiduciario podrá ejecutar el encargo fiduciario, comúnmente hijos y descendientes.

Nada dice la Orden, sin embargo, sobre otros aspectos muy relevantes de esta opción de tributación, como son todos los relativos a la ejecución de la fiducia. Ante el silencio de la Ley, ha sido otra *Instrucción del Director General de Tributos de Aragón, la 3/2019, de 19 de diciembre*, la que se ha ocupado de esta cuestión.

Aunque no existe obligación de autoliquidar con cada ejecución parcial, las oficinas gestoras harán un seguimiento especial de aquellas sucesiones en las que exista un encargo fiduciario, realizándose comprobaciones periódicas para determinar las eventuales ejecuciones parciales que pudieran efectuarse en el futuro.

Por otra parte, una vez completado el encargo fiduciario, la autoliquidación resultante ha de presentarse en el plazo de seis meses (art. 133-1 TR, apartado tercero). Serán contribuyentes los causahabientes resultantes del llamamiento hereditario ejecutado mediante fiducia y se liquidará la deuda conforme a los valores y normativa que sirvieron para la autoliquidación inicial a cargo de la herencia yacente. Para la cuantificación de la parte de caudal relicto que corresponde fiscalmente a cada uno de ellos, se estará a la parte proporcional que realmente se le haya deferido a lo largo de toda la situación de pendencia hereditaria. Por último, a la cuota así obtenida se le restará, en proporción a las respectivas bases imponibles, la inicialmente ingresada con cargo a la herencia yacente. La cantidad resultante será la que proceda ingresar o devolver (en general, sin intereses de demora).

— *Opción por postergar la tributación hasta las ejecuciones fiduciarias.*

El plazo para la presentación de la primera declaración informativa será de seis meses desde el día siguiente a la fecha de fallecimiento del causante o comitente, como el plazo general para presentar la autoliquidación del impuesto. A ella se acompañará una escritura pública que contenga el inventario al que se refiere el artículo 450 CDEFA (salvo cuando sea el cónyuge el único fiduciario).

Otro aspecto importante a estos efectos tiene que ver con la valoración de los bienes, derechos, deudas y gastos que deberán reflejarse en la declaración informativa. Así, en la inicial se estará a los valores a la fecha del fallecimiento del causante o comitente. En las sucesivas declaraciones informativas anuales, se estará a los valores referidos a 31 de diciembre del año correspondiente. Asimismo, se harán constar los pagos realizados con cargo al caudal relicto.

Finalmente, se fijan criterios muy detallados para ordenar la tributación en cada una de las ejecuciones fiduciarias, distinguiendo los supuestos en los que la ejecución de fiducia se realiza por vía testamentaria (que se aplican también cuando tiene lugar la extinción de la fiducia por la pérdida de la condición de fiduciario —arts. 462 y 463 CDFa—), de aquellos otros supuestos de ejecución total o parcial por actos *inter vivos*.

*C) Los problemas de constitucionalidad de la norma fiscal aragonesa y el incierto panorama resultante.* Como es bien conocido, el ISD es un impuesto estatal y son las leyes promulgadas desde las Cortes Generales las que establecen el marco de actuación de las CCAA en relación con este tributo, igual que con el resto de los tributos cedidos. Una competencia que, de acuerdo con el mandato constitucional, ha sido ejercida esencialmente por la LOFCA y su normativa de desarrollo, en este caso la Ley 22/2009, de 18 de diciembre. En virtud de estas normas, se permite a las CCAA regular ciertos parámetros del impuesto, como ya se ha explicado (reducciones de la base imponible, tarifa del impuesto, las cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente, las deducciones y bonificaciones de la cuota, así como los aspectos de gestión y liquidación).

Desde el principio, la nueva regulación de la tributación de la fiducia aragonesa en el ISD introducido por la Ley 15/2018 albergaba serias dudas sobre su adecuación a la LOFCA y a la Ley 22/2009, y así lo reflejaba el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado de 22 de noviembre, sobre la tributación de la fiducia aragonesa en el ISD. Finalmente, la Resolución del 14 de noviembre de 2019, del Secretario General de Presidencia del Gobierno de Aragón, hacía público el acuerdo alcanzado en el seno de dicha Comisión: “el Gobierno de Aragón reconoce que las previsiones de la Ley 15/2018 se refieren a aspectos reservados a la capacidad normativa del Estado y se compromete a promover las actuaciones necesarias para dejar sin efecto dicha Ley. Como contrapartida, el Gobierno de España se compromete a promover la correspondiente iniciativa legislativa para regular esta cuestión en una norma con rango de Ley, en los términos establecidos en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo) 591/2012, de 30 de enero de 2012”.

Parece claro que, más allá de la rúbrica del precepto legal reformado —*procedimiento para liquidar las herencias ordenadas mediante fiducia*—, en realidad, la nueva regulación está incidiendo directamente sobre el aspecto material del hecho imponible del impuesto, sobre el aspecto temporal del mismo (devengo) e incluso sobre el sujeto pasivo. Es decir, lo que subyace detrás de aquella rúbrica va más allá de una mera cuestión de liquidación o de pago, de un tema procedimental, en definitiva, sino que se regula materialmente la tributación de esta institución en el impuesto sobre sucesiones, afectando particularmente a elementos sobre los que las CCAA carecen de competen-

cias normativas, de acuerdo con lo establecido en la LOFCA y en su Ley de desarrollo.

En consecuencia, estamos de nuevo en un momento de transición, de “pendencia”, a la espera de la anunciada y acordada reforma estatal que aborde de una vez, esperemos que de forma casi definitiva, esta cuestión, resultando de aplicación en todas las CCAA (a salvo lo dispuesto, en su caso, por las CCAA de régimen especial) y termine con la situación actual, donde la tributación de las herencias ordenadas mediante fiducia aragonesa acaba dependiendo del lugar de residencia del causante, esto es de la CCAA competente para liquidar el tributo.

La realidad es que contamos con una doctrina administrativa expresada por la Dirección General de Tributos estatal que denota cierto desconocimiento de la institución foral y con una intervención fallida de las Cortes de Aragón, al aprobar una normativa viciada de inconstitucionalidad.

### 3. El impacto de la fiducia aragonesa en otros impuestos del sistema fiscal

*A) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.* Como era de esperar, ni la Ley 35/2006, del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas, ni su Reglamento de desarrollo se refieren expresamente a la fiducia aragonesa. En consecuencia, las implicaciones fiscales que resulten de esta figura habrán de incardinarse, atendiendo a su naturaleza, en la normativa general del impuesto.

En primer lugar, adviértase que el sujeto pasivo del IRPF es la persona física residente en España que obtiene los rendimientos y variaciones patrimoniales sometidos a gravamen. Por otra parte, la LIRPF, tampoco ha hecho efectiva la previsión del artículo 35.4 LGT, en el sentido de poder considerar sujetos pasivos del tributo a las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades carentes de personalidad jurídica que constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición. Antes bien, según el artículo 8.3 LIRPF, las rentas correspondientes a dichas entidades percibidas por sus socios, herederos, comuneros o partícipes que sean personas físicas deberán tributar de acuerdo con el *régimen especial de atribución de rentas* regulado en los artículos 86 y siguientes de la LIRPF.

En segundo lugar, en lo que afecta a la propia configuración de las rentas sometidas a tributación por este impuesto y a su conexión con el ISD, el artículo 6.4 LIRPF lo deja muy claro: no están sujetas al IRPF las rentas sujetas al ISD. Es decir, los incrementos de patrimonio obtenidos por personas físicas a título gratuito, ya sea *mortis causa* o *inter vivos*, únicamente tributan por el ISD.

Bajo ese paraguas, las principales implicaciones que presenta la fiducia aragonesa en este impuesto se producen con la muerte del instituyente y mientras no se haya ejecutado el encargo fiduciario.

En el supuesto más frecuente en el que el fiduciario sea el cónyuge superviviente y tenga además el usufructo (vidual) de los bienes, tributará como cualquier otro usufructuario. Así, en el caso de inmuebles arrendados o subarrendados, deberá tributar por los rendimientos obtenidos, así como le serán imputables las rentas derivadas del resto de inmuebles urbanos que se encuentren a disposición (rentas de disfrute), excepto la vivienda habitual. Igualmente, en el caso del usufructo sobre bienes muebles, tributará por los rendimientos del capital mobiliario obtenidos (intereses, dividendos...).

El problema es más complejo en el caso de otro tipo de rentas.

Tratándose de ganancias o pérdidas patrimoniales, se consideran obtenidas por los contribuyentes que sean titulares de los bienes y derechos de que provengan (aplicando las normas civiles sobre titularidad). Se trata esencialmente de las rentas generadas con ocasión de la enajenación de bienes que forman parte del caudal relicto, mientras dure la situación de pendencia. Si sobre estos bienes existe un derecho de usufructo, al usufructuario corresponde imputar la ganancia o pérdida por el valor correspondiente en su declaración del IRPF. Por su parte, la nuda propiedad es atribuible a la herencia pendiente de asignación y, de conformidad con las normas del impuesto, debería imputarse la ganancia o pérdida obtenida a los "herederos", sin embargo, éstos, en puridad, no existen todavía como tales. Consecuentemente, sobre todo desde la STS de 30 de enero de 2012, no habría posibilidad de atribuir o imputar esas rentas y tributar por ellas en el IRPF. Y la misma conclusión anterior es predicable en el caso de que no existiera derecho de usufructo sobre tales bienes y hubiera que atribuir la totalidad de la ganancia o pérdida a la herencia yacente (*Resolución del TEAR de Aragón de 30 de marzo de 2017*).

En el fondo, como ha señalado la doctrina, lo que ocurre es que esas variaciones de valor que se producen en el seno de la herencia pendiente de ejecución fiduciaria tendrán consecuencias fiscales en el futuro en el ISD (los bienes o la contraprestación obtenida quedan subrogados en lugar de los enajenados), en el momento de la asignación fiduciaria, pues afectarán la valor de los bienes asignados.

Y, por las razones apuntadas, si no existiera derecho de usufructo, los rendimientos del capital obtenidos por la herencia yacente no tributarían en el IRPF, engrosando asimismo el valor de la herencia.

Por último, en el caso de que dentro del encargo fiduciario existan bienes susceptibles de generar rendimientos de actividades económicas (una empresa, una actividad profesional), las normas de atribución del impuesto establecen su imputación a quienes realicen la actividad económica de

forma personal habitual y directa (art. 11 LIRPF). De acuerdo con lo establecido en la normativa civil aragonesa, hasta la ejecución fiduciaria será el administrador (a menudo el propio cónyuge fiduciario) el encargado de la gestión de la actividad. En ese sentido, si no es posible individualizar en una persona que ejerza la actividad por cuenta propia y el administrador se limita a llevar la gestión en favor de la herencia pendiente de asignación nos encontraríamos con los mismos problemas de imputación de rentas antes señalados.

**B) Impuesto sobre el Patrimonio.** El hecho imponible este tributo es la titularidad por el sujeto pasivo, en el momento del devengo, del patrimonio neto, entendido como el conjunto de bienes y derechos de contenido económico pertenecientes al sujeto pasivo, así como de las cargas, gravámenes, deudas y obligaciones sobre aquellos (arts. 1 y 3 LIP). Se trata de un impuesto anual, cuyo devengo tiene lugar el 31 de diciembre. En cuanto a la titularidad de los bienes y derechos, se atribuirán a los sujetos pasivos teniendo en cuenta las normas contenidas en las disposiciones reguladoras del régimen del matrimonio, así como en los preceptos de la legislación civil aplicables en cada caso (art. 7 LIP).

En cuanto al sujeto pasivo, la LIP señala como contribuyente por este impuesto únicamente a las personas físicas. Por su parte, los bienes y derechos de las entidades sin personalidad jurídica pero que constituyen un patrimonio separado —comunidades de bienes, herencias yacentes— habrán de atribuirse a sus partícipes personas físicas.

De acuerdo con ello, en el caso de fiducia se trasladan algunos de los problemas que hemos señalado con respecto al IRPF. Y es que mientras la herencia se encuentre pendiente de asignación, de ejecución fiduciaria, no cabe imputar a persona física alguna la titularidad sobre los bienes que la integran, a salvo, claro está lo que corresponda al usufructuario, en caso de que lo hubiera, que tributará en función de la valoración del usufructo en cada ejercicio.

En el momento de la ejecución fiduciaria, la doctrina se ha planteado si el designado ya heredero debe proceder a una suerte de regularización y presentar declaraciones de patrimonio con relación a los ejercicios no prescritos (los cuatro anteriores a la ejecución), toda vez que no hubo una tributación efectiva por este impuesto, o si, por el contrario, debería limitarse a la situación patrimonial nacida de la ejecución de la fiducia y hacia el futuro. Por una parte, las normas civiles establecen que los efectos de la aceptación de la herencia se retrotraen al momento del fallecimiento, pero, por otra, la delación de la herencia en el caso de la fiducia solo tiene lugar con la ejecución, lo que abogaría por entender que no procedería aquella regularización.

**C) Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.** Puede ocurrir que entre los bienes que forman parte del encargo fiduciario se encuentre algún inmueble urbano, lo que determinará, como ya se ha visto, el devengo del IIVTNU.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo de este tributo, en las transmisiones o en la constitución o transmisión de derechos reales a título gratuito, lo serán tanto las persona físicas o jurídicas, como las entidades sin personalidad jurídica del artículo 35.4 LGT que adquieran el terreno o a cuyo favor se constituya o transmita el derecho real de que se trate (art. 106 TRLHL). Es decir, por lo que interesa a la fiducia sucesoria y a diferencia del resto de los impuestos que hemos tratado, el elenco de contribuyentes no se limita a las personas físicas o jurídicas, sino que incluye a las entidades sin personalidad como las herencias yacentes o las comunidades de bienes. Recuérdese a estos efectos que, según lo establecido en el artículo 448 CDFR, mientras la herencia no se defiera, esto es, no se ejecute el encargo fiduciario o tenga lugar la extinción de la fiducia, se encuentra en situación de herencia yacente.

En resumen, a la muerte del instituyente y aunque la herencia se encuentre en situación de pendencia y sin ejecución del encargo fiduciario, se entiende igualmente devengado este impuesto municipal, siendo contribuyente la herencia pendiente de asignación y por el valor total del terreno o, en su caso, el atribuible a la nuda propiedad. Por descontado, si se instituye el usufructo viudal a favor del cónyuge viudo, se devenga asimismo el IIVTNU en cuanto a la constitución del usufructo, siendo contribuyente el usufructuario. Así lo señala la propia Dirección General de Tributos estatal, que además reconoce que la posterior atribución los bienes inmuebles urbanos a los herederos, que se origine como consecuencia de la ejecución de la fiducia o de su extinción no originará una nueva sujeción al impuesto (V0397-16).

**BIBLIOGRAFÍA:** MERINO HERNÁNDEZ, J.L., *La fiducia sucesoria en Aragón*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza 1994; ORIA ALMUDI, J., "El tratamiento de la fiducia sucesoria aragonesa en el Impuesto de Sucesiones", en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, II, nº 1, 1996; PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> A., *Manual de Derecho Civil Aragonés*, 4<sup>a</sup> ed., VVAA, Delgado Echeverría, J. (Dir.), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012; PASTOR EIXARCH, GARCIA CANO y PARDO TOMÁS, "La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria", en *Actas de los novenos encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1999; POZUELO ANTONI, F., "Cuestiones fiscales sobre la fiducia sucesoria" en *Actas de los vigesimocinco encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, 2019; QUERO CHAMORRO, B., "La fiscalidad de la fiducia sucesoria aragonesa a la vista de la última jurisprudencia. Comentario de la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V 0397-162", en *Revista de Derecho Civil Aragonés* 2015-16; SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A., «De la fiducia Sucesoria», en *Código del Derecho Foral de Aragón, concordancias, doctrina y jurisprudencia*, Delgado Echeverría, J. —Dir.—, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza,



2015; SOLCHAGA LOITEGUI, J., "De la Fiducia Sucesoria. Comentario desde el punto de vista del Derecho Tributario" en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, vol. III*, Dirigidos por Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1996; VILLARO GUMPERT, F., "La herencia pendiente de asignación fiduciaria. Tratamiento vigente en los diferentes impuestos. Doctrina administrativa y resoluciones de los tribunales", en *Actas de los vigesimooctavos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, 2019; ZUBIRI DE SALINAS, F., "La fiducia sucesoria", en *Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992; ZUBIRI DE SALINAS, F., "De la fiducia sucesoria" en los *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, vol. III*, Dirigidos por Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1996.



## §23. NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS

José Antonio SERRANO GARCÍA  
*Catedrático de Derecho civil*

### 1. El Título V y el Derecho supletorio

*A. El Título completa la regulación de las diversas clases de sucesión voluntaria.* El principio general de ordenación voluntaria de la sucesión del art. 318 es desarrollado en los Títulos II (Sucesión paccionada), III (Sucesión testamentaria) y IV (Fiducia sucesoria); con adecuada sistemática, las “Normas comunes a las sucesiones voluntarias” del Título V (arts. 464-485) completan esta regulación y son aplicables, por tanto, a todas las concretas formas en que la sucesión voluntaria puede ordenarse. Todas estas normas tienen su fundamento y justificación en el principio de libertad civil y, como bien dice A. SÁNCHEZ-RUBIO, su finalidad práctica la mayor parte de las veces no es otra que excluir o modalizar la norma estatal de aplicación supletoria.

Excepto la norma sobre reserva de bienes del art. 464.3, que tiene su antecedente en el art. 139 Comp., los preceptos de este Título han sido creados *ex novo* a partir de algunos precedentes históricos, la regulación del Derecho supletorio y la de otros Derechos de nuestro entorno, con la finalidad, expresada en el Preámbulo (núms. 35 y 30), de dotar a nuestras instituciones [en particular: pactos sucesorios, testamento mancomunado o individual y fiducia sucesoria] de un marco de normas generales en las que encuentren su acomodo natural y armónico, a la vez que para facilitar su engarce con el Derecho supletorio.

*B. Deja un amplio margen para la aplicación del Derecho supletorio.* De los cuatro Capítulos en que se divide el Título V, el III (“Derecho de acrecer”) aborda en su integridad la materia de la que trata; el Primero contiene también una regulación casi completa de la “Designación de sucesor”, excepto en lo relativo a las sustituciones (vulgar, pupilar, ejemplar y fideicomisaria) y modalidades accesorias (condición, término y modo), materias en las que —a salvo lo dispuesto en el art. 476— son aplicables las normas del Derecho supletorio en cuanto estén en armonía con el sistema sucesorio aragonés.

En contraste con los Capítulos I y III, el II (“Legados”) y el IV (“Albacea”) sólo contienen algunas normas concretas: las de los legados guardan relación con materias reguladas para la institución de heredero, con la primacía de la voluntad del disponente o con precedentes históricos; de las dos sobre el albacea, una es aplicación del principio general de ordenación voluntaria y, la otra, una especificación para el testamento mancomunado; en lo demás,

en materia de legados y albaceazgo, es de aplicación supletoria la regulación del Código civil.

**C. En particular, en las sustituciones voluntarias.** El Código foral no regula las sustituciones voluntarias, aunque alude a ellas, sin especificar su tipo, en los arts. 321.3, 323, 381, 437 y 481; también hay en él, aunque en menor cantidad, alguna alusión concreta a las sustituciones fideicomisarias (arts. 321.3 y 501.1º). No hay duda, por tanto, de que las sustituciones voluntarias, de cualquier clase, son posibles en el Derecho aragonés. Se rigen por la voluntad de los otorgantes y, en su defecto, por las normas del Derecho supletorio acordes con los principios de nuestro Derecho, que en su aplicación en Aragón en ningún caso tendrán carácter imperativo (arts. 1 y 3).

Como acertadamente dice la SAPH 13/12/1999, “la cláusula de sustitución vulgar del caso de autos no entra en contradicción alguna con el supuesto de sustitución legal regulado en el art. 141 Comp. [ahora en los arts. 334 a 341 CDFa y concordantes] que contemplaba el caso de instituido con hijos o descendientes y no el de instituido soltero o casado sin descendientes que es el establecido en el pacto sucesorio que nos ocupa”. Da a entender la sentencia que, en efecto, en otros casos, puede haber alguna contradicción entre la sustitución vulgar y la legal regulada en Aragón, entonces la solución habrá que deducirla de la interpretación de la voluntad del testador o disponente, que debe prevalecer en todo caso.

También la sustitución fideicomisaria y sus variantes se aplica en Aragón a partir de lo estipulado por el disponente y lo establecido subsidiariamente en el Código civil (sobre sus normas “imperativas” prevalece el *standum est chartae*). En la STSJA 23/2016, 5/10/2016, la literalidad de la expresión “fideicomiso de residuo”, colocada como epígrafe de una cláusula testamentaria de contenido más amplio, impide al heredero-fiduciario [por no haber presentado recurso de casación en tiempo y forma y defendido la primacía de la voluntad del disponente] disponer por causa de muerte de los bienes del fideicomiso. Y en la STSJA 21/2017, 25/10/2017, la Sala interpreta que en las capitulaciones matrimoniales, junto a la institución de heredero, se contiene un fideicomiso de residuo que, a falta de pacto expreso, tan solo autoriza las disposiciones a título oneroso, pero tanto en vida de los instituyentes como después de su muerte. El fideicomiso de residuo excluye la posibilidad de disponer por causa de muerte, pero esto se puede conseguir estableciendo con claridad una sustitución preventiva de residuo.

**D. Planteamiento de la exposición.** Del Capítulo sobre “Designación de sucesor”, los arts. 464 y 465 han sido contemplados al tratar de la ordenación voluntaria de la sucesión (art. 318) y los arts. 466 a 469, al hablar de los sucesores por causa de muerte (art. 319); las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (art. 475) han sido vistas a continuación de la indignidad sucesoria.

Asimismo, el Capítulo III sobre “derecho de acrecer” ha sido expuesto en la parte general, después de la sustitución legal. Aquí sólo nos ocupamos, en consecuencia, del resto de materias incluidas en este Título V.

## 2. La designación de sucesor

**A. Certeza de la designación.** El favorecido por una disposición por causa de muerte —como el favorecido por cualquier otra declaración de voluntad— ha de ser persona determinada o, al menos, determinable a partir de las condiciones o circunstancias señaladas por el disponente en el título sucesorio; incluso si el disponente ha indicado erróneamente la persona del heredero o legatario, pero de la interpretación del título sucesorio es posible concluir a qué persona pretendía referirse, la disposición vale relativamente a esa persona (*cf.* art. 425); por ello, la regla general es que *se tendrá por no puesta* (por ser originariamente ineficaz) *toda disposición* sucesoria (de un pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia) *en favor de persona incierta, a menos que por algún evento pueda resultar cierta* (art. 470; el art. 750 Cc. habla, en cambio, de que será nula). El Código civil, en los arts. 772 y 773, contiene otras indicaciones sobre la certeza de la designación, poco claras e innecesaria en nuestro sistema sucesorio.

Por ej., el TSJA entiende que la disposición contenida en el testamento mancomunado, para el caso de comoriencia de los testadores, a favor de quienes entonces sean “más próximos parientes” de cada uno de ellos, es cierta, da preferencia a los hermanos vivos sobre los sobrinos hijos de una hermana premuerta, y, habiendo sucesión voluntaria, evita la apertura de la sucesión legal (S 9/2013, de 18/2).

Los arts. 472 a 474 desarrollan el art. 470 para precisar quién debe entenderse llamado y en qué forma en casos de concurrencia de designados o de relativa indeterminación de la disposición. Son reglas supletorias o interpretativas de estas disposiciones voluntarias que fijan su significado legal y contribuyen así a dar certeza a la designación.

**B. Concurrencia de designados.** Los casos de concurrencia los contempla el art. 472 que dice así: *En el llamamiento sucesorio a varias personas, salvo que otra cosa resulte del mismo, se aplicarán las siguientes reglas:*

a) *Los sucesores designados simultáneamente [“mis hijos” o “mis amigos”] sin atribución de partes se entienden llamados por partes iguales. Por excepción, si se llama a los hermanos del causante sin hacerlo nominalmente, los de padre y madre toman doble porción que los medio hermanos.*

b) *Si se llama simultáneamente a varias personas, a unas individual y a otras colectivamente [“mi hermana y mis sobrinos”], se entiende que éstas lo son también individualmente.*

c) *Los designados conjuntamente se entienden llamados simultánea y no sucesivamente. Asimismo, cuando sean llamados a una sucesión una persona y sus hijos, se entienden todos instituidos simultánea y no sucesivamente.*

d) *Cuando se designa a los «hijos», «descendientes» o «hijos y descendientes» del causante o de otra persona, se entienden llamados en primer término los hijos, sustituidos por sus estirpes de descendientes conforme a las reglas de la sustitución legal.*

e) *Cuando se llama a un determinado grupo de parientes, como «hijos» o «hermanos», sean del causante o de otra persona, se entienden comprendidos los matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos que vivan o estén concebidos al tiempo en que se defiera la herencia. Cfr. arts. 765, 769, 770, 771 y último párrafo del art. 772 Cc.*

El ap. e) no impide llamar a parientes no concebidos (permitido genéricamente en el art. 325.1), sino que se limita a interpretar la voluntad del disponente al utilizar una expresión determinada en la que nada se ha manifestado sobre los no concebidos: parece razonable limitar, en tal caso, el llamamiento a los parientes que estén concebidos al tiempo de deferirse la herencia (art. 321) por las complicaciones que la solución contraria representaría.

**C. Supuestos de relativa indeterminación.** El ap. 1 del art. 473 regula el destino de los bienes objeto de disposición a favor del alma (“para sufragios y obras pías”), cuando se haya hecho indeterminadamente y sin especificar su aplicación; dice *que se ofrecerán por los albaceas a las instituciones beneficiarias y si alguna no los quisiera recibir en especie, se venderán por aquéllos, que entregarán la mitad del importe a la Iglesia o confesión religiosa legalmente reconocida a la que pertenecía el causante, para que los destine a los indicados sufragios y para atender sus necesidades, y la otra mitad a la Diputación General de Aragón para fines benéficos de la población o comarca correspondiente al domicilio del difunto o de alcance más general.*

El ap. 2 regula el destino que se debe dar a los bienes dejados a favor de los pobres en general o para obras asistenciales: *La Diputación General de Aragón destinará los bienes, o el importe de su venta, a entidades asistenciales preferentemente de la población o comarca del domicilio del disponente.* Ni las instituciones o entidades “beneficiarias” ni las personas físicas que finalmente puedan resultar favorecidas con estas disposiciones, tienen la condición de sucesores del causante.

El art. 474, para otros supuestos de relativa indeterminación, contiene reglas supletorias e interpretativas de la voluntad del disponente: el ap. 1 dice que *la disposición a favor de parientes del disponente o de un tercero sin determinación de quiénes sean, se considerará hecha a favor de los llamados a la sucesión legal y en la proporción resultante de ella, pero sin limitación de grado y excluyendo al cónyuge* (STSJA 8/11/2006); el ap. 2 se refiere a la utilización de expresiones como “herederos”, “herederos legales”, “herederos legítimos”, para

señalar que en tales casos se entenderán llamados quienes serían sus herederos legales y, por tanto, dentro del límite del cuarto grado y con llamamiento a favor del cónyuge.

**D. Motivación de la disposición.** Del art. 471 se deduce que la expresión del motivo que ha llevado al disponente a efectuar una determinada disposición, aunque resulte ser un motivo falso o ilícito, carece en principio de relevancia, salvo para desheredar (art. 509), y no afecta a la eficacia de la disposición; pero cuando el motivo expresado en el título sucesorio ha sido esencialmente determinante de la disposición (que es lo más probable: A. SÁNCHEZ-RUBIO), y resulta ser falso o ilícito, la eficacia de la disposición sí queda afectada: es nula la disposición esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres (art. 424.1), mientras que la disposición esencialmente determinada por error, de hecho o de derecho, en los motivos es meramente anulable (art. 424.2). Las consecuencias del error en el motivo o la causa determinante de la exclusión o desheredación de legitimarios las señala el art. 514.

**E. Modalidades en la designación de sucesor.** Aunque el Código no contiene una regulación de las modalidades accesorias en las disposiciones por causa de muerte, no hay duda de que la designación de sucesor puede hacerse a plazo —inicial o final—, bajo condición —suspensiva o resolutoria— o *sub modo* (STSJA 26 febrero 2009, SAPZ 8 junio 2009; E. BELLOD).

El art. 476 señala, en primer lugar, que *son válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o las buenas costumbres (cfr. art. 792 Cc.)*; por ej., prevenir la sucesión para el caso de que ambos testadores mueran en el mismo evento o establecer que si la mujer fallece antes que el marido a éste se le atribuirá el usufructo universal sobre los bienes inmuebles (SJPI 17 Zaragoza de 28/11/2007).

Y añade a continuación, para desplazar en dos supuestos concretos la aplicación supletoria del Código civil (arts. 793.1 y 794) porque las prohibiciones en ellos contenidas chocan con el principio aragonés de libertad civil, que, *en particular, es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada, así como la condición de que el heredero o legatario haga alguna disposición mortis causa en favor del disponente o de otra persona.*

La primera no es condición contraria al *ius connubii* ni a las buenas costumbres. Como dice M<sup>a</sup> A. PARRA, si se respetan los límites a la libertad de testar —en particular, los derivados de la legítima—, la autonomía de la voluntad del testador debería permitir imponer condiciones para la adquisición de una herencia o legado a quien no tiene derecho a recibir la liberalidad. Con ello no se le priva de derechos fundamentales —de hecho puede

casarse o no— y otra cosa es que con su decisión no llegue a adquirir o se vea privado de una herencia que por ley no podía exigir.

Y la segunda, además de ser típica de los pactos sucesorios y testamentos mancomunados aragoneses, al mismo resultado se llegaría imponiendo el testador al instituido una carga (PARRA).

### 3. Los legados

**A. Aplicación del Derecho supletorio.** El Derecho aragonés no regula los legados en general, ni, salvo una excepción, las diversas clases de legados, materias en las que, por tanto es aplicable el Derecho supletorio, salvo en las concretas cuestiones previstas en nuestro Código en los arts. 477 a 480 (SS TSJA 26/2/2007, 26/2/2009), a las que hay que añadir los legados de la participación, bien consorcial o derechos en bien consorcial regulados en el art. 238, al que se remite, durante la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal, el art. 255.

En efecto, dentro de la regulación del consorcio conyugal y en los artículos recién indicados, se regula con detalle, y de manera novedosa en algunos aspectos, el legado de la participación de un cónyuge o partícipe en el patrimonio del consorcio conyugal o de la comunidad que continúa tras la disolución del consorcio conyugal (que desplaza la aplicación supletoria de los arts. 1379 y 1380 Cc.: STS 28/9/1998, SAPH 25/6/2005), o el legado de bienes determinados de ese patrimonio común, así como el legado de los derechos que le corresponden en un bien determinado de dicho patrimonio común (STSJA 26/11/2007). Sobre los efectos de estos legados véase lo dicho al tratar de la gestión del consorcio conyugal.

El Derecho supletorio se aplica en las cuestiones no previstas en el Derecho aragonés, como por ejemplo el legado modal (“sub modo”), al que le es de aplicación supletoria el art. 797 Cc. (STSJA 26/2/2009). Sobre el plazo de la acción para pedir la entrega del legado, dice la STSJA 31/2014, 29/9/2014, que esta acción viene siendo considerada como de carácter personal y, como tal, y a falta de plazo específico, le correspondería el de quince años [cinco desde la reforma de 2015] que, con carácter general, señala el art. 1964 Cc. desde la muerte del causante. Pero, por tratarse este legado de una obligación de pago de periodicidad mensual, sería aplicable el plazo de prescripción de cinco años del art. 1966 Cc.

**B. La adquisición del legado.** El legatario adquiere su derecho desde el momento de la delación, sin perjuicio de la posibilidad de repudiar el legado (art. 322.3): la adquisición del legado no precisa aceptación, de modo que si el legatario lo acepta lo que hace es consolidar su adquisición; pero, por otra parte, la adquisición automática no impide al legatario repudiarlo: en



tal caso *se considerará que no ha tenido lugar la delación a su favor* (art. 477.2; *cfr.* art. 352).

Del ap. 1 del art. 477 resulta que el derecho que así adquiere el legatario puede ser: a) la propiedad, en los legados de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario (legado con efecto real o *per vindicationem*); b) un derecho de crédito contra la persona gravada con el legado (legado con efecto obligacional o *per damnationem*).

**C. El derecho de transmisión.** El art. 478 regula, con carácter dispositivo y de forma muy similar a como lo hace el art. 354 para la herencia, la transmisión del derecho a aceptar o repudiar el legado. Con toda claridad expone la SAPZ, Sec. 5ª, 6/3/2012, que tanto el art. 354 como el 478 CDFa, regulan lo mismo, pero respecto a diferentes instituciones. El primero se refiere a la herencia y el segundo a los legados. Aunque se trate de la misma figura (la transmisión del derecho a aceptar o repudiar) las consecuencias son distintas, pues diferentes son la herencia y el legado. En el primer caso se transmite el derecho a aceptarla o repudiarla, mientras que en el legado el de confirmar la adquisición ya producida o bien «deshacerse» de ella, puesto que el legatario ya ha incorporado a su patrimonio los bienes legados, como se desprende del art. 477 CDFa. Por lo tanto, en principio, aunque D. Pedro no hubiera aceptado ni repudiado el legado hecho por su madre, esos bienes pasan a su propiedad una vez fallecido el causante (la madre) por el mero hecho de la «delación» (art. 322-3 y 477 CDFa).

El resto de previsiones del art. 354 son aplicables también en esta sede. Como el legatario que fallece después de la delación ya es titular del legado, si bien provisionalmente pues tiene la facultad de repudiarlo, sus herederos lo adquieren, cada uno en proporción a su participación en la herencia del legatario, en las mismas condiciones que lo tenía el fallecido (salvo que se trate de legados de usufructo, de renta, de pensión vitalicia u otros de carácter personalísimo, que se extinguen a la muerte del legatario), pudiendo pues aceptarlo, para confirmar en la parte que les ha correspondido la adquisición ya hecha por el legatario, o repudiarlo para deshacerla con efectos retroactivos. No parece que la parte repudiada por uno de los herederos del legatario, puesto que cabe la aceptación o repudiación parcial del legado (art. 889 Cc.), acrezca preferentemente a los demás, como en el caso de la herencia (art. 354.2). El derecho de viudedad del cónyuge del legatario fallecido se extiende con normalidad a los bienes adquiridos por los herederos de éste (ya estaban en el patrimonio del legatario), pero no a los que, por haber repudiado todos su parte en el legado, vuelvan a la herencia del primer causante (*vid.* art. 323).

**D. La posesión del legado.** *El legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, a diferencia de lo previsto en el art. 885 Cc., puede, por*

*sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación* (art. 479) (SAPH de 9/2/2007). La escritura pública se exige únicamente para la obtención de la inscripción registral de los inmuebles legados. La posesión de los restantes legados se rige por lo dispuesto en el Código civil.

La auto-posesión introducida en este artículo es una gran novedad que pretende solucionar los numerosos problemas que la regulación del Código civil plantea al legatario que quiere tomar posesión del legado, recuperando a tal fin una norma existente en nuestro Derecho histórico (F. Único *De los legatarios* de 1592 y F. 30 *De apprehensionibus*) y recogida en el art. 271 del Proyecto de Apéndice de 1904 (“El legatario de cosa específica y determinada puede adquirir la posesión de ella por vía de interdicto, sin necesidad de pedirla al heredero o albacea”).

La posesión civilísima de los bienes que pueden ser objeto de auto-posesión material parece que corresponde, no obstante, al heredero (art. 440 Cc.). En todo caso, los acreedores de la herencia mantienen su preferencia sobre este tipo de legatarios (art. 359.1) y, si no son descendientes y hay lesión de la legítima, los legitimarios de grado preferente pueden reclamar la reducción del legado (*vid.* arts. 494 y ss.).

**E. Prelación entre legatarios.** En el art. 480, que sustituye al art. 887 Cc., queda claro que es la voluntad del disponente (aunque hable de “causante”, no hay que excluir al fiduciario) la que marca la preferencia entre los legatarios cuando los bienes de la herencia no alcancen para cubrir todos los legados ordenados; en su defecto, se sigue el orden señalado por el artículo. En caso de lesión cuantitativa de la legítima, hay que eliminar dicha lesión y, para ello, reducir a prorrata las liberalidades por causa de muerte (a título de herencia o de legado) hechas a favor de no descendientes, salvo cuando el disponente haya dispuesto otro orden (art. 495); la fracción de lesión que corresponda eliminar reduciendo legados, se concretará atendiendo a las preferencias entre legatarios del art. 480 (A. SÁNCHEZ-RUBIO).

#### 4. El albacea

En esta materia, los arts. 484 y 485 sólo contienen dos precisiones, por lo que el Derecho supletorio (arts. 892 a 911 Cc.) tendrá aplicación en todo lo que no haya sido previsto por el disponente.

El art. 484 deja claro que el disponente puede establecer, en pacto sucesorio o testamento mancomunado o individual, la ejecución de las disposiciones por causa de muerte con plena libertad de estructura y contenido, pudiendo señalar las condiciones, retribución, plazo, facultades, etc., en las que ha de desenvolverse el albacea o albaceas nombrados.

A la capacidad para ser albacea, a falta de otra previsión del disponente, se aplica el art. 893 Cc. que exige la mayoría de edad, de manera que no podrá serlo el menor mayor de catorce años, ni aun con la asistencia prevista en el art. 23.

Cuando los otorgantes de un testamento mancomunado han nombrado un albacea común, dice el art. 485 que el plazo para el ejercicio de su función *se contará, en cuanto a cada sucesión, desde la fecha de fallecimiento del respectivo causante.*

**BIBLIOGRAFÍA:** La misma del § 19. ARTERO FELIPE, José Luis, «Derecho de Acrecer y Albacea », en *Manual de derecho sucesorio aragonés*. Sonlibros, Zaragoza, 2006, pp. 523-541; E. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA: “El pago de una renta mensual impuesta al heredero (con referencia a la STSJA de 29 de septiembre de 2014)”, *RDCA* 2015-2016, pp. 233-255; ESCUDERO RANERA, Pablo, «Legados», en *Manual de derecho sucesorio aragonés*. Sonlibros, Zaragoza, 2006, pp. 499-522; GARCÍA ALMAZOR, José, «Normas comunes a las sucesiones voluntarias». *RDCA*, V-1999-1º, pp. 97-110 (= en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Zaragoza, 1999. pp. 123-138); SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: “Normas comunes a las sucesiones voluntarias”, en *Código del Derecho Foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 671-697; SERRANO GARCÍA, José Antonio, con la colaboración de BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> del Carmen: *Lecciones de Derecho civil: Sucesiones por causa de muerte*, Kronos Editorial, Zaragoza, 2019, pp. 281-318; SERRANO GARCÍA, José Antonio: “Normas comunes a las sucesiones voluntarias”, en *25 años de jurisprudencia aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los Tribunales (1995-2019)* (Coords. C. Bayod y J.A. Serrano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1263-1283.



## §24. LA LEGÍTIMA

José Antonio SERRANO GARCÍA  
*Catedrático de Derecho civil*

### 1. Diversidad de sistemas legitimarios en España

#### *A. La Constitución no garantiza la existencia de una legítima material.*

En una primera aproximación podemos decir que la legítima es el derecho subjetivo de las personas que la ley considera legitimarios de otra ya fallecida, a participar, o haber participado, en una cuota de su fortuna, que la ley señala y regula de forma imperativa; derecho que, al prevalecer sobre la voluntad del causante, limita la eficacia de sus liberalidades a favor de no legitimarios, en cuanto lo hayan lesionado cuantitativa o cualitativamente.

Las diferencias entre los siete sistemas sucesorios españoles en lo relativo a la legítima (o legítimas) son muy notables, como ahora veremos. Pero, de entrada, hay que afirmar que la legítima no es materia protegida por el orden público español (SS TS 15/9/1996, 10/7/2009) y que, por ello, no pueden considerarse contrarias al orden público interno las reglas más favorables a la libertad de testar de algunos Derechos civiles autonómicos que carecen de legítima material. La Constitución española (art. 33) no garantiza la existencia de una legítima material, no son inconstitucionales los sistemas jurídicos en los que los hijos y descendientes carecen de derechos legitimarios en la herencia de sus padres. La legítima sólo es una de las formas posibles de cumplir el mandato constitucional de protección a la familia (art. 39), pero caben otras maneras de cumplirlo (un derecho de alimentos por causa de muerte, una legítima formal unida a la preterición no intencional, etc.).

#### *B. Libertad absoluta de testar frente a legítima material más o menos amplia.*

Algunos Derechos civiles españoles (*Navarra y Fuero de Ayala* en Álava) establecen la libertad absoluta de testar, pudiendo apartar a los legitimarios sin alegar causa alguna y ordenar la sucesión conforme al libre albedrío del disponente. No obstante, aunque no hay legítima material, en estos dos territorios existe la legítima formal que requiere la mención de los legitimarios para apartarlos de la sucesión, de modo que, en otro caso, la preterición no intencional tiene consecuencias. “La legítima navarra, tradicionalmente consistente en la atribución de “cinco sueldos ‘febles’ o ‘carlines’ por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles”, no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero./ La atribución de la “legítima navarra” con esta sola denominación u otra semejante a los legitimarios designados de forma individual o colectiva en el acto de disposición cumple las exigencias de su institución formal” (ley 267 Comp. N., redacción de 2019).

Los otros Derechos españoles establecen un sistema de legítima material que puede ser, en primer lugar, *sólo de descendientes*, sistema que únicamente es así en Aragón (legítima colectiva de un medio).

En segundo lugar, en el Código civil, Cataluña y Baleares la legítima puede ser *de descendientes* (dos tercios, uno de legítima estricta y otro de mejora, en el Código civil; un cuarto, en Cataluña; un tercio, si son 4 o menos los descendientes, y un medio, si son más de 4, en Baleares) y, *en su defecto, de ascendientes* (en el Código civil, los más próximos excluyen a los más remotos, con cuota de un medio, si concurren solos, y de un tercio, si concurren con el viudo o viuda; en Cataluña y Baleares la legítima de ascendientes es sólo a favor de los padres y de un cuarto en ambos territorios, si bien, en Ibiza y Formentera, rigen las mismas cuotas que en el Código civil) *con el concurso en el Código civil y Baleares del cónyuge viudo, si lo hay* (si concurre con descendientes, usufructo de un tercio en el Código civil; de un medio, en Baleares, que lo extiende a la *pareja de hecho*; si concurre con ascendientes, usufructo de un medio en el Código civil y de dos tercios en Baleares; si concurre solo, usufructo de dos tercios en el Código civil y usufructo universal en Mallorca y Menorca).

Finalmente, en el País Vasco y Galicia la legítima puede ser *de descendientes* (un tercio de legítima en el País Vasco —que es colectiva—, y un cuarto en Galicia) y *cónyuge viudo o pareja de hecho* (si concurre con descendientes, usufructo de un medio en el País Vasco y un cuarto en Galicia; en defecto de descendientes, usufructo de dos tercios en el País Vasco y un medio en Galicia).

Otra diferencia importante entre los sistemas legitimarios españoles es que en algunos (Código civil, Aragón, etc.) los legitimarios tienen derecho a recibir la legítima, como regla general, en bienes de la herencia (la legítima es *pars bonorum*); en otros sistemas, en cambio, el derecho de los legitimarios está configurado como un simple crédito (la legítima es *pars valoris*) que puede ser pagado por el heredero en dinero, incluso extrahereditario (Cataluña y Galicia).

**C. Otros derechos del cónyuge viudo (o pareja de hecho, en su caso), distintos de la legítima.** Al margen de la legítima, en *Cataluña* la ley concede al cónyuge viudo (o pareja de hecho) que queda en estado de necesidad una cuarta parte en propiedad (“cuarta viudal”, que es una atribución sucesoria determinada por la ley). Las *Leyes de Galicia y el País Vasco* permiten que el testador, más allá de la cuota legal obligatoria, conceda a su cónyuge (o pareja de hecho) el usufructo universal sobre toda la herencia, incluso gravando así las legítimas de los descendientes.

También como derechos legales del cónyuge viudo distintos de la legítima, *en Aragón y en Navarra* es la propia ley la que concede al cónyuge viudo el usufructo universal (como segunda fase del derecho de viudedad), con independencia de que existan o no descendientes o ascendientes, si bien en Aragón este derecho se adquiere ya con el matrimonio y se manifiesta durante él como derecho expectante de viudedad, mientras que el usufructo de viudedad navarro (desde 2019 ya no se llama “de fidelidad”) sólo produce efectos desde el fallecimiento del primer cónyuge (y se puede otorgar por acto de disposición a la pareja de hecho).

## 2. La legítima es un límite a la eficacia de las liberalidades del causante a favor de extraños

Pese a lo que literalmente dicen algunos textos normativos de forma inexacta o, al menos, equívoca (art. 763 Cc., y el 464.2 CDFA que se inspira en él), la legítima, como con acierto ha puesto de relieve A. SÁNCHEZ-RUBIO, no es un límite a la facultad de disponer a título gratuito, entre vivos o *mortis causa*, que opere cuando el disponente, al hacer la disposición, «tenga legitimarios».

Para empezar conviene aclarar que, al tiempo de hacer la donación o de otorgar la disposición sucesoria, el donante, testador u otorgante de un pacto sucesorio carece de legitimarios, porque vive, y no puede haber legitimarios sino respecto de un causante, que, en cuanto tal, es persona fallecida. Pero aunque entendamos que al hacer la disposición gratuita lo que tiene el disponente son meros “potenciales legitimarios”, tampoco es sostenible que en tal caso el disponente no pueda donar, testar u otorgar pacto sucesorio con toda libertad, porque la legítima no gravita sobre las facultades que ejercita en ese instante, sino como causa de posible *ineficacia* de esas disposiciones lucrativas cuando, abierta la sucesión, haya legitimarios y lesión de la legítima y, además, los legitimarios puedan y quieran ejercitar las acciones en defensa de su derecho.

Si al morir una persona tiene legitimarios, podrán comprobar si el ejercicio que el causante ha hecho de sus facultades de disponer a título gratuito ha respetado o no la legítima; si ha sido lesionada, cada legitimario puede reclamar su derecho en la lesión y, en tal caso, la eficacia de las liberalidades hechas por el causante (herencia, legado de bienes relictos o donación) se verá afectada en lo preciso para corregir la lesión reclamada. Así que, quien al morir tenga legitimarios, sólo habrá dispuesto a título lucrativo de sus bienes de forma inatacable por ellos, si no ha infringido la legítima.

Es evidente que si los potenciales legitimarios fallecen antes que el disponente, a su muerte no habrá legitimarios ni, por tanto, legítima. Por otra parte, es posible satisfacer la legítima íntegramente mediante donaciones *inter vivos*: en este caso las liberalidades a favor de extraños serán inatacables al no poder haber infracción de la legítima. Por último, es posible que, aunque el causante no tenga testamento o pacto, si ha hecho donaciones a extraños en exceso, la sucesión legal no alcance el importe de la legítima y haya que reducir las liberalidades a extraños por inoficiosas.

La legítima es, por tanto, un límite a la eficacia de la ordenación voluntaria de la sucesión (arts. 318, 469 CDFA) y de las donaciones hechas por el causante a favor de extraños. Con palabras de A. SÁNCHEZ-RUBIO, “la legítima es un límite a la efectividad de las disposiciones a título gratuito —*inter vivos* o *mortis causa*— del causante, cuando a su muerte quedan legitimarios

que no han recibido por tal título gratuito el *quantum* o el *quale* legalmente establecidos a su favor”.

También es importante entender que el disponente no atribuye nominalmente la legítima a los legitimarios y la parte de libre disposición a los extraños o no legitimarios, sino que simplemente hace con libertad donaciones, instituye herederos y dispone legados (art. 319.2 CDFa. y art. 660 CC), todo ello tanto a favor de familiares como de extraños; y lo que realmente importa al abrirse la sucesión es si, mediante tales atribuciones a título gratuito, la legítima ha quedado satisfecha porque los legitimarios han recibido su importe, o si, por el contrario, existe lesión porque los no legitimario han recibido más del valor de la parte de libre disposición.

### 3. Críticas a la existencia de la legítima

El límite legal que la legítima representa a la eficacia de las liberalidades del disponente a favor de extraños, ha sido criticado, en mayor o menor medida, en todos los tiempos y lugares, por los partidarios de la plena libertad de testar. A finales del s. XIX, momento en el que, con motivo de la preparación del futuro Código civil español, así como del aragonés, hubo un intenso debate, muchos juristas, y de forma destacada Joaquín COSTA, se manifestaron en contra de la legítima; es significativo de la importancia de estas críticas el hecho de que, en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-81, la moción por la absoluta libertad de testar fue rechazada por solo tres votos.

La evolución de la sociedad desde estructuras agrarias a urbanas, de la familia patriarcal amplia a la nuclear más reducida, así como la muy superior esperanza de vida, privan hoy a los defensores de la legítima de muchos de sus argumentos tradicionales: como bien dice A. SÁNCHEZ-RUBIO, los deberes paternos tienen su propio régimen legal independiente de la sucesión (deber de asistencia entre padres e hijos, deber de crianza y educación de los hijos menores, obligación de alimentos entre parientes); y, estadísticamente, el patrimonio del causante tiene cada vez un menor componente de procedencia familiar, existiendo normas específicas que, al margen de la legítima, regulan la transmisión de los bienes de procedencia familiar (troncales, troncales de abolorio, reserva troncal del art. 811 Cc.).

En 1999, la Ley de sucesiones redujo la cuantía de la legítima aragonesa, de los dos tercios en que la había fijado el Apéndice de 1925 a la mitad del caudal computable; y en su Preámbulo (hoy núm. 36 Preámbulo CDFa) manifestó que... *voces, procedentes sobre todo de los ambientes urbanos... demandan mayores posibilidades para favorecer al cónyuge con los bienes que se adquirieron durante el matrimonio, especialmente cuando no son importantes los que a su vez se heredaron y, por otra parte, se costó en su momento la formación de los hijos y se ayudó sustancialmente a su bienestar económico cuando se independizaron...* Entre nosotros, se suelen mostrar contrarios al mantenimiento de la legítima



bastantes profesionales, en particular algunos Notarios. No obstante, la configuración de la legítima aragonesa es de las más flexibles.

#### 4. Antecedentes históricos, evolución y regulación actual de la legítima aragonesa

**A. La legítima en el Derecho anterior al Apéndice de 1925.** La configuración del sistema legitimario aragonés como de legítima material colectiva de cuantía determinada (dos tercios desde 1925; un medio desde 1999) a favor exclusivamente de los descendientes del causante, es algo relativamente reciente puesto que sólo con la llegada del Apéndice de 1925 puede afirmarse con seguridad que éstas son las principales características de la legítima en Aragón. Características que se mantienen en la Compilación de 1967 y, con algunas modificaciones en la cuantía y en los límites a la libertad de distribuirla entre los descendientes, en el Derecho vigente.

El sentido y contenido de la legítima en el Derecho histórico aragonés, desde los Fueros de 1247, pasando por los *De testamentis nobilium* de 1307 y *De testamentis civium* de 1311, hasta el Apéndice de 1925, no es todavía una cuestión pacífica. El sistema legitimario aragonés anterior al Apéndice ha sido entendido de forma muy diversa por los autores que a lo largo de los siglos se han ocupado de él. Los textos históricos son contradictorios, pues tanto se afirma la total libertad de testar en el Fuero de Jaca como se repite la idea de que en Aragón toda la herencia era legítima.

La Compilación de Huesca (1247) tomó del Fuero de Daroca la distribución igualitaria de la herencia entre los hijos, con un limitado margen para poder mejorar a alguno en bienes muebles. La norma no mantuvo su vigencia más allá del comienzo del siglo siguiente cuando, reunidas Cortes en Alagón, sancionaron en 1307 el Fuero *De testamentis nobilium*, permitiendo la libre distribución de los bienes entre los hijos de los nobles, al que siguió la petición de los procuradores de villas y ciudades para extender esta norma a todos los ciudadanos, y, a tal efecto, las Cortes de Daroca sancionaron en 1311 el Fuero *De testamentis civium et aliorum hominum aragonum*.

Los Fueros de 1307 y 1311 reconocen a los padres la libre distribución de sus bienes entre los hijos, pero es dudoso que tuvieran obligación de nombrar heredero a uno de ellos. De haber legítima material, se desconoce su cuantía. En la práctica, los protocolos notariales revelan que durante siglos los cónyuges se instituían recíprocamente herederos (pacto al más viviente) aunque hubiera hijos, a quienes asignaban la llamada legítima foral (sin contenido económico) bajo la fórmula clásica de *cinco sueldos jaqueses por muebles y cinco por inmuebles* (o atribuciones simbólicas similares). Lo que supone libertad de testar y legítima meramente formal. Cree la profesora E. BELLOD que, hasta la promulgación del Apéndice, es la costumbre y no la ley la que determina el contenido del testamento mancomunado.

**B. La legítima en el Apéndice de 1925 y en la Compilación de 1967.** El Apéndice de 1925, al implantar la legítima colectiva de dos tercios del caudal computable a favor de los descendientes del causante, con libertad de distribución entre los inmediatos (si hay hijos, sólo entre ellos), terminó con las dudas anteriores sobre la amplitud de la legítima y la libertad de testar. La clara formulación del sistema consiguió que la práctica antigua de hacer testamento tuviera que adaptarse a la nueva regulación. Además, el Apéndice distingue entre legitimarios mediatos e inmediatos, regula el derecho de alimentos de los legitimarios excluidos de la legítima, señala que el preterido singular

y el injustamente desheredado tienen derecho a equipararse con el legitimario menos favorecido.

La Compilación de 1967 mantiene la cuantía y demás características de la legítima (colectiva, de descendientes "legítimos"), amplía la libertad de distribución (se puede dejar todo a un nieto habiendo hijos) e introduce la legítima formal: los hijos preteridos (los no favorecidos ya en vida del causante ni en su sucesión legal y no mencionados en el testamento o pacto que los excluya), aun intencionalmente, tienen derecho a recibir como el legitimario que menos reciba. La reforma de la Compilación de 1985 se limitó, en materia de legítimas, a suprimir el inconstitucional tratamiento, por discriminatorio, que recibían los hijos ilegítimos.

En los años 90 aparece una jurisprudencia del TSJA (SS 30/9/1993 y 11/11/1998) que considera que para evitar la preterición hay que mencionar al legitimario en la parte dispositiva del testamento y que hay que hacerlo para excluirle de la sucesión o bien para dejarle algo simbólicamente. La simple mención (no excluyente) no elimina la preterición. Esta doctrina jurisprudencial fue muy criticada por la doctrina y los profesionales del Derecho. Esta cuestión de la mención suficiente para evitar la preterición era, sin duda alguna, la más necesitada de reforma, pero muy unidas a ella se hallaban la propia subsistencia de la legítima formal, el sentido de la preterición y sus clases, la exclusión y la desheredación; además se hacía necesario completar la regulación de la legítima material colectiva y los medios de defensa ante lesiones cuantitativas o cualitativas, así como evitar algunas otras dudas y objeciones puestas de manifiesto por la doctrina.

**C. La legítima en la regulación vigente, procedente de la Ley de sucesiones de 1999.** El Título VI de la Ley de sucesiones, actual Título VI del Libro III del CDFa, que es el dedicado a la legítima, está distribuido en seis Capítulos que contienen las Disposiciones generales, la Intangibilidad cualitativa, la Intangibilidad cuantitativa, la Preterición, la Desheredación y exclusión y los Alimentos a legitimarios. Fuera del Título VI aluden también a la legítima, entre otros, los arts. 318, 330, 334, 339, 454 y 468 del propio Código Foral.

Desde la reforma de 1999 el sistema legitimario aragonés es completo y autosuficiente, a la vez que sigue siendo muy diferente del sistema legitimario del Código civil, cuyas normas no pueden ser ya aplicadas como Derecho supletorio. En ambos sistemas la legítima es material, no hay legítima formal, y los legitimarios tienen derecho a recibir la legítima, como regla general, en bienes de la herencia (la legítima es *pars bonorum*). Pero, a diferencia del Código civil, en Aragón la legítima es sólo de descendientes, su cuantía es la mitad del caudal computable y es una legítima colectiva, lo que quiere decir que *puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirse a uno solo* (486.2 CDFa).

Las principales novedades introducidas en la legítima por la reforma de 1999 son las siguientes: Reduce la cuantía de la legítima material a una mitad del caudal computable; suprime la legítima formal y priva de efectos a la preterición intencional; amplía la libertad de testar, no sólo al reducir la cuantía de la legítima, sino también al suprimir la renuncia como causa

de sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente (si renuncia el único hijo o todos los hijos, aunque haya nietos nada pueden reclamar en concepto de legítima), así como al dar un trato de favor al cónyuge viudo (que puede quedarse los bienes recibidos del premuerto por encima de la parte de libre disposición y pagar la legítima a los hijos en metálico).

En definitiva, como dice el núm. 36 del Preámbulo CDFA, en la regulación vigente *se han mantenido los rasgos fundamentales del sistema legitimario histórico en la forma en que se plasmó en la Compilación, con algunos retoques favorables a la mayor libertad de disponer y una pormenorizada regulación que evite la injerencia de normas del Código civil que, en esta materia aún más que en otras, corresponden a un sistema radicalmente distinto.*

## 5. Concepto y cuantía de la legítima colectiva aragonesa.

**A. Es una legítima material a favor de descendientes.** La Ley de sucesiones no consideró necesario dar un concepto de legítima como límite a la eficacia de la libertad de disponer a título gratuito de que gozan los aragoneses. Al igual que en otros Derechos, con la expresión *legítima* se alude, en primera instancia, a un *quantum* proporcional a la fortuna del causante (caudal computable a efectos del cálculo de la legítima) que, con imputación a la legítima, debe pasar o haber pasado necesariamente a sus descendientes, que son los únicos *legitimarios*. La legítima es la porción del caudal computable (suma de donaciones y caudal relicto) que debe recaer o haber recaído en los legitimarios por estar legalmente reservada a ellos, pues en otro caso la Ley les dota de acciones para conseguirlo.

La rúbrica del Título VI, *De la legítima*, presenta la novedad de aparecer en singular, porque siendo legitimarios sólo los descendientes, y al haberse suprimido la llamada legítima formal, ya no era necesario mantener el plural que empleaba la Compilación. Sólo hay, por tanto, legítima de descendientes. Es una legítima *material* (con contenido económico o patrimonial), como en la Compilación (art. 119 Comp.), si bien ahora al haberse suprimido la legítima formal, tampoco es necesario recalcarlo.

Aclara el art. 486.1 CDFA que *los descendientes, de cualquier grado, del causante son los únicos legitimarios*. No hay legítima de ascendientes, ni del cónyuge viudo, ni puede defenderse la aplicación supletoria del sistema legitimario del Código civil a falta de descendientes.

**B. La cuantía se ha reducido a una mitad del caudal computable.** Así resulta del art. 486.1, antes era de dos tercios. La reducción de la legítima es una concesión a la mayor libertad de testar que la sociedad actual demanda. Con ello se amplía notablemente la libertad de disposición, pensando sobre todo en que quien se beneficiará de ello será frecuentemente el cónyuge viudo o el sobreviviente de la pareja. Por otra parte, hecha esta reducción, se

juzgó que no era necesario que la ley permitiera también conceder facultades dispositivas al cónyuge viudo, vía usufructo con facultad de disposición o vía sustitución fideicomisaria. Y, por supuesto, la cuantía de la legítima es siempre la misma con independencia del número de legitimarios que concurran a la sucesión (E. BELLOD).

*C. Es una legítima colectiva. Lo que quiere decir que puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirse a uno solo (486.2 CDFA). Los descendientes en quienes es posible cumplir la legítima pueden ser de cualquier grado (art. 486.1). También el núm. 36 del Preámbulo CDFA señala que, al ser legítima colectiva a favor de los descendientes, el causante puede con la misma normalidad tanto dejar los bienes a uno solo de ellos (obviamente, también al nieto viviendo el hijo) como distribuirlos en forma tendencialmente igualitaria, todo ello según su criterio.*

El carácter colectivo de la legítima significa que, aunque no todos los legitimarios tienen la misma consideración legal, todos están legitimados para recibir bienes imputables a la legítima y ninguno, salvo que sea el único, tiene derecho individual a parte alguna. El carácter colectivo es una manifestación de la libertad de distribuir la legítima entre el grupo de descendientes (art. 486.2 CDFA). Se puede decir, con J.L. MOREU, que es una “legítima de libre disposición”.

La legítima estará satisfecha siempre que el grupo de descendientes haya recibido su importe: uno o varios o todos los descendientes han de recibir el importe de la legítima, pues en otro caso habrá infracción cuantitativa. Pero al no existir una legítima individual, ningún legitimario puede demandar a otro por haber recibido más de lo que le corresponde. La legítima sólo se individualiza a través de las concretas liberalidades hechas por el causante o su fiduciario o por la ley a favor de descendientes.

Ciertamente, el legitimario único concentra en su persona el derecho a la legítima y es el único legitimado para su defensa (A. SÁNCHEZ-RUBIO). Pero siendo varios los descendientes, del carácter colectivo de la legítima no se deriva un derecho colectivo o del grupo. Como indica el autor citado, “el conjunto de legitimarios carece de personalidad y no puede ser titular de derecho alguno; sus integrantes, los legitimarios, sólo tienen derecho para reclamar a extraños si existe lesión y son de grado preferente, pero no reclaman para el grupo sino para sí mismos, y no la totalidad de la lesión sino su fracción individual”. La acción de reducción de liberalidades inoficiosas funciona de forma similar a los sistemas de legítima individual (E. BELLOD).

## 6. Títulos de atribución y libertad de distribución entre descendientes

*A. Cualquier título lucrativo sirve para atribuir bienes a los descendientes.* El art. 487.1 lo dice así: *La legítima puede atribuirse por cualquier título lucra-*

*tivo*. Los descendientes pueden resultar favorecidos por el causante tanto mediante atribuciones o liberalidades hechas en vida (donaciones) como por atribuciones o liberalidades por causa de muerte, ya sean a título singular o a título universal, hechas por él mismo (en testamento o pacto), por su fiduciario o por disposición de la ley. Por tanto, no recibido íntegramente el importe de la legítima mediante donaciones, habrá que completarlo con lo que los descendientes reciban en la sucesión (voluntaria o legal).

El legitimario será donatario, heredero o legatario según el título o títulos lucrativos con los que haya resultado favorecido en la fortuna del causante. La legítima, cuando no hay infracción, actúa como un mecanismo legal del que no ha hecho falta hacer uso. En caso de infracción, cada legitimario podrá ejercitar sus acciones de defensa de la legítima, y lo que adquiera como resultado de este ejercicio, lo recibe por obra de la ley, lo que puede permitir considerarlo un sucesor por disposición legal conforme al art. 317.1.

**B. Aunque haya legitimarios, es posible instituir heredero a un extraño.** Los legitimarios, si no han recibido el importe de la legítima mediante donaciones, no han de ser necesariamente instituidos herederos, ni siquiera es preciso que uno de ellos, al menos, sea designado heredero; por contra, es posible nombrar heredero a un extraño en presencia de legitimarios y hacer a éstos atribuciones a título particular.

En el Derecho de los Fueros la institución de heredero debía recaer precisamente en uno de los hijos. En el Apéndice parece que las cosas no cambian. Los compiladores, sin embargo, pensaron que no debía impedirse al causante nombrar heredero a un extraño en presencia de descendientes, pero que tal institución requería una manifestación clara y explícita de apartar a los descendientes de la condición de herederos. Se propuso, al efecto, en el Anteproyecto de Compilación del Seminario añadir un último párrafo al art. 120 Comp. del siguiente tenor: *Habiendo legitimarios, la institución de heredero en favor de un extraño se presumirá legado*. Párrafo suprimido por la Comisión General de Codificación, no se sabe bien con qué intención. La normativa de la Compilación era del todo inexpresiva, si bien la mejor doctrina interpretaba que el legitimario no tenía que ser necesariamente heredero.

Para eliminar las posibles dudas interpretativas y recoger, en sentido positivo, la propuesta del Seminario, el art. 487.2 dice que *la existencia de legitimarios no impide al disponente instituir, de forma clara y explícita, heredero a un extraño*. En otro caso, la institución de heredero a favor de un extraño se presumirá legado. Con esta norma queda claro que no es obligatorio designar heredero a alguno de los legitimarios: éstos han podido recibir en vida del causante el importe de la legítima mediante donaciones o pueden recibirlo a su muerte mediante legados.

**C. La legítima es, como regla, "pars bonorum"**. También queda claro en el art. 487.2 que la legítima aragonesa no es *pars hereditas*: los legitimarios, repetimos, pueden recibir lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima

colectiva, computadas las donaciones imputables, por herencia o legado, no es necesario que alguno de ellos sea instituido heredero.

Por otra parte, el legislador aragonés nunca ha pretendido convertir la legítima en un simple derecho de crédito (*pars valoris*), por el contrario, tradicionalmente se ha configurado la legítima como un derecho a una parte de los bienes del causante (*pars bonorum*). Pero esta idea de que *la legítima debe atribuirse en bienes relictos*, como dice el art. 497.1, sólo es exacta referida a lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables en ella. No es suficiente atribuir al legitimario un derecho de crédito a pagar por el heredero o legatario extraño, pues en tal caso habría infracción del deber de cumplimiento en bienes relictos. No obstante, hay casos en los que, por excepción, la legítima funciona como *pars valoris* (arts. 496.3, 497.3 y 508.1, BRUN ARAGÜÉS). Ahora bien, una vez recibida por uno o varios descendientes la legítima colectiva, el disponente puede favorecer a los legitimarios con créditos contra el heredero o legatario extraños.

**D. Libertad de distribución de la legítima entre descendientes.** Hemos visto que, al ser legítima colectiva de descendientes, por cualquier título lucrativo (donación, herencia o legado) *puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo* (art. 486.2, primer inciso). La libertad del causante o su fiduciario de distribuir libremente entre los descendientes bienes que cubran el importe de la legítima está implícita en el concepto de legítima colectiva. Libertad de distribución que el disponente puede usar para igualar o desigualar o que puede dejar de usar si lo prefiere.

En la parte final del primer punto del art. 486.2, no se ha incluido el oscuro inciso del art. 119 de la Compilación “con las modalidades establecidas en este Capítulo”. Pero ello no supone que la facultad de distribuir la legítima colectiva entre los descendientes se haya convertido en absoluta: la distribución de los bienes ha de respetar, como es obvio, los límites legales que derivan de la regulación de la intangibilidad cualitativa, de la preterición no intencional, de la desheredación o exclusión por motivo o causa erróneos y determinantes, así como del derecho a alimentos, figuras que, en ocasiones, pueden modalizar la distribución efectuada por el disponente. En tales casos, los legitimarios legitimados podrán ejercitar las correspondientes acciones de defensa de sus derechos. Igualmente, en la distribución de los bienes del causante entre los descendientes han de respetarse, en su caso, las asignaciones y preferencias impuestas por pacto preexistente, así como las contenidas en las instrucciones dadas al fiduciario.

El inciso añadido por las Cortes de Aragón en la reforma de 1999 según el cual *si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida por partes iguales entre los legitimarios de grado preferente*, era innecesario e inducía a error. En la refundición de 2011 se ha aclarado este inciso, al suprimir “a partes iguales” y remitir a las reglas de la sucesión legal de descendientes. Ahora el inciso confirma lo dispuesto en el art. 522 (los hijos heredan por derecho propio y a partes iguales) y no altera para nada el

contenido del 523.1 en relación con el 338.2 (los nietos y demás descendientes —salvo en el caso del art. 523.2— heredan por sustitución legal y dividen por estirpes aunque concurren solos). Si se abre la sucesión legal y la legítima no está satisfecha o no lo está del todo, lo que los descendientes reciban en ella, por derecho propio o por sustitución legal, se imputa a la legítima colectiva. Y se abra o no la sucesión legal, la distribución de la legítima en caso de lesión se hace, por indicación expresa del art. 494.2, conforme a las reglas de la sucesión legal.

## 7. Cálculo y valoración del caudal computable para determinar la legítima

**A. Reunión ficticia de “relictum” y “donatum”.** La legítima, dice el art. 486.1, es *la mitad del caudal fijado conforme al art. 489*. Pues bien, el art. 489.1 indica que *el caudal computable a efectos del cálculo de la legítima se forma de la siguiente manera:*

1.º *Se parte del caudal relicto valorado al tiempo de liquidarse la legítima.*

2.º *Se añade el valor de los bienes donados por el causante calculado al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima.*

Un precepto como éste era necesario para completar la regulación aragonesa y evitar la remisión que al art. 818 Cc. hacía la Compilación en su art. 119. Para fijar el caudal computable se ha dado entrada a la fórmula tradicional de la reunión ficticia del *relictum* (caudal relicto) y el *donatum* (donaciones), debidamente actualizados ambos.

La legítima es una mitad de la cifra de este caudal así computado y valorado. Puede ocurrir, por tanto, que todo el caudal relicto resulte de libre disposición porque el disponente ya atribuyó la legítima a los descendientes por medio de donaciones, y puede ocurrir, al contrario, que nada del caudal relicto sea de libre disposición, porque las donaciones hechas a extraños llenan ya la mitad del caudal computable. Puede ocurrir también, como es lógico y normal, que sólo parte del caudal relicto sea de libre disposición: aquella parte que no sea necesaria para completar el pago de la legítima recibida en vida. Pero, en todo caso, la operación de cálculo de la legítima es necesariamente previa a la reducción de liberalidades inoficiosas (STSJA 4/2015, de 19/1).

**B. El caudal relicto y su valoración.** La expresión *caudal relicto* es lo suficientemente clara: está formado, como en el Código civil, por los bienes y derechos que quedan a la muerte del causante, menos las deudas y cargas hereditarias existentes en tal momento, sin comprender entre ellas las impuestas en el título sucesorio a cualquier sucesor (arts. 490.2 y 498.2). En los pactos sucesorios también forman parte del caudal relicto los bienes transmitidos de presente. El caudal relicto es la diferencia entre activo y

pasivo de la herencia. La situación pasiva del caudal relicto no elimina la legítima si hubo donaciones: en tal caso el *relictum* cuenta como cero y la legítima se calcula exclusivamente sobre el *donatum*. Pero si no hay donaciones y el saldo del *relictum* es negativo, no hay legítima.

El caudal relicto se debe valorar *al tiempo de liquidarse la legítima*. Lo que tiene sentido cuando hay que partir la comunidad hereditaria y dejar a salvo en ella la legítima, supuesto en el que es más equitativo para los legitimarios atender al valor que el caudal relicto tenga en ese momento posterior. En los restantes casos habrá que hacer la valoración del caudal relicto al tiempo del fallecimiento del causante.

**C. Las donaciones computables y su valoración.** Al caudal relicto así valorado se añade el valor de los bienes donados por el causante (*donatum*), tanto a favor de parientes como de extraños. Son parcialmente computables las donaciones remuneratorias y *sub modo* (la reunión ficticia opera respecto al exceso del valor de lo donado con relación al valor de la carga: SSTS 12/7/1984 y 29/7/2005, citadas por la SAPZ, Sec. 4ª, 8/6/2009).

En sustitución de las reglas de los arts. 1041, 1042 y 1044 del Cc., y de forma menos casuística y más moderna, indica el art. 489.2 que, *por excepción, no se computan:*

a) *Las liberalidades usuales.* Regla no referida sólo a las donaciones por razón de matrimonio (*cfr.* art. 1044 Cc.) sino a toda liberalidad o regalo que pueda considerarse, sopesadas las circunstancias, como usual o de costumbre.

b) *Los gastos de alimentación, educación y asistencia en enfermedades de parientes dentro del cuarto grado que estén en situación de necesidad, aunque el causante no tuviera obligación legal de prestarles alimentos. Los gastos de educación y colocación de los hijos sólo se computarán cuando sean extraordinarios.* Incluye gastos que suelen englobarse en el concepto de cargas del matrimonio, si bien, como el causante puede no estar casado o vivir en familia no matrimonial, se ha formulado la regla de manera más genérica y amplia (*cfr.* art. 1041 Cc.). No se computan estos gastos aunque no haya obligación legal de satisfacerlos, para no penalizar la solidaridad familiar y facilitar el cumplimiento de ciertas obligaciones morales. Estos gastos, en realidad, no son verdaderas liberalidades.

En la actualidad, afortunadamente, es cada vez más frecuente en muchas familias considerar parte de la educación ordinaria o normal de los hijos, de acuerdo con sus posibilidades económicas, el estudio de una "carrera profesional o artística" (art. 1042 Cc., al que se remecía el 126 Comp.). Por ello, solo en la medida en que, atendida la condición social de la familia, los gastos de educación y colocación de los hijos puedan considerarse extraordinarios,



serán computados a efectos de cálculo de la legítima, e imputados en la legítima del beneficiario, quien, por ello, no se considerará preterido.

El valor de los bienes donados que se adiciona al caudal relicto se calcula *al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima* (art. 489.1.2º). El sistema aragonés es más adecuado que el resultante del art. 1045 Cc., aplicable con anterioridad. Es más coherente, puesto que da el mismo tratamiento a todo tipo de modificaciones de valor. Se trae a colación aquello en lo que el patrimonio del causante sufrió mengua al tiempo de la donación, con independencia de las vicisitudes ulteriores experimentadas, pero, eso sí, actualizando su valor. Así se evitan, además, los problemas que plantea el caso de que el donatario haya enajenado los bienes que recibió en donación. Como la referencia al tiempo de “liquidación” de la legítima es poco precisa, salvo cuando proceda la partición de la herencia, habrá que atender al día del fallecimiento del causante para hacer la valoración actualizada de los bienes donados.

## 8. Imputación a la legítima de las liberalidades recibidas por los descendientes

Hecha la computación o reunión ficticia y calculada la legítima (la mitad del caudal computable), hay que ver si las liberalidades recibidas del causante por los descendientes por donación, herencia o legado cubren suficientemente la cuantía de la legítima colectiva (imputación). Sólo habrá infracción cuantitativa de la legítima si lo atribuido a extraños excede de la parte de libre disposición (una mitad del caudal computable).

**A. Liberalidades recibidas del causante por sus descendientes.** Dice el art. 490.1 que *serán imputables a la legítima colectiva las liberalidades recibidas del causante por cualquiera de sus descendientes, incluso premuertos, incapaces de suceder, desheredados con causa legal o renunciantes a la legítima*. Así que se imputan todo tipo de liberalidades, tanto «mortis causa» (herencia, legado o sucesión legal) como «inter vivos» (donaciones), en favor de descendientes del causante, de cualquier clase y grado, no siendo necesario que lleguen a ser verdaderos y definitivos legitimarios (como defendía LACRUZ). Las liberalidades por causa de muerte pueden ser realizadas por el causante o por su fiduciario. Como todas las liberalidades a favor de descendientes son legítima, en caso de lesión cuantitativa, sólo se reducen las liberalidades a extraños que exceden de la parte de libre disposición (SAPZ, Sec. 4ª, 8/6/2009).

**B. Liberalidades no imputables a la legítima.** Por excepción, dice el art. 491, *no se imputan a la legítima*: a) *Las liberalidades a descendientes que el causante hubiera excluido de imputación*. No se impide al causante, o a su fiduciario, hacer liberalidades a descendientes y excluirlas de imputación en

la legítima; en tal caso, habrá que imputarlas en la parte de libre disposición, siempre que quepan en ella: el exceso no se reduce por inoficioso (como cree J. CERECEDA), ni se reduce en ese importe la legítima colectiva (como dice A. SÁNCHEZ-RUBIO), sino que el descendiente que ha recibido el exceso se lo queda en concepto de legítima.

Obviamente, tampoco se imputan a la legítima, como dice el art. 491.b), *las liberalidades a descendientes no computables para el cálculo de la legítima*. Es decir, las que señala el art. 489.2 CDFR. Recordemos que, cuando los gastos de educación y colocación de los hijos son extraordinarios, sí se computan y, por tanto, también se imputan a la legítima, que de esta forma puede estar ya atribuida, al menos parcialmente, al abrirse la sucesión.

**C. Valoración de las liberalidades imputables.** Indica el art. 490.2 que *a la imputación se le aplican las mismas reglas de valoración del artículo anterior para la computación del relictum y el donatum* (art. 489.1), que ya hemos visto antes.

Aclara, seguidamente, el art. 490.2 que *no se deducirá del valor de las liberalidades por causa de muerte el de los gravámenes impuestos por el causante a los descendientes, los cuales [por ser de los prohibidos por el art. 498] tendrán el derecho que les confiere el artículo 499 [a tenerlos por no puestos], ni el de los impuestos por la ley [los del 501.4]*. Esta regla está relacionada con el tratamiento que se hace de los gravámenes prohibidos y permitidos sobre la legítima en los arts. 498 a 502. En ambos casos, los bienes así gravados se imputan por su valor, sin deducir de él el valor de dichos gravámenes. Tampoco parece que sean deducibles los gravámenes permitidos por el art. 501, distintos de los impuestos o “previstos” por la ley, al estar establecidos en beneficio de descendientes (en contra, PARRA-BARRIO). El art. 498.2, al final, precisa que *no se consideran gravámenes los legados en titularidad plena de bienes ciertos con que el causante hubiera gravado a un descendiente*.

## 9. Legitimarios. Clases

**A. Descendientes del causante que le sobrevivan y tengan capacidad para sucederle.** Hemos visto que en Aragón, al fallecimiento de una persona, son legitimarios exclusivamente sus descendientes (matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos), cualquiera que sea su grado de parentesco con el causante (art. 486.1). Por tanto, el descendiente que sobreviva al causante y tenga capacidad para sucederle (art. 325) no excluye de la consideración de legitimarios a los otros descendientes que lo sean por su mediación. Los nietos, bisnietos y ulteriores descendientes del causante son tan legitimarios como los hijos de éste con los que concurran. También tienen la condición de descendientes los *nasciturus* del causante o de alguno de sus descendientes

y los descendientes *concepturus* (que hayan sido llamados a la sucesión del causante), así como los descendientes por adopción.

Todo descendiente que ostente la pertinente filiación de tal, tenga capacidad para suceder al causante y no renuncie a sus derecho en la legítima, es legitimario; no lo es, por falta de capacidad para suceder al causante, el descendiente premuerto, declarado indigno de suceder o desheredado con causa legal, sin perjuicio de que lo sean, por sustitución legal, sus propios descendientes que sobrevivan al causante. Por otra parte, el causante puede tener hijos biológicos, conocer su existencia e incluso tratarlos como hijos, y morir sin que la relación de filiación haya quedado legalmente determinada; tales descendientes no son legitimarios en el momento de la muerte del causante, pero son legitimarios potenciales en cuanto pueden conseguir la determinación legal de la filiación respecto de éste tras su muerte (SAPZ, Sec. 4ª, 25/2/2009).

**B. Clases de legitimarios.** Aunque todos los descendientes, y sólo ellos, son legitimarios e igualmente aptos para la atribución voluntaria de la legítima, sólo algunos de entre ellos son tenidos en cuenta por el legislador a la hora de concederles derecho a reclamar cuando se ha producido lesión cuantitativa de la legítima, preterición no intencional, exclusión o desheredación por error determinante, o han quedado en situación de pedir alimentos. En estos casos, son los llamados "legitimarios de grado preferente" (*sin mediación de persona capaz de heredar*, decía la Compilación), los únicos legitimados para ejercitar las acciones legales de defensa de sus derechos. Su condición se define con precisión en el art. 488.

Por consiguiente, ante el disponente, todos los descendientes, cualquiera que sea su grado, son iguales y están legitimados para recibir la legítima; pero ante la ley, cuando ésta prevé acciones individuales de defensa de la legítima, no son todos iguales, sino que sólo los *legitimarios de grado preferente* tienen derecho a ejercitar tales acciones y a adquirir mediante ellas lo que por ley les corresponda. Por excepción, todos los legitimarios están legitimados para ejercitar la acción de defensa de la intangibilidad cualitativa de la legítima si lo atribuido a cualquiera de ellos en la sucesión no lo ha sido en bienes relictos o sin gravamen.

**C. Legitimarios de grado preferente. Clases.** Dice el art. 488.1 que *son legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus stirpes de descendientes.*

Al fallecimiento del causante son legitimarios de grado preferente por derecho propio los hijos capaces de sucederle, así como los descendientes que ocupen el lugar de otros hijos por sustitución legal, en los casos y forma indicados por la Ley. La norma del 488.1 concuerda con la general del 339

sobre la sustitución legal en la legítima, y debe ser completada con lo dicho en los arts. 339.2 y 513.2 para el caso de exclusión absoluta. La renuncia no es causa de sustitución legal. No hay sustitución legal en la condición de legitimario mediato.

Legitimarios de grado preferente por derecho propio son sólo los hijos que, naturalmente, sobrevivan al causante y sean capaces de sucederle. Los hijos precisan simplemente tener capacidad sucesoria y por ello, aunque hayan sido preteridos, desheredados sin causa legal o excluidos de forma simple, conservan la condición de legitimarios de grado preferente. Los excluidos de forma absoluta sólo la conservan en parte.

Al abrirse la sucesión, legitimarios de grado preferente, además de los hijos capaces de suceder, lo son también por sustitución legal los descendientes que enlazan directamente con el causante, por no haber descendiente intermedio vivo (premorienca) o porque el descendiente intermedio vivo no tiene capacidad para suceder (desheredado, indigno, excluido absolutamente), excepción hecha de los descendientes del legitimario de grado preferente que renuncia a la legítima, que no ocupan su lugar por sustitución legal.

Los nietos y demás descendientes de los hijos son legitimarios de grado preferente por sustitución legal, en los casos y en la forma previstos para que opere esta institución en la legítima en los arts. 334 a 341, 488 y 513.2.

Además de los casos indicados de premorienca (extensible a los supuestos de conmorienca y declaración de fallecimiento), desheredación con causa legal e indignidad, la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente puede tener lugar también, aunque de modo parcial y no siempre (sólo si no afecta a todos o al único legitimario: art. 513.3), *en caso de exclusión absoluta* (arts. 339.2 y 513.2). Efectivamente, en caso de exclusión absoluta que no afecte a todos o al único legitimario, el legitimario de grado preferente excluido absolutamente conserva el derecho a alimentos previsto en el art. 515 (como dice el 339.2), pero sus descendientes le sustituyen en el derecho a suceder abintestato y en el de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderle (art. 513.2). Así que el absolutamente excluido no pierde, o no del todo, su condición de legitimario de grado preferente.

Añade el art. 488.2, en aplicación de la regla general del art. 31, que no tendrán la condición de legitimarios de grado preferente los descendientes de los *legitimarios de grado preferente que hubieran renunciado a su legítima*. Con esta exclusión el legislador, modificando el criterio de la Compilación, ha optado, en una cuestión claramente opinable, por aumentar la libertad de disposición en perjuicio de los descendientes del renunciante. Así resulta porque, por un lado, la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de los legitimarios de grado preferente de su derecho de reclamación por lesión cuantitativa, no incrementa el derecho de los demás legitimarios de grado preferente (art. 494.3), y, por otro, porque su derecho de reclamación

no pasa por sustitución legal a sus descendientes. Los extraños que han recibido más de la parte de libre disposición consolidan su adquisición porque nadie puede reclamar el exceso. Puede darse el caso del hijo único que tiene descendientes y renuncia a la legítima: en tal caso toda la herencia es de libre disposición aun habiendo legitimarios, pues ninguno de ellos lo es de grado preferente y nadie puede reclamar si el disponente ha dejado todo a un extraño. Es la solución tradicional, la renuncia extingue los derechos de la stirpe. A falta de sustitución legal, los nietos y demás descendientes no tienen un derecho propio a ser legitimarios de grado preferente (*cfr.*, en cambio, art. 523.2).

Tampoco ha previsto el legislador la sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente *en caso de ausencia declarada*, de modo que, en teoría, el ausente conserva esa condición y sus derechos legitimarios, pero en la práctica, al encontrarse en estado de ausencia legal, su representante legal no puede ejercitar las acciones derivadas de la condición de legitimario de grado preferente, pues no es seguro que el representado esté vivo y haya sobrevivido al causante (art. 190 Cc.). Hubiera sido preferible dar entrada a la ausencia entre las causas de sustitución legal en la legítima. E. MOLINS GARCÍA-ATANCE propone una interpretación correctora, en este sentido, de los arts. 339 y 488.

Por otra parte, la sustitución legal del legitimario de grado preferente se produce a favor de sus descendientes, sin limitación de grado y aunque concurren solos (*cfr.* art. 338). Ahora bien, si todos los llamados a ser legitimarios de grado preferente han incurrido en causa de sustitución legal y sólo alguno de ellos tiene descendientes, éstos tienen derecho a reclamar la legítima colectiva por entero, pues son ahora los únicos legitimarios de grado preferente existentes (STSJA 22/9/2011). No se da concentración de derechos de uno de los legitimarios excluidos en el otro por el hecho de que éste tenga descendientes, sino que los derechos nacen directamente en la persona de los únicos descendientes del legitimario de grado preferente absolutamente excluido que los tiene (SAPZ, Sec. 4<sup>a</sup> 25/2/2011).

## 10. El derecho a alimentos de los legitimarios de grado preferente

La reforma de 1999 mantiene en lo esencial el derecho a alimentos del art. 121 Comp., si bien lo traslada al final de la regulación, en capítulo separado, e introduce algunas precisiones y restricciones. Dice el art. 515.1 que *los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les correspondieran, como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos*.

En Aragón no hay legítima individual, ni legítima formal, y se puede, por tanto, preterir intencionadamente o excluir, incluso de forma absoluta,

sin que ello otorgue derecho alguno a los legitimarios preteridos o excluidos (salvo en caso de error determinante), por ello no deja de ser hasta cierto punto contradictorio que, sin embargo, los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos porque no se les ha dejado nada de la herencia (la situación de necesidad debe existir ya en ese momento) puedan reclamarlos de los sucesores del causante (aunque no sean legitimarios), en proporción a los bienes recibidos del caudal relicto.

El legislador de 1999 ha precisado que se trata de los alimentos que les corresponderían “como descendientes del causante”, más amplios que los debidos entre hermanos; y, en el 515.2, ha restringido mucho su aplicación al indicar que *sólo procederán en la medida en que no esté obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general*. Quedan, por tanto, como unos alimentos muy residuales, como una obligación legal para los sucesores del causante pero en última instancia, es decir, en defecto de la obligación de alimentos legales entre parientes del cónyuge, descendientes, ascendientes (entre los que hay que incluir al viudo usufructuario: arts. 298 y 253.2) y hermanos, por éste orden conforme al art. 144 Cc. (GIL NOGUERAS).

Con la actual configuración no parece que esta obligación de alimentos del art. 515 pueda ser ningún contrapeso a la amplia libertad de testar de los aragoneses en aras de un pretendido deber moral de no dejar en la indigencia absoluta a los hijos habiendo patrimonio hereditario.

## 11. La renuncia a la legítima

El art. 492 regula la renuncia a la legítima de manera amplia y completa, recogiendo también, en el apartado 3, la presunción del art. 106 Comp. (colocado en sede de sucesión paccionada).

*Art. 492.1. La renuncia a la legítima puede hacerse tanto después como antes de la delación de la sucesión, y en este caso unilateralmente o como resultado de un pacto sucesorio.* La renuncia es posible tanto antes como después de la muerte del causante, o tanto antes como después de la delación, si ésta es posterior a la muerte del causante. Mientras no ha tenido lugar la delación de la herencia en favor del renunciante, la renuncia es previa al nacimiento del derecho del legitimario a lo efectivamente atribuido en pago de la legítima. La hecha antes de la muerte del causante (o de la delación) puede hacerse tanto unilateralmente como en pacto sucesorio (art. 399).

*Art. 492.2. Los requisitos de capacidad y forma de la renuncia a la legítima son, cuando se hace después de la delación, los mismos de la repudiación de la herencia, y, cuando se hace antes, los mismos del otorgamiento de pactos sucesorios.* Después de la delación, los requisitos de capacidad para la repudiación de la herencia

son los del art. 346, y, en cuanto a la forma, la repudiación ha de hacerse de forma expresa en escritura pública o mediante escrito dirigido al Juez competente (art. 351). Sin embargo, como una excepción, la STSJA 30/1/2008 no hace aplicación del art. 492.2 a la renuncia a la acción de protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima, que puede hacerse de forma tácita mediante actos inequívocos y concluyentes.

La renuncia hecha antes de la delación, incluso unilateralmente, tiene los mismos requisitos de capacidad y forma que el otorgamiento de un pacto sucesorio: el renunciante ha de ser mayor de edad (art. 378) y la renuncia ha de hacerse en escritura pública (art. 377), afectándole también el carácter personalísimo que impone el art. 379, por lo que no puede hacerse por apoderado. La renuncia unilateral no tiene la misma flexibilidad que la realizada en pacto sucesorio (*cfr.* art. 399.2), es irrevocable y no puede someterse a plazo ni condición (art. 343), ni puede hacerse parcialmente (art. 345), por aplicación del régimen general de la repudiación de la herencia.

*Art. 492.3. La renuncia a la legítima, salvo declaración en contrario, no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión legal ni a los que provengan de la sucesión voluntaria del causante.* El apartado 3 contiene la presunción de que la renuncia a la legítima va referida exclusivamente a las acciones que pudieran corresponder al renunciante para reclamar en razón de su condición de legitimario. No se renuncia a la condición de legitimario ni se renuncia a las atribuciones que en la sucesión legal o voluntaria le puedan corresponder. La renuncia a las eventuales acciones derivadas de la legítima, o bien a su ejercicio si hubiera lugar a él, es independiente de la aceptación o repudiación de los posibles beneficios *mortis causa*. Y, por ello, lo que de hecho reciba el renunciante del causante por cualquier título lucrativo se imputa en la legítima.

Ahora bien, esta presunción admite declaración en contrario, de modo que la renuncia, previa o posterior a la delación, puede no limitarse a las acciones derivadas de la legítima, sino extenderse a la condición de legitimario, a las atribuciones sucesorias voluntarias o legales, o a todas ellas. CALATAYUD SIERRA defiende que “no hay razones que impidan esa renuncia cuando el renunciante no es legitimario de la persona cuya herencia renuncia, dado el principio *standum est chartae* que consagra la autonomía de la voluntad en Aragón”. La renuncia a la legítima, o la simple falta de ejercicio de una acción individual, no incrementa el derecho de los demás legitimarios (art. 494.3), sino que reduce el importe de la legítima colectiva. En cambio, la renuncia a la herencia por parte de un legitimario de grado preferente, o a su condición de tal, no reduce la legítima colectiva, sino que, al haber un legitimario menos, hace que los restantes legitimarios de grado preferente sean por derecho propio los titulares de las acciones de defensa. La renuncia a la legítima de todos los legitimarios o del único existente extingue la legítima.

*Art. 492.4. La renuncia a cualquier atribución patrimonial por causa de muerte procedente del ascendiente implica la renuncia a la legítima.* Con esta regulación, el legislador ha optado por ampliar las facultades de disposición del causante. Es obvio que la aceptación de las atribuciones sucesorias, no hace presumir la renuncia a la legítima; en cambio, la renuncia a cualquier atribución patrimonial por causa de muerte procedente del ascendente, sí implica la renuncia a la legítima. El legislador ha entendido que no cabe separar la legítima de las atribuciones ordenadas para satisfacerla: no cabe repudiar la herencia o el legado y reclamar la legítima, y ello aunque el importe de la lesión fuera mucho mayor que el valor de la atribución renunciada.

## 12. La preterición. Clases y efectos

**A. Novedades de la reforma de 1999.** La preterición, regulada sistemáticamente desde 1999 en capítulo independiente y separada tanto de la intangibilidad de la legítima como de la desheredación y exclusión (lo que es una clara mejora), era la parte de la regulación de la legítima que más polémica había generado durante la vigencia de la Compilación y donde la reforma se nota más. En el Derecho compilado, incluso el preterido intencionalmente tenía derecho a una porción de legítima y la preterición se evitaba mediante el nombramiento o mención formal en el testamento (arts. 120, 122 y 123 Comp.). La reforma suprime la llamada «legítima formal», ya no hay, por tanto, un deber de nombrar o mencionar a ningún legitimario en el acto de disposición por causa de muerte (núm. 36 Preámbulo CDFR); distingue entre preterición intencional y no intencional, y priva a la primera de toda consecuencia específica, pero el preterido conserva las acciones que como legitimario de grado preferente le puedan corresponder si hay lesión cuantitativa o queda en situación de necesidad.

**B. Concepto de preterición. Reflejo en los sustitutos.** Con una fórmula cercana a la del art. 120 de la Compilación, dice el art. 503.1 que *se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia.* El concepto de preterición comprende tanto la intencional como la no intencional y requiere que algún legitimario de grado preferente no reciba liberalidades del causante ni sea mencionado en el título sucesorio (“ausencia de atribución y de mención”: J.L. MOREU). La preterición no intencional en que haya incurrido el causante sólo devendrá efectiva o definitiva si no resulta corregida en el acto, o actos, de ejecución de la fiducia. Los efectos del pacto al más viviente, con sobrevivencia de descendientes del premuerto, son los del art. 396.2 (E. BELLOD).

*No se consideran preteridos quienes en el momento de la delación de la herencia son legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente que no había*



[o habría] *sido preterido* (art. 503.2 CDFA), al estar mencionado o ser favorecido por el causante. La desheredación con causa legal y la exclusión absoluta, al requerir mención en el título sucesorio, impiden la preterición del desheredado o excluido, de modo que sus sustitutos legales nunca podrán considerarse preteridos. En cambio, los legitimarios de grado preferente por sustitución de un ascendiente premuerto o indigno de suceder que habría sido preterido por falta de mención o atribución de haber sobrevivido al causante o haberlo podido suceder, se considerarán también preteridos, salvo si ellos mismos han sido favorecidos o mencionados.

**C. Mención suficiente para evitar la preterición.** Para cortar de raíz la polémica sobre la forma de la mención suscitada por las SS TSJA 30/9/1993 y 11/11/1998 y disipar toda posible duda, la reforma de 1999 dedica un artículo, el actual art. 504, a describir con toda suerte de detalles la mención que es suficiente para que no haya preterición y la que no lo es. Y, además, una disposición transitoria (ahora es la 22.<sup>a</sup>) da efectos retroactivos a lo dispuesto en el artículo 504 que, por ello, se aplicará también a las sucesiones abiertas antes del 23 de abril de 1999, fecha de entrada en vigor de la Ley de sucesiones.

*Es suficiente para que no haya preterición cualquier mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en que se ordene la sucesión, aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa de la legítima o de beneficios sucesorios* (art. 504.1). Por tanto, es suficiente toda referencia, nominal o no, que no ofrezca duda acerca de la persona a que se refiere. Prácticamente cualquier mención es válida o suficiente (SAPZ, Sec. 4.<sup>a</sup>, 25/2/2009). En el art. 504.2 se recalca expresamente que *es también suficiente cualquier atribución de carácter simbólico o de valor irrelevante*, puesto que lo sería igualmente la sola mención aunque no se dejara absolutamente nada al legitimario mencionado.

Añade el art. 504.3 CDFA, como primera regla, que *no es mención suficiente, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento o la escritura, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos*. Para estar «referida especialmente a ellos» la mención ha de explicar que comprende a los nacidos después del otorgamiento del título sucesorio. La segunda regla del art. 504.3 dice que *tampoco es mención suficiente la referencia a un descendiente como fallecido cuando en realidad vive*. Lo mismo habría que decir de la mención a una persona que el causante conoce pero no sabe que es descendiente suyo (*cf.* art. 505.1). En estos casos, al no haber mención suficiente y desconocer la existencia del legitimario o su condición de tal, si tampoco hay atribución, existirá preterición no intencional (art. 506).

**D. La preterición intencional. Ausencia de efectos específicos.** Dice el art. 505.1 que *es intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la*

*sucesión, conocía la existencia del legitimario y su condición de tal.* Y añade el 505.2 la importante regla de que *la preterición se presumirá intencional, salvo prueba en contrario*, a cargo de quien alegue que es no intencional.

La preterición intencional, tanto si afecta a todos o sólo uno o alguno de los legitimarios de grado preferente, carece de consecuencias específicas y el preterido o preteridos nada pueden reclamar por ello. *El legitimario preterido intencionalmente no tiene otro derecho que el que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma* (art. 507); pero éste es un derecho que, al ser legitimario de grado preferente, tendría también si no hubiera sido preterido; lo mismo cabe decir del derecho a alimentos del art. 515.

**E. La preterición no intencional. Efectos.** Con clara intención pedagógica dice el art. 506 que *es no intencional la preterición cuando el disponente, al ordenar la sucesión, desconocía la existencia del legitimario o su condición de tal, y en particular por haber nacido después, creer el causante que había fallecido o desconocer que era descendiente suyo.* El rasgo decisivo es el desconocimiento por parte del disponente (causante o fiduciario), en el momento de otorgar el título sucesorio, de la existencia del preterido o de su condición de legitimario (supuestos de ignorancia o error); desconocimiento que puede producirse en los casos que a título de ejemplo cita el precepto y en otros similares. En los casos del art. 504.3 y asimilados ya hemos indicado que la mención no evita el desconocimiento ni, por tanto, la preterición no intencional. En cambio, parece que sí evita la preterición no intencional, pese al desconocimiento por el disponente de la existencia del legitimario o de su condición de tal, el hecho de resultar éste favorecido en vida del causante o en su sucesión legal.

La preterición no intencional tiene consecuencias propias y relevantes, por ello se puede decir que es la preterición en sentido propio. Su misión es, como dice el Preámbulo (núm. 36), *evitar que un legitimario de grado preferente quede excluido de la herencia sin haberlo querido así el causante.* Para conseguirlo, el legislador aporta un complemento a la voluntad del disponente expresada en el instrumento sucesorio, de acuerdo con lo que entiende que sería su hipotética o presunta voluntad.

*El legitimario preterido no intencionalmente [uno, varios o incluso todos los legitimarios de grado preferente, si en este último caso hay otros descendientes herederos o legatarios] tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda [en el caudal relicto] al menos favorecido por aquél [ya sea legitimario de grado preferente o no]. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios, aunque éstos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico. A la reducción se le aplicará lo dispuesto en el artículo 496* (art. 508.1). La norma, en coherencia con el principio *standum est chartae*,

es claramente dispositiva al dar preferencia a lo previsto por el disponente (causante o su fiduciario), que puede incluso privar a la preterición no intencional de todo efecto.

La solución legal subsidiaria de equiparar al preterido con el descendiente menos favorecido en la sucesión (puede no haberlo o no recibir nada) no siempre implicará derecho a reclamar una porción del caudal relicto. Si sólo hubiera un legitimario favorecido en la sucesión del causante, el preterido, para igualarse con él, tiene derecho a la mitad de la porción del caudal relicto recibida por ese legitimario. Cuando son dos o más los legitimarios favorecidos en la sucesión, para hallar la cuota del preterido hay que reducir proporcionalmente las participaciones en el caudal relicto de los restantes legitimarios, incluido el menos favorecido, para así conseguir que la cuota de éste y la del preterido sean iguales: LACRUZ (ADC, 1968) pone el siguiente ejemplo: el padre reparte un caudal relicto de 270 entre cuatro hijos, dando a A, 30; a B, 33; a C, 60, y a D, 147; queda un quinto hijo, preterido sin intención; dividido 270 por 270 más 30 (300), nos da un cociente de 0,9, por el que hemos de multiplicar las diversas cuotas para saber la reducida de cada uno y la del preterido (suma de las reducciones), que en este caso es 27.

Al tratarse de una reclamación entre descendientes, se da a quien sufre la reducción el derecho de pagar al preterido su parte en metálico (*pars valoris*). Si no se opta por pagar en metálico, a la reducción se le aplica también lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del art. 496. Parece que el preterido recibe su parte como sucesor por disposición de la ley (art. 317.1).

*Cuando todos o el único legitimario de grado preferente hayan sido preteridos no intencionalmente y no haya sido designado heredero o legatario ningún otro descendiente, se produce la delación legal de todo el caudal relicto* (art. 508.2). Al aparecer luego el preterido o preteridos por error o ignorancia, la ley ve razonable presumir que, de haberlo sabido, la voluntad del causante habría sido otra, y por ello anula todo el contenido patrimonial del testamento, pacto o acto de ejecución de la fiducia. Una alternativa razonable hubiera sido no anular la sucesión voluntaria, sino abrir la posibilidad de que los preteridos reclamaran la legítima colectiva frente a terceros (SÁNCHEZ-RUBIO, PARRA-BARRIO).

*El preterido no intencionalmente tendrá, además* [del derecho derivado de la preterición], *el derecho que pueda corresponderle* [en cuanto legitimario de grado preferente] *a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma* (art. 508.3). Son dos acciones distintas e independientes entre sí, aunque parece preferible, mientras sea posible, ejercitar primero la de preterición.

### 13. La desheredación. Causas y efectos

La Ley de sucesiones ha regulado por completo la que ha llamado “desheredación con causa legal” (equivalente a la anterior “justa desheredación”).

ción”), sus requisitos, causas y efectos, así como la reconciliación y el perdón. Junto a ella ha regulado también la “exclusión”. El equivalente de la “injusta desheredación” (arts. 122 y 123 Comp.) ha quedado reducido ahora a la desheredación por error determinante en la causa legal.

En realidad, puesto que se puede preterir intencionalmente a los legitimarios o excluirlos sin alegación de causa alguna, la desheredación con causa legal *sólo parece tener sentido práctico* —como dice el Preámbulo, núm. 36— *cuando el causante quiere excluir de la herencia a todos o al único descendiente, finalidad que no podrá lograr si no concurre y, en su caso, se prueba, alguna de las causas tasadas para ello*. Así que en nuestro sistema la desheredación tiene un papel mucho más limitado que en los sistemas de legítima individual.

**A. Desheredación con causa legal.** Sólo es desheredación con causa legal aquélla que se funda en una de las causas legales de desheredación del art. 510, *cierta y expresada en el pacto o testamento, o en el acto de ejecución de la fiducia* (art. 509.1). *La prueba de ser cierta la causa corresponde a los herederos del causante, si el desheredado la niega* (art. 509.2; cfr. art. 850 Cc.; SJPI 18 Zaragoza 17/2/2005, SJPI 2 Zaragoza 19/2/2007). Estos son los requisitos de la desheredación con causa legal. Es, por tanto, una declaración del causante o su fiduciario, expresada en el título sucesorio, de querer privar al legitimario de participar en la herencia, especificando que lo hace por haber incurrido éste en alguna de las causas legales de desheredación, lo cual debe ser cierto. En la norma queda claro que también el fiduciario puede desheredar, siempre que el causante le haya atribuido facultades para determinar los derechos que en la sucesión corresponden a los descendientes.

Indica el art. 510 (cfr. art. 853 Cc.) que *son causas legales de desheredación:*

- a) *Las de indignidad para suceder* (arts. 328, 61 CDFa y 713 Cc.)
- b) *Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.*
- c) *Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente, así como a su cónyuge, si éste es ascendiente del desheredado.*
- d) *Haber sido judicialmente privado de la autoridad familiar sobre descendientes del causante por sentencia fundada en el incumplimiento del deber de crianza y educación.* Cfr. art. 451-17 CcC.

La interpretación de las causas de desheredación ha de hacerse de forma restrictiva sin poder extender su aplicación a otros casos no previstos en la Ley (SJPI 17 Zaragoza 9/2/2006). No obstante, la importante STS 258/2014, de 3 de junio (con anterioridad, de manera no tan rotunda, SS TS 28 junio 1993 y 26 junio 1995), establece que de la interpretación, conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen,

el maltrato psicológico debe considerarse comprendido en la expresión que encierra el maltrato de obra como causa justificada de desheredación.

**B. Efectos de la desheredación con causa legal.** Si se cumplen los requisitos del art. 509 hay desheredación con causa legal y sus efectos son los del art. 511. En cambio, la desheredación pretendida que no cumpla los requisitos expresados en el art. 509 produce los efectos de la exclusión absoluta (art. 513). Y si la causa legal de desheredación expresada en el título sucesorio es errónea (no es cierta) pero ha sido determinante de ella, se producen para los legitimarios de grado preferente las consecuencias de la preterición no intencional (art. 514). Aquí comentamos sólo los efectos de la desheredación con causa legal.

El art. 511.1 dice que *la desheredación realizada conforme al artículo 509 priva al desheredado de la condición de legitimario [de cualquier clase] y de las atribuciones sucesorias que le correspondan por cualquier título [testamento, pacto, acto de ejecución de la fiducia, sucesión legal], excepto de las voluntarias posteriores a la desheredación*. Así como, si fuera legitimario de grado preferente, de su acción de reclamación en caso de lesión y del derecho a alimentos; su condición de legitimario de grado preferente pasará a sus descendientes, si los tiene, conforme al art. 488.1. Las liberalidades (entre vivos o por causa de muerte) recibidas por el desheredado con causa legal, aunque pierde la condición de legitimario, se imputan a la legítima como dice el art. 490.1; pero si la causa de desheredación lo es también de ingratitud (*cf.* art. 648 Cc.), el donante podrá, además, revocar las donaciones hechas al desheredado (J.L. MOREU).

Añade el art. 511.2 CDFA que la desheredación con causa legal, *además, extingue la legítima colectiva si no hubiera otros descendientes que conserven la condición de legitimarios*. Pudiera suceder que fuera desheredado con causa legal el único descendiente o todos los descendientes que pudiera haber, en cuyo caso la legítima colectiva quedaría extinguida. Precisamente, en una normativa como la aragonesa, ésta es la principal virtualidad de la desheredación con causa legal.

**C. Reconciliación y perdón.** El art. 511.3 regula la reconciliación y el perdón en los siguientes términos: *La reconciliación posterior entre el disponente y el desheredado o el perdón de aquél a éste, privan al disponente del derecho a desheredar y dejan sin efecto la desheredación ya hecha*. La reconciliación requiere una relación bilateral y recíproca de hecho, de tipo social o familiar, mientras que la remisión o el perdón pueden ser actos unilaterales del desheredante y no dar lugar a relación de hecho alguna que indique la reconciliación. Por ello, la norma incluye, junto a la reconciliación (*cf.* art. 856 Cc.), el perdón unilateral. Pero no se dice, como en la rehabilitación del indigno (art. 332.1), que el perdón deba constar en escritura, lo que permite sostener que cabe el

perdón tácito (GIL NOGUERAS). La reconciliación y el perdón son irrevocables (art. 332.1) y hacen que la desheredación ya hecha queda sin efecto, sin que se produzcan los efectos de la exclusión absoluta, ni tampoco, al haber mención suficiente, los de la preterición.

#### 14. La exclusión. Clases y efectos

**A. La exclusión voluntaria de descendientes. La exclusión simple carece de efectos.** La posibilidad de excluir a un descendiente de la herencia es obvia en un sistema de legítima colectiva, en el que el disponente puede distribuirla entre los descendientes en la forma que estime oportuno, como dice el art. 486.2. Y lo mismo cabe decir respecto de la exclusión de la sucesión legal de cualquier persona llamada a ella, basta con no dejarle nada en la sucesión voluntaria y evitar la apertura de la sucesión legal. Aun no siendo necesario decirlo, el art. 512.1 establece que *el disponente puede excluir [en el pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia] a los legitimarios de grado preferente [de cualquier atribución sucesoria voluntaria] aunque no concurran los requisitos del artículo 509 y aun sin alegación de causa alguna.*

Pues bien, *los legitimarios excluidos [simplemente de la sucesión voluntaria] no tienen otros derechos que el que pueda corresponderles a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma [y sean de grado preferente], y los que les correspondan en la sucesión legal, salvo lo dispuesto en los dos artículos siguientes (art. 512.2).* La exclusión simple carece por completo de función y utilidad (A. SÁNCHEZ-RUBIO), aunque, como requiere mención, evita la preterición intencional, que carece de efectos.

**B. La exclusión absoluta no total (y la desheredación sin causa legal) tiene efectos reforzados.** Una primera excepción a lo dicho en art. 512 es la llamada “exclusión absoluta” regulada en el art. 513. Dice el art. 513.1 que *la exclusión es absoluta cuando el disponente ha expresado su voluntad de privar al excluido de todo derecho en la sucesión [“Nada dejo a mi nieto José María”: STSJA 8/2020, de 4/3]. La misma consideración tiene la desheredación pretendida que no cumpla los requisitos expresados en el artículo 509.*

No cumple los requisitos expresados en el art. 509 la desheredación pretendida sin alegar una causa legal de las del art. 510, o alegando una causa legal que no es cierta, o que no se halla expresada en el pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia, o que no resulta probada si el desheredado la niega. En esta desheredación, que podemos llamar genéricamente “sin causa legal”, existe la declaración de voluntad del disponente de que el desheredado no reciba nada de su sucesión. La equiparación a la exclusión absoluta es por ello razonable y así se respeta lo máximo posible la voluntad del disponente.

La exclusión absoluta (y la desheredación sin causa legal) tiene los siguientes efectos: *Los excluidos absolutamente quedan privados del derecho a suceder abintestato y del de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus estirpes de descendientes si los tuvieran* (art. 513.2). Para producir estos efectos reforzados, es preciso que la exclusión absoluta no afecte a todos o al único legitimario existente, que no sea total [STSJA 8/2020, de 4/3], pues si lo es se aplica el art. 513.3. Por otra parte, el legitimario de grado preferente excluido de forma absoluta no pierde del todo esa condición, porque conserva el derecho a alimentos del art. 515 (arts. 339 y 513.2); y en los derechos que sí pierde, puede operar la sustitución legal. En el caso de la STSJA de 22/9/2011, siendo que solo uno de los dos hijos excluidos de forma absoluta tiene descendientes (la exclusión no es total), son éstos los únicos legitimarios de grado preferente por sustitución legal y, en consecuencia, pueden reclamar toda la legítima lesionada.

*No obstante, si la exclusión absoluta afecta a todos o al único legitimario, conservarán el derecho a suceder abintestato y a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma* (art. 513.3). En este caso, al ser una exclusión absoluta total y no existir causa legal de desheredación, no puede afectar a los derechos legitimarios, y sólo produce los efectos de la exclusión simple (ninguno), pues tampoco priva del derecho a la sucesión legal.

### **15. Error esencial en el motivo de la exclusión o la causa de la desheredación**

La norma del art. 514 es una manifestación de lo que se conoce como “falsedad en la causa” (art. 767 Cc.) o error en la motivación de la disposición sucesoria. Como dice el art. 471, *la expresión en el pacto o testamento de los motivos de una disposición no afectará a su eficacia, a no ser que, siendo falsos o ilícitos, resultara del propio título sucesorio que han sido esencialmente determinantes de la disposición*. No hacer una atribución sucesoria a favor de un descendiente no parece que pueda tener un motivo ilícito (*cfr.* art. 505.1). Pero sí puede haber un error en el motivo o la causa de la no atribución sucesoria que, en lugar de ser cierto como creía el disponente, es en realidad falso. El error en los motivos de la disposición sucesoria, cuando es determinante de ella, la hace anulable (art. 424.2); pero la anulación de una exclusión o de una desheredación por error determinante en el motivo o la causa legal, no hace que el así excluido o desheredado tenga derecho a una porción individual en la legítima colectiva. Anular la disposición no soluciona el problema, hay que corregir la voluntad declarada del disponente si se quiere que el excluido o desheredado por error determinante tenga derecho a una porción individual en la legítima colectiva.

Es lo que hace el art. 514 al decir que *si el motivo de la exclusión, aun absoluta, o la causa de la desheredación, expresados en el título sucesorio, son erróneos, pero*

*no han sido determinantes, se tienen por no puestos. Si han sido determinantes, se producen para los legitimarios de grado preferente [sólo para ellos] las consecuencias de la preterición no intencional, reguladas en el art. 508 y que ya conocemos. Si el error ha sido determinante parece razonable atribuirle los mismos efectos que a la preterición no intencional, que procede de otro error: el de ignorar la existencia del legitimario o su condición de tal. Si el legitimario de grado preferente excluido o desheredado por error determinante premuere al disponente, las consecuencias de la preterición no intencional podrán ser hechas valer por sustitución legal por sus descendientes como excepción a lo dicho en el art. 503.2.*

## 16. La intangibilidad cuantitativa

**A. Liberalidades que lesionan la legítima cuantitativamente.** En Aragón no hay legítima individual, de manera que por haber recibido algún hijo de su padre poco o nada, nada puede reclamar, salvo si hay lesión cuantitativa de la legítima colectiva. *No alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de los descendientes la cuantía de la legítima colectiva* (mitad del caudal computable), habrá lesión cuantitativa de la misma y *podrán reducirse las liberalidades hechas a favor de no descendientes* en la forma legalmente prevista (art. 494.1), en cuanto sean inoficiosas por exceder de la parte de libre disposición. La lesividad o inoficiosidad de la liberalidad corresponde probarla al legitimario que la alega, quien puede conseguir la reducción por vía de acción o de excepción.

Además de pedir la reducción de las liberalidades lesivas de la legítima, cabrá impugnar los negocios onerosos del causante en fraude de la legítima (art. 6.4 Cc.). En otro caso, la legítima podría vaciarse de sustancia mediante tales actos (SAPZ, Sec. 4.<sup>a</sup>, 8/6/2009). Son impugnables, por simulación absoluta o relativa, estrictamente aquellos negocios del causante que, disfrazados de contrato oneroso, se dirigen a proporcionar un beneficio gratuito, y en tanto en cuanto perjudican la legítima (no los «malos negocios»).

**B. La acción de reducción de liberalidades inoficiosas.** *a) Legitimación activa.* Esta acción es la principal que se ofrece a los legitimarios cuando el causante (o su fiduciario) ha dispuesto infringiendo los límites legales. Pues bien, cuando exista lesión cuantitativa de la legítima, *salvo que la voluntad del disponente sea otra, el derecho a obtener la reducción de las liberalidades [hechas a no descendientes] corresponderá a los legitimarios de grado preferente y cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal* (art. 494.2). Lo primero es, por tanto, averiguar la voluntad del disponente, pues lo dispuesto por la ley es supletorio de ella. Si el disponente ha designado heredero o legatario de parte importante de la herencia a uno de los descendientes, tal vez pueda interpretarse que en caso



de lesión cuantitativa quiere que la legitimación para obtener la reducción le corresponda a él.

No habiendo pacto o testamento, o faltando en él la voluntad del disponente de establecer una legitimación *ad hoc*, el derecho a obtener la reducción corresponderá por ley individualmente a cada uno de los legitimarios de grado preferente, con independencia de lo que cada uno haya recibido del disponente o aunque alguno no haya recibido nada por haber sido preterido intencionalmente o excluido voluntariamente de manera simple (arts. 507 y 512.2). El carácter colectivo de la legítima no permite a cada legitimario accionar para el conjunto de legitimarios.

*b) Cuantía de la reclamación individual de cada legitimario de grado preferente.* En concreto, cada legitimario de grado preferente, salvo que la voluntad del disponente sea otra, tiene derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal (art. 494.2). Si sólo hay un legitimario de grado preferente, él puede reclamar todo el importe de la lesión. Siendo varios, la división del importe de la lesión no se hace necesariamente a partes iguales, sino en proporción a la que sería su cuota en la sucesión legal: si son todo hijos, dividen a partes iguales (art. 522); pero si concurren nietos y demás descendientes por sustitución legal, éstos dividen por estirpes (si las hay), aunque concurren solos (arts. 338.2 y 523.1); en el supuesto del art. 523.2, los nietos y demás descendientes dividen a partes iguales (STSJA 22/9/2011).

Además, la acción individual sólo favorece al legitimario de grado preferente que la ejercita, porque *la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás* (art. 494.3). La acción de cada uno es independiente de la de los demás. Cada uno puede hacerla valer exclusivamente por la fracción que le corresponda, sin que pueda valerse de las de otros legitimarios, aunque la legítima colectiva, al no haber reclamado éstos, no se halle totalmente cubierta (SJPI 17 Zaragoza 12/2/2004). Así que en caso de renuncia no hay sustitución legal (488.2) ni tampoco acrecimiento.

El complemento de legítima obtenido mediante el ejercicio de la acción de reducción de liberalidades a no legitimarios se recibe a título de heredero cuando el accionante tiene esta condición; en los demás casos, parece preferible entender que se recibe como una atribución por disposición de la ley (art. 317.1).

*c) Orden de prelación en la reducción de liberalidades inoficiosas.* Las liberalidades que pueden ser objeto de reducción —institución de heredero, legados y donaciones— son sólo las hechas a no descendientes y exclusivamente en cuanto excedan de la parte de libre disposición (liberalidades lesivas o inoficiosas). Es el art. 495 el que establece la prelación en la reducción: *las liberalidades lesivas se reducirán en el orden que el causante hubiera dispuesto y en lo no previsto se procederá de la siguiente forma:*

a') *Se reducirán primero las liberalidades por causa de muerte [institución de heredero y legados], a prorrata, con independencia de su título de atribución [pacto, testamento, fiducia o sucesión legal].* La acción planteada antes de la partición deberá intentarse contra la comunidad hereditaria y, en su caso, contra cada uno de los legatarios extraños; planteada después de la partición se ejercitará contra cada uno de los herederos y legatarios extraños; unos y otros responden mancomunadamente. Entre los legatarios se aplicará el art. 480.

b') *Si no fuera suficiente, se reducirán las liberalidades entre vivos, empezando por las de fecha más reciente; las de la misma fecha se reducirán a prorrata.* Pero ya sabemos que esta posibilidad de llegar a ser reducidas, no impide que las donaciones tengan efecto durante la vida del donante y que el donatario haga suyos los frutos (cfr. 654 Cc.).

d) *Reglas en beneficio del cónyuge viudo y para facilitar la práctica de la reducción.* Indica el art. 496.1 que *si la reclamación de reducción se dirige contra el cónyuge viudo, podrá éste evitarla pagando en metálico lo que al legitimario reclamante le correspondiera percibir.* Por tanto, frente al cónyuge viudo la legítima es, por excepción, sólo un derecho de crédito (*pars valoris*) que puede ser pagado en metálico extra hereditario. De este modo se facilita que determinados bienes, en particular la vivienda familiar, puedan atribuirse en propiedad al cónyuge viudo. No tratándose del cónyuge viudo, podrá exigirse la entrega de los propios bienes, salvo si su titular los hubiere enajenado ya antes de la anotación de la demanda de reducción en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso sólo se restituirá su valor (cfr. arts. 645, 649 y 650 Cc.).

En la reforma de 1999 se añadieron, junto a la anterior, otras dos reglas para facilitar la práctica de la reducción: *Si quien sufriera la reducción hubiera recibido del causante varios bienes, tendrá derecho a determinar cuáles de ellos, que cubran el valor reclamado, son objeto de la misma* (art. 496.2).

*Si el objeto de la reducción fuera un bien o un conjunto de ellos que no admita cómoda división, ambas partes podrán compensarse en metálico como convengan. En defecto de acuerdo, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad; en caso contrario, para el legitimario que reclama, debiéndose compensar la diferencia en metálico* (art. 496.3; cfr. art. 821 Cc.). Del texto legal se deduce que cuando la reducción absorbe exactamente la mitad la elección corresponde al legitimario (SÁNCHEZ-RUBIO).

## 17. La intangibilidad cualitativa

La intangibilidad cualitativa de la legítima, por un lado, exige el cumplimiento en bienes relictos y, por otro, impide imponer gravámenes prohibidos sobre ella. En consecuencia, habrá infracción cualitativa cuando se incumpla el deber de atribuir la legítima (no satisfecha mediante donaciones)

en bienes del caudal relicto, así como cuando se hayan impuesto gravámenes prohibidos sobre tales bienes relictos.

**A. El deber de cumplimiento en bienes relictos.** En coherencia con su naturaleza de *pars bonorum*, lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables, debe atribuirse en bienes relictos (art. 497.1 y 2). Es, por tanto, un deber que se refiere sólo a las liberalidades por causa de muerte. La porción de legítima que falte por atribuir ha de recibirse en cuerpos ciertos, en bienes de la herencia, y nunca (a salvo las excepciones legales en que la legítima es *pars valoris*) a través de un gravamen de pago de cantidad o cosa no relictas impuesto al heredero o legatario extraños. La finalidad de la norma es evitar que el extraño haga suyos los bienes del caudal relicto pagando la legítima en metálico. Pero, una vez cumplido el requisito de atribución de la legítima colectiva en bienes relictos, el disponente puede favorecer a los descendientes con créditos contra el heredero o legatario extraños.

Por otra parte, cuando haya a la vez lesión cuantitativa de la legítima, habrá que aplicar con preferencia las normas sobre lesión cuantitativa; sólo si no hay lesión cuantitativa, o una vez resuelta ésta, se podrá saber si los descendientes han recibido menos bienes relictos de aquéllos a los que tienen derecho.

**B. La acción de permuta de bienes relictos por no relictos.** El incumplimiento del deber de atribuir en bienes relictos lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables, faculta individualmente a los legitimarios afectados para pedir que la parte proporcional que en la diferencia les corresponda les sea entregada en bienes relictos por los extraños que los han recibido, renunciando en favor de éstos a los correspondientes bienes no relictos (art. 497.2). El legitimario afectado puede ser cualquier descendiente, no siendo necesario que sea legitimario de grado preferente. Tiene la facultad de optar entre conformarse con su atribución en bienes no relictos (cabe la renuncia tácita al ejercicio de la acción: STSJA 30/1/2008) o reclamar lo que le corresponda en bienes relictos, pero en este caso renunciando a favor de los extraños a los correspondientes bienes no relictos. Solución razonable, puesto que, si no hay lesión cuantitativa, no es justo privar a los extraños de los bienes relictos recibidos y no darles nada a cambio.

Cuando el legitimario afectado sólo sea uno, él será quien pueda pretender esta especie de permuta. Pero si lo son varios, se distribuirá entre ellos el derecho a obtener bienes relictos en proporción al valor de los bienes no relictos que hubieran recibido del causante; de modo que si un legitimario hubiera recibido atribuciones en bienes relictos y no relictos, sólo se tendrán en cuenta estos últimos bienes para fijar su derecho. Al ser un derecho in-

dividual, la renuncia o el no ejercicio por parte de uno no incrementará el derecho de los demás, como en el art. 494.3.

Indica el art. 497.3 que *la reducción de liberalidades de bienes relictos hechas a favor de no descendientes no podrá afectar al cónyuge viudo* (que se los puede quedar sin tener que pagar nada por ello, a diferencia de lo previsto en el art. 496.1 para el caso de lesión cuantitativa) *y para su práctica será de aplicación el art. 496*, en sus apartados 2 (derecho de opción de quién sufra la reducción si ha recibido varios bienes) y 3 (forma de proceder si se trata de un bien o conjunto de ellos que no admite cómoda división).

**C. La prohibición de imponer gravámenes sobre los bienes relictos imputables a la legítima.** a) *Gravámenes prohibidos.* Además del derecho a recibir en bienes relictos lo que falte de la legítima colectiva, los descendientes tienen derecho a recibir esos bienes del caudal relicto sin gravamen impuesto en el título sucesorio en beneficio de no descendientes. La prohibición de gravámenes se aplica sólo a las liberalidades por causa de muerte de bienes relictos imputables a la legítima colectiva; de modo que, como dice el art. 498.1, *el causante sólo puede imponer gravámenes sobre los bienes relictos que atribuya a sus descendientes cuando el valor de los atribuidos libres de gravamen sumado al de las donaciones imputables a la legítima cubra el importe de la legítima colectiva.*

Aclara el art. 498.2 que *se entiende a estos efectos por gravamen toda carga, condición, término, modo, usufructo, obligación, prohibición o limitación impuestos en el título sucesorio [a favor de no descendientes] que disminuya el valor de los bienes relictos o la plenitud de la titularidad o del conjunto de facultades que correspondían al causante. No se consideran gravámenes los legados en titularidad plena de bienes ciertos con que el causante hubiera gravado a un descendiente.* El precepto da un concepto muy amplio de gravamen prohibido. Entran en él tanto auténticas limitaciones de naturaleza real (derecho de usufructo a favor de un tercero que no sea el cónyuge viudo) como obligaciones de carácter personal (obligación de hacer o de no impugnar el título sucesorio). No resultan afectados por la prohibición, en cambio, los bienes que ya estuvieran sujetos a gravámenes antes de la apertura de la sucesión: en la computación e imputación de estos bienes se deducirá el valor de tales gravámenes. El bien relicto objeto de legado en titularidad plena que un descendiente tiene la carga de entregar al legatario extraño, no es propiedad del descendiente ni disminuye el valor de los bienes relictos por él recibidos, no grava la legítima. Quedan sin solución legal expresa, dada la complejidad que entrañan, supuestos como el de la atribución al descendiente de una servidumbre o un derecho de goce limitado sobre bienes relictos (p. ej., un derecho de usufructo) cuya titularidad se atribuye a un no descendiente.

b) *Gravámenes permitidos*. Como excepción a la prohibición de imponer gravámenes sobre los bienes relictos imputables a la legítima colectiva, el artículo 501 enumera los gravámenes permitidos:

1.º *Aquellos dispuestos en beneficio de otros descendientes, presentes o futuros, dentro de los límites de las sustituciones fideicomisarias*. De la regla de libre distribución de la legítima entre descendientes se deduce la posibilidad de gravar, con cualquier gravamen lícito (usufructo, sustitución fideicomisaria, renta vitalicia, etc.), a unos descendientes en beneficio de otros, pero dentro de los límites de las sustituciones fideicomisarias.

2.º *Los establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y sólo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiere dispuesto*. Se permite cualquier determinación del eventual destino ulterior de los bienes para evitar la apertura de la sucesión legal, pero a favor de extraños sólo para el caso de fallecer todos los legitimarios (no sólo el gravado) sin descendencia.

3.º *Los establecidos con justa causa, que esté expresada en el título sucesorio o en documento público, conforme a lo previsto en el artículo siguiente*. Las prohibiciones de enajenar u otras limitaciones de frecuente uso sólo serán gravámenes permitidos si concurre el requisito de la justa causa (SJPI 3 Zaragoza 8/4/2008). El art. 502.1 dice que sólo es justa la causa que busca un mayor beneficio del legitimario gravado o de los demás legitimarios. Añade el art. 502.2 que *si el gravamen impusiera una obligación cuyo incumplimiento produzca la transferencia de los bienes heredados por el gravado a otra persona, sólo será válido cuando esa persona sea otro descendiente*. Por último, según el art. 502.3, *la causa expresada deberá tenerse como justa mientras no se demuestre que no lo es*, carga de la prueba que recae sobre el legitimario gravado (SAPZ Sec. 4ª 14/3/2014).

4.º *Los demás previstos por la ley*. Por ejemplo, las limitaciones legales impuestas sobre los bienes recibidos de la herencia del abuelo en sustitución de un hijo (su padre) declarado ausente (art. 55) o las limitaciones a la facultad de disponer de los bienes del consorcio foral (374.1). El usufructo de viudedad no es propiamente un gravamen legal sobre la legítima sino que el viudo usufructuario tiene un derecho previo y preferente al de los legitimarios.

**D. Acción para que los gravámenes prohibidos sobre bienes relictos imputables a la legítima se tengan por no puestos**. El art. 499 comienza diciendo que *el legitimario a quien se hubiera impuesto un gravamen que contravenga lo dispuesto en el artículo anterior tiene derecho a que se tenga por no puesto*. Por tanto, se queda con lo recibido, pero tiene derecho a que se supriman los gravámenes prohibidos. La supresión de los gravámenes prohibidos no es automática, sino que depende de la voluntad del legitimario, que puede decidir soportarlos, porque sí o porque ha resultado compensado con otras atribuciones a las que no tenía derecho (cauteladas de opción compensatoria).

Añade el art. 499 que *a este derecho se le aplicarán las siguientes reglas* [novedad introducida en 1999 para resolver algunos de los principales problemas que pueden suscitarse]:

1.<sup>a</sup> *El gravamen se tendrá por no puesto sólo en la parte que vulnere la prohibición. Pero si por su naturaleza no fuera posible dejarlo sin efecto parcialmente, se tendrá por no puesto en su totalidad.*

2.<sup>a</sup> *Si fueran varios los descendientes sujetos a gravamen, la parte que deba quedar sin efecto se repartirá entre ellos en la misma proporción en que hayan sido favorecidos por el causante en sus disposiciones por causa de muerte.*

3.<sup>a</sup> *El descendiente al que se hubieran impuesto varios gravámenes podrá decidir el orden en que deben quedar sin efecto.*

**E. Cautelas de opción compensatoria.** Otra novedad importante introducida en 1999 es la regulación de las llamadas cautelas “de opción compensatoria» o cautelas «socini» o “socinianas». Estas cautelas, según dice el art. 500.1, consisten en *la facultad concedida por el causante a algún legitimario de optar entre una determinada atribución por causa de muerte libre de gravamen y otra de mayor importe pero sujeta a gravamen que infrinja lo dispuesto en el artículo 498* [prohibición de gravámenes sobre la legítima]. Aunque no sean frecuentes estas cautelas en Aragón, porque el cónyuge viudo, su principal destinatario, es por ley usufructuario universal, lo cierto es que puede haber casos en que algún causante pueda considerar útil su establecimiento, por ejemplo para favorecer con un usufructo universal a su pareja.

La dificultad del funcionamiento de esta cautela en los sistemas de legítima colectiva o de legítima estricta y mejora (SS TS 838/2013, 10/6/2014 y 254/2014, 3/9/2014), que permiten desigualar libremente a los legitimarios y dejar más a los que aceptan el gravamen prohibido, llevó al legislador aragonés a exigir en el art. 500.1 unos requisitos adicionales para que sea válida la facultad de optar concedida al legitimario:

a) *Que si se optara por la atribución libre de gravamen, no haya lesión en la legítima colectiva.*

b) *Y que si se optara por la atribución gravada, el conjunto de liberalidades recibidas por los legitimarios cubra además la mitad de la parte de libre disposición.*

Con la consecuencia, formulada en el art. 500.2, de que *la opción [a) o b)] que incumpla los requisitos del apartado 1 es ineficaz y al gravamen impuesto se le aplicarán las reglas previstas en el artículo anterior.* Para que la opción elegida por el legitimario sea eficaz (no, por tanto, toda la cautela) tiene que cumplir los requisitos para ella previstos en el apartado 1. Si se elige la opción a), pero hay lesión en la legítima colectiva, la opción es ineficaz, de modo que los legitimarios de grado preferente pueden pedir la reducción de las liberalidades lesivas; y si se elige la opción b), pero el conjunto de liberalidades recibidas por los legitimarios no cubre la legítima colectiva y la mitad de la

parte de libre disposición, la opción es ineficaz y el gravamen se tiene por no puesto, con la consecuencia de que los legitimarios sólo tienen derecho a recibir la legítima colectiva sin lesión. Parece que cualquier legitimario de grado preferente estaría legitimado para pedir que se declare la ineficacia de la opción que no cumpla el requisito de la letra b) y que el gravamen se tenga por no puesto (en el mismo sentido GIL NOGUERAS), porque cuando se hace uso de la opción compensatoria es como si la cuantía de la legítima colectiva fuera de tres cuartas partes del caudal computable.

## 18. Prescripción de acciones en materia de legítima

En la reforma de 1999 se introdujo una disposición general para regular de forma unitaria la prescripción de todas las acciones derivadas de infracciones a la legítima material o a la condición de legitimario de grado preferente, estableciéndose en el art. 493.1 un plazo de prescripción único, de cinco años, para todas ellas. Plazo que es el mismo del art. 33 del Apéndice.

Las acciones por infracción de la intangibilidad cuantitativa o cualitativa de la legítima material, así como la de preterición no intencional total sin otro descendiente designado heredero o legatario, se interponen contra no descendientes, para reducir, modificar o eliminar las liberalidades por ellos recibidas del causante; mientras que las demás acciones reguladas en el Título de la legítima (por preterición no intencional parcial, desheredación o exclusión por error determinante y por derecho a alimentos), se interponen contra otros legitimarios (o sucesores, en el caso del derecho a alimentos) y persiguen una redistribución de las liberalidades recibidas del causante por los descendientes.

Añade el 493.1 que los cinco años del plazo se cuentan *desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si ésta se produce con posterioridad*. La delación tiene lugar con posterioridad a la apertura de la sucesión en los casos de fiducia sucesoria y en otros de sucesión bajo condición suspensiva (art. 321). *Si el legitimado para el ejercicio de estas acciones fuera menor de catorce años al iniciarse el cómputo, el plazo finalizará para él cuando cumpla diecinueve años* (art. 493.2). Por los que sean menores de 14 años al iniciarse el cómputo del plazo pueden accionar sus representantes legales (SAPZ Sec. 4ª 14/3/2014), pero si no lo hacen hay regla especial: el plazo de prescripción no empieza a correr para los menores hasta que cumplen los 14 años, de ahí que el plazo finalice para ellos cuando cumplan 19 años. De modo que si al llegar a los 14 años el representante legal no ha ejercitado aún las acciones correspondientes, será el propio menor, con la debida asistencia hasta la mayoría de edad, el que dispondrá todavía de un plazo de 5 años para hacerlo por sí mismo (STSJA 32/2014, 3/10/2014).

**BIBLIOGRAFÍA:** Planteamientos o exposiciones generales, BARRIO GALLARDO, Aurelio: «Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón», *RDCA*, XVII-2011, pp. 45 a 92; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “De la legítima”, en *25 años de jurisprudencia aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los Tribunales (1995-2019)* (Coords. C. Bayod y J.A. Serrano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1285-1308; BIESA HERNÁNDEZ, María: “La legítima foral a través de la jurisprudencia”, *RDCA*, 1966, II, n.º 2, p. 61 a 97; CALATAYUD SIERRA, Adolfo: “Las legítimas en Aragón”, *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1994, pp. 49-82; CERECEDA MARQUÍNEZ, Joaquín: “De la legítima”, *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Zaragoza, Librería General, 1999, pp. 139-151 (= *RDCA* 1999-1.º, pp. 111-121); GIL NOGUERAS, Luis Alberto: “De la legítima”, *Manual de Derecho sucesorio aragonés* (J. L. Merino, Coord.), Zaragoza, Sonlibros, 2006, pp. 543-635; — “Las legítimas en Aragón”, *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1994, pp. 49-82; LACRUZ BERDEJO, José Luis: “Las legítimas en la Compilación”, *RCDI*, 1968, XLIV, pp. 505-541; — “Derecho de sucesiones por causa de muerte (De la legítima. De la sucesión intestada. Normas comunes a las diversas clases de sucesión)”, *BCAZ*, 1967, núm. 26, pp. 145-194; LALINDE ABADÍA, Jesús: “Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa”, *AHDE*, 1985, núm. 55, pp. 333-387; MARTÍNEZ LASIERRA, Ignacio: “Las legítimas en Aragón”, *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1994, pp. 49-82; MOREU BALLONGA, José Luis: “El sistema legitimario en la Ley aragonesa de sucesiones”, *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2006, pp. 149-417; PARRA LUCÁN, Mª Ángeles y BARRIO GALLARDO, Aurelio: “La legítima en Derecho aragonés”, *Tratado de legítimas* (Teodora F. Torres García, Coord.), Editorial Atelier, 2012, pp. 359-416; SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: “La legítima”, *Manual de Derecho civil aragonés*. (Dir. J. Delgado, Coord. M.ª Á. Parra), 4.ª edición. Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2012, pp. 619-646; — “La legítima”, *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*. (Dir. J. Delgado, Coords. Bayod y Serrano), Zaragoza, Gobierno de Aragón, 2015, pp. 699-738 [= *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2015, pp. 667 a 703]; SERRANO GARCÍA, José Antonio: “La reforma de la legítima aragonesa”, *Homenaje a Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 5537-5556; — “La Legítima en Aragón”, *Tratado de Derecho de Sucesiones* (Dir. C. Gete-Alonso y Calera, Coord. J. Solé Resina), Tomo II, Ed. Thomson (Civitas), 2011, pp. 1959-2027 (= *RDCA*, XVI-2010, pp. 67-134; 2ª ed. de 2016; — “Límites legales a la ordenación voluntaria de la sucesión”, en SERRANO GARCÍA, J.A., con la colaboración de Bayod López, M. C., *Lecciones de Derecho civil: Sucesiones por causa de muerte*, Kronos, Zaragoza, 2ª ed. 2019, pp. 321 a 371; ZUBERO QUINTANILLA, Sara: “Ponderación de las limitaciones legales a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código civil”, *Revista de Derecho Civil*, (<http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>), vol. IV, núm. 2 (abril-junio, 2017), Estudios, pp. 55-81.

Sobre preterición, desheredación, exclusión, derecho de alimentos o intangibilidad, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: “Significado jurídico de la preterición desde la perspectiva del Derecho tradicional histórico y contemporáneo aragonés. La preterición y la institución recíproca de herederos”, en *Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2001, pp. 46-51; — “La legítima formal aragonesa, la preterición y la STSJ de Aragón de 30 de septiembre de 1993”, en *RDCI*, 1994, pp. 1253-1291; CAROL ROSÉS, Fernando: “La preterición: entre la libertad para testar y los derechos fundamentales. Una revisitación del Derecho foral y ordenamientos compa-



rados”, *RCDI*, año 93, núm. 759, 2017, pp. 421-447; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los Derechos civiles forales*, Granada, Ed. Comares, 2004; LACRUZ BERDEJO, José Luis: “Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente”, *ADC* 1968, pp. 513-549 (= *Estudios de Lacruz*, II, 1992, pp. 455-489); RODRÍGUEZ BOIX, Francisco: “La preterición”, *Actas de los X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2001, pp. 7-45; SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, «La voluntad del causante en la exclusión sucesoria (A propósito de una sentencia sobre desheredación no justificada)», *RDCA*, XI-XII, 2005-2006, pp. 209-215; SERRANO GARCÍA, José Antonio: “Efectos de la desheredación parcial sin causa legal y derechos de los legitimarios de grado preferente por sustitución legal del absolutamente excluido”, *RDCA*, XVII-2011, pp. 181-194; RUFAS DE BENITO, I., «El derecho de alimentos», *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, *cit.*, 2006. pp. 419-426; GIL NOGUERAS, Luis-Alberto: “El derecho de alimentos del legitimario”, *Anuario 2017 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, Zaragoza, 2018, pp. 151-185; BRUN ARAGÜÉS, Juan José: “Intangibilidad cualitativa de la legítima”, *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2006, pp. 411-417.



## §25. LA SUCESIÓN LEGAL

Carmen BAYOD LÓPEZ  
*Catedrática de Derecho civil*

### 1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable

**A. La sucesión legal en los diversos Derechos civiles españoles.** Todos los Derechos civiles españoles regulan la sucesión legal estableciendo cada uno de ellos una regulación propia y especial, tanto en el orden de suceder como en lo que atañe a los derechos del cónyuge viudo. Sus semejanzas son evidentes: la llamada sucesión legal o abintestato, sólo tendrá lugar en defecto total o parcial de sucesión voluntaria.

En todas las legislaciones civiles españolas, los primeros llamados a la sucesión legal del causante, son sus descendientes seguidos, con carácter general, salvo que haya bienes troncales (en País Vasco, Navarra y Aragón), por los ascendientes, el cónyuge y los colaterales hasta el cuarto grado, con preferencia entre estos de los hermanos y sobrinos del causante. Este orden se ve alterado en Navarra, Cataluña y País Vasco donde el cónyuge se antepone a los ascendientes.

El cónyuge viudo es llamado a la sucesión legal en el orden establecido por la ley civil aplicable y entonces ingresa en la herencia del causante como heredero universal; ahora bien, si sobrevive al causante y no le corresponde heredar, concurriendo con descendientes o con otros parientes, también tiene derechos sobre el patrimonio hereditario del causante bien sean estos derechos sucesorios, derivados de su condición de legitimario o bien sean derechos familiares como la viudedad en Aragón. Por ello, y a estos efectos, debe ser tenido en cuenta en todas las declaraciones de herederos legales, que ahora y tras la entrada en vigor de la LJV corresponde a los notarios, salvo en el caso de la sucesión legal en favor del Estado o Comunidades autónomas.

En todos los ordenamientos civiles españoles, a excepción de Aragón y de la legislación civil estatal, a la que ahora se suma Navarra (Ley 21/2019, de 4 de abril *de modificación y actualización de la Compilación del Derecho civil de Foral de Navarra o Fuero Nuevo*, leyes 129 y 304) la pareja estable no casada ocupa la misma posición que el cónyuge del causante, si bien en estos casos habrá que tener en cuenta lo establecido por la STC 93/2013.

En todo lo demás (principios, forma de suceder, etc.), la regulación en los diversos Derechos civiles españoles es semejante.

**B. Ley aplicable.** En esta materia es de aplicación el Reglamento de la UE n° 650/2012 del Parlamento Europeo, que toma como punto de conexión la residencia habitual del causante, siempre que éste no haya optado por la ley de su nacionalidad (art. 22 RUE). En lo que atañe a la dimensión interna, el cambio de ley aplicable previsto en Reglamento de la UE no tiene aplicación, tal y como se deduce del art. 38 del mismo. Por lo tanto, y en principio, los conflictos de leyes internos siguen sujetos al art. 9.º 8 Cc.: entre españoles, siempre que su residencia habitual no esté en el extranjero, y no haya un elemento de extranjería, el criterio no varía, se mantiene la eficacia personal de las leyes y por lo tanto, la ley que rige la sucesión será la ley de la vecindad civil al tiempo de fallecimiento del causante. Ahora bien, en la dimensión externa la ley que rige la sucesión es la ley de la residencia habitual al tiempo de fallecimiento del causante, así lo establece con carácter general el art. 21 del Reglamento. Por ello, estas normas pueden

ser aplicadas a extranjeros cuya residencia habitual sea Aragón, si no han declarado su voluntad de que regir su sucesión por la ley de su nacionalidad (art. 22 RUE 650/2012).

La ley aplicable a la sucesión (art. 23.2.1R. UE) regirá los derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites. Entre estos derechos debemos recordar que no se encuentra la viudedad foral aragonesa, ya que ésta es un beneficio matrimonial, que nace con la celebración del matrimonio; derechos familiares que expresamente excluye en su aplicación el art. 1 del RUE (§ 16).

## 2. Regulación y antecedentes de la sucesión legal en Aragón

La vigente regulación, que entró en vigor el 23 de abril de 1999, procede de la Lsuc. Consta de veinte preceptos (arts. 516 a 536) agrupados a lo largo de seis Capítulos. El Capítulo I, *Disposiciones generales*, explica de forma técnica y clara la procedencia de la sucesión legal (cuándo tiene lugar) y el orden de llamamientos a la misma que, en Aragón, no sólo depende del parentesco con el causante, sino también, pero sólo en el supuesto de que el causante fallezca sin descendencia, del origen familiar de los bienes (troncalidad). En los Capítulos II a VI se desarrolla y regula cada uno de los llamamientos a la sucesión (art. 517) de quien fallece sin haber dispuesto, o no haberlo hecho de forma válida y eficaz, de la totalidad de sus bienes.

Recientemente, la Ley 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los arts. 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón, ha modificado dichos preceptos para adaptarlos a los cambios introducidos por La Ley estatal 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, que modifica el sistema de sucesión del Estado y de las Comunidades autónomas, atribuyendo la competencia para la declaración de herederos a la Administración. En razón de ello, la Comunidad Autónoma aragonesa (Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón) ha modificado la Ley de Patrimonio de Aragón (Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón) para regular la sucesión de la Administración de la Comunidad autónoma de Aragón.

## 3. Disposiciones generales

**A. Procedencia de la apertura de la sucesión legal.** La sucesión legal, tal y como la denomina el legislador, es un modo de delación de la herencia, supletorio y complementario de los modos de delación voluntaria, ya que en Aragón, además del testamento, contamos con el pacto sucesorio y la fiducia (art. 317.1 CDFa). Por ello, cuando el causante (o el fiduciario) no ha ordenado su sucesión o lo ha hecho de forma incompleta o ineficaz se abrirá la sucesión del finado: *En defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento, se abre la sucesión legal* (art. 516 CDFa). Este precepto recuerda que, aun cuando el causante hubiera ordenado de forma voluntaria su sucesión, pero tan sólo parcialmente, también se abre

la sucesión legal, puesto que ambos modos de delación, voluntario y legal, son compatibles en Aragón (art. 317.2 CDFA).

**B. Momento y lugar de apertura de la sucesión:** *La sucesión se abre en el momento de la muerte del causante, y en el lugar de su último domicilio (art. 320 CDFA).* Ahora bien, para que a la sucesión del causante le sea aplicable la ley aragonesa éste deberá ser aragonés y residir en España o, si reside en el extranjero, deberá haber designado a su ley personal como rectora de su sucesión (arts. 9.8 Cc. y 22 RUE); si el causante es extranjero, le será aplicable la ley aragonesa, si tiene su residencia habitual en Aragón y falleció sin haber elegido la ley aplicable a su sucesión (arts. 22 y 36 RU 650/2012). *El último domicilio del causante*, sujeto a la ley aragonesa, determina la competencia territorial para llevar a cabo la declaración de herederos. Con todo, tras la reforma del art. 55 de la Lnot. por obra de la LJV, que atribuye en esta materia la competencia a los Notarios [con la única excepción de la declaración de herederos en favor de la Administración y en Aragón también del Hospital de Nuestra Sra. de Gracia], se introducen nuevos puntos de conexión para determinar la competencia notarial, al establecer el referido precepto lo siguiente:

“1. Quienes se consideren con derecho a suceder abintestato a una persona fallecida y sean sus descendientes, ascendientes, cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o sus parientes colaterales, podrán instar la declaración de herederos abintestato. Esta se tramitará en acta de notoriedad autorizada por Notario competente para actuar en el lugar en que hubiera tenido *el causante su último domicilio o residencia habitual, o donde estuviere la mayor parte de su patrimonio, o en el lugar en que hubiera fallecido, siempre que estuvieran en España, a elección del solicitante. También podrá elegir a un Notario de un distrito colindante a los anteriores. En defecto de todos ellos, será competente el Notario del lugar del domicilio del requirente.*

2. El acta se iniciará a requerimiento de cualquier persona con interés legítimo, a juicio del Notario, y su tramitación se efectuará con arreglo a lo previsto en la presente Ley y a la normativa notarial”.

En cualquiera de estos casos, a la sucesión del causante se le deben aplicar las normas sucesorias aragonesas (art. 9.8º Cc. 9.2 EAA, art. 22 RUE), con independencia de cuál sea la vecindad civil de los llamados a la herencia.

**C. Apertura de la sucesión del causante y procedencia de la sucesión legal en un momento posterior.** En materia de sucesión legal, fallecido el causante en un momento determinado y abierta su sucesión, y aún producida la delación tiempo después de su fallecimiento, procede un llamamiento legal para parte de esa herencia ya abierta pero en un momento anterior. Son los supuestos previstos en los arts. 395.3, 419.3 y 531.2 CDFA, cuyo llamamiento responde a la naturaleza de una sustitución legal preventiva de residuo.

**D. Orden de llamamiento a la sucesión legal.** La sucesión legal aragonesa tradicionalmente ha atendido a dos circunstancias: la parentela y el origen de los bienes. En atención a ello opera el siguiente orden de llamamiento a la sucesión legal conforme al art. 517 CDFA:

a) *En primer lugar: Descendientes.* Están llamados a heredar todos los bienes del causante: troncales o no troncales, en este llamamiento el origen de los bienes es irrelevante. b) *En segundo lugar: bienes recobrables y troncales.* Sólo procede este llamamiento a falta de descendientes (hijos, nietos, biznietos, etc.) del causante. Estos bienes son objeto de sucesión sólo si existen en la herencia de causante (no opera la subrogación real). El origen familiar de los bienes no le impone al causante en vida ningún deber de reserva a favor de estos sucesores. Son llamados determinados parientes en función de su relación con la parentela de procedencia de los bienes (troncalidad) y en los casos de ser ascendiente o hermano del causante por haber realizado a favor de éste donaciones y sobrevivir al causante (recobro). c) *En tercer lugar: sucesión no troncal.* El llamamiento opera sobre bienes que no tengan procedencia familiar (troncales o recobrables); bienes que históricamente se denominaban industriales. Los bienes troncales o recobrables pueden formar parte de este llamamiento si no hubiera parientes con derecho a los mismos o, habiéndolos, repudiaran la delación. El orden de suceder opera jerárquicamente: en primer lugar los ascendientes, en su defecto, y en segundo lugar, el cónyuge; a falta de éste, y en tercer lugar, los colaterales hasta el 4º de parentesco con el causante. d) *A falta de parientes colaterales hasta el 4º, y en quinto lugar,* la Comunidad Autónoma de Aragón, sin perjuicio de que le pueda corresponder heredar preferentemente al Hospital de Nuestra Sra. de Gracia, si se dan los presupuestos del art. 536 CDFA. e) *Derecho de viudedad.* En todos los casos en los que no sea heredero el cónyuge viudo, habrá que tener en cuenta la viudedad foral.

**E. Diversidad de llamamientos universales.** El art. 518 CDFA declara que los llamados a suceder en los bienes troncales, aun cuando sólo sucedan en un bien determinado, son herederos y no legatarios o sucesores legales a título particular (como lo son los parientes con derecho a recobro); por ello su llamamiento es universal (art. 319.1 CDFA) y responden de las deudas de la herencia (art. 322.1 CDFA) como señala el art. 355.1 CDFA.

**F. Concurrencia de llamamientos.** El origen troncal o no de los bienes determina, a falta de descendientes del causante, la posibilidad de varios llamamientos universales a su herencia que pueden también concurrir en la misma persona llamada a ella.

Pensemos en el siguiente ejemplo: Francho, aragonés, falleció en estado de soltero y sin descendientes. Le sobrevivió su madre y un hermano. El caudal hereditario estaba compuesto por un jarrón chino de la dinastía Min, que había pertenecido al bisabuelo de

Francho y que le donó su padre cuando el causante alcanzó la mayor edad; hay además algunas acciones y un piso, que Francho adquirió con su trabajo; como deudas, tan solo los gastos de entierro y funeral.

¿Quién o quiénes están llamados a la herencia de Francho?

No habiendo descendientes, el orden de llamamientos se produce sobre los bienes troncales y no troncales del causante. En este caso, en el patrimonio de Francho existe un bien troncal de abolorio: el jarrón chino, (fue del bisabuelo y al causante se lo transmitió su padre, art. 527 CDFA) y otros bienes no troncales: la casa y las acciones, que el causante ganó con su industria.

A su sucesión están llamados, por un lado, el hermano, que recibirá el jarrón chino (art. 526.1º CDFA); por otro, la madre, que recibirá el piso y las acciones [art. 517.2.b]. Ambos son herederos a título universal del causante; si el hermano repudiara su herencia o, careciendo de descendencia, hubiera premuerto a Francho, el jarrón también sería para la madre, al no existir en este caso otros parientes colaterales del causante. Por ser ambos herederos adquieren, como dice el art. 322.1 CDFA, los bienes y derechos de la misma (de la herencia), se subrogan en las obligaciones del causante y quedan obligados a cumplir las cargas hereditarias, todo ello desde el momento de la delación. Ambos responderán de las deudas de la herencia.

**G. Declaración de herederos legales.** En la herencia aragonesa pueden concurrir en función del tipo de bienes diversos llamamientos, por ello art. 518.2 CDFA contiene una norma dirigida al notario (antes al juez) para que haga constar la diversidad de llamamientos posibles en Aragón, señalándose, además, que si nada se dijera, se entendería que la declaración de herederos sólo se ha limitado a los bienes no troncales, pudiéndose instar una nueva declaración referida solo a los troncales (SAPT 29/01/2008).

**H. Principio de proximidad de grado e ineficacia del llamamiento.** Los arts. 519 y 520 CDFA establecen reglas aplicables en cualesquiera llamamientos legales regulados en los Capítulos siguientes.

a) *Proximidad de grado y sustitución legal.* El art. 519.1 CDFA contiene una regla tradicional en el sistema de delación legal: la proximidad de parentesco, pero advierte ya la aplicación de la sustitución legal, si se dan sus presupuestos. El párrafo 2º del art. 519 CDFA explica con carácter general cómo opera el principio de proximidad de grado cuando todos o el único llamado repudian la herencia, en este caso heredarán los llamados del grado siguiente por su propio derecho y no como sustitutos del repudiante. El párrafo 3º establece como regla la distribución por cabezas y a partes iguales de los bienes de la herencia cuando los llamados pertenezcan a la misma línea y grado de parentesco; regla que, como advierte el precepto, tiene excepciones (vgr. art. 523 CDFA). Hay previsión legal en contrario para los casos en que los sustitutos legales, pese a ser todos de la misma línea y grado, dividen por estirpes (arts. 338.2, 526 CDFA), y también la

hay en la sucesión a favor de otros ascendientes, distintos del padre y la madre, cuando son de líneas diferentes pero de igual grado: la mitad de la herencia se defiere a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos (Art. 530.3 CDFa).

*b) Ineficacia del llamamiento.* El art. 520 CDFa establece el orden de suceder en los supuestos en los que el primer llamamiento se ha visto frustrado. Su finalidad es similar a la prevista los arts. 323 y 437 CDFa en los supuestos de delación voluntaria. En primer lugar, cuando el llamado es descendiente o hermano opera, si procede, la sustitución legal; no aplicándose la sustitución legal, y siendo varios los llamados, tiene lugar el acrecimiento al resto de los coherederos; si tampoco procediera el acrecimiento, sucederán por derecho propio los parientes del grado siguiente o, las personas que ocuparan el siguiente lugar según el orden de llamamientos. En todo caso, quien reciba la porción del llamado ausente ha de tener en cuenta lo previsto en el art. 55 (llamamiento a favor del ausente).

#### 4. La sucesión de los descendientes

En primer lugar, y sin límite de grado, suceden todos los descendientes del causante, que percibirán todos sus bienes, troncales y no troncales, teniendo en cuenta los principios previstos en los arts. 519 y 520 CDFa. Los bienes los recibirán los descendientes sujetos, en su caso, al usufructo del cónyuge viudo del causante (art. 283 CDFa y art. 16.2.2º Cc.). *Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación* (art. 521 CDFa), principio también aplicable a cualquier pariente del causante que pueda concurrir a su sucesión legal.

*A. Sucesión a favor de los hijos: art. 522 CDFa.* Habiendo hijos del causante, *si quieren* [sobreviven al padre o madre (art. 325) y aceptan la herencia (art. 342)] *y pueden* [no son indignos (art. 328), no están desheredados con causa legal o excluidos absolutamente de la sucesión de su padre o madre (art. 338 en relación con los arts. 510 y 513)], heredan todos los bienes del causante *por derecho propio y dividiendo la herencia en partes iguales* (por cabezas), sin perjuicio, en su caso, del usufructo del cónyuge viudo.

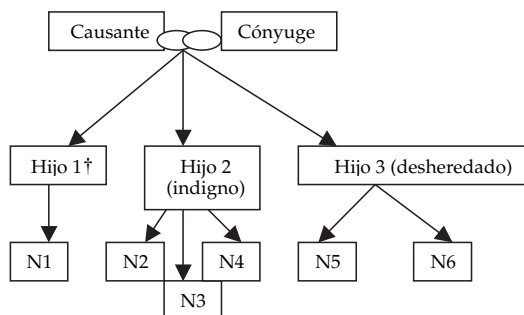
*B. Sucesión a favor de otros descendientes. a) La regla: Suceden por sustitución legal.* Los descendientes no hijos del causante heredan por sustitución legal cuando se de alguna de sus causas: premoriencia, ausencia, indignidad, desheredación con causa legal y exclusión absoluta de los hijos del causante (art. 338 CDFa). Desde el 23 de abril de 1999, no tiene lugar la sustitución legal en caso de repudiación (art. 341 y DT 16ª CDFa.). Al heredar por sustitución legal, los descendientes del causante reparten la herencia por estirpes, de modo que el sustituto o sustitutos legales ocupan



el lugar que habría correspondido al sustituido si no hubiera concurrido causa de sustitución.

El siguiente esquema lo explica:

Los nietos (N) heredan por sustitución legal, ocupando el lugar que le hubiera correspondido a su padre en la herencia del abuelo (Causante), y ello, aun cuando todos sean de la misma línea y grado de parentesco (2º grado en línea recta) y concurren solos, dividen por estirpes: excepción al art. 519.3 CDFA, que impondría el reparto por cabezas de los sustitutos.



Por ello, teniendo el causante tres hijos y no habiéndole sobrevivido uno de ellos y el resto incurrir en supuestos de sustitución legal (art. 338.1 CDFA), heredan sus nietos, pero no por derecho propio, sino por sustitución legal: cada estirpe de descendientes recibirá la porción del sustituido; en el ejemplo 1/3 a cada grupo que repartirán así: 1/3 a N1; 1/9 a N2, a N3 y a N4; y 1/6 a N5 y a N6. Por lo demás, no olvidemos

que viviendo el cónyuge del causante, los nietos recibirán los bienes con el usufructo del viudo.

Nada importa que los sustitutos (los nietos en el ejemplo) hayan repudiado la herencia de sus padres o que sean indignos o estén desheredados respecto de ella, para ser llamados por sustitución legal a la herencia del abuelo: así lo establece el art. 340.2 CDFA. *Para que opere la sustitución legal no es preciso que el sustituto llegue a heredar al sustituido.*

*b) Excepción.* En caso de repudiación de todos del grado anterior, los descendientes no hijos del causante heredan por derecho propio o de forma directa, dividiendo la herencia entonces por cabezas y a partes iguales. En su caso, habrá que tener en cuenta el usufructo del viudo.

En el ejemplo anterior si los tres hijos repudian el llamamiento de su padre (el causante); en este caso todos los nietos heredan por derecho propio (directamente no por sustitución), por ello cada uno de los nietos tendrá derecho a 1/6 de la herencia y, desde luego, sin perjuicio del usufructo viudal del cónyuge supérstite (art. 283 CDFA).

## 5. El recobro de liberalidades

*A. Orden del llamamiento.* A falta de descendientes, el primer llamamiento se produce en relación a los bienes recobrables, que serán deferidos, en primer lugar, a los parientes con derecho a recobro: ascendientes o hermanos del causante, que le han sobrevivido y le donaron bienes que aún se conservan en el caudal relicto.

*B. Fundamento y naturaleza.* Conceder a los ascendientes o hermanos de quien fallece sin disposición voluntaria válida y eficaz la posibilidad

de recuperar *los mismos bienes que*, en su caso, *donaron con preferencia a otros posibles herederos legales del causante*. El recobro es previo a la sucesión troncal: estos bienes serían troncales (bienes de procedencia familiar), si no fuera porque los donantes siguen vivos y la ley les concede el derecho a recuperarlos. Los recobrantes son sucesores a título particular por disposición de la ley, por lo tanto no responden de las deudas del causante (art. 319.1 en relación con el art. 355.1 CDFEA). Lo que no significa que las deudas no le afecten, incluso las deben de soportar no recibiendo nada, puesto que si no hubiera bienes bastantes en la herencia (troncales y no troncales) los bienes recobrables también se tendrían que aplicar al pago de las deudas del causante y de las cargas de la herencia (arts. 359 y 360 CDFEA).

**C. Viudedad.** Si el causante estaba casado, los bienes objeto de recobro están sujetos al usufructo del viudo: art 524.3 CDFEA.

**D. Requisitos.** 1º. Bienes transmitidos por donación, y no otro negocio lucrativo, efectuada por un ascendiente o hermano al causante; 2º. Fallecimiento del donatario sin descendencia y sin pacto o testamento en el que hubiera dispuesto de los bienes donados; 3º. Que los bienes donados subsistan en el caudal relicto (se recobran los mismos bienes, no opera la subrogación real y los bienes han de ser identificables, por ello no es recobrable el dinero); 4º. Que el donante sea ascendiente o hermano del causante, le sobreviva y tenga capacidad sucesoria o, para el caso de hijos y nietos del hermano donante, tenga lugar la aplicación de la sustitución legal; 5º. El pariente con derecho a recobro puede ser llamado simultáneamente también como heredero, troncal o no del causante; en razón de ello, podrá aceptar por un concepto y repudiar por otro: art. 345.3 CDFEA; 6º. Si el bien donado hubiera pertenecido a la comunidad conyugal, cada cónyuge ejercitará el recobro sobre la mitad indivisa del bien y lo recuperará para su propio patrimonio.

**E. Recobro habiendo descendientes.** Es necesario que se den los siguientes requisitos: En primer lugar, el causante recibió bienes a través de una donación efectuada por un ascendiente o hermano. En segundo lugar, es necesario que el causante transmitiera, por título lucrativo (herencia, legado o donación), los bienes a él donados a uno de sus descendientes. Por último, debe ocurrir el fallecimiento de todos los descendientes del finado sin haber dispuesto de dichos bienes antes que la persona con derecho a recobro. En estos casos procede a favor del ascendiente o hermano del causante, y si opera la sustitución legal, a favor de los hijos y nietos del hermano del causante, que no deberán rebasar el cuarto grado de parentesco con el descendiente del fallecido.

## 6. La sucesión troncal

La sucesión troncal, junto con los recobros, se regula en el Capítulo III, del Título VII del Libro III CDFa; en concreto en los arts. 526 a 528. Nos encontramos ante un llamamiento a título universal, aun cuando los llamados sólo reciban bienes concretos del caudal relicto. Los parientes troncales son herederos del causante y, por lo tanto, responsables, al igual que los herederos no troncales, de las deudas y cargas de la herencia (art. 322 y 355 CDFa).

El llamamiento a la sucesión troncal tiene lugar cuando el causante fallece sin descendientes y sin parientes con derecho de recobro (art. 517.1 en relación con el art. 526 CDFa), dejando bienes de origen familiar (troncales simples o troncales de abolorio), de los que no ha dispuesto.

*A. Bienes objeto de la sucesión troncal. a) Bienes troncales de abolorio.* Son bienes troncales de abolorio aquéllos que han permanecido en la familia, sin ser enajenados a extraños, durante dos generaciones. Dichos bienes deben cumplir los siguientes *requisitos*: 1º. Han de ser bienes transmitidos al causante de la sucesión por cualquier familiar suyo, perteneciente “a la casa o familia del causante”, y sin límite en el grado de parentesco entre causante y transmitente; 2º. El bien, para ser de abolorio, ha debido permanecer en la “casa o familia” durante “dos generaciones” inmediatamente anteriores a la suya. Esta procedencia ha de entenderse generacional: por lo tanto no sólo hay que tener en cuenta la línea recta (abuelo, bisabuelo,) etc., sino también a los colaterales a partir de la generación del abuelo: tío abuelo, tío bisabuelo, etc. No lo han entendido así, en contra de la doctrina más autorizada (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, LÓPEZ AZCONA, BAYOD), algunos pronunciamientos judiciales que interpretan el término “generación” en el sentido de circunscribirlo a la línea recta ascendente, con exclusión de los colaterales ascendientes (Cfr. STSJA de 1/10/2007 y SAPZ de 20/03/2007); 3º. Es indiferente el número de transmisiones intermedias que haya habido hasta llegar al causante, así como el título de adquisición, tanto oneroso como lucrativo, siempre que el bien no haya salido de la familia después de haber pertenecido a alguno de los miembros de la segunda generación anterior a la del causante; 4º. No es necesario que los bienes, para tener la consideración de bienes troncales de abolorio, radiquen en la Comunidad Autónoma de Aragón (art. 9 EEA).

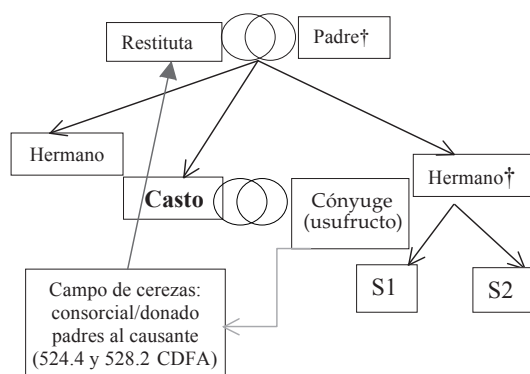
*b) Bienes troncales simples. a’.* Su regulación se encuentra en el art. 528.1 CDFa: “Son bienes troncales simples los que el causante haya recibido a título gratuito de ascendientes o colaterales hasta el sexto grado”. Del precepto transcrito se deducen los siguientes requisitos: 1º. Han de ser bienes adquiridos por el causante a título gratuito, tanto inter vivos como mortis causa; 2º. El causante ha debido adquirir estos bienes de un ascendiente o colateral que

no supere el sexto grado de parentesco con él; 3°. No tienen la consideración de troncales los bienes que el causante haya adquirido de uno de sus padres, si dicho bien pertenecía a la comunidad conyugal, cuando según las reglas de la sucesión no troncal le correspondiera heredar al otro progenitor, que efectivamente lo hereda.

*b'. Excepción: los bienes pertenecientes a la comunidad conyugal.* El párrafo 2° del art. 528 establece: *Se exceptúan los que el causante hubiera adquirido de uno de sus padres procedentes de la comunidad conyugal de ambos cuando según las reglas de la sucesión no troncal le correspondiera heredar al otro progenitor.* Como señala MARTÍNEZ con esta excepción se pretende que el padre o madre del causante que sobreviva no quede excluido en la sucesión de estos bienes, que pertenecieron a su comunidad conyugal. Si esta norma no existiera, serían preferidos al padre o madre los hermanos, e hijos y nietos de hermanos del causante, conforme a lo previsto en el art. 526 CDFA. El art. 528.2 CDFA se complementa con el art. 524.4 CDFA (recobros), pues ambas normas, responden a la idea de preferir, respecto a la sucesión de estos bienes, a los progenitores del causante, eludiendo el llamamiento troncal sobre los bienes consorciales.

El art. 528.2 CDFA parece afirmar que los bienes que hubieran pertenecido a la comunidad conyugal de los ascendientes no son bienes troncales. Con todo, la pérdida del carácter troncal de estos bienes no es definitiva, está condicionada a la posibilidad de que pueda heredar el otro progenitor conforme a las reglas de la sucesión no troncal, de no ser así (porque no quiere o no puede heredar), el bien debe seguir las reglas de la sucesión troncal (MARTÍNEZ).

Veamos el juego de estas normas con un ejemplo.



Imaginemos que Casto, aragonés, fallece sin disposición voluntaria y sin descendientes, dejando como únicos parientes vivos a su cónyuge, a su madre, Restituta, a un hermano y a dos sobrinos, hijos de otro hermano premuerto. Entre los bienes de Casto se encuentra un campo de cerezas, que perteneció al consorcio conyugal de sus padres, y que le donaron cuando contrajo matrimonio.

El campo de cerezas al ser donado por los ascendientes del causante tendría la condición de troncal, pero por pertenecer a la comunidad conyugal es objeto de una especial delación en lo que atañe a los recobros y a la troncalidad, de la que será “condicionadamente” excluido.

Viviendo Restituta, madre del causante, tiene derecho de recobro, *ex* art. 524.4 CDFa: recobrará la mitad indivisa de dicho bien, sujeta al usufructo de su nuera (viuda del causante: art. 524.3 CDFa)

Respecto de la otra mitad del campo, el bien debería ser calificado de troncal simple y, por lo tanto, conforme al 526.1º CDFa., les correspondería heredar al hermano vivo y a los dos sobrinos, como sustitutos legales del hermano premuerto y sin perjuicio, desde luego, del usufructo viudal del cónyuge del causante (art. 283 CDFa).

El art. 528.2 CDFa excluye respecto de este bien (la mitad del campo de cerezas) el juego de la troncalidad, en razón de ello será deferido a Restituta por el juego de las reglas de la sucesión no troncal: art. 517.2.2º y 531 en relación con el art. 528.2 CDFa, y ello sin perjuicio del usufructo de su nuera.

En consecuencia, la totalidad del campo de cerezas, bien consorcial, será deferido a la madre del causante, Restituta, por dos títulos: una ½ por derecho de recobro y la otra ½ como heredera no troncal.

*c) Pérdida y mantenimiento de la troncalidad.* Los bienes troncales pierden esta condición cuando se transforman en otros, por ejemplo sobre el solar que recibió el marido por herencia de su padre y sobre él se construye una casa (STSJA 15/03/2015). Por el contrario, no pierden la troncalidad los bienes sujetos a sustitución preventiva de residuo en los casos de los arts. 395.3, 419.3 y 531.2 CDFa (STSJA 13/06/2007)

**B. Orden de llamamientos en la sucesión troncal.** Respecto a los bienes troncales, sean simples o de abolorio, el art. 526 CDFa establece tres órdenes de llamamientos jerárquicos: no puede entrar en juego el siguiente si hay un pariente que quiera y pueda heredar en el llamamiento anterior. Los parientes llamados son los que se explican a continuación:

1º. *Hermanos e hijos y nietos de hermanos por la línea de donde procedan los bienes, por derecho propio o por sustitución legal.*

*a) Llamamiento y procedencia.* Se llama, en primer lugar y por derecho propio, a los hermanos del causante, sustituidos por sus estirpes de descendientes, recibiendo todos los bienes troncales ya sean simples o de abolorio, y limitando al cuarto grado de parentesco el llamamiento respecto de sobrinos y sobrinos nietos del causante (art. 526.1º y 338.2 CDFa), tanto si son llamados por sustitución legal como de forma directa (han repudiado todos o el único hermano del causante: art. 519.2 CDFa). Estamos, al igual que en los arts. 532 y 533, ante colaterales privilegiados. Los hermanos y descendientes de hermanos, éstos dentro del cuarto grado con el causante, deben pertenecer a la línea de procedencia de los bienes; esto es, deben tener con el causante un ascendiente común que pertenezca a la línea de procedencia de los bienes deferidos.

Por ello, es habitual que en este llamamiento entre hermanos no tenga relevancia el doble vínculo de parentesco (vgr. el causante recibió de su madre un reloj de oro; no tiene descendientes ni ha dispuesto del reloj; le so-

breviven dos hermanos de doble vínculo y un hermano uterino: es evidente que los tres recibirán el reloj a partes iguales: es irrelevante el doble grado de parentesco: todos son hijos del ascendiente común). Con todo, MARTÍNEZ MARTÍNEZ pone de relieve alguna excepción con el siguiente ejemplo: el causante tiene dos hermanos de doble vínculo y un hermano uterino. El causante recibió un valioso cuadro de uno de sus hermanos de doble vínculo, que le premurió. En este caso, aun cuando ambos hermanos son llamados a la sucesión ex art. 526.1° CDFa, el hermano de doble vínculo debe recibir doble porción que el hermano uterino.

b) *Reglas de reparto*. Los hermanos del causante heredan siempre por derecho propio y dividen la herencia por cabezas; los hijos y nietos de hermanos, pueden heredar por derecho propio o sustitución legal. Cuando heredan por sustitución legal hay dos formas de reparto de la herencia, por estirpes o por cabezas, según el grado de parentela con el que éstos concurren; así cuando concurren solamente hijos o solamente nietos de hermanos sustituidos, dividen por cabezas, si bien cuando concurren por sustitución solamente hijos y nietos de hermanos sustituidos, los primeros dividen por cabezas y los segundos por estirpes (art. 338.2 CDFa).

Podemos ver la división por estirpes o por cabezas a través del siguiente esquema:

Gráfico 2

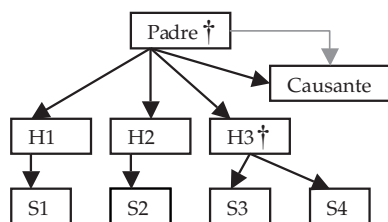
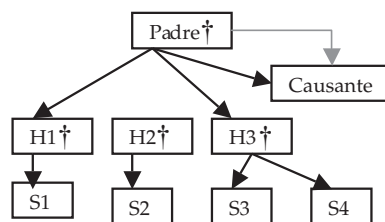


Gráfico 3

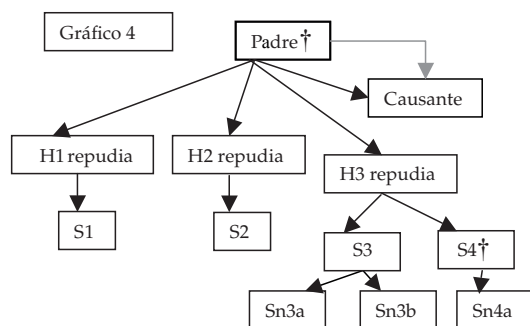


En el gráfico 2, el causante heredó una finca de su padre, fallece soltero, sin descendientes y sin haber dispuesto de dicha finca. Le sobreviven los parientes indicados en el gráfico.

La finca corresponderá a los hermanos H1 y H2 así como a S3 y S4, por sustitución legal. La distribución de los bienes será por cabezas y por estirpes: los hermanos H1 y H2 recibirán 1/3 cada uno, mientras que los sobrinos, S3 y S4, repartirán los bienes por estirpes: 1/6 cada uno.

El gráfico 3, representa el mismo supuesto, si bien han premuerto al causante (o concurre otra causa de sustitución legal) todos los parientes colaterales de segundo grado. Ahora los sobrinos, igualmente heredan por sustitución legal, pero distribuirán los bienes por cabezas, a cada uno le corresponderá 1/4 de la finca troncal.

El art. 526.1 CDFa “aclara” ahora que los sobrinos y sobrinos nietos del causante no sólo heredan por sustitución legal, sino también por derecho propio, ya que en el supuesto de que todos o el único hermano del causante repudie la herencia, serán llamados los sobrinos y sobrinos nietos del causante, si bien, ya no juega la sustitución legal, al haber mediado repudiación del hermano o hermanos del causante. Esta situación puede verse en el siguiente esquema:



En el caso de que todos los hermanos del causante H1, H2 y H3 repudian la herencia, son llamados sus descendientes que heredarán por derecho propio, al tratarlos ahora el art. 526 CDFa como colaterales privilegiados, si bien igualmente repartirán por cabezas al concurrir solos.

Los sobrinos S1, S2 y S3 repartirán por cabezas (1/3 para cada uno) y los sobrinos nietos, Sn3a, Sn3b y Sn4a no son llamados a heredar: principio de proximidad de grado (art. 519 CDFa) y no operar la sustitución legal, sino un llamamiento directo: por derecho propio.

principio de proximidad de grado (art. 519 CDFa) y no operar la sustitución legal, sino un llamamiento directo: por derecho propio.

### 2°. Padre o madre, según la línea de donde los bienes procedan.

Sólo se llama al padre o madre, y no al resto de los ascendientes. El padre o madre del causante que no pertenezca a la línea de procedencia de los bienes queda excluido. Aún cuando, el art. 526.2° CDFa emplea el nexo disyuntivo “o”, tanto el padre como la madre podrían concurrir juntos, si como explica MARTÍNEZ MARTÍNEZ el bien lo hubiera recibido el causante de un hermano premuerto o sean los padres parientes entre sí (primos, tío y sobrina, por ejemplo).

### 3°. Resto de colaterales.

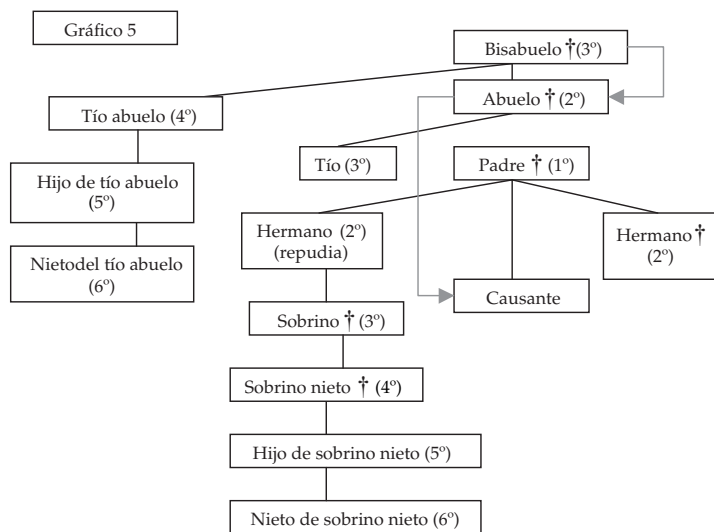
Este llamamiento procede cuando los parientes llamados en los números 1° y 2° del art. 526 no quieren o no pueden heredar y sólo tiene lugar a favor de colaterales del causante cuyo grado de parentesco será de cuarto o sexto grado, según los bienes deferidos sean troncales simples o troncales de abolorio. No tiene aplicación en este llamamiento la sustitución legal (APH 18/12/2007).

Dentro de este llamamiento, el legislador ha previsto dos grupos diferentes de parientes colaterales que igualmente concurren de forma jerarquizada: no procede el llamamiento al segundo grupo si hay colaterales llamados en el primer grupo que quieren y pueden heredar.

a) *Primer grupo de llamados: descendientes de un ascendiente común propietario de los bienes.* Este llamamiento sólo puede tener lugar si algún ascendiente del causante ha sido propietario de los bienes.

*a'. Requisitos.* Los requisitos para que opere el llamamiento a favor de este grupo son los siguientes: 1°. Que los bienes hayan sido propiedad de un ascendiente común en línea recta. 2°. Que el causante, descendiente del transmitente, no haya dispuesto de forma eficaz de dicho bien. 3°. La adquisición por el causante deberá haber sido gratuita, si el bien es troncal simple; y podrá ser tanto gratuita como onerosa, si el bien es troncal de abolorio. 4°. Que no haya parientes que quieran o puedan heredar conforme a los números 1° y 2° del art. 526 CDFA. 5°. La delación se produce a favor de colaterales hasta el cuarto grado, si el bien es troncal simple o hasta el sexto grado, si el bien es troncal de abolorio. 6°. En este llamamiento se tiene en cuenta el principio de proximidad de grado con el causante: el pariente más próximo excluye al más remoto; por ello, en este grupo de llamados será preferido un tío (3°) a un primo del causante (4°).

*b'. Efectos:* Podemos verlos reflejados en el siguiente esquema: Pensemos que un valioso cuadro que perteneció al bisabuelo, fue heredado por el abuelo y, finalmente, adquirido por compra por el causante.



En el gráfico 5 se representan a todos los parientes que tiene vocación en la sucesión del causante.

En el ejemplo propuesto concurren todos los requisitos señalados:

1°. El bien perteneció a un ascendiente común (bisabuelo).

2°. No hay parientes que quieran o puedan heredar conforme a las reglas

del art. 526 CDFA: Un hermano del causante ha muerto sin dejar descendientes; el otro, le sobrevive pero repudia y sus descendientes hasta el cuarto grado han fallecido, no pudiendo ser llamados tampoco por derecho propio; El padre del causante no puede heredar al haber premuerto a su hijo. 3°. Procede, entonces, deferir los bienes, al primer grupo de colaterales llamados en el número 3° del art. 526 CDFA: *Los más próximos colaterales entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes.* En este caso el valioso cuadro corresponderá al tío carnal del causante (3°). 4°. Si el bien hubiera sido troncal simple (vgr. El cuadro perteneció al padre del causante y él lo heredó), el llamamiento se limitaría al 4° de parentesco.

*b) Segundo grupo de llamados: Parientes de mejor grado de la persona de quien hubo los bienes el causante a título gratuito.*



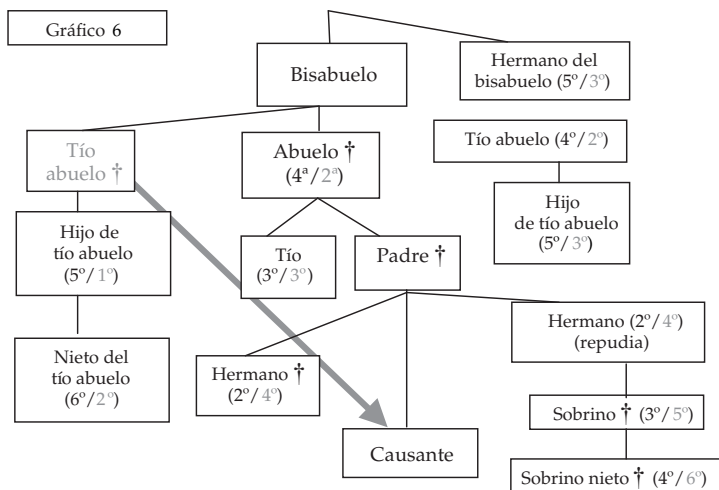
*a'. Procedencia.* Este llamamiento es subsidiario del anterior, y toma en consideración dos criterios, a saber: i) la proximidad de parentesco con el causante y ii) la proximidad de parentesco con la persona que transmitió los bienes al causante. Igualmente los bienes podrán ser simples o de abolorio y los parientes colaterales llegar hasta el cuarto o sexto grado en función del tipo de bienes troncales. Conviene señalar, como indica MARTÍNEZ MARTÍNEZ, que en este llamamiento, aun tratándose de bienes de abolorio, se exige que los mismos hayan sido adquiridos por el causante a título gratuito.

Lo normal será que el bien proceda de un colateral del causante y no de un ascendiente, como exige el primer llamamiento del número 3º del art. 526 CDFA, pero nada impide que en este segundo llamamiento el bien proceda de un ascendiente común, y sea deferido a este segundo grupo por no haber parientes vivos o aceptantes que tengan mejor grado de parentesco con el causante (MARTÍNEZ MARTÍNEZ).

Si concurren tíos y sobrinos del transmitente, cuando uno y otros sean parientes del mismo grado respecto del causante, los primeros excluirán a los segundos.

*b'. Requisitos de aplicación.* 1º. Que no haya parientes que quieran o puedan aceptar los bienes troncales conforme al llamamiento anterior; 2º. Que el bien le haya sido transmitido al causante a título gratuito, tanto si son troncales simples como troncales de abolorio; 3º. Que el bien haya sido transmitido al causante por un pariente colateral o por un ascendiente, y en este caso no haya parientes que hayan querido o podido aceptar conforme a los llamamientos anteriores del art. 526 CDFA; 4º. Sólo son llamados parientes colaterales que no superen el cuarto o sexto grado de parentesco con el causante en función de que los bienes sean troncales simples o de abolorio; 5º. En este llamamiento se prefiere a la persona más próxima en grado de parentesco con el transmitente de los bienes aun cuando sea pariente de grado más lejano del causante; 6º. Si concurren tíos y sobrinos del transmitente, siendo ambos parientes de igual grado con el causante, los tíos serán excluidos por los sobrinos.

*c'. Efectos prácticos y aplicación.* Pensemos que el causante recibió por herencia o donación una valiosa finca de su tío abuelo ya fallecido (transmitente), dicho bien es de abolorio (art. 527 CDFA), si bien para que opere este llamamiento debe ser transmitido a título gratuito, y la parentela llegará hasta el sexto grado (cifra izquierda). Si el bien no fuera de abolorio, el parentesco con el causante no podría pasar del cuarto grado (tíos abuelos, tíos carnales y sobrinos nietos), pero la preferencia respecto de los llamados opera de la misma forma. Se ha de tener en cuenta la proximidad de grado con el transmitente de los bienes (cifra derecha).



El gráfico 6 representa a los posibles parientes con vocación según la regla segunda del del art. 526.3, segundo CDFEA. Las reglas para este orden de llamamientos son las siguientes:

1º. Son llamados únicamente los colaterales del causante.

i) El padre o madre del causante están llamados por

el n° 2 del art. 526 CDFEA, por lo tanto o han muerto o han repudiado el llamamiento, no pudiendo reiterarse la delación por esta vía (art. 343 CDFEA); ii) Los abuelos o bisabuelos están excluidos de la sucesión troncal. De haber sido propietarios de los bienes, que no es nuestro caso, tendrían derecho de recobro. Por ello, aun cuando el bisabuelo vive, no está llamado a heredar la finca; iii) El llamamiento a los colaterales privilegiados (hermanos, hijos y nietos de hermanos) no ha tenido lugar (en nuestro caso un hermano ha muerto y el otro repudia sin que le sobreviva descendencia que pueda heredar).

2º. De los parientes colaterales del causante, bien sean de sexto grado o de cuarto, según la naturaleza del bien troncal simple o de abolorio, *serán preferidos los colaterales que tengan mejor grado de parentesco con el transmitente de los bienes*. En nuestro ejemplo heredaría el hijo del tío abuelo del transmitente (5º/1º), es un pariente de quinto grado del causante, pero de primero con el transmitente. Si él hubiera fallecido, heredarían los siguientes parientes de mejor grado con el transmitente: En el caso heredarían el nieto del tío abuelo transmitente (6º/2º) y el tío abuelo hermano del transmitente (4º/2º), que dividen a partes iguales. Si estos hubieran fallecido, los siguientes colaterales más próximos al transmitente y así sucesivamente.

3º. Por último, y para el caso de que concurran tíos y sobrinos del transmitente, y unos y otros sean parientes del mismo grado con el transmitente, la última proposición del art. 526.3º CDFEA establece que serán preferidos los sobrinos del transmitente a sus tíos. En el caso propuesto, si tan sólo concurriesen a la sucesión el hermano del bisabuelo (5º/3º), que es tío del transmitente, y un sobrino suyo, el hijo del tío abuelo, hermano del transmitente (5º/3º), ambos tienen igual grado de parentesco con el transmitente (3º) y con el causante (5º); en este caso, el sobrino del transmitente excluye al tío. Por ello, en este caso, heredaría el hijo del tío abuelo.

## 7. La sucesión no troncal

**A. Consideraciones generales.** La sucesión no troncal se ordena en función de los bienes del causante que no tienen procedencia familiar en el sentido dicho en los apartados anteriores; con todo, los parientes llamados a la sucesión no troncal pueden heredar los bienes troncales o recobrables

si no hay parientes con derecho a ellos o rechazan el llamamiento. Sucesión troncal y no troncal pueden concurrir a la vez e incluso una misma persona puede ser llamada como recobrante, heredero troncal y no troncal.

Imaginemos que Casto fallece sin disponer de sus bienes, sin descendientes y sobreviviéndole como únicos parientes su madre y su cónyuge. Entre los bienes de Casto existe una finca que su madre le donó con ocasión de su matrimonio, un valioso grabado de Goya que heredó de su abuelo materno y varios bienes ganados con su industria y así como la porción de consorciales que le corresponda, tras liquidarse el consorcio conyugal. En un caso así, la madre del causante tiene derecho de recobro sobre la finca (art. 524.4 CDFa); será llamada como heredera troncal para recibir el cuadro (art. 526.º CDFa) y como heredera no troncal en el resto de los bienes [art.517.2.b) y 529 CDFa]; todo ello sin perjuicio, en su caso, del usufructo de la viuda del causante, nuera de la heredera (arts. 192, 271 y 283 CDFa).

**B. Orden de los llamamientos.** El art. 517.2.b) CDFa establece unos llamamientos jerarquizados: unos en defecto de otros. Los llamados a la sucesión legal no troncal son los ascendientes, el cónyuge y los parientes colaterales hasta el cuarto grado. En defecto de parientes (y cónyuge) hasta el cuarto grado con el causante, la delación se produce a favor de la Comunidad Autónoma aragonesa, sin perjuicio del preferente derecho del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, para los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.

## 8. La sucesión de los ascendientes

**A. Regulación y principios.** La sucesión de los ascendientes se regula en los artículos 529 y 530 del CDFa, y lo hace de forma muy similar al Código civil. Padre y madre son llamados con preferencia al resto de los ascendientes; sólo en defecto de padre y madre la delación recae sobre los demás ascendientes, que son llamados en función del principio de proximidad de grado con el causante. En la sucesión de los ascendientes no tiene lugar la sustitución legal (art. 335.2 CDFa), cada ascendiente es llamado por derecho propio en función del principio de proximidad de grado con el causante. Si el descendiente estuviera casado habrá que tener en cuenta el posible usufructo del cónyuge viudo (arts.199 CDFa y 16.2.3º Cc.)

**B. Sucesión a favor de los padres.** El art. 529 CDFa establece 1. *La herencia se defiende al padre y a la madre por partes iguales.* 2. *En el caso de que uno de los padres haya premuerto al causante o no quiera o no pueda heredar, su parte acrecerá al otro progenitor.* De la transcripción del precepto podemos deducir los siguientes caracteres:

1. Padre y madre son llamados con preferencia al resto de los ascendientes: mientras viva el padre o la madre del causante, si quieren y pueden heredar, no tiene entrada el resto de los ascendientes; 2. Padre y madre, si con-

curren juntos a la sucesión del hijo, heredan por cabezas y a partes iguales; y 3. No tiene lugar el juego de la sustitución legal a favor de otros ascendientes (art. 335.2 CDFa), por ello, la premoriencia, imposibilidad o renuncia de uno de los padres en la herencia del hijo incrementa la porción del otro.

**C. Sucesión a favor de otros ascendientes.** La delación a favor del resto de los ascendientes del causante se regula en el art. 530 CDFa, de este precepto podemos deducir los siguientes caracteres: 1. La delación sólo tiene lugar en defecto de padre y madre del causante; 2. Heredan los ascendientes más próximos en grado con el causante, con exclusión de todos los demás. Por ello, si concurre un abuelo paterno con dos bisabuelos paternos y un bisabuelo materno, sólo hereda el abuelo paterno; 3. Las reglas previstas en los números 2 y 3 del art. 530 CDFa sólo entran en juego en el supuesto de que concurren ascendientes del mismo grado. En estos casos, son llamados los ascendientes por cada línea, paterna y materna, dividiendo la herencia por mitad; dentro de cada línea se divide por cabezas. Si uno de los llamados no puede o no quiere aceptar la herencia su parte acrecerá a los demás ascendientes pertenecientes a su línea. Si todos o el único ascendiente de una de las líneas no quisiera o no pudiera heredar, su parte acrecerá al resto de los llamados.

## 9. La sucesión del cónyuge viudo

**A. Regulación.** Desde la reforma del Código civil en 1981, el cónyuge viudo es llamado a la herencia de su consorte con preferencia a los colaterales del causante; y así sigue en el CDFa, que la regula en el art. 531 CDFa. Como recuerda la SAPH 28/06/1996 la preferencia del viudo no tiene lugar respecto de los bienes troncales.

**B. Requisitos.** El art. 531.1 CDFa establece las reglas para que, una vez llamado el viudo a la herencia de su consorte (art. 517.2.2º) pueda, si quiere, aceptar el llamamiento.

Los requisitos son los siguientes:

1º. Matrimonio subsistente y válido a la muerte del causante; por lo tanto, es necesario: i) Que no medie nulidad matrimonial, salvo el caso de matrimonio putativo; ii) Que no medie divorcio; iii) Que no haya separación legal; iv) Que no haya separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. En Aragón, la separación de hecho sólo es relevante para excluir los derechos sucesorios del cónyuge superviviente si es de mutuo acuerdo y consta fehacientemente (STSJA 28/03/2003); v) Que no estén en trámite los procedimientos para obtener la nulidad, separación o divorcio. Con la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio, así como con la petición de separación o divorcio de mutuo acuerdo, se extinguen los derechos sucesorios del viudo al igual que la viudedad foral (art. 276.2 CDFa).

2º. El cónyuge supérstite debe tener capacidad sucesoria: no ser indigno para suceder a su cónyuge y no estar excluido de su sucesión. En Aragón no hay llamamiento a la sucesión legal de los miembros de una pareja estable no casada.

*C. Llamamiento a los parientes del cónyuge premuerto: sustitución legal preventiva de residuo.* El párrafo 2º del art. 531 CDFA establece un llamamiento a favor de los sucesores legales del cónyuge primeramente fallecido, para el caso de que el cónyuge supérstite y heredero del fallecido no hubiera dispuesto de dichos bienes. Este llamamiento legal cuya naturaleza responde a una sustitución legal preventiva de residuo se encuentra también en los arts. 395.3 y 419.3 CDFA.

Para que proceda la aplicación de esta sustitución legal preventiva de residuo se requiere: 1º. Que ambos cónyuges, el premuerto y su heredero, fallezcan sin disposición voluntaria (o siendo esta ineficaz) a partir del día 23 de abril de 1999: sólo entonces se aplicará el art. 531.2 CDFA (STSJA 22/07/2009); 2º. Que en el patrimonio del cónyuge supérstite queden bienes identificables procedentes del cónyuge premuerto. Ello excluye los bienes fungibles y, a mi juicio, en especial el dinero por ser fácilmente confundible y poco identificable (STSJA de 13 de junio de 2007); 3º. Que sobre dichos bienes (los que proceden del patrimonio del cónyuge premuerto), el cónyuge sobreviviente, y ahora causante, no haya dispuesto por ningún título: ni *inter vivos* ni *mortis causa*, a título oneroso o lucrativo. No opera la subrogación real; 4º. Fallecimiento del cónyuge supérstite, con independencia de que mantenga o no la vecindad civil aragonesa. El párrafo 2 del art. 531 CDFA regula la sucesión del cónyuge premuerto, por lo tanto los parientes llamados a su sucesión legal, si su causante murió con vecindad civil aragonesa, podrán reclamar la sucesión en dichos bienes aun cuando el cónyuge supérstite fallezca con una vecindad civil distinta de la aragonesa y 5º. Que existan parientes del cónyuge premuerto llamados a su sucesión legal en el momento del fallecimiento del cónyuge supérstite, que acepten la herencia en los bienes residuales provenientes del cónyuge premuerto.

A falta de estos requisitos no se aplica el art. 531.2 CDFA y los bienes recibidos por el cónyuge supérstite de su consorte premuerto quedarán definitivamente integrados en su herencia y serán heredados, en su caso, por los llamados a su sucesión legal: arts. 532 y ss. CDFA.

En este llamamiento del art. 531.2 CDFA se excluye a la Comunidad Autónoma de Aragón. (STSJA 30/09/2005). Obsérvese que, por disposición legal, los herederos del cónyuge premuerto son herederos suyos, llamados por la ley, que heredan los bienes de su pariente premuerto como sustitutos legales del cónyuge supérstite.

## 10. La sucesión a favor de los colaterales privilegiados

Los parientes colaterales son llamados a la sucesión no troncal después de los hijos, de los ascendientes y del cónyuge del causante. El llamamiento a los parientes colaterales está limitado, en todo caso, al cuarto grado de parentesco.

El Código del Derecho Foral de Aragón, siguiendo con ello la formulación del Código civil, distingue entre: a) Colaterales privilegiados: hermanos, sobrinos y nietos de hermanos, que heredan con preferencia al resto de los colaterales (arts. 532 y 533 CDFA), y b) El resto de los colaterales (no más allá del cuarto grado de parentesco con el causante), art. 534 CDFA.

Los colaterales, en la sucesión no troncal, al heredar tras el cónyuge del causante, recibirán los bienes sin la carga del usufructo, puesto que la premisa es la inexistencia de cónyuge viudo.

**A. Hermanos, sobrinos y sobrinos nietos del causante.** Entre los parientes colaterales del causante, les corresponde heredar con preferencia a los hermanos del causante y a sus sobrinos y sobrinos nietos (art. 532 CDFA). Los hijos y nietos de hermanos son llamados por sustitución legal (art. 338.2 y 532.3 CDFA). Pero también pueden concurrir directamente en los casos en los que el único o todos los llamados de grado preferente hayan repudiado el llamamiento, ya que, este grupo de parientes *son llamados con preferencia al resto de los colaterales* y, por lo tanto, no aplicándose la sustitución legal ni el derecho de acrecer heredan los parientes del grado siguiente (art. 519.2 CDFA), que son los hijos y nietos de hermanos.

**B. La distribución de los bienes: arts. 532.2 a 4 y 533 CDFA.** La distribución de los bienes en este primer grupo de llamados combina las reglas de reparto por estirpes y por cabezas, así como el doble vínculo de parentesco. El art. 532 CDFA en sus apartados 2 a 4 establece cómo han de distribuirse los bienes del causante si concurren hermanos de doble vínculo de parentesco con descendientes de otros hermanos también de doble vínculo; estos últimos, en principio serán llamados por sustitución legal.

Las reglas que podemos deducir son las siguientes:

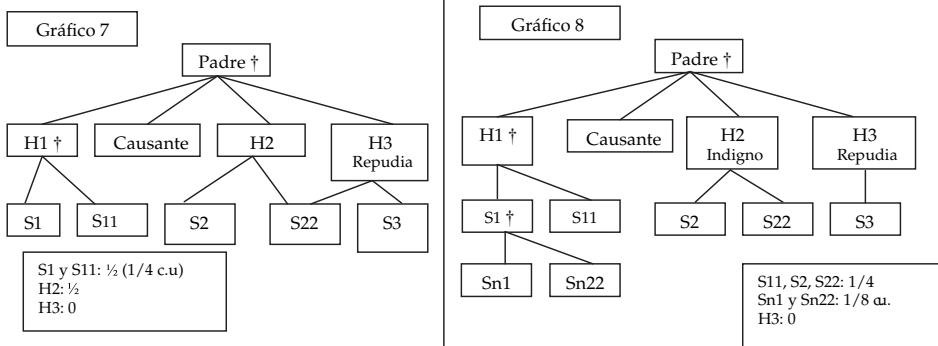
1º. Los hermanos que tengan capacidad sucesoria, heredan al causante por derecho propio y dividen los bienes por cabezas; si no concurren más que hermanos de doble vínculo, la delación tiene lugar por partes iguales (art. 532.2 CDFA);

2º. Opera la sustitución legal: Si concurren hermanos con descendientes de otros hermanos de doble vínculo sustituidos, la herencia se defiere a los primeros por derecho propio y a los segundos por sustitución legal (art. 532.3 CDFA). El llamamiento a los hijos y nietos de hermanos opera, en primer lugar, a través del mecanismo de la sustitución legal, esto significa que si alguno

de los hermanos del causante no puede heredar por haber premuerto, estar ausente, ser indigno, desheredado con causa legal o excluido de la sucesión del causante, ocuparan su lugar sus estirpes de descendientes, hasta el cuarto grado con el causante: hijos y nietos de hermanos. En este orden (hijos y nietos) también opera la sustitución legal. Si tiene lugar la sustitución legal, el reparto se llevará a cabo por estirpes o por cabezas según todos los llamados ocupen el mismo grado de parentesco con el causante o no. Si concurren tíos, sobrinos y sobrinos nietos: los primeros heredan por cabezas y los segundos por estirpes. Si concurren hijos con nietos de hermanos, la herencia se defiere para éstos últimos por sustitución legal (art. 532.4 CDFA), lo que significa que reparten por estirpes, por ser parientes de distinto grado de parentesco. Pero si concurren solo hijos o solo nietos de hermanos sustituidos, la herencia se defiere por cabezas (arts. 532.4 CDFA), su llamamiento igualmente es por sustitución legal, pero dividen por cabezas, porque todos los llamados tienen el mismo grado de parentesco con el causante. El AJPI nº 17 de Zaragoza de 18/11/1996, consideró erróneamente que al concurrir “solos los hijos de hermanos”, heredaban por derecho propio. Debido a estos problemas de interpretación, la CADC procedió también a “aclarar” este precepto introduciendo constantemente la palabra *sustituidos* y una remisión expresa al art. 338.2 CDFA, que también fue objeto de aclaración, para solventar el error doctrinal y jurisprudencial que identifica reglas de reparto (estirpes o cabezas) con heredar por llamamiento directo o por sustitución legal, respectivamente.

Si uno de los llamados de grado preferente (hermano o hijo de hermano) repudia su llamamiento, no tiene lugar la sustitución legal (art. 341 CDFA) y, junto a él, queda excluida su estirpe. Su parte acrecerá al resto de los llamados de su mismo orden (art. 519.2 CDFA)

Veamos unos ejemplos y como opera la distribución de los bienes:



En el gráfico 7, si los tres hermanos del causante vivieran y tuvieran capacidad sucesoria, aceptando el llamamiento, heredarían por derecho propio y a partes iguales: 1/3 para cada uno.

Pero en el supuesto del que partimos no todos los hermanos quieren o pueden heredar: H1 ha premuerto, H2 sobrevive y H3 repudia. Por consiguiente, concurriendo tíos

y sobrinos, la herencia se defiende respecto de los segundos por sustitución legal y la distribución de los bienes se hace por cabezas, para los tíos, y por estirpes para los sobrinos (art. 532.3 CDFA): Al tío H2 le corresponde  $\frac{1}{2}$  del caudal; el otro medio que le hubiera correspondido a H1, al haber premuerto al causante, le corresponderá a sus hijos (S1 y S11) que, al concurrir con el tío, reparten la cuota por estirpe:  $\frac{1}{4}$  para cada uno.

Como H3 repudió, se entenderá que no ha sido llamado nunca a la herencia (art. 352 CDFA) y, respecto de su estirpe, no opera la sustitución legal (art. 341 CDFA): nada recibirán al concurrir con otros parientes más próximos al causante que quieren y pueden suceder (art. 519 CDFA).

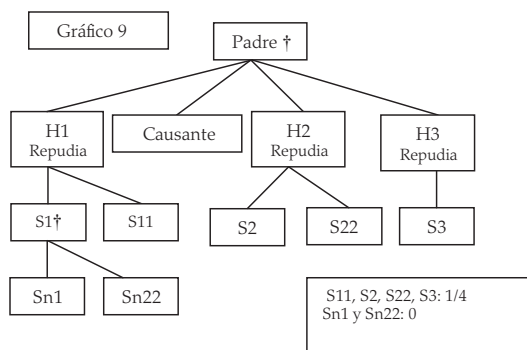
En el gráfico 8, la parentela de los tíos (hermanos del causante), primeros llamados, no quieren o no pueden heredar: H1 ha premuerto, H2 es indigno y H3 repudia. Ahora bien, H1 y H2 han incurrido en causa de sustitución legal, por lo tanto, aunque concurren solo descendientes de los hermanos sustituidos (S1, S11, S2 y S22, sobrinos del causante) heredan, evidentemente, por sustitución legal, pero dividiendo por cabezas, de manera que corresponderá  $\frac{1}{4}$  para casa uno (art. 532.4 CDFA).

El gráfico refleja que S1 ha premuerto, y por lo tanto su descendencia (Sn1 y Sn12) le sustituye a él (art. 338.2 y 532.4 CDFA), al concurrir con sus tíos, S11, S2 y S22, dividen por estirpes; por lo tanto, el  $\frac{1}{4}$  de su antecesor (S1) lo dividen entre ellos, correspondiéndoles  $\frac{1}{8}$  a cada uno de ellos.

**C. Repudiación del único o de todos los llamados.** En este llamamiento, si todos o el único hermano del causante (o sus descendientes), repudian el llamamiento, al ser llamados los hijos y nietos de hermanos con preferencia al resto de los colaterales, aun cuando no se aplica la sustitución legal (hay repudiación), todavía no opera la delación respecto del resto de los colaterales no privilegiados.

En estos casos, suceden por derecho propio los parientes del grado siguiente: los hijos de hermanos o, en su caso, los sobrinos de hermanos, así se deduce del art. 519.2 CDFA y, en particular, el art. 534 CDFA al disponer que: *No habiendo hermanos, ni hijos o nietos de hermanos, la herencia se defiende a los demás parientes del causante en línea colateral hasta el cuarto grado* (S JPI, n° 17 de Zaragoza de 30/11/2006).

En consecuencia, sólo cuando no existan parientes de esta clase o ninguno de ellos, pudiendo, quiera heredar, serán llamados el resto de los colaterales.



Como se observa en el gráfico 9, han repudiado toda la parentela de hermanos (H1, H2 y H3) pero en este caso, al heredar hijos y nietos de hermanos con preferencia al resto de los colaterales, serán llamados por derecho propio (art. 519.2 CDFA); S11, S2, S22 y S3 son llamados de forma directa y dividen por cabezas,  $\frac{1}{4}$  para cada; S1 ha premuerto al causante, pero en este llamamiento ya no opera la sustitución legal (art.



341 CDFA) porque los hermanos del causante han repudiado y no hay sustitución a favor de sus descendientes. Sn1 y Sn2 nada reciben.

**D. Concurrencia de hermanos de doble vínculo con hermanos de vínculo sencillo: la regla del duplo.** El art. 533.1 CDFA establece el derecho a doble cuota respecto de los hermanos de doble vínculo del causante en concurrencia con hermanos de vínculo sencillo, aplicándose en Derecho aragonés la llamada regla del duplo, tal y como se venía haciendo vigente la Compilación por remisión al Código civil (art. 949). La regla del duplo implica que el caudal se ha de dividir entre el número de hermanos concurrentes contando como dos a cada uno de los hermanos de vínculo doble. Así, si concurren tres hermanos de vínculo sencillo y dos de vínculo doble, el caudal se divide en siete partes, correspondiendo 1/7 para cada uno de los hermanos de vínculo sencillo y 2/7 para cada uno de los hermanos de doble vínculo. Así lo establece el art. 533.1 CDFA: *Si concurren hermanos de doble vínculo con medios hermanos, los primeros son llamados a doble cuota de herencia que los segundos.*

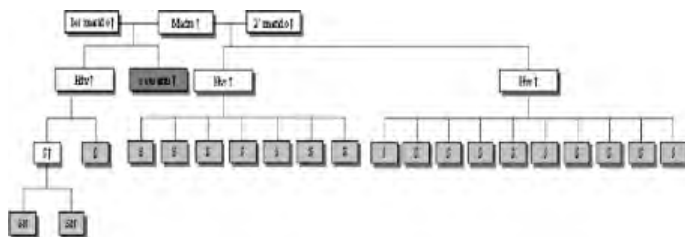
Evidentemente, en el caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros por parte de madre, la herencia se defiende a todos por partes iguales (arts. 531.2 CDFA), igual que si sólo concurriesen hermanos de doble vínculo: art. 532.2 CDFA.

Respecto de hijos y nietos de medio hermanos, las reglas de reparto entre ellos, son las mismas que hemos visto para los descendientes de hermanos de doble vínculo (gráficos 13 a 15). Así lo establece el art. 533.3 CDFA: *La herencia se defiende a los hijos y nietos de los medios hermanos por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los descendientes de los hermanos de doble vínculo.*

La regla del duplo debe aplicarse también a las generaciones de los hijos y nietos de hermanos, pues la misma sólo está excluida respecto del resto de los colaterales, los no privilegiados (art. 534 CDFA).

Así lo defiende y lo ha explicado DELGADO ECHEVERRÍA y se aplica en los tribunales aragoneses (A. APH 18/01/2007). Tomo el esquema del maestro DELGADO:

Gráfico 10.



En este caso, concurren 18 sobrinos de la causante, Patrocinio, y dos sobrinos nietos. Al no concurrir hermanos de la causante, los sobrinos heredan por sustitución legal, pero al concurrir solos, dividen por cabezas.

Ahora bien, en este caso hay una complicación más, 17 sobrinos son de vínculo sencillo y dos (uno de ellos premuerto, pero dejando descendencia) son de vínculo doble, tal y como se ve en el esquema. En estos casos, procede aplicar la regla del duplo también para los hijos y nietos de hermanos. Por ello, como falló el Juzgado: 2/21 partes corresponden al sobrino vivo hijo del hermano de doble vínculo; otras 2/21 partes, por mitad, a las hijas del otro hijo de este hermano, y 1/21 parte a cada uno de los otros diecisiete sobrinos.

**E. Repudiación de todos los hermanos de doble vínculo y regla del duplo.** Un problema añadido sería determinar si el doble vínculo es también relevante en el caso de que hubiera habido repudiación de todos los llamados de grado preferente (bien los tíos, bien sus hijos). En el ejemplo, imaginemos que los hermanos de Patrocinio, la causante, hubieran repudiado.

En este caso son llamados por derecho propio sus sobrinos vivos (mientras haya parientes de esta clase que quieran y puedan heredar no se defiere la herencia al resto de colaterales). No hay sustitución legal al ser un caso de renuncia. Aun cuando hay dudas en la doctrina, me parece que en la parentela de los colaterales privilegiados la regla del duplo juega respecto de todos los llamados, y sólo se excluye respecto del resto de colaterales (art. 534 CDFA).

Obsérvese que en el llamamiento del art. 532 CDFA, aun cuando repudien todos los hermanos, sus hijos o nietos hereden por derecho propio, la razón de ello deriva de ser descendientes de los hermanos del causante y es este parentesco el que les otorga el privilegio de heredar antes que otros parientes de grado más próximo con el causante: hereda un sobrino nieto del causante, que es de cuarto grado, antes que un tío del causante, 3°. La regla del duplo se aplica en este llamamiento, porque, a mi juicio, lo impone el privilegio.

## **11. La sucesión a favor de los colaterales no privilegiados**

El art. 534 CDFA llama al resto de los parientes colaterales del causante dentro del cuarto grado: *1. No habiendo hermanos ni hijos o nietos de hermanos, la herencia se defiere a los demás parientes del causante en línea colateral hasta el cuarto grado. 2. La delación en favor de estos colaterales se verifica sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo.*

La delación a favor del resto de los colaterales sólo opera a falta de hermanos, e hijos y nietos de hermanos, que puedan y quieran heredar. En este llamamiento rige la regla de proximidad de grado de parentesco con el causante (art. 519 CDFA) y no opera ni la sustitución legal (art. 338 CDFA), ni tiene relevancia el doble vínculo de parentesco.

## 12. La sucesión a favor de la comunidad autónoma

**A. Regulación.** El art. 535 CDFA, ubicado en el Capítulo VI, *Sucesión en defecto de parientes y cónyuges*, se ha visto modificado por la Ley 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los arts. 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón, para adaptarse a la LJV suprimiendo la declaración judicial de herederos.

Su redacción vigente es la siguiente: *1. En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma. 2. Previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará 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.*

**B. Requisitos.** Del precepto transcrito podemos deducir los siguientes requisitos: 1°. Que el causante tenga vecindad civil aragonesa o sea aplicable la Ley aragonesa en virtud del R. 650/2012 en el momento de su muerte; 2°. Que fallezca sin disposición voluntaria válida y eficaz; 3°. Que no haya personas llamadas con preferencia a heredar sus bienes según las normas aragonesas que hemos visto; que tampoco juegue la preferencia del Hospital de Nuestra Señora de Gracia prevista en el art. 536 CDFA, ni la preferencia prevista, respecto de bienes sitos en Aragón, del art. 33 R. 650/2012 UE; 4°. Declaración de herederos legales, 5°. Aceptación.

Cumpléndose estos requisitos, la Comunidad autónoma de Aragón será heredera por sucesión legal, debiendo destinar los bienes o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social del municipio en el que causante hubiera tenido su último domicilio.

**C. La necesidad de previa declaración de herederos.** Como consecuencia de la LJV el legislador aragonés promulgó la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA Núm. 22 de 03/02/2016) que modifica la Ley de Patrimonio de Aragón, para establecer el procedimiento para declarar heredera por sucesión legal a la Comunidad Autónoma de Aragón.

El procedimiento a seguir es el siguiente:

Art. 20.4 del Texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón:

«4. La sucesión legal de la Administración de la Comunidad Autónoma se regirá por lo dispuesto en el Código de Derecho Foral de Aragón, la presente ley y la normativa básica estatal en materia de patrimonio.

Cuando a falta de otros herederos legales con arreglo al Derecho foral aragonés sea llamada a suceder la Administración de la Comunidad Autónoma, corresponderá a esta Administración efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de

heredero legal, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión legal y constatada la ausencia de otros herederos legales.»

Art. 20 bis. *Procedimiento para la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal.*

1. El procedimiento para la declaración de la Administración como heredera legal se iniciará de oficio, por el Departamento competente en materia de patrimonio, ya sea por propia iniciativa o por denuncia de particulares, o por comunicación de autoridades o funcionarios públicos.

2. Las autoridades y funcionarios de todas las Administraciones públicas que, por cualquier conducto, tengan conocimiento del fallecimiento de alguna persona, cuya sucesión legal se pueda deferir a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, están obligados a dar cuenta del fallecimiento al Departamento competente en materia de patrimonio, con indicación expresa, en el caso de que se conozca, de la existencia de los bienes y derechos integrantes del caudal relicto.

3. La incoación del procedimiento se aprobará mediante Orden del Consejero competente en materia de patrimonio.

4. El expediente será instruido por la Dirección General competente en materia de patrimonio que, en caso de que considere que la tramitación del expediente no corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, dará traslado del mismo a la Administración General del Estado o a la que resulte competente según la vecindad civil del causante.

5. La Orden de incoación del procedimiento se publicará en el «Boletín Oficial de Aragón», y en la página web del Gobierno de Aragón, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios adicionales de difusión. Una copia de la Orden será remitida para su publicación en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos correspondientes al último domicilio del causante, al del lugar del fallecimiento y donde radiquen la mayor parte de sus bienes. Los edictos deberán estar expuestos durante el plazo de un mes. A su vez, se comunicará directamente a los arrendatarios y arrendadores conocidos y manifiestos del causante, así como a los titulares de derechos reales sobre los bienes del finado.

Cualquier interesado podrá presentar alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio con anterioridad a la resolución del procedimiento.

6. La Dirección General competente en materia de patrimonio realizará los actos y comprobaciones que resulten necesarios para determinar la procedencia de los derechos sucesorios de la Administración de la Comunidad Autónoma, e incluirá en el expediente cuantos datos pueda obtener sobre el causante y sus bienes y derechos.

A estos efectos, se solicitará de las autoridades y funcionarios públicos, registros y demás archivos públicos, la información sobre el causante y los bienes y derechos de su titularidad que se estime necesaria para la mejor instrucción del expediente. Dicha información, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67, será facilitada de forma gratuita.

7. Una vez recabados los datos sobre el causante y sus bienes y derechos, se someterá el expediente, junto con la propuesta de Decreto de resolución del procedimiento, a los Letrados de los Servicios Jurídicos para la emisión de informe sobre la adecuación y suficiencia de las actuaciones practicadas para declarar a la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal.

8. La resolución del procedimiento corresponde al Gobierno de Aragón, mediante la aprobación del Decreto en el que se acuerde la declaración de heredera legal a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma, que contendrá la adjudicación administrativa de los bienes y derechos de la herencia, o la improcedencia de dicha declaración por los motivos que resulten acreditados en el expediente.

El plazo máximo para la resolución del procedimiento será de un año.

9. El Decreto de resolución del procedimiento deberá publicarse en los mismos sitios en los que se hubiera anunciado el acuerdo de incoación del expediente y comunicarse, en su caso, al órgano judicial que estuviese conociendo de la intervención del caudal hereditario. La resolución que declare la improcedencia de declarar heredera a la Administración deberá, además, notificarse a las personas con derecho a heredar.

10. Los actos administrativos dictados en el procedimiento previsto en este artículo solo podrán ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, previo agotamiento de la vía administrativa. Quienes se consideren perjudicados en cuanto a su mejor derecho a la herencia u otros de carácter civil por la declaración de heredero legal o la adjudicación de bienes a favor de la Administración podrán ejercitar las acciones pertinentes ante los órganos del orden jurisdiccional civil, previa reclamación en vía administrativa conforme a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común.»

Art. 20 ter: *Efectos de la declaración de heredera legal.*

1. Realizada la declaración administrativa de heredera legal, se entenderá aceptada la herencia y se podrá proceder a tomar posesión de los bienes y derechos del causante

2. En el supuesto de que quede acreditado en el procedimiento que el valor de las deudas del causante es superior al valor de los bienes o derechos a heredar por la Administración de la Comunidad Autónoma, mediante acuerdo del Gobierno de Aragón y previo informe de la Dirección General de Servicios Jurídicos, se aprobará la repudiación de la herencia con los efectos previstos en la legislación civil.

3. Los bienes y derechos del causante no incluidos en el inventario y que se identifiquen con posterioridad a la declaración de la Administración de la Comunidad Autónoma como heredera legal y a la adjudicación de los bienes y derechos hereditarios, se incorporarán al caudal hereditario y se adjudicarán por Orden del Consejero competente en materia de patrimonio y mediante el procedimiento de investigación regulado en el artículo 77.

No obstante, en los casos en que el derecho de propiedad del causante constase en registros públicos o sistemas de anotaciones en cuenta, o derivase de la titularidad de cuentas bancarias, títulos valores, depósitos y, en general, en cualesquiera supuestos en los que su derecho sea indubitado por estar asentado en una titularidad formal, la incorporación de los bienes se realizará por Resolución de la Dirección General competente en materia de patrimonio.

4. A los efectos de estas actuaciones de investigación, las autoridades y funcionarios, registros y demás archivos públicos, deberán suministrar gratuitamente la información de que dispongan sobre los bienes y derechos de titularidad del causante. Igual obligación de colaborar y suministrar la información de que dispongan tendrán los órganos de la Administración tributaria.

5. A los efectos previstos en los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria, la declaración administrativa de heredero legal en la que se contenga la adjudicación de los bienes here-

ditarios o, en su caso, las resoluciones posteriores de la Dirección General competente en materia de patrimonio acordando la incorporación de bienes y derechos al caudal relicto y su adjudicación, serán título suficiente para inscribir a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma en el Registro de la Propiedad los inmuebles o derechos reales que figurasen en las mismas a nombre del causante. Si los inmuebles o derechos reales no estuviesen previamente inscritos, dicho título será bastante para proceder a su inmatriculación.

6. No se derivarán responsabilidades para la Administración de la Comunidad Autónoma por razón de la titularidad de los bienes y derechos integrantes del caudal hereditario hasta el momento en que se tome posesión efectiva de los mismos.

7. La liquidación del caudal hereditario y su distribución a favor de establecimientos de asistencia social de la Comunidad Autónoma se realizará conforme al Código de Derecho Foral de Aragón, a la presente ley y a su normativa reglamentaria de desarrollo.

**D. Repudiación.** Esta prevista en los art. 20 ter.2 y 21.2 del texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón. Como señala el AAPZ 17/11/2015: “la repudiación de la herencia por la Comunidad deberá verificarse por Decreto, una vez firme la resolución judicial por la que se declare heredera legal a la Comunidad Autónoma. Concluyendo, la Comunidad Autónoma está facultada para repudiar —igual que los anteriormente llamados— la herencia que le es deferida abintestato, si bien debe verificarse la repudiación tras el dictado del auto por el que se le declara heredera a esta Administración —en nuestro caso, el auto dictado por el Juzgado objeto de recurso— en la forma que establece el artículo 7 del Decreto 185/2014 de la Comunidad Autónoma de Aragón”. Si bien cabe afirmar con LACRUZ MANTECÓN que “La consideración que merece esta renuncia es negativa. Significa renunciar al papel de la Comunidad autónoma como último heredero garante de las sucesiones. Si la herencia consiste en pertenencias personales de ínfimo valor, no hace falta siquiera renunciar, bastará con archivar el expediente declarando que no hay herencia evaluable (ropas y enseres personales devienen susceptibles de ocupación por los particulares). Si los bienes tienen valor, pero la Comunidad considera que insuficiente, es su obligación destinar dichos bienes al pago de las deudas: renunciar significa abdicar del papel de último liquidador y garante de la continuidad de las relaciones jurídicas; además, la Comunidad nunca se verá perjudicada por las deudas hereditarias: no olvidemos que la aceptación es siempre beneficiaria. Por último, si existen inmuebles, entiendo que es obligación de la Comunidad aceptar y hacer frente a las responsabilidades del propietario, y más cuando se trata de inmuebles que amenazan ruina. Aquí la renuncia de la Comunidad significa, en una inexplicable dejación de funciones, traspasar la responsabilidad al Estado, que adquiere el inmueble como mostrenco (art. 17 LPAP), o al Ayuntamiento que debe iniciar el expediente de ruina y adoptar medidas protectoras”.

### 13. El privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia

**A. Antecedentes.** El privilegio del Hospital de Nuestra Sra. de Gracia, hoy sin personalidad jurídica, y dependiente de la Diputación General de Aragón, tiene su origen en un Acto de Cortes de 1626 que ha llegado hasta nuestros días, pues tal privilegio fue recogido en el Apéndice de 1925, en la Compilación aragonesa, reformada en este punto en 1995, de la que pasó a la Ley de sucesiones de 1999 y al vigente Código Foral de 2011.

El Hospital de Nuestra Señora de Gracia fue fundado por Alfonso V el Magnánimo en 1425. Perseguía fines de caridad y de asistencia general y también universal, pues en él se acogían a todos los seres desgraciados sin atender a sus creencias, nacionalidad, etc. De ahí que en el frontispicio del hospital figure el siguiente lema: *Domus infirmorum, urbis et orbis* (Casa de los enfermos, de la ciudad y del mundo).

Esta caridad inagotable del Hospital fue la que le hizo valedor de la concesión del mencionado privilegio, que consistía en la facultad que tenía el Hospital de heredar en la sucesión legal de los enfermos en él fallecidos en ausencia de otros herederos. El Fuero señalaba el grado de parentesco para que heredase el Hospital: cuarto grado y con independencia de que la herencia tuviera bienes muebles e inmuebles. No se atendía a la vecindad civil (nacionalidad) del fallecido, dada precisamente, su situación de privilegio.

**B. Regulación.** Este privilegio se regula en el actual art. 536 CDFA, que al igual que el 535 se ha visto modificado por la Ley 3/2016, de 4 de febrero, de reforma de los arts. 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón, para adaptarse a los cambios introducidos por la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria de 2015, suprimiendo la declaración judicial de herederos y sustituyéndola por una declaración de herederos administrativa.

Su redacción vigente es la siguiente: *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.*

**C. Requisitos.** Para que el Hospital sea llamado a la sucesión legal del fallecido en sus dependencias se requiere, al igual que en el caso de la Comunidad Autónoma aragonesa, que: 1º. El causante fallezca sin disposición voluntaria válida y eficaz; 2º. No haya personas llamadas con preferencia a heredar sus bienes según las normas aragonesas ya vistas; 3º. El causante haya estado hospitalizado y atendido en el Hospital, falleciendo en él (AAPZ 12/05/1999); 4º. Declaración administrativa de herederos y 5º. Aceptación.

**D. ¿Vecindad civil del causante?** El llamamiento a la sucesión legal del Hospital nació como un privilegio, exigiéndose tan sólo a los causantes de la sucesión que, atendidos en sus dependencias y fallecidos en él, no tuvieran parientes dentro del cuarto grado, y todo ello con independencia de la vecindad o nacionalidad de los fallecidos. Así se aplicó siempre en Aragón, con algunas dudas a partir de la reforma de la Compilación en 1995, a través de la cual se comenzó a requerir, por parte de algún sector doctrinal (MARTÍNEZ MARTÍNEZ) la necesidad de que el causante falleciera con vecindad civil aragonesa.

A mi juicio, el art. 536 CDFA no responde a los principios de una norma de conflicto, sino que nos encontramos ante una norma material autolimitada: contiene en sí misma sus índices de aplicación espacial y por tanto excluye el recurso a las normas de conflicto.

Como señala ZABALO ESCUDERO, el supuesto de hecho de la norma subsume una situación o relación jurídica conectada al orden jurídico aragonés: la sucesión de la persona fallecida sin parientes que puedan heredar en el Hospital aragonés. En este tipo de normas el legislador formula el supuesto de hecho de forma concreta y con conexión con el propio ordenamiento; siguiendo a GONZÁLEZ CAMPOS puede afirmarse que el rasgo caracterizador de las mismas es que el supuesto de hecho no está formulado en forma abstracta (como ocurre con la norma de conflicto) sino que sólo regula supuestos vinculados a las esfera personal o territorial del propio ordenamiento.

En este caso esa conexión con el propio ordenamiento presenta carácter territorial, pues el derecho “se extiende” a las sucesiones de enfermos que fallezcan en el hospital. Por ello, el factor que delimita en el espacio el Derecho sucesorio del hospital es el fallecimiento del causante en el hospital sin herederos dentro del cuarto grado (LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA).

Tal vez esta solución pudiera venir alentada en la actualidad por el Reglamento de sucesiones 650/2012, ya que si resulta aplicable dicho reglamento, por tener el causante (un francés, por ejemplo) residencia habitual en Zaragoza y fallece en el Hospital sin parientes hasta el cuarto grado, a lo que creo, será aplicable la ley aragonesa correspondiendo la herencia al Hospital, sin perjuicio, claro está de la aplicación del art. 33 del Reglamento en relación a determinados bienes que estuvieran fuera del territorio aragonés.

**E. El destino de los bienes.** Al carecer el Hospital de personalidad jurídica, será la Diputación General de Aragón, de la cual depende, la que tendrá que hacerse cargo de los bienes de la herencia y aplicarlos a la mejora de las instalaciones del Hospital (art. 536.2 CDFA).

El precepto señala, como en el caso anterior, la necesaria declaración de herederos que tal y como establece la Disposición final octava, en su núm. Cinco, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria, *se realizará por la Diputación General de Aragón*.



**BIBLIOGRAFÍA:** BAYOD LÓPEZ, María del Carmen (2020): “De la sucesión legal” en *25 años de jurisprudencia civil aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, ed. Tiran lo Blanch, pp. 1309 a 1340; (2019): “La sucesión legal” en *Lecciones de Derecho civil: Sucesiones por causa de muerte*, (Serrano-Bayod), Kronos, Zaragoza, pp. 375 a 411; (2018): «Comentario a los artículos 516 a 536 CDFA» en *Código del Derecho foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, pp. 743 a 769; (2012): «La sucesión legal en el Código del Derecho Foral de Aragón», en *RDCA-XVIII*, pp. 55 a 120; CALATAYUD SIERRA, Adolfo (2013): «El Reglamento de sucesiones y el Derecho Internacional Español: dos sistemas de solución de conflictos: sus diferencias y su encaje», *RDCA-XIX*, pp. 125 a 148; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, (1999): “De la sucesión legal”, *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil*, ed. Librería General. S.A., Zaragoza, pp. 153 a 162 (=RDCA, V, núm. 1 pp. 123 a 130); GÍMENEZ VILLAR, Fernando, (2002): “La sucesión troncal. Declaración de herederos” en *Actas de los Duodécimos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 73 a 79; LACRUZ MANTECÓN, Miguel (2019): “Bienes vacantes y sucesión de la Comunidad Autónoma” en *La Constitución española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 107 a 139; (2019-2): “La sucesión legal de la Comunidad” *RAJA*, n° 41, pp. 18 y 19; (2018): “Comentario a las sentencias del tribunal constitucional 40 y 41/2018, de 26 de abril de 2018” en *RDCA-XIV*, pp. 215 a 238; (2012): *Los bienes mostrencos en Aragón*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza; LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio, (2006): “La sucesión legal” *Manual de Derecho sucesorio aragonés*, coordinado por José Luis Merino Hernández, ed. Sonlibros, Zaragoza, pp. 637 a 690; MARTÍN MARTÍN, Abel, (2002): “La subrogación real en los bienes troncales”, en *Actas de los Duodécimos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 65-71; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, (2000): *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*. Dos volúmenes. Volumen I: “Antecedentes. La sucesión intestada en el Derecho aragonés histórico”. Volumen II: “La sucesión legal en la Ley de sucesiones por causa de muerte”. Ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza; (2002): “La sucesión troncal” *Actas de los Duodécimos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 11 a 64; “Aplicación en el tiempo del llamamiento a la sucesión legal del art. 216.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999 (Comentario al Auto de declaración de herederos abintestato del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza de 19 de marzo de 2002 y al de la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de 14 de noviembre de 2002)” en *RDCA-VII-VIII*, Zaragoza pp. 251 a 265; (2006): “La institución recíproca de herederos” en *Actas de los Decimoquintos Encuentros de Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, pp. 13 a 57; (2007): “Recobro de liberalidades en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte”, *JADO*, n° 14, pp. 139 a 148; (2008): “Sucesión legal y usufructo viudal del cónyuge separado de hecho (Comentario a la STSJA de 25 de junio de 2007)” en *RDCA-XIV*, pp. 193 a 218; (2012): “La sucesión legal”, en *Manual de Derecho civil aragonés*, 4ª ed., ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 647 a 670; (2016): *La sucesión intestada: Revisión de la institución y propuesta de reforma*, ed. BOE, Madrid; MERINO HERMÁNDEZ, José Luis, coordinador (2011): *Derecho foral de Aragón*, ed. Francis Lefebvre; ZABALO ESCUDERO, Elena (1997): “El privilegio del hospital de nuestra Señora de gracia en el Derecho internacional privado e interregional”, en *RDCA-III*, n° 2, pp. 81-97; PÉREZ MILLA, José Javier (2019): *El espacio de Derecho europeo interregional tras los Reglamentos de la Unión Europea sobre familia y sucesiones mortis causa*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza.



## **V. DERECHO PATRIMONIAL**



## §26. RELACIONES DE VECINDAD Y SERVIDUMBRES

José Luis ARGUDO PÉRIZ  
*Profesor Titular de Derecho civil*

El Libro IV, intitulado «Derecho Patrimonial», del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA) refunde el contenido de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, regulando en su Título I las relaciones de vecindad (arts. 537 a 550) y en el Título II las servidumbres (arts. 551 a 587), desarrollando el contenido del Libro III de la Compilación de 1967 sobre «Derecho de bienes» (arts. 143 a 148).

### 1. Antecedentes de la regulación de relaciones de vecindad y servidumbres en Aragón. Legislación aplicable

*A. Antecedentes forales hasta el Apéndice de 1925.* Sobre instituciones que tienen reflejo en la legislación civil aragonesa actual, como son las servidumbres y su adquisición por usucapión, CASTÁN señalaba que los Fueros y Observancias de Aragón regulaban, entre las servidumbres urbanas, las de luces, aguas pluviales y medianería; y entre las rústicas, las de paso, acueducto, pastos, alera foral y leñas. Se solía incluir también, dentro del grupo de las servidumbres rústicas, el boalar. FRANCO y GUILLÉN consideraban vigentes las disposiciones forales relativas a estas servidumbres en 1841, contemplando también las de construcción de azud o molino en terreno ajeno y las reglas forales de prescripción de las servidumbres.

El Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 decidió prescindir del derecho especial de Aragón en materia de prescripciones y suprimir las servidumbres del Derecho foral salvo las de paso, luces y de aguas pluviales. El Proyecto de Código Civil de Aragón de 1899, ya como Apéndice al Código Civil, dedica los arts. 37 a 39 a los bienes inmuebles, muebles y a la posesión, el artículo siguiente a los modos de adquirir las servidumbres, y los arts. 41 a 46 a las servidumbres legales, regulando la de paso, medianería, luces y vistas, y alera foral, reservando el art. 47 a la mancomunidad de pastos como servidumbre voluntaria, al seguir la ordenación del Código civil. El proyecto de Apéndice de 1904, dedica el art. 232 a la posesión, el siguiente a los modos de adquirir las servidumbres, y los arts. 234 a 238 a regular las servidumbres de paso, medianería, luces y vistas, y circulación del aire en las eras; y dos extensos artículos, 239 y 240, a la alera foral y las mancomunidades de «ademprios».

*B. El Apéndice Foral de 1925 y la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967.* El Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho

Foral de Aragón de 1925, bajo la rúbrica «de las servidumbres», se limitó a regular en tres artículos —arts. 14 a 16, respectivamente—, la adquisición de servidumbres, el régimen ordinario de luces y vistas, y la servidumbre foral de pastos denominada «alera foral», con un criterio regulador muy restrictivo y que originaron numerosos problemas interpretativos.

El Libro III de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, de 8 de abril de 1967, regulaba los derechos reales bajo la denominación «Derecho de bienes», y se dividía en dos títulos, bajo los epígrafes «De las relaciones de vecindad» (arts. 143 y 144), y «De las servidumbres» (arts. 145 a 148). En las relaciones de vecindad, la Compilación dedicaba el art. 143 a la «inmisión de raíces y ramas», y el art. 144 al «régimen normal de luces y vistas»; y el título II, dedicado a las servidumbres, regulaba de nuevo las «luces y vistas» como gravamen en el art. 145, la «alera foral y “adempios”» en el art. 146, tratando los arts. 147 y 148, respectivamente, de la usucapión de las servidumbres aparentes y no aparentes, incluyendo la posesión inmemorial.

**C. Ley aplicable a los derechos reales.** Para determinar la ley aplicable a los derechos reales, deben aplicarse, de acuerdo con el art. 16 Cc., las normas de Derecho internacional privado, y el art. 10.1 Cc. señala que los derechos reales sobre un bien, sea mueble o inmueble, quedan sujetos a la ley del país donde dicho bien se encuentra (*lex rei sitae*), por lo que se aplica el Derecho civil aragonés a los inmuebles sitos en Aragón con independencia de la vecindad civil de sus titulares.

**D. Regulación de las relaciones de vecindad y servidumbres en los derechos civiles españoles.** En el Derecho civil estatal, supletorio del aragonés en lo no regulado por éste, la disciplina de las servidumbres se encuentra, en su mayor parte, en el Título VII del Libro Segundo, del Código civil (arts. 530 a 604), pero no diferencia entre servidumbres y relaciones de vecindad considerando estas últimas, con defectuosa técnica, como servidumbres legales en los arts. 552, 569, 580 a 584, 586 y 589 a 592, en materia de aguas, de paso, de medianería, de luces y vistas, de desagüe de los edificios y de distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones.

En otros derechos civiles territoriales, la materia está mejor tratada jurídicamente y cabe destacar el régimen diferenciado del Derecho catalán entre relaciones de vecindad (Capítulos V y VI del Título IV. *Derecho de propiedad*) y servidumbres (Capítulo VI del Título VI. *Derechos reales limitados*) en el Libro V del Código civil catalán; y una gran afinidad en origen foral y regulación se produce con el Derecho navarro y su Compilación foral de 1973 (modificada por Ley Foral 21/2019) en el Libro III. *De los bienes*, tanto en el Capítulo II. *De las limitaciones de la propiedad* (leyes 365 a 369) del Título I, y en el Título II. *De las comunidades de bienes y derechos* (leyes 370 a 392), así como en el Título III. *De las servidumbres* (leyes 393 a 407).

**E. Derecho transitorio.** Entre las disposiciones transitorias del Código foral, la vigésimo tercera, bajo la rúbrica «Aplicación inmediata», dispone: «Las normas contenidas en el Libro Cuarto son aplicables de inmediato, desde el 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, a

todas las situaciones contempladas en él», que se justifica en el Preámbulo (44): «La mayor parte de las disposiciones del Libro Cuarto son de aplicación inmediata a todas las situaciones, aun anteriores al 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, como corresponde de ordinario al estatuto de la propiedad, y es más oportuno en este caso habida cuenta de los pocos cambios sustantivos introducidos en su regulación».

## 2. La distinción entre relaciones de vecindad y servidumbres

Al trazar el contenido del derecho de propiedad (art. 348 Cc. y art. 33.2 CE) es necesario distinguir entre límites y limitaciones. La distinción entre límites y limitaciones del dominio es confusa por el uso distinto, y a veces ambivalente, que utiliza la doctrina. De la configuración del contenido normal del derecho de propiedad derivan los límites intrínsecos y normativos del dominio por razones de interés privado en las relaciones de vecindad, mientras que las servidumbres son limitaciones externas que afectan al ámbito de poder del propietario estableciendo reducciones al contenido normal del derecho de propiedad fijado por los límites.

La doctrina y jurisprudencia añaden como diferencias que las relaciones de vecindad se establecen por ley con carácter general, igualitario y recíproco, mientras que las servidumbres constituyen un derecho real limitado; en las relaciones de vecindad no existe ventaja para un propietario y obligación para otro siendo los fundos independientes, y por el contrario en las servidumbres se distingue un predio dominante y otro sirviente, colocando a una de las fincas en una posición de subordinación con relación a la otra; las relaciones de vecindad son inherentes a los fundos y se incorporan a ellos directamente por la ley, mientras que las servidumbres precisan la aplicación del precepto legal mediante acto especial constitutivo; los límites por razón de vecindad no están sujetos a título, prueba e inscripción registral para su oponibilidad a terceros, mientras que las servidumbres han de probarse y, salvo las manifiestas, no perjudican a tercero por su no inscripción; las relaciones de vecindad no suponen disminución del patrimonio de quien las sufre, ni acrecimiento del que se aprovecha de ellas por lo que no originan derecho a indemnización (salvo transgresión o incumplimiento de las mismas), y sí las servidumbres legales o forzosas, por la reducción del contenido del derecho de propiedad que sufre el propietario de la finca sirviente en beneficio del predio dominante; y las relaciones de vecindad no pueden extinguirse por no uso, así como tampoco las acciones para exigir la correcta observancia de las mismas, lo que sí acontece con las servidumbres, por suponer una derogación del derecho común u ordinario regulador del dominio.

### 3. Los derechos reales en el Código del Derecho Foral de Aragón: relaciones de vecindad y servidumbres

**A. Ampliación de regulación y contenido normativo respecto a la Compilación.** El Libro IV, *Derecho Patrimonial*, del Código aragonés regula en su Título I las relaciones de vecindad (arts. 537 a 550) y en el Título II las servidumbres (arts. 551 a 587), y desarrolla el contenido del Libro III de la Compilación, sobre Derecho de bienes, que estaba también dividido en dos títulos, *De las relaciones de vecindad* (arts. 143 y 144), y *De las servidumbres* (arts. 145 a 148). En número de artículos, pasa de seis en la Compilación a cincuenta y uno en el nuevo Código.

El legislador aragonés ha utilizado su competencia en materia de derechos reales, en esta ocasión y por razones de oportunidad, de forma parcial (SERRANO), para desarrollar exclusivamente las relaciones de vecindad y servidumbres (arts. 537 a 587), aunque incluyendo materias conexas sobre comunidades (medianería [arts. 540.2 y 543] y comunidades de pastos y adempios [arts. 585 a 587]), sin pretender una regulación completa de la comunidad de bienes (Preámbulo, 41), que necesitaban de este desarrollo legislativo para evitar la indebida injerencia de las normas del Derecho supletorio estatal que responden a principios y criterios distintos, para dar coherencia y completar las instituciones concretas reguladas y conexas, establecer su régimen general, actualizar normas, dar pautas de interpretación y resolver puntos controvertidos prácticos señalados por la doctrina y jurisprudencia.

**B. Un régimen más completo de las relaciones de vecindad.** La importancia de la nueva regulación de relaciones de vecindad no es solo en número de artículos, pasando de dos en la Compilación a catorce en el Código aragonés, sino en su contenido normativo, ya que se completa el régimen de la Compilación con las disposiciones generales de los arts. 537 y 538 (capítulo primero), que establecen un marco común y mínimo de las relaciones de vecindad, necesario en el Derecho aragonés, del que cabe destacar la regla general del art. 538, «del uso adecuado de los inmuebles o sitios», que servirá de principio general de las relaciones vecinales, y al que habrá que reconducir también situaciones y relaciones jurídicas no contempladas expresamente por el Código aragonés como criterio de solución. En el capítulo II sobre «árboles y plantaciones» (arts. 59 a 541) se amplía la limitada y foral regulación del art. 143 Comp., abarcando la regulación del Código civil (arts. 591 a 593 Cc.) y del art. 390 Cc., sobre árboles que amenazan caerse; se aclara y actualiza el de luces y vistas en el capítulo V sobre luces y vistas (arts. 545 a 550 CDEFA) desarrollando el genuino régimen aragonés establecido en el art. 144 Compilación, que ha sido el precepto de referencia para construir los límites del derecho del dominio urbano en el Derecho aragonés, incluyendo otras relaciones de vecindad de eficacia real sobre aguas pluviales y



construcciones (arts. 542 a 544), entre las que cabe destacar la regulación del uso de paredes medianeras (art. 543) que refleja un concepto de comunidad integral de la medianería de origen foral y consuetudinario.

**C. Desarrollo legislativo en materia de servidumbres.** En materia de servidumbres (Título II, arts. 551 a 587) las novedades son mayores, incluyendo las disposiciones sobre régimen general que afectan al propio concepto de servidumbre, que serán exclusivamente las reales pasando las personales a encuadrarse bajo la nueva denominación y régimen de «derechos reales de aprovechamiento parcial» (art. 555); refleja en su clasificación la importancia de la distinción entre aparentes y no aparentes (art. 552.2), y actualiza los caracteres clásicos de permanencia o indivisibilidad. También el legislador ha considerado necesario incorporar disposiciones generales sobre el contenido de las servidumbres, destacando la regulación del ejercicio *civiliter* (art. 557), que busca equilibrar la obtención de utilidades de la finca dominante con el menor perjuicio de la finca sirviente, y que tiene reflejos concretos en la modificación de las servidumbres (art. 560.1) y en las servidumbres forzosas.

En la constitución de servidumbres, ya se contemplan todos los modos de constitución de las mismas (art. 561, respetando la regulación de la Compilación sobre usucapión [arts. 568 a 570]), se amplía la legitimación para constituir las a los titulares de derechos reales posesorios, se regula la servidumbre sobre finca indivisa y finca propia, por su utilidad práctica, y se incorpora al Derecho aragonés la servidumbre denominada tradicionalmente «por destino del padre de familia» y ahora «por signo aparente» (art. 566), reforzando la coherencia del régimen aragonés de servidumbres. Con este propósito también se prohíbe la constitución por usucapión de las servidumbres negativas (art. 567). El nuevo Código ya no establece solo las causas de extinción de las servidumbres, concordes algunas con el Código civil pero resultado otras de innovaciones normativas (art. 571), sino también las de extinción parcial por división o segregación de la finca dominante o sirviente (art. 572). Entre las servidumbres típicas, siguen regulándose las voluntarias de luces y vistas fundadas en los voladizos como único signo aparente y negando la posibilidad de usucapión a las servidumbres no aparentes; y se abren nuevos capítulos para las servidumbres forzosas de paso, que contaba con antecedentes forales, y de acceso a red general (arts. 577 a 581). Y el Capítulo V contempla los diversos derechos de pastos y ademprios aragoneses en su configuración de servidumbres, derechos reales de aprovechamiento parcial y comunidades (arts. 582 a 587), expandiendo el contenido del art. 146 de la Compilación, comprendiendo la alera foral, otras servidumbres de pastos y los derechos reales personales de ademprios, que también pueden constituirse como comunidades, en mancomún o *pro diviso*.

**D. El «*ius usus inocui*».** *Los principios generales y la costumbre.* Entre los principios generales cabe destacar la ausencia de una traducción normativa legal de la Observancia 1ª *De aqua pluviali arcenda*, por la que cualquiera podía utilizar la posesión ajena con tal que no lo hiciera en daño del poseedor, y que no superó la tramitación parlamentaria de la Ley de Derecho Civil Patrimonial, que incluía un artículo tercero, bajo el título «del uso inocuo de la posesión ajena» en el proyecto de Ley (BOCA, nº 203, 22 febrero 2010). En la tramitación parlamentaria y en las alegaciones de instituciones y colegios profesionales no se negó la vigencia de tal principio general («*ius usus inocui*») y sus manifestaciones consuetudinarias, versando la controversia sobre la necesidad de su regulación y alcance, por lo que sigue siendo un principio general tradicional, reconocido como tal por la jurisprudencia de forma ininterrumpida y muy coherente con la función social de la propiedad (art. 33 CE), que inspira el ordenamiento patrimonial aragonés, no solo en las relaciones de vecindad en el que el *ius usus inocui* va unido indisolublemente a la aplicación de la Observancia 6ª del mismo título en materia de luces y vistas —que sustituyó en el Preámbulo de la Ley de Derecho Civil Patrimonial, y ahora en el Código foral (39), a la primera del mismo título—, sino también en servidumbres, de forma evidente en los aprovechamientos de pastos y ademprios y de forma matizada en el ejercicio de los derechos de los titulares de las fincas.

El principio *ius usus inocui* es invocado también por la jurisprudencia territorial en diversos supuestos, y la STSJA 06/07/2005 señala como principios reguladores de las relaciones de vecindad en Aragón los de buena fe, libertad civil, solidaridad y admisión del «*ius usus inocui*», deducidos a partir de los arts. 143 y 144 Compilación. Se erige, por tanto, como principio rector de las relaciones de vecindad, junto con la costumbre como fuente de derecho que modela el ejercicio de los derechos, de gran importancia histórica y que tiene en la actualidad un amplio campo de aplicación en la configuración de las relaciones de vecindad, y en servidumbres forales (con mención expresa en arts. 539, 540 y 582 CDFA).

Y el principio «*Standum est chartae*» ha posibilitado la configuración de nuevas relaciones jurídicas reales y, junto al resto de fuentes, permite generalizar la previsión del Preámbulo (41) del Código aragonés de «dar cauces más seguros a la posible constitución de estos derechos que tenga lugar de ahora en adelante».

**BIBLIOGRAFÍA:** La misma del §28.

## §27. LAS RELACIONES DE VECINDAD

José Luis ARGUDO PÉRIZ  
*Profesor Titular de Derecho civil*

### 1. Regulación de las relaciones de vecindad y disposiciones generales

El Título primero del Libro IV lleva por título «De las relaciones de vecindad» y se divide en cinco capítulos: disposiciones generales (arts. 537 y 538), árboles y plantaciones (arts. 539 a 541), construcciones (arts. 542 y 543), aguas pluviales (art. 544), y luces y vistas (arts. 545 a 550). Como indica el Preámbulo del Código foral (39) «La Observancia 6.<sup>a</sup>, *De aqua pluviali arcenda*, y la costumbre sirvieron de fundamento a la Compilación para construir un sistema de relaciones de vecindad de notable altura técnica, que ha mostrado durante decenios su idoneidad para regir en la práctica las situaciones y conductas tan frecuentes en este ámbito y tan proclives a pleitos. Reducir en lo posible estos fijando algunos puntos controvertidos de acuerdo con la experiencia es objetivo primordial del Título primero, presidido por el principio de buena fe, que exige conductas recíprocamente leales entre vecinos».

A) *El Derecho de vecindad.* Las relaciones de vecindad son límites normales al dominio. La vecindad de los predios impone una serie de restricciones al ejercicio de los derechos de sus titulares para mantener una necesaria convivencia social ya que de manera inevitable se producen consecuencias del ejercicio del derecho de unos propietarios sobre los fondos ajenos por razón de cercanía o colindancia, que determina el establecimiento de límites recíprocos y de carácter general para todos los titulares de las fincas próximas, en razón de la coordinación de los derechos sobre los fondos (LÓPEZ Y LÓPEZ). Señalaba HERNÁNDEZ GIL que el derecho de vecindad es el «conjunto de normas que regulan los derechos de exclusión y los deberes de tolerancia que se imponen a los propietarios de los fondos vecinos», que configura una propiedad relativa y funcional por razones de utilidad privada; pero el ejercicio de los derechos afecta a los «vecinos» (art. 537.1), que el art. 538 concreta en «los propietarios de inmuebles o sitios y los titulares de cualquier otro derecho real o personal de uso y disfrute de los mismos», que verán sometidos sus respectivos derechos a determinados límites por razón de vecindad.

Este deber de tolerancia se basa, en la doctrina alemana, en una «comunidad de intereses entre vecinos», derivado de entender la vecindad como integración en una comunidad social, que se produce entre vecinos colindantes o próximos por la creación de una comunidad de usos y aprovechamientos entre sus titulares e impone un deber de cooperación entre vecinos, originando relaciones obligatorias nacidas de la ley por el hecho de produ-

cirse una relación social especial, de la que se derivan particulares deberes recíprocos de tolerancia y conducta entre los titulares de fincas vecinas que conforman las relaciones de vecindad. Esta comunidad de intereses entre vecinos es una concreción del principio de buena fe (§ 242 BGB) en el ámbito de los titulares de fincas vecinas.

Además, los límites del dominio por razón de vecindad coordinan y protegen los intereses de todos ligados a la buena convivencia y al uso normal y tolerable de las fincas vecinas, existiendo un conglomerado de elementos reales y obligacionales, que generan no solo una relación real entre propietarios de predios, sino que exigen un comportamiento de los titulares de derechos reales y personales de los predios vecinos, cuya observancia y transgresión, se desenvuelve en el ámbito meramente obligacional, y cuya infracción permite solicitar el cese del uso anormal, y la indemnización por los daños causados, mientras que la transgresión de relaciones vecinales de contenido típico y eficacia real legítima para exigir el restablecimiento de la situación inmobiliaria al estado determinado por la ley (FERNÁNDEZ URZAINQUI).

**B) Reglas específicas y generales de las relaciones de vecindad.** Las relaciones de vecindad con eficacia real entre fundos se regulan en el Código aragonés en los arts. 539 a 550 y vienen precedidas por las reglas de los arts. 537 y 538, con amplio contenido obligacional pero de eficacia real, que permiten su regulación por pacto y establecen rasgos propios, diferenciables de las servidumbres.

a) *Regulación privada de las relaciones de vecindad.* La primera regla del art. 537 establece la facultad de autorregulación privada en materia de relaciones de vecindad, en aplicación del principio «*Standum est chartae*» (art. 3 CDFA), ordenando convencionalmente o modificando el régimen legal siempre que afecte exclusivamente a intereses privados, obligando «únicamente a quienes las acordaron» (y a sus herederos, SAPT 24/02/2009), y no a intereses públicos, cuyas normas son inderogables. La regulación convencional puede mantener el marco de reciprocidad que caracteriza las relaciones de vecindad, o suponer la quiebra del régimen normal de propiedad inmobiliaria y la subordinación de las relaciones fundiarias, constituyendo una servidumbre (art. 561.a y 576). En el primer caso, las limitaciones establecidas convencionalmente sustituyen a las legales y se mantienen en el marco ordinario o normal de las relaciones interfundiarias, mientras que en el caso de subordinación derogan el régimen legal ordinario, afectando a la reciprocidad de las relaciones, ya que amplía las injerencias vecinales o las facultades dominicales de un vecino (SAPH 05/12/2017).

b) *Los actos de «mera tolerancia» en las relaciones de vecindad.* El deber de tolerancia se entiende como un límite al derecho de exclusión del titular de la finca vecina con un criterio de reciprocidad, pero el art. 537.2 se refiere tanto

a los actos «soportados» como «realizados» en el ámbito de las relaciones de vecindad, que «se presumen de mera tolerancia» posesoria (arts. 444 y 1942 Cc.), y aunque los límites legales al derecho de dominio intentan prevenir conflictos y facilitar una buena convivencia vecinal, no por ello atribuyen derechos sino facultades inherentes al dominio, y como indica el Preámbulo (39): «las conductas permitidas y las situaciones toleradas de acuerdo con las reglas de vecindad no son expresión o consecuencia de un particular derecho subjetivo ni propician su adquisición» o consolidación. La jurisprudencia ha venido reiterando al aplicar el art. 144 Compilación, que la apertura de huecos para luces y vistas no es más que un acto tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza ni obligación en quien lo soporta (STS 03/02/1989 y SSTSJA 13/11/2002, 23/02/2005 y 30/11/2009). Ante posibles dudas interpretativas de si se trata de auténticos derechos o facultades (STSJA 04/02/2009), el Preámbulo (39) aplica las consecuencias del art. 537.2 a las luces y vistas, que «no son un derecho de quien las disfruta ni una limitación para la propiedad vecina», aunque ha hecho fortuna la expresión doctrinal de que en esta materia y bajo la Compilación se trataba de una tolerancia «legalmente debida» (STSJA 30/11/2009), interpretación que corrige el nuevo Código con los arts. 538 y 550. MEDRANO entiende que esta presunción del art. 537.2 «más que de tolerancia, lo es de vecindad», en el sentido que configure «un principio general que trascienda de las mismas relaciones de vecindad y se sitúe como un principio general de toda relación entre vecinos y entre predios, como un referente general de la propiedad y de nuestro Derecho Patrimonial en Aragón» (y SAPZ 09/11/2017).

c) *Imprescriptibilidad de las facultades*. El Código aragonés reafirma la regla clásica de que en las facultades no cabe prescripción y la aplica genéricamente a las acciones para exigir la correcta observancia de las relaciones de vecindad (art. 537.3), y expresa y específicamente a las acciones para suprimir voladizos (art. 548.3) y colocar protecciones (art. 549.2), frente a algunas interpretaciones doctrinales y sentencias de Audiencias que ya no siguen las SSTSJA 22/04/2008 y 30/11/2009 —regla que confirma la STSJA 05/12/2017—, deduciéndose también su aplicación a las distancias en plantaciones (art. 540).

d) *El «uso adecuado de los inmuebles o sitios»*. El art. 538 señala un límite general al ejercicio de los derechos de cualquier titular de un derecho uso y disfrute de inmuebles «o sitios», en expresión aragonesa, prohibiendo ocasionar riesgo o más perjuicio o incomodidad «que los que resulten del uso razonable de la finca», por razón de vecindad, que origina el cumplimiento recíproco de deberes de respeto y tolerancia. Este principio general de las relaciones vecinales, aunque con mayor aplicación a las de contenido o eficacia obligacional, guarda gran similitud con el formulado en la ley 367 a) del Fuero Nuevo navarro, y cuenta también con precedentes en los Códigos

civiles suizo, austriaco, portugués e italiano, inspirados especialmente en la teoría de IHERING del uso normal y normal tolerancia (LACRUZ). Los arts. 590 y 1908 Cc. han servido para construir por inducción una prohibición general de toda inmisión perjudicial y el resarcimiento de daños basado en la responsabilidad extracontractual del art. 1902 Cc. (STSJA 14/07/2008, en un caso en el que las inmisiones suponían una injerencia directa en la finca vecina pudiendo adquirir autonomía como servidumbre aparente), utilizando frecuentemente los Tribunales civiles los mecanismos de heterointegración con las disposiciones administrativas.

En el Código aragonés el «uso razonable» es un concepto jurídico indeterminado (SAPZ 13/09/2013), como en el texto legal navarro, que no cabe determinarse desde la subjetividad del que lo ejercita, sino que debe completarse con criterios objetivos indicados en el propio precepto, y viene determinado también por la licitud de la actuación de quien la ejerce respetando las exigencias de la buena fe, principio que en el art. 538 preside todas las relaciones vecinales, ya que se regula especialmente el uso del derecho por el titular activo de la relación vecinal apreciando conjuntamente los criterios o factores variables de la naturaleza y destino de la finca, las condiciones generales del entorno y los usos del lugar, es decir la calificación urbana o rústica y los usos a los que se destina o puede destinarse, considerando también las actividades generales del entorno y el modo de utilización o aprovechamiento de las fincas según los usos sociales, pues la referencia es a los «usos del lugar» y no a la costumbre. La consecuencia es que el vecino no debe tolerar ni soportar más inmisiones que las que deriven del uso normal y razonable de la finca que las emite (SAPZ 01/10/2018), y si se rebasa ese límite el vecino podrá pedir la tutela jurisdiccional para obtener el cese de las inmisiones o actividad (SAMANES) —o para la adopción de las medidas correctoras que las reconduzcan a límites tolerables (art. 7.2 Cc.)—, y también cuando se trate de peligro de inmisiones sin causación de un perjuicio efectivo que produzca un mero riesgo («no pueden causar riesgo»). Se desvincula también la tutela vecinal de la responsabilidad por daños del Código civil tanto por contemplar situaciones de mero riesgo, como por no exigir necesariamente un daño constatable, ya que la norma aragonesa menciona que el inmitente no puede causar perjuicio «o incomodidad» por uso irrazonable, e independizar las acciones de cesación de inmisiones de la resarcitoria de daños.

En el lado pasivo de la relación vecinal, la no causación de riesgos y la debida y normal tolerancia vecinal ha de medirse también por el respeto a los valores y normas constitucionales como el respeto a la dignidad (art. 10), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1), a la propiedad con su función social (art. 33) —coherente con el principio general del «*ius usus innocui*» de la Observancia aragonesa—, la tutela de la salud (art. 43), y del medio ambiente y calidad de vida (art. 45) que, para ALONSO PÉREZ, son derechos que informan constitucionalmente las relaciones de vecindad.

## 2. Árboles y plantaciones

En el capítulo II (art. 539 a 541), bajo el título «árboles y plantaciones» se regulan las relaciones de vecindad sobre esta materia de forma completa, sin dar lugar a la aplicación supletoria del Código civil (arts. 591 a 593), como ocurría con el art. 143 Compilación, que contemplaba el supuesto foral de inmisión de ramas de árboles frutales concediendo al propietario del fundo vecino el derecho a la mitad de los frutos de las ramas invasoras, y remitiéndose expresamente al art. 592 Cc. para el corte de raíces y ramas.

*A) Antecedentes y límites en la aplicación del art. 143 Compilación.* El art. 143 Compilación recogía una norma tradicional y muy antigua del Derecho aragonés, cuyo origen se remonta a costumbres anteriores al Fuero de Jaca («fuero antich e comunal») en el que ya se reflejó, e incluida también como fuero en la Compilación de Huesca de 1247 (Fuero único *De confinalibus arboribus*, libro III). La no traslación del Fuero a los Proyectos de Apéndice de 1899 y 1904 y su ausencia en el Apéndice de 1925, delegó en la costumbre su supervivencia. La continuidad en la aplicación consuetudinaria del antiguo fuero unida a la bondad intrínseca de su contenido, fueron los argumentos utilizados en los trabajos del Seminario compilador para proponer un artículo que, sin grandes modificaciones, se incorporó a la Compilación de 1967.

El contenido de la regulación foral coincidía con la norma de la Compilación en conceder al propietario de la finca vecina sobre la que extiende sus ramas algún árbol frutal, el derecho a la mitad de los frutos que tales ramas produzcan, dando prioridad el Derecho aragonés a un criterio distinto al corte de ramas que plantea el art. 592 Cc. La colocación del precepto en la Compilación fue acertada, apartándolo del régimen de las servidumbres legales, donde está situada esta materia en el Código civil (art. 592). Es una manifestación de las relaciones de vecindad por la limitación de los derechos del propietario (EDO QUINTANA), y para SANCHO REBULLIDA «se trata de una ordenación de vecindad que origina una comunidad especial».

Defendió parte de la doctrina y jurisprudencia la plenitud del ordenamiento aragonés para regular las relaciones de vecindad sobre árboles, pero a pesar de la invocación de los principios inspiradores de las relaciones de vecindad en Aragón (en especial, el *ius usus inocui* [SAPH 16 marzo 1999 y SAPZ 20 octubre 2003]), y que la aplicación del art. 143 Compilación no debía realizarse con criterios restrictivos, su tenor literal no permitía una abstracción suficiente para disciplinar todas las relaciones jurídicas en las que pudiera encontrar una conexión por razón de materia, y por ello el Código civil siguió jugando su papel supletorio, ya que el art. 143 no permitía un doble papel normativo tan extensivo de precepto legal y principio general, o su fuerza expansiva —su *vis atractiva*— en las relaciones de vecindad tenía unos

límites que no podían superarse, como mostraron las SSTSJA 07/11/2001 y 06/07/2005.

En la STSJA 07/11/2001 se planteó un interesante supuesto con relación a la posible aplicación analógica del art. 143 Compilación, al solicitar la condena al pago de la mitad de los frutos eléctricos producidos por los aerogeneradores de un parque eólico que invadieron el vuelo de la finca de las recurrentes. Consideró el Tribunal que en este caso no se encontraba justificada la analogía, al valorar la sentencia que no se da una equiparación entre el supuesto contemplado en la norma y el de los cuatro aerogeneradores que, debido al movimiento generado por la fuerza del viento, ocupaban parcialmente el vuelo de la finca de las actoras cuando las aspas se situaban sobre dicho vuelo. Y la STSJA 06/07/2005 estimaba que, en relación a las distancias entre plantaciones de árboles no frutales, se aplicaba en Aragón el art. 591 Cc., así como el Decreto 2661/1967, de 19 de octubre, por el que se aprobaron las Ordenanzas de las plantaciones forestales en cuanto a la distancia que han de respetar con las fincas colindantes, ya que esta aplicación del derecho supletorio estatal no contravenía los principios informadores del derecho aragonés, no era posible adquirir dicho derecho por usucapión —ya que es una regulación de relaciones de vecindad entre predios—, y tampoco se contraponía, en el caso examinado, a costumbre jurídica contraria o distinta existente.

**B. Inmisión de raíces y ramas.** El art. 539 CDFa bajo el título «Inmisión de raíces y ramas» contempla el supuesto foral de árboles frutales (apartado 2º), regulado ya en el art. 143 Compilación, e integra en el Derecho aragonés el contenido del art. 592 Cc. (apartado 1º), relativo al resto de árboles. Es aplicable a fincas urbanas y rústicas, ya que en fincas urbanas el Derecho aragonés no establece distancias legales de árboles por la diversidad de situaciones y concurrencia de normas públicas y privadas sobre estas relaciones de vecindad, y en las fincas rústicas puede producirse la invasión de raíces o ramas en la finca vecina observándose o no las distancias legales, o por regularse por pacto o norma distinta.

El contenido del art. 539.1 CDFa no difiere por tanto en su cuerpo principal del Código civil (art. 591), pero en el precepto aragonés es necesario partir de que se refiere exclusivamente a árboles no frutales, como se deduce claramente de la comparación entre los dos primeros apartados del art. 539. Si se produce una invasión en finca ajena vecina, habitualmente fincas colindantes aunque podrían ser próximas pero no contiguas, de las ramas de un árbol no frutal puede el titular del derecho real correspondiente reclamar que se corten desde y en toda la medida que se extiendan sobre la propiedad de la finca invadida, Si la invasión no es aérea sino subterránea a través de las raíces del árbol, el titular del suelo puede utilizar sus facultades de autotutela dominical para cortarlas por sí mismo, mediando justa causa en ambos casos.

El Derecho aragonés ha ofrecido siempre una solución menos traumática al corte de ramas cuando el árbol es frutal, cual es la participación en los frutos de las ramas invasoras, originando una comunidad especial sobre



dichos frutos entre el titular del árbol y el de la finca invadida por el vuelo de las ramas. El supuesto foral se regula en el art. 539.2 CDFa, concediendo el derecho a la mitad de los frutos al titular de la finca vecina, «salvo pacto o costumbre distinta». El art. 143.1 Compilación admitía expresamente «costumbre en contrario», pero no suponía negar fuerza reguladora al pacto, y en el Derecho histórico aragonés se contemplaban otros supuestos, legales y consuetudinarios, territoriales de participación distinta en los frutos. Será, por tanto, en defecto de pacto o costumbre cuando tenga plena eficacia el derecho concedido por el Código foral al propietario, o poseedor de buena fe (art. 451 Cc.), de la finca vecina.

El segundo inciso del art. 539.2 CDFa permite al titular de la finca vecina exigir el corte de las ramas o raíces del árbol frutal que se extienden sobre su propiedad en caso de que «ocasionen un perjuicio a su finca». La doctrina foral mantenía que la facultad de reclamar que se corten las ramas que contemplaba el fuero (sin mención del corte de raíces), se ejercitaba cuando el dueño del árbol negaba o impedía la recolección o percepción de los frutos a su vecino, y el art. 143.2 Compilación exigía que mediase «justa causa» para el corte de ramas o raíces. Ahora, el Código foral (art. 539.1) determina que en toda clase de árboles es necesaria una «justa causa» para exigir el corte de ramas o cortar las raíces que, en el caso de árboles frutales, se concreta —en la segunda parte del art. 539.2— en ocasionar un perjuicio a la finca vecina.

La facultad del corte de ramas y raíces no es incondicionada como en el Código civil y se modera en el Código aragonés respondiendo a los principios tradicionales que inspiran esta regulación y a la justa causa exigida, comprendiendo razones económicas y de equidad, riesgo de daños o menoscabo de la utilidad de la finca (art. 538), de apreciación judicial (SAPH 16/03/1999 y SSAPZ 25/01/2001, 08/04/2002 y 13/09/2013). Parece deducirse del texto legal una mayor amplitud de causas justas para el corte de ramas y raíces en árboles no frutales, y que la obtención de frutos puede compensar las molestias o perjuicios normales que el titular de la finca vecina puede tolerar o soportar, por lo que serán otro tipo de perjuicios los valoraables para permitir el corte de ramas, pero también cabe considerar que los frutos recibidos no compensan los perjuicios ocasionados o que prevalecen otros intereses distintos a la percepción de frutos, por los distintos ámbitos en que pueden encontrarse los árboles (SAPZ 11/11/2002).

El apartado tercero amplía las facultades de autotutela al corte de ramas, que cuenta con el precedente del parágrafo 910 del Código alemán (BGB), sin llegar a establecer un derecho incondicionado como el art. 546-6 del Código catalán, al permitir que, realizada la reclamación extrajudicial para que el propietario o poseedor del árbol corte las ramas, el titular de la finca invadida pueda ejercitar la facultad de autotutela semejante al corte de raíces, si el titular del árbol no lo hiciera en un tiempo razonable y suficiente («pru-

dencial»), para evitar la persistencia del perjuicio. Ello no impide acudir a la tutela jurisdiccional en defensa de sus derechos o pretensiones (SAPZ 01/10/2018, sobre unos aligustres, con cierta confusión en las medidas solicitadas entre el corte de ramas y el arranque de los arbustos).

El ejercicio de la acción de autotutela en cualquiera de los supuestos anteriores, debe realizarse «en la época y con las técnicas más adecuadas para la conservación del árbol», como establece el art. 539.4 CDFa, para que la evitación del perjuicio a la finca vecina ocasione el menor daño posible al desarrollo del árbol (SAPZ 25/01/2001). En tal sentido lo interpretaba la doctrina foral aragonesa medieval (PÉREZ DE PATOS), y que el Derecho catalán —art. 546-6 de su Código— expresa que deberá hacerse «de la forma generalmente aceptada en el ejercicio de la jardinería, agricultura o explotación forestal».

La SAPZ (Sección 4ª) 13/09/2013 analiza si el corte de ramas realizado por la comunidad de propietarios demandada sobre árboles de la demandante se ha efectuado con arreglo a los requisitos que regulan las «relaciones de vecindad» (especialmente art. 538 CDFa), y en las condiciones adecuadas de tiempo, técnica, cuidado, etc. exigidas por el art. 539.4 CDFa, al reclamarse daños y perjuicios por el ejercicio de la facultad de «autotutela», concluyendo que no se habían probado tales perjuicios, y se desestima también la consideración como perjuicio de la no entrega a los propietarios del árbol del volumen de madera cortado, al considerarlo un beneficio para la parte actora, por carecer de valor en el mercado y tener como destino el vertedero.

**C. Distancias en plantaciones.** Las distancias de arbustos y árboles (art. 540.1 CDFa) son las mismas que en el art. 591 Cc., cincuenta centímetros en arbustos y dos metros en árboles —cuya medición se realiza desde la línea divisoria de las fincas—, cuestiones en las que se sigue la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, pero solo se aplicará a predios destinados a plantación o cultivo, por lo que no afecta a ámbitos urbanos, en los que regirá el art. 539. En cualquiera de los casos, serán necesarias las licencias y autorizaciones correspondientes si así lo exige la legislación administrativa correspondiente. Las distancias en zonas periurbanas con fincas de diferente uso, urbano y agrario (STSJA 06/07/2005), son también las del art. 540.1, ya que las distancias operan «en» plantaciones y no solo entre fincas del mismo uso.

No establece el Código aragonés las consecuencias del incumplimiento de distancias como establece el párrafo 2º del art. 591 Cc. a partir de su entrada en vigor (STS 21/10/2015 y disposición transitoria vigésimo tercera CDFa), aplicándose el art. 537.3 para exigir su correcta observancia, permitiendo que las distancias se cumplan cortando, arrancando o retirando sin daño los arbustos o árboles, en aplicación de los principios que rigen el Derecho aragonés (SAPZ 15/11/2001 y STSJA 06/07/2005) —aunque la SAPZ 01/10/2018 aplica analógicamente la solución del arranque del árbol que

señala para los de seto medianero el art. 540.2 CDFA—; y el art. 540.1 ha de entenderse referido a nuevas plantaciones (posteriores al momento de creación de la finca en cuestión, STS 16/10/2018), y exclusivamente en predios rústicos.

Las citadas distancias legales se aplican en defecto de costumbre (SAPH 14/12/2005, que no considera el uso de una urbanización como costumbre local) u ordenanzas del lugar, especificando que las ordenanzas son las del «lugar» y no las Ordenanzas generales que ha aplicado la jurisprudencia, como las administrativas aprobadas por los Decretos 2360/1967, de 19 de agosto, y 2661/1967, de 19 de octubre, que rigen las plantaciones forestales. Por ello el art. 540 agota el sistema de fuentes, estableciendo en su apartado tercero, como especialidad, que «en las plantaciones forestales se estará a lo dispuesto por la legislación especial».

*D. Árboles en seto medianero.* Tampoco afectan tales distancias legales a los árboles existentes en seto vivo medianero (art. 540.2), en el límite entre fincas, que se presumen medianeros, en aplicación también del art. 572.3º Cc., estableciendo el Código aragonés que no pueden ser arrancados sino de común acuerdo entre los colindantes, consecuencia distinta al primer párrafo del art. 593 Cc. pero semejante a la del párrafo 2º aplicable exclusivamente a los árboles que sirvan de mojones. El Derecho aragonés generaliza esta regla de la comunidad medianera, con la excepción de que cualquiera de los colindantes pueda exigir el arranque de los árboles medianeros si originan un perjuicio grave al dueño solicitante, ya que los condueños pueden acordar las medidas necesarias para evitar daños futuros (*cfr.* art. 575 Cc.).

*E. Árboles que amenazan caerse.* El art. 541 CDFA, sobre árboles que amenazan caerse, obliga al dueño de cualquier árbol —y no solo de los «corpulentos» (art. 390 Cc.)— a arrancarlo y retirarlo si puede causar daños a una finca vecina o a los transeúntes por vía pública o particular, ejecutándose por la autoridad pública en caso de incumplimiento de la obligación por el dueño, que responde por los daños causados por la caída de los árboles, y exonerándose de la responsabilidad exclusivamente por causa de fuerza mayor (art. 1908.3º Cc.).

### 3. Construcciones y aguas pluviales

En los arts. 542 a 544 se regulan supuestos concretos de relaciones de vecindad que el Código civil califica de servidumbres legales, referidos al tránsito por razón de obras por finca ajena y uso de pared medianera (arts. 542 y 543, que constituyen el Título III bajo la denominación de «construcciones») y el paso natural del agua pluvial (art. 544, que constituye el Título IV

con el nombre de «aguas pluviales»), sin precedentes en la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967.

**A. Paso por razón de obras.** El Derecho aragonés lo ha incluido entre las relaciones de vecindad típicas, como la mayoría de la moderna doctrina civilista, con apoyo de la jurisprudencia, al igual que los Códigos italiano y alemán, y el derecho consuetudinario francés. El art. 542 del Código aragonés traslada el contenido del art. 569 Cc., como límite del dominio y no como servidumbre (ATSJA 09/09/2009, SSAPZ 17/02/1988, 21/03/2007, 22/09/2008, y 16/11/2018), y la situación de necesidad que tal precepto establece; y permite la ocupación temporal de una finca para el paso de materiales o colocación de andamios que es indispensable para construir o reparar un edificio, que el titular debe tolerar, voluntariamente o por decisión judicial, recibiendo la indemnización correspondiente por los perjuicios que realmente le produzcan, sin requerir el establecimiento de un gravamen, como ocurre con la servidumbre forzosa de paso (art. 578 CDFa). El uso inocuo es la presunción de la que parte el nuevo precepto en el Derecho aragonés, de tal modo que el resarcimiento de daños solo opera por una utilización anormal del fondo vecino que ocasiona perjuicios valorables objetivamente que deben ser indemnizados, por superar el límite del uso inocuo.

**B. Paredes medianeras.** No establece el Código aragonés un régimen completo de medianería, como hace el Código civil en los arts. 571 a 579 bajo el título de «servidumbre de medianería», pero refleja aspectos distintivos del Derecho aragonés aplicables al régimen de luces y vistas, que indican una tradición jurídica distinta. Por ello el 543, con antelación a los correspondientes del régimen de luces y vistas (referidos especialmente a paredes medianeras, los arts. 545 y 547), bajo el título de «uso de pared medianera», destaca la naturaleza de comunidad especial indivisible y de uso común de la pared medianera, y no una propiedad de la mitad de la pared de cada condueño deducible del art. 579 Cc. (SAPH 11/03/2015 y SSAPZ 11/05/1998 y 25/01/2018). El derecho de cada copropietario para usar y aprovechar libremente la pared medianera está limitado por la naturaleza, características y estado de la pared y el aprovechamiento de los otros condueños (SAPZ 09/06/2009), no mencionando el precepto aragonés la necesidad de obtener el consentimiento previo de los demás medianeros, además de prever la indemnización de los perjuicios causados, que ya figuraba en el Proyecto de Apéndice foral de 1904. Por no configurarse como servidumbre sino como copropiedad, su adquisición —en su caso— se regirá por las reglas generales de prescripción adquisitiva del dominio (arts. 1957 y 1959 CC) (SAPZ 17/06/2011).

**C. Aguas pluviales.** El capítulo IV, bajo el título «aguas pluviales», del título primero del libro IV, está conformado exclusivamente por el art. 544 «paso natural del agua pluvial», que establece: «Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra humana descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso, sin que el dueño del predio inferior pueda hacer obras que lo impidan, ni el del superior, obras que lo agraven». El art. 544 obliga, como el art. 552 Cc., a los titulares de fundos inferiores a recibir las aguas que naturalmente y sin obra humana descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso, sin que el dueño del predio inferior pueda hacer obras que lo impidan, ni el del superior, obras que agraven el discurrir de las aguas, en los mismos términos que el art. 552 Cc. y la legislación de aguas (STS 14/03/1997, SAPT 23/11/1995, y SSAPZ 12/03/2001, 16/06/2010 y 28/09/2012), pero suprimiendo la referencia a la servidumbre de dicho artículo, por tratarse de un límite del dominio. No se ha regulado, sin embargo, la caída de aguas pluviales por desagüe de edificios (art. 586 Cc.), de honda tradición foral (Fuero 1º *De aqua pluviali arcenda*), por ser un supuesto que está sometido progresivamente a control administrativo, y puede subsumirse su contenido en la regla general del art. 538 CDFa.

#### 4. Luces y vistas

Las luces y vistas cuentan con una doble regulación en el Código aragonés, siguiendo la sistemática de la Compilación, diferenciando las que se encuadran en el ámbito de las relaciones de vecindad (arts. 545 a 550) que forman un capítulo independiente (V) y el más extenso del Título I, de las que originan servidumbres de luces y vistas que se regulan en el Título II sobre servidumbres (Capítulo II), en los arts. 574 a 576.

**A. Antecedentes.** El art. 144 Compilación y ahora el art. 545 CDFa tienen su antecedente foral en la Observancia 6ª *De aqua pluviali arcenda*, que establecía que cualquiera, a su voluntad, podía abrir ventanas en pared común (*in pariete communi*), no sólo para tener luz sino también vistas, aunque el dueño de las casas vecinas podía cerrarlas si construía un edificio que sobresaliese por encima de esas ventanas. En la segunda parte de la Observancia, la única limitación que imponía era que la casa (*domus*) no quedara a oscuras a consecuencia de la clausura de las ventanas por el propietario vecino. Foristas como MOLINO y PORTOLES no dedujeron de la Observancia la existencia de una servidumbre legal, y así lo ratifica la jurisprudencia (STS 30/10/1983 y SSTSJA 04/02/2004, 23/01/2008 y 04/02/2009) señalando que el Derecho histórico y el actual regulan un régimen normal en las relaciones de vecindad, que establece un sistema de tolerancia a los huecos

abiertos que no constituyen signo aparente de servidumbre, basándose esta tolerancia en el *ius usus inocui* (SAPZ 19/11/2004).

El Apéndice foral de 1925 en su art. 15 regulaba la apertura de huecos, sin sujeción a dimensiones determinadas, destinados a luces y vistas en pared medianera, con los aditamentos de reja y red. Aunque el párrafo 2º del art. 15 permitía a «los comuneros obstruir con nuevas construcciones los huecos antedichos», al colocarse este artículo en sede de servidumbres cabía aplicar lo dispuesto en el art. 14 en su párrafo 3º sobre adquisición de servidumbres mediante acto obstativo, originando un paralelismo con el art. 538 Cc. siguiendo el precedente del Proyecto de Código aragonés de 1904. Era evidente una inadecuada colocación sistemática, pero ello no impidió que la doctrina y la jurisprudencia territorial, mayoritariamente, reafirmasen que el disfrute de esta clase de huecos respondía a una tolerancia vecinal no susceptible de originar un derecho de servidumbre.

Del concienzudo estudio histórico y sistemático del Seminario de la Comisión Compiladora resultó que el tratamiento de luces y vistas haya «alcanzado en la Compilación gran claridad y excelente técnica, además de recoger un criterio tradicional aragonés cuyo conocimiento está bastante extendido, en particular entre los profesionales de la construcción» (DELGADO). El ap. 1º del art. 144 Compilación señalaba terminantemente que tanto en pared propia como en pared medianera pueden realizarse huecos para luces y vistas, que no estaban sujetos a dimensiones determinadas. El Preámbulo de la Compilación, en 1967, mencionaba que con ello se superaba la deficiente redacción del Apéndice y se volvía a la ortodoxa interpretación foral; y la Disposición Transitoria 9ª de la Compilación la avaló al señalar que «las disposiciones relativas a apertura de huecos en pared propia o medianera (art. 144) serán también aplicables a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la Compilación». Por ello, el régimen ordinario aragonés foral y tradicional de luces y vistas «no regula un régimen de servidumbres, sino que fija las reglas convenientes para una buena convivencia pacífica, manifestación del “ius usus inocui”, lejos de un rígido ejercicio de los derechos dominicales como exclusivos y excluyentes, por vía de equidad y buen sentido, incluso económicamente favorables para la edificación, y el mejor aprovechamiento y reparto del hoy llamado “medio ambiente” (luz y paisaje)» (STS 30/10/1983); y es, como afirma FERNÁNDEZ URZAINQUI, «de entre los cuatro regímenes legales españoles, el más flexible, liberal y tolerante en relación al ejercicio del derecho de propiedad».

**B. El régimen normal de luces y vistas.** El capítulo V del Título I reproduce y amplía la regulación del art. 144 Compilación, que había supuesto la «reconstitución a fondo del sistema histórico» aragonés (SANCHO REBULLIDA), superando la deficiente redacción del Apéndice de 1925, y alcanzando una «notable altura técnica» en las genuinas normas aragonesas (Preámbulo, 39),

que ha permitido consolidar una línea homogénea de aplicación e interpretación, doctrinal y jurisprudencial, en sus más de cuarenta años de vigencia. El nuevo Código cumple la función de completar y aclarar lo establecido por la Compilación, resolviendo algunas cuestiones controvertidas y estableciendo criterios firmes de aplicación. El Preámbulo (39) reafirma que «estas luces y vistas no son un derecho de quien las disfruta ni una limitación para la propiedad vecina, cuyo titular podrá ejercitar todas las facultades dominicales como estime conveniente, con los límites genéricos del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo» de forma coherente con la regla del art. 537.2 CDFR.

En materia tan casuística como las relaciones de vecindad en general y las luces y vistas en particular, debe considerarse la imposibilidad de regular de forma detallada las situaciones que derivan de los nuevos diseños y técnicas constructivos en la edificación compatibilizándolos con libertad de apertura de huecos para luces y vistas que distingue al Derecho aragonés, favoreciendo los intereses de la buena vecindad y la necesaria tolerancia vecinal predial (STSJA 13/11/2002/, 23/02/2005, 04/02/2009 y 30/11/2009) y el uso razonable de su propiedad, así como el respeto a un ámbito normal de privacidad e intimidad. Por ello, las nuevas disposiciones precisan la colocación de protecciones, las distancias y las formas de medirlas, los huecos en pared medianera, el concepto de voladizos, o el derecho a edificar y proteger la privacidad del titular de la finca vecina, permitiendo un amplio campo de aplicación a la interpretación extensiva y a la analogía (SAPT 23/01/2003); y también a los principios generales que inspiran el Derecho aragonés, como interpreta la STSJA 05/12/2017, que explica como la regulación de las relaciones entre edificios colindantes se realiza en Aragón con un criterio favorecedor de la buena vecindad, que permite hacer todo aquello que protege la mejor condición de uso de cada edificio, siempre que respete los derechos del colindante.

El art. 545 reproduce el art. 144 Compilación en sus dos primeros apartados, ya sin remisión a la legislación civil estatal, estableciendo el contenido sustancial foral aragonés sobre luces y vistas, que le diferencia de otros ordenamientos. El ap. 1º del art. 545 determina que tanto en pared propia como en pared medianera pueden realizarse huecos para luces y vistas, que no están sujetos a dimensiones determinadas. Lo que no permite el régimen aragonés es la apertura de huecos que no sean para luces y vistas (puertas, por ej., SSAPH 30/05/1994 y 30/06/2006); si no existe técnicamente un muro donde abrirlas, o se trata de paredes ajenas (SAPT 07/04/2008). Al recoger el art. 545 el amplio principio de libertad del Derecho aragonés en la apertura de huecos, se separa claramente de la regulación de los arts. 580 y 581 Cc., ya que no es necesario el consentimiento del condueño para abrir huecos en pared medianera, tales huecos en pared medianera y propia pueden ser para «luces y vistas» —aunque pueden abrirse solo para luces— y no

están sujetos a dimensiones ni sometidos a restricciones en su situación en la pared. Esta permisibilidad se refiere tanto a la conservación de los huecos practicados en muro exterior, como a la nueva apertura de otros distintos y a la ampliación y modificación de los existentes (SAPZ 06/11/1996) con la finalidad de obtener luces o proyectar vistas.

Y el apartado 2º establece que los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, si no hay dos metros de distancia en vistas rectas entre la pared en que se abran y el límite de la finca vecina, o sesenta centímetros de distancia en vistas de costado u oblicuas, ya sin remisión instrumental al art. 582 Cc.

Los huecos dentro de las distancias señaladas deben carecer de balcones y otros voladizos que sirvan para proyectar vistas. El concepto de voladizo se define legalmente por vez primera, como más adelante se explica, en el art. 548 CDFA. En caso de infracción de la norma, no se consideran como signo aparente de servidumbre (art. 574) y no prescribe la acción para exigir la supresión de los voladizos no distanciados sobre fondo propio (art. 548.3).

*C. Reja y red o protección semejante o equivalente.* La protección de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre ha sido una cuestión debatida históricamente en el Derecho aragonés, por carecer de antecedentes claros y por una jurisprudencia contradictoria. Se interpretó que las protecciones no eran obligatorias durante la vigencia de los Fueros y Observancias (STSJA 23/02/2005), siendo el Apéndice foral de 1925 el que incluyó la obligatoriedad de colocar protecciones (art. 15) y finalmente, a pesar de opiniones contrarias y discusiones previas, también la Compilación y ahora el Código aragonés, eliminando el tamaño de las mallas que aparecía en el Apéndice (de no más de dos centímetros de lado) y obligando a su instalación solo dentro de las distancias señaladas, para no establecer en ambos casos una reglamentación más rigurosa que la del Código civil. Las protecciones han de colocarse desde la apertura de los huecos, aunque se prolongue la construcción, y no pueden quedar al arbitrio del titular de la finca (SAPT 01/09/2004 y SAP 18/04/2008), y deben colocarse aunque no afecten a la intimidad de personas o protección de la finca vecina (SAPZ 24/09/1998 y SAPT 02/11/2005), no considerándose abuso del derecho la exigencia de protecciones sobre solar vecino no construido (SAPH 17/10/2005). También han de colocarse protecciones en las puertas si sirven como huecos para luces y vistas (SSAPH 30/06/2006 y 16/11/2009).

*a) Protección semejante o equivalente.* A la exigencia de protección metálica añadió ya el Seminario de la Comisión Compiladora la posibilidad de sustituirla por otras protecciones semejantes o equivalentes que se incorporó al art. 144.2 Compilación y ahora al art. 545.2 CDFA, permitiendo cierta flexi-



bilidad en la naturaleza, métodos y materiales de las protecciones adaptados a las novedades constructivas (SAPZ 06/07/2004 y, en casación, STSJA 23/02/2005), siempre que sean fijas, rígidas, no practicables o abatibles y los materiales sólidos y resistentes, para garantizar la seguridad y evitar la inmisión visual extensa de la finca vecina (que se niega a una valla de tela metálica, y un cañizo atado a dicha tela metálica, SAPT 07/05/2002); y la protección de la privacidad conduce al recelo del uso extensivo o atípico (puertas: SSAPH 30/06/2006 y 16/11/2009; y SAPZ 27/01/2009), y del material vítreo transparente (con resolución en contra de SAPZ 31/05/2004 y a favor de SAPH 03/07/2006), estableciendo las SSTSJA 13/11/2002 y 23/02/2005 que *«protección semejante o equivalente habrá de ser aquella que logre el mismo efecto tuitivo para los intereses del titular del fundo vecino, evitando la intromisión en su intimidad, impidiendo el hecho de asomarse al hueco o ventana y que desde éstos puedan arrojarse objetos al fundo vecino»*.

b) *Materiales traslúcidos*. Especialmente debatido ha sido el uso de materiales traslúcidos en el Derecho aragonés, que en la SATZ 15/11/1966, ya se equipara a la protección equivalente a reja y red. La comentaron LACRUZ y DELGADO, para quienes la cuestión que plantea el uso de materiales traslúcidos supera la mera aplicación como protecciones para entrar en el de su consideración como huecos. Si bien los diversos materiales constructivos vítreos y opacos constituyen un muro y no un hueco, y no precisarían de protecciones en el Derecho aragonés, las dudas surgen cuando el material vítreo del muro es transparente y permite la inspección de la finca vecina. En estos y en otros supuestos similares debe considerarse que en las distancias señaladas en el art. 545.2 se produce una afección más intensa sobre la finca vecina a efectos de la asunción de medidas protectoras, que no ocurre si las luces y las vistas se toman «iure proprietatis» de la finca propia o sobre el propio vuelo o cielo como en el caso de claraboyas y tragaluces, por lo que es necesario tomar en cuenta los intereses ajenos de seguridad y privacidad deducibles como finalidad de la norma. La STSJA 13/11/2002 recuerda las diferencias entre el Derecho estatal y el aragonés, que *no prohíbe las vistas sobre fundo ajeno, sino sólo previene que, dentro de unas correctas relaciones de vecindad, no se asome el vecino sobre la propiedad del colindante ni puedan arrojarse objetos a la misma*. Y la STSJA 23/02/2005 casa la SAPZ 06/07/2004, rechazando la sustitución de unos cañizos por una pantalla elevada de protección sólida y resistente, que permitía el paso de la luz pero impedía las vistas desde el muro porque *el derecho aragonés exige que se protejan los huecos, en este caso con la pantalla indicada, pero no que se tapen, por ejemplo con material traslúcido impidiendo completamente las vistas y permitiendo sólo las luces, ya que la regulación del Código civil es distinta a la de las relaciones de vecindad de luces y vistas en el derecho aragonés*.

c) *La no regulación de protecciones en terrazas, azoteas y galerías*. Debatida ha sido también la consideración como huecos de terrazas, azoteas, galerías y otros elementos cons-

tructivos, que no vuelan sobre fundo ajeno, pero permiten vistas sobre dicha finca. Aunque fue una cuestión debatida en la preparación del Código foral, no se regulan estos supuestos para permitir una solución adecuada al caso concreto por vía de interpretación finalista, en la medida de la afección a la privacidad en la finca vecina, o por aplicación analógica con los supuestos regulados. Varias resoluciones judiciales han tratado las terrazas o azoteas como un hueco más, que por tanto ha de protegerse con reja y red, y en este sentido cabe citar las SSTS 23/11/1983 y 12/12/1986, que siguen mayoritariamente las Audiencias de Huesca, Teruel y Zaragoza (que resume la SAPH 03/07/2006). Otro criterio ha consistido en darles un tratamiento diferenciado que las excluye de la necesidad de toda protección, por no considerarlas «huecos» a los efectos de aplicación de las distancias ahora del art. 545.2 CDFA, como defienden algunas sentencias de la Audiencia de Zaragoza (SSAPZ 01/06/1998 y 18/10/2000). La SAPT 30/04/2009 establece también la necesidad de colocar protecciones en una terraza con la finalidad de proteger la intimidad de los vecinos, mientras que la SAPZ 09/02/2011 no las dispone por tratarse de una azotea o cubierta sólo utilizable accidental y transitoriamente con fines de mantenimiento del edificio sin riesgo para la privacidad de los vecinos y sin suponer un uso dañino.

*d) Colocación y no prescripción de protecciones.* Las protecciones señaladas en el art. 545.2 (reja «remetida» en la pared y red) deberán colocarse sin sobresalir o sobrevolar la finca vecina y no pudiendo invadirla, como dispone el art. 549.1, que establece una regla más restrictiva para las protecciones en pared medianera que hay que colocar no más allá de su eje, criterio práctico aunque incoherente con su naturaleza y uso (art. 543), pero que permite al vecino comunero tapar el hueco sin que se lo impida la reja y red (ARBUÉS).

Y resolviendo una cuestión controvertida desde que SANCHO REBULLIDA comentase la posibilidad de que prescribiese la acción para exigir la colocación de protecciones en el plazo de treinta años del art. 1963 Cc., y que siguió parte de la doctrina aragonesa y alguna sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca (SAPH 18/04/2008), el Código aragonés, en coherencia con la regla general del art. 537.3, dispone en el art. 549.2 que no prescribe la acción para exigir la colocación de protecciones (SSTSJA 22/04/2008, 30/11/2009 y 05/12/2017).

*e) Distancias.* Las distancias de dos metros en vistas rectas y sesenta centímetros en vistas oblicuas, que obligan a colocar protecciones a los huecos y sin voladizos, se miden conforme lo indicado en el art. 546, que integra el contenido del art. 583 Cc., y para las vistas rectas se toma de referencia la línea exterior de la pared en que no haya voladizos y la línea de estos donde los haya; y la línea de separación de las dos propiedades para las vistas oblicuas o de costado. Estas limitaciones y protecciones en las distancias señaladas han de respetarse independientemente de la naturaleza urbana o rústica de las fincas vecinas o de su destino, pero no en los huecos abiertos sobre una vía de uso público (art. 545.3 CDFA), comprendiendo todas aquellas que no sean de uso particular y en los que los huecos se abran «sobre» calle o vía, tomando luces y vistas de tales vías, aunque el terreno colindante no esté edificado y todos los huecos estén en la misma línea de fachada (SSAPZ 02/02/2004 y 18/03/2008).

**D. Huecos para luces y vistas en paredes medianeras.** La configuración de la comunidad sobre pared medianera del art. 543 CDFA se completa con los arts. 545 y 547 CDFA, que contemplan la medianería vertical (paredes) pero aplicable también a la medianería horizontal (comunidad de techo y suelo superior, STSJA 04/02/2009). Del art. 545.1 cabe deducir que también en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas de cualquier dimensión, sin que esta facultad permita la destrucción de la pared al estar limitada por el destino de la pared y el uso respectivo de los condueños (art. 543). Tales huecos no son signos contrarios a la condición de medianera de la pared (art. 547.2), evitando la supletoriedad de los arts. 573.1º y 580 Cc. (SAPT 27/07/1997, SAPH 18/04/2008 y STSJA 19/02/2013).

No son paredes medianeras las paredes unidas, pegadas o adosadas de dos edificaciones y el Derecho aragonés no permite practicar huecos para luces y vistas en paredes ajenas y tampoco en pared común cuando tiene adosadas al otro lado edificaciones o construcciones, permitiéndose dichos huecos solo por encima del punto común de elevación, en su caso con protecciones, tal como establece el art. 547 —y antes el art. 15 Apéndice—, que no «miren» al interior de un edificio en razón de la privacidad de tales espacios.

**E. Voladizos.** Los voladizos en el ordenamiento aragonés de luces y vistas desempeñan un papel fundamental para diferenciar relaciones de vecindad y servidumbres. Son los únicos signos aparentes, salvo por título, para constituir una servidumbre de luces y vistas cuando invaden la finca vecina y, en contraposición, permanecen en el ámbito regulatorio de las relaciones de vecindad los voladizos sobre fundo propio (art. 574), que no pueden construirse ni exceder las distancias señaladas en el art. 545.2, y cuya infracción permite en cualquier momento exigir su supresión, ya que la acción para exigir esta medida no prescribe (art. 548.3) (STSJA 05/12/2017).

Los voladizos no son huecos y exceden la facultad de abrir huecos para luces y vistas (art. 545.1), y por ello el Código aragonés los define como novedad legislativa en el art. 548, a través de una delimitación positiva («los balcones y demás salientes que sobresalen suficientemente del paramento de la pared, están colocados debajo de un hueco de la misma y permiten asomarse, apoyarse o moverse por el saliente y mirar la finca vecina», y negativa («no se consideran voladizos los aleros, los elementos arquitectónicos de la pared ni otros elementos salientes existentes en la finca»).

Esta delimitación conceptual ha sido resultado de una intensa labor de interpretación jurisprudencial del art. 145 Compilación, que plasma el Código foral (STS 20/10/1987, SATZ 11/12/1985, SSTSJA 04/02/2004 y 22/04/2008). El modelo de voladizo aragonés es el balcón (art. 545.2), pero puede comprender otros elementos, siempre que sobresalgan suficientemente de la pared (STSJA 27/09/2007), y estén colocados debajo de un hueco que

sirva para prospectar la finca vecina (vistas), guardando relación el voladizo con el hueco del que emerge y con la finalidad de obtener vistas del predio que sobrevuela, y permitiendo la acción de las personas, de menos a más, de asomarse, apoyarse y moverse por el mismo, incompatible con una simple ventana.

En la delimitación negativa, los Tribunales aragoneses han generalizado la prohibición, partiendo de los aleros de tejados o de la parte superior de huecos, a cualquier otro elemento saliente de la construcción, sea de obra o colocado por los titulares (SSTSJA 27/09/2007, 22/04/2008, 04/02/2009 y 23/11/2010), ya que es necesario, *«además, que el saliente sea tal que revele su utilidad o funcionalidad para facilitar las vistas, de modo que configure una apariencia reveladora de su finalidad: permitir que una persona, mediante el mismo, pueda situarse fuera del espacio de su propiedad, en el vuelo ajeno, para ganar vistas, frontal y lateralmente, sobre el predio sirviente»* (STSJA 14/07/2008).

**F. El derecho a edificar o construir y la limitación de vistas por protección de vida privada.** El art. 550 CDFEA traslada y desarrolla el contenido del art. 144.3 Compilación al nuevo Código, como facultad inherente al derecho del propietario del fondo vecino a edificar o construir en él, aunque con ello obstruya o cierre los huecos abiertos para luces y vistas del vecino. El art. 550.1 establece que esta facultad de abrir huecos para luces y vistas no limita, y tampoco *«altera ni modifica»* el derecho del propietario del fondo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna *«y como estime conveniente»*. La obra obstructiva de las luces ya no tiene que ser o no tiene por qué insertarse necesariamente en una unidad constructiva y funcional ampliando las posibilidades de dicho propietario frente a interpretaciones jurisprudenciales bajo la vigencia de la Compilación que imponían ciertas restricciones al ejercicio de este derecho (STSJA 23/01/2008), siempre que el ejercicio de estas facultades no produzca una situación de abuso del derecho al cerrar los huecos, por carecer de interés la construcción para el dueño del predio (STSJA 31/03/2004).

Por ello se contemplaban también los materiales utilizados en la construcción junto a la finalidad de obtener una utilidad legítima de la finca (STS 03/02/ 1989), pero esta utilidad puede ser ya ornamental (SAPZ 19/11/2004) y lo que es más importante, encuadra la facultad edificatoria o constructiva como una más de las facultades dominicales que comprende el uso y disfrute normal de su predio, o uso razonable con los criterios del art. 538, aunque limite, reduzca o anule los huecos del vecino sin taparlos o cerrarlos (GUTIÉRREZ CELMA Y MEDRANO), y todo ello *«como estime conveniente»* con el límite genérico del abuso del derecho.

El derecho a edificar o construir tapando huecos para luces y vistas tiene especial sentido en el supuesto originario de la Observancia 6<sup>a</sup> *De aqua plu-*

*viali arcenda* referido a paredes comunes, medianeras o divisorias, perdiendo intensidad cuando las paredes están distanciadas o no hay pared en el fundo vecino, al ser imposible entonces «cerrar» los huecos pero sí limitar o reducir las vistas con la construcción o con otros actos de uso normal de la finca, y por ello en la *Memoria* de FRANCO Y LÓPEZ y en el art. 44 del Proyecto de Apéndice de 1899 («y aun sin edificar podrá oponerse a que por ellas se domine el predio, si lo destinase a huerto o jardín») se habilitaban nuevos medios para evitar el registro visual a determinadas partes de la finca, que no incorporaron en el Apéndice y la Compilación.

A la finalidad de conservación íntegra de la facultad edificatoria, que diferencia relaciones de vecindad de servidumbres (art. 576), se superpone la protección de la privacidad contemplada en el art. 550.2 al señalar que «también podrá, sin necesidad de edificar o construir, obstaculizar o limitar las vistas a espacios utilizados para su vida personal y familiar», que es una aplicación en relaciones vecinales prediales del art. 18 CE sobre protección de la privacidad e intimidad, tal como indica la STSJA 23/01/2008, que subraya la doctrina constitucional sobre vinculación de los derechos fundamentales también a los particulares en sus relaciones de derecho privado. En un régimen de relaciones de vecindad como el aragonés basado en una amplia y mutua tolerancia vecinal, los vecinos pueden también ejercer las facultades de exclusión que hagan cesar las inmisiones visuales o tomar medidas correctoras para rebajar y reconducir las inmisiones a los límites de la razonabilidad y la normal tolerancia (SAPZ 19/11/2004 y SAPH 08/06/2007), y todo ello «conforme al principio de buena fe» (art. 538).

**BIBLIOGRAFÍA:** La misma del §28



## §28. LAS SERVIDUMBRES

José Luis ARGUDO PÉRIZ  
*Profesor Titular de Derecho civil*

El Código aragonés incluye un amplio régimen general de servidumbres en el Título II del Libro IV (arts. 551 a 587) para poder definir algunos rasgos propios del Derecho aragonés, reflejados también en la regulación de especialidades de origen foral y consuetudinario, incorporar como normas propias las del Derecho civil estatal aplicadas habitualmente por los Tribunales aragoneses para dar coherencia a un sistema antes muy fragmentario (Preámbulo, 40), completando, adaptando y aclarando todas ellas con el suficiente detalle, e introducir novedades significativas —en aplicación del principio de libertad de configuración de derechos reales— en instituciones que deben responder a las necesidades actuales del tráfico inmobiliario, en línea convergente con otros ordenamientos civiles modernos, como el navarro y catalán entre los autonómicos o el alemán entre los europeos.

### 1. Concepto, caracteres y clases

**A. Concepto.** Aunque en el Derecho foral histórico aragonés, al igual que en otros Ordenamientos, no encontramos definiciones legales de las servidumbres, deudoras del Derecho romano y de las construcciones abstractas doctrinales del Derecho común europeo, comparte con el Derecho navarro y catalán, y gran parte de la doctrina científica, el criterio técnico-jurídico de considerar servidumbres exclusivamente a las prediales o reales, y por ello el art. 551.1 destaca el aspecto esencial de relación entre fincas en que la servidumbre consiste (*predialidad*) (SAPZ 01/10/2018), regulando separadamente las servidumbres personales bajo la denominación de «derechos reales de aprovechamiento parcial» (art. 555). También opta, como el Derecho navarro, por anteponer el aspecto activo frente al meramente pasivo que refleja el Código civil (art. 530) como carga o gravamen y calificar dogmáticamente la servidumbre como un derecho real limitado de goce establecido sobre una finca en beneficio de otra. Aunque el art. 551.1 parece indicar una relación entre predios, las relaciones jurídicas se constituyen en utilidad de los predios pero siempre a favor de quien sea, en cada momento (§ 1018 BGB), su titular. Por lo anterior, se indica que la utilidad se otorga al titular de la finca dominante, que abarca también al resto de titulares de derechos reales posesorios (art. 562).

El presupuesto de ajenidad de las fincas se excluye del concepto legal del art. 551.1, al admitir el Código aragonés la coincidencia parcial de titulares

de ambas fincas y la constitución de servidumbre sobre finca propia (art. 564).

La relación fundiaria en que la servidumbre consiste entre las fincas dominante y sirviente, como aclara el art. 551.2, otorga al titular de la finca dominante un determinado uso de la finca sirviente, porque la servidumbre se constituye a favor de un predio para proporcionar una utilidad exclusiva a la finca dominante, como establece el art. 553.1. La utilidad o beneficio que el predio dominante obtiene del sirviente es la función propia y justificadora de la servidumbre, no necesariamente traducible en una inmediata utilidad económica sino también en una mayor comodidad del fondo dominante (art. 1028 Cc. italiano), es decir, en un incremento de utilidad experimentado por un predio, el dominante, a base de ciertas ventajas obtenidas del otro, el sirviente. El art. 558.3 indica que también puede ocasionar la constitución de una servidumbre un beneficio, o añadir una utilidad efectiva a la finca sirviente y sus consecuencias, pero ello no desfigura su vinculación utilitaria principal a la finca dominante.

Y no incluye el requisito de vecindad de las fincas, para que pueda darse la relación de uso directo entre predios, aunque se deduce la colindancia, cercanía o proximidad entre fincas en función de la utilidad o comodidad que la servidumbre proporciona.

***B. Caracteres: utilidad, inseparabilidad, permanencia e indivisibilidad.***

Dado que la utilidad de la finca se refiere exclusivamente a la finca dominante, el art. 553.1 CDFA establece que la servidumbre es inseparable de dicha finca, aunque corresponde también a la finca sirviente (art. 534 Cc.). La inseparabilidad significa que la servidumbre es una parte integrante de la finca y se vincula al derecho del titular sobre ella, es un derecho *subjetivamente* real, de tal modo que no puede enajenarse o disponerse de otro modo de la servidumbre separadamente de la finca dominante, ni hipotecarla, a menos que se hipoteque juntamente con el predio dominante (art. 108.1 Ley Hipotecaria). Añade el art. 553.1 la posibilidad de establecer servidumbres recíprocas entre diversas fincas, que serán a la vez y simultáneamente dominantes y sirvientes, frecuentes en ámbito urbano y de urbanizaciones privadas (LACRUZ/LUNA). En el Derecho histórico aragonés se configuraba como recíproca la servidumbre de alera foral, pero el art. 582.1 CDFA permite ahora también las unilaterales.

Las servidumbres son permanentes salvo si se constituyen bajo término o condición (art. 553.2). El carácter clásico de permanencia o causa perpetua de las servidumbres se matiza y se convierte en potencial permanencia para desarrollar la utilidad que la servidumbre proporciona, y por ello puede establecerse por un tiempo limitado o bajo condición resolutoria. Su admisibilidad se deduce también en el Código civil (arts. 546.4 y 596), en el art. 1029 Cc.



italiano, y en los ordenamientos navarro (ley 395 FNN) y catalán (art. 566-2.3 Cc.C) complementan esta regla general con supuestos concretos (servidumbres referidas a inmuebles de construcción o derribo futuros, aquéllas cuyo contenido consista en una utilidad futura y en el ámbito de la propiedad horizontal) considerándose constituidas tales servidumbres bajo condición suspensiva, y tal posibilidad cabe sobre cualquier servidumbre voluntaria. El art. 553.2 no las contempla expresamente, pero es una consecuencia de la regla general incluida, y permite constituir servidumbres concretas sometidas a plazo o condición, que se extinguirán cuando se cumpla el plazo o se realice la condición resolutoria (art. 571.1.b).

Y el principio de indivisibilidad viene contemplado en el art. 554, en el mismo sentido que el art. 535 Cc., como una aplicación de que la utilidad de la servidumbre es posible (LACRUZ/LUNA), considerando el conjunto de fincas, y sin que le afecte las modificaciones registrales de la finca dominante o sirviente. Por ello el art. 554 CDFA establece que la modificación objetiva, por división o segregación de una parte de la finca sirviente, no altera o fracciona la servidumbre, que permanece inalterada a la división del objeto, aunque se multipliquen los titulares pasivos, que deberán tolerar la servidumbre en la parte que les corresponda. Y en cuanto a la finca dominante, la integridad de la servidumbre no entra en colisión con la división o segregación de la finca, señalando el art. 554.2 que cada uno de los titulares de las fincas resultantes puede usar por entero de la servidumbre. En el caso de división, o de modificación de la titularidad sobre una parte de ella, los nuevos titulares pueden utilizar por entero de la servidumbre, pero sin alterar el lugar de su uso ni agravarla de otro modo, aunque cabe su extinción parcial (art. 572).

**C. Clases de servidumbres.** El art. 552.1 CDFA distingue entre servidumbres aparentes y no aparentes, positivas y negativas, y continuas y discontinuas, aunque dicha clasificación tiene diversos efectos y transcendencia, por ser la distinción entre aparentes y no aparentes la que destacó la Compilación y la única aplicable a efectos de usucapión.

*a) Servidumbres aparentes y no aparentes.* La importancia de la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes en Derecho aragonés (Preámbulo, 40) se manifiesta calificando con más detalle las características de los signos exteriores, frente al concepto general del art. 532 Cc., que configuran las servidumbres aparentes en el art. 552.2 CDFA: «*Es aparente la servidumbre que se anuncia por signos exteriores, visibles, materiales, objetivos y permanentes que revelan el uso y aprovechamiento de la misma, siendo servidumbres no aparentes todas las demás*».

La apariencia, según los signos exteriores, se refiere a aquellos indicios, señales datos y marcas (sin necesidad de obras en una servidumbre de paso, siendo más amplio el término «signo», STSJA 25/11/2009) que, por perma-

entes, instrumentales e inequívocos, revelan y evidencian objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro (SSAPH 27/03/1996 y 06/05/2009, entre otras), como si de una publicidad natural se tratara. Es, por tanto, una cualidad objetivamente perceptible por cualquiera (STSJA 21/02/2013).

Las servidumbres aparentes se caracterizan por la existencia de un signo exterior que revela el uso y aprovechamiento de la servidumbre (SAPZ 12/05/2005). Es necesario que los signos sean exteriores y visibles —al menos parcialmente— por todos, cualidades diferentes pero enlazadas por una relación causa-efecto; y sean objetivos, es decir, que los signos estén dispuestos por sí mismos para el sentido de la vista (CERDEIRA). Deben incluirse únicamente los signos materiales, esto es, aquellos que son manifestación de la realidad y no los signos simbólicos (anuncios, carteles, planos...) que, aunque pueden anunciar la posible existencia de una servidumbre, no exteriorizan el aprovechamiento y uso del derecho, y pueden estar situados en la finca sirviente o en la dominante. Y por sí solos, deben ser capaces de revelar la existencia de un derecho de servidumbre y el tipo de servidumbre del que se trata. Deben ser también signos permanentes («están continuamente a la vista» dice el art. 532.4 Cc.), elemento éste que debe interpretarse en el sentido de rechazar los signos meramente temporales u obras de carácter provisional o accidental (REBOLLEDO). Deben hallarse los signos en una relación funcional con la finca, y tienen que revelar el contenido exacto del derecho, su extensión y límites, de modo que de la simple observación de los mismos pueda deducirse cuál es el uso y aprovechamiento concretos que puede realizar el titular del derecho.

Como signos aparentes de servidumbre ha calificado la jurisprudencia aragonesa en casos dudosos, a título de ejemplo, una chimenea (SAPT 30/04/2001) pero también el hueco abierto en pared de la cocina (SAPH 03/07/2006), como signos de servidumbre de humos y gases; el hueco en una pared tapado con un somier (STSJA 01/12/2009), o una puerta (SAPT 23/01/2003), como signos de una servidumbre de paso, negando como signos unas roderas que para la STSJA 16/11/2016, no equivalen a un camino rodado. La servidumbre de paso puede o no ser aparente, según los casos, *pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril, por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio* (SAPH 06/05/2009, SAPT 27/10/1997, y otras muchas aragonesas y TS). Esta manifestación por signos físicos y materiales ocasiona que en servidumbres como la de paso, puedan considerarse aparentes o no dependiendo de que concurren estos signos, lo que supone que la apariencia no es connatural a su existencia, y depende de las circunstancias del caso (BELLÓD).

También requiere signos exteriores del art. 552.2 CDFA la constitución de servidumbre por signo aparente (art. 566), y en las servidumbres de luces y vistas son de especial consideración los voladizos, definidos en el art. 548 CDFA, que caigan sobre fundo ajeno, ya que son los únicos signos aparentes de esta servidumbre de acuerdo con el art. 574 CDFA. Y aunque no se consi-

deran los aleros como voladizos (art. 548.2) y signos aparentes de servidumbres de luces y vistas, así como otros elementos arquitectónicos o salientes, lo pueden ser a efectos de la adquisición por usucapión de otras servidumbres aparentes (SAPH 21/12/2004). Estos signos exteriores atribuyen a las servidumbres aparentes una publicidad equivalente a su inscripción en el Registro inmobiliario, y por ello surten efecto contra el adquirente del fondo gravado, aunque no resulte del Registro la existencia de tal servidumbre (LACRUZ/LUNA).

Toda servidumbre que no reúna los requisitos legales de las aparentes, aunque presente algún signo exterior de su existencia, será considerada como no aparente («siendo servidumbres no aparentes todas las demás», art. 552.2 CDFEA), por configurarse éstas como categoría residual respecto a las aparentes, y se regirá en su posible usucapión por las reglas de las servidumbres no aparentes del art. 569 CDFEA, evitando la confusión que genera el Código civil entre servidumbres aparentes y no aparentes (art. 532 prf. 5º «las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia»), que opone los signos exteriores que califican a las aparentes, con la falta de indicio de los mismos para las no aparentes, por lo que hace depender la distinción de una realidad fáctica consistente en elementos físicos y materiales. Critica LACRUZ la definición del Código civil por equívoca, ya que parece existir una solución de continuidad entre las que están continuamente a la vista y significadas por su instalación y las que no presentan tales indicios, pareciendo existir una comunicabilidad entre ambas, como una servidumbre que presente indicio exterior de su existencia, pero que éste no sea continuo, o no esté continuamente a la vista, o no consista en signos que revelan el uso y aprovechamiento de la servidumbre. En estos casos prevalecería el criterio de la no apariencia.

b) *Servidumbres positivas y negativas.* Señala el art. 552.3 CDFEA que «la servidumbre es positiva cuando otorga al titular de la finca dominante un determinado uso de la finca sirviente, y es negativa cuando consiste en una limitación de las facultades del titular de la finca sirviente». La distinción se basa en el contenido del derecho y no, como en el art. 533 Cc., en la conducta debida por el titular de la finca sirviente. En el Código civil las primeras comportan un “padecer” (dejar de hacer alguna cosa), mientras las negativas se traducen en un “no hacer” (abstenerse de realizar algo que sería lícito sin la servidumbre). El art. 552.3 CDFEA, como la ley 393 de la Compilación navarra, distinguen las positivas de las negativas desde el aspecto activo de la relación, en que el derecho real del titular se manifiesta respectivamente en un *facere* o un *prohibere*. Es positiva la servidumbre que tiene por objeto el ejercicio de un determinado uso de la finca sirviente y negativa la que limita alguna de las facultades de su titular, aunque puede resultar una delimitación ambigua e indeterminada (CERDEIRA).

Esta distinción originó especial conflictividad en el Derecho aragonés de luces y vistas, referida a la adquisición por usucapión de servidumbres, recogida en el Apéndice a través del reconocimiento del acto obstativo (art. 14). El Seminario de la Comisión Compiladora no tomó una posición clara respecto a la usucapión de las servidumbres negativas, optando por ligar su admisión a la posesibilidad de la servidumbre, criterio que se reflejó en el art. 148 Comp., aunque algunas sentencias, como la SAP 24/04/1997, consideran que no se prescindió de esta distinción. Para mayor claridad y coherencia, el legislador ha restringido su aplicación en el nuevo Código, prohibiendo constituir las servidumbres negativas por usucapión (art. 567.1) y, en consecuencia, no se tiene en cuenta esta distinción para el cómputo de la posesión en la usucapión de servidumbres (art. 570), ni para la prescripción por no uso (art. 571.1.a).

c) *Servidumbres continuas y discontinuas*. El Seminario de la Comisión Compiladora encontró menos fundamento en la distinción entre servidumbres continuas y discontinuas, al entender que el Derecho aragonés no exigió la continuidad de la servidumbre aunque exigiera la de su posesión, ya que, siguiendo en este criterio a LACRUZ, en las servidumbres discontinuas lo discontinuo es el ejercicio pero no la posesión. LACRUZ rebatió los fundamentos fijados en el Derecho civil estatal sobre las servidumbres discontinuas al determinar que no podían ser susceptibles de una posesión continua, al ejercitarse a intervalos más o menos frecuentes, mediante actos aislados, ya que «las servidumbres discontinuas son perfectamente capaces de una posesión continua en el sentido que se da a esta palabra en la teoría de la usucapión. Una posesión continua supone simplemente actos de ejercicio lo suficientemente próximos para que los intervalos que los separan correspondan a los que median entre los actos de ejercicio normal de un derecho, y no puedan ser tomados como interrupción de la posesión».

La distinción entre continuas y discontinuas sigue en el art. 552.4 del Código aragonés el criterio y contenido del art. 532 Cc. (las SSAPH 05/12/2017 [servidumbre ejercitada desde una puerta o cancela] y 31/05/2019, consideran como discontinua y aparente según el Código foral una servidumbre de paso), optando por la supresión del requisito de continuidad en relación con la prescripción adquisitiva de las servidumbres, por seguir el criterio de la Compilación, pero manteniendo esta clasificación a efectos de la prescripción extintiva por no uso (art. 571.a).

## **2. Las servidumbres personales en el Código aragonés: los derechos reales de aprovechamiento parcial**

Los «derechos reales de aprovechamiento parcial» son derechos reales de goce parcial en finca ajena constituidos sobre alguna de sus utilidades con-

cretas y determinadas en beneficio de una o varias personas determinadas, o de una comunidad, con total abstracción o independencia de cualquier relación predial, conservando la misma configuración que las servidumbres personales del Código civil (art. 531), aunque con distinta denominación, ya que en el Código aragonés las únicas «servidumbres» son las prediales (art. 551 CDFA).

El Código aragonés sigue contemplando un concepto amplio de servidumbre como derecho real limitado de goce, en sus dos modalidades de prediales y personales, pero otorgando un distinto *nomen iuris*, otra denominación, a las personales que son los nuevos derechos reales de aprovechamiento parcial y por ello no origina una especial contradicción dogmática que se regulen en el capítulo de disposiciones generales de las servidumbres. No hay obstáculo doctrinal para reconocer la institución como la expresión de las servidumbres personales en el Derecho civil aragonés (y como servidumbres personales las cita el Preámbulo, 40 y 41), ya que también su régimen jurídico supletorio remite al de las servidumbres reales (SAP 24/02/2016, sobre una servidumbre de pastos).

Los derechos reales de aprovechamiento parcial se contemplan en los Derechos navarro (ley 394 FN) y catalán (arts. 563-1 a 563-4 de su Código civil), pero por fidelidad a su tradición jurídica romanista establecen su régimen jurídico supletorio por remisión, fundamentalmente, al usufructo. El Derecho civil aragonés sigue su propia tradición jurídica, no opuesta al Código civil, pero inspirada también en ordenamientos más similares como son los germánicos (§ 1.090 BGB, y en los Códigos austriaco y suizo). Trata, en todo caso, esta nueva regulación de contemplar nuevos derechos y situaciones urbanas y de desarrollo rural (contratos de custodia del territorio, por ej.) junto a las tradicionales rurales y agrarias, y por ello el Código catalán incluye entre los posibles contenidos «el de gestionar y obtener sus aprovechamientos forestales a cambio de rehacer y conservar los recursos naturales y paisajísticos o de conservar su fauna y su ecosistema, el de apacentar ganado y rebaños, el de podar árboles y cortar matas, el de instalar carteles publicitarios, el de palco, el de balcón y otros similares».

El art. 555 CDFA se limita a expresar que los derechos reales de aprovechamiento parcial no consisten en una relación entre fincas como las servidumbres prediales, sino en un derecho real subjetivamente personal ya que las utilidades las perciben los titulares del derecho —personas físicas, jurídicas o comunidades—, que no lo son por su relación con una finca concreta, estableciendo a continuación que el régimen sustancial de tal derecho viene definido por su título constitutivo, salvándose las posibles lagunas del mismo en lo que sea compatible con las normas que establecen el régimen general de las servidumbres. Y al igual que en el Código civil existen servidumbres personales típicas, en relación de género a

especie, en el Código foral son los «tradicionales» ademprios, regulados en el art. 584, que obligaba a establecer el marco general del derecho real que los cobija.

### 3. Contenido y ejercicio de las servidumbres

*A. Contenido de las servidumbres.* El contenido de la servidumbre vendrá determinado por el título, o por el modo en que se haya constituido como el signo aparente o la posesión en las adquiridas por usucapión, que determinan, según el art. 556.2, los derechos de la finca dominante y las obligaciones de la sirviente, igual que en el art. 598 Cc. Puede faltar concreción en el título constitutivo, y por ello se aplican supletoriamente las disposiciones del Título II, relativo a servidumbres, pero en dicho contenido se debe incluir todo lo necesario para usar la servidumbre, como indica el art. 556.1, en especial los derechos y facultades expresamente determinados, pero también los accesorios o derivados que permitan realizar su utilidad.

El acto constitutivo rige y disciplina el contenido de la servidumbre, y supletoriamente otras disposiciones sobre servidumbres, pero si resultan insuficientes y a falta de acuerdo entre los interesados, el art. 556.3 determina que cualquiera de ellos puede instar la determinación judicial del contenido de la misma, que resolverá atendiendo también a «los signos aparentes, las circunstancias de las fincas y la costumbre del lugar», permitiendo todos estos elementos dar unas referencias precisas sobre el contenido, uso y ejercicio de la servidumbre; y si no fueran suficientes, el juez puede tener presente también como criterio el uso *civiliter* de la servidumbre, contemplado en el artículo siguiente, y poder considerarse incluido como una derivación de «las circunstancias de las fincas».

A su vez, la modificación de la servidumbre puede producirse también por prescripción extintiva y usucapión, tal como establece el art. 560.2 —y el art. 547 Cc.—, ya que la posesión y el transcurso del tiempo puede ampliar el contenido de la servidumbre por usucapión, respecto a las aparentes y las no aparentes susceptibles de posesión (arts. 568 y 569), o reducir dicho contenido o las facultades del titular del fundo sirviente por prescripción extintiva. El art. 560.2 CDFEA, en el mismo sentido que el art. 547 Cc., expresa que la forma de prestar la servidumbre prescribe como la servidumbre misma y de la misma manera, lo que indica que la prescripción afecta a la forma de prestar la servidumbre pero no a la utilidad de la misma, ya que originaría la adquisición o extinción de la servidumbre (SAPH 16/04/2003), aplicándose las normas relativas a prescriptibilidad de las servidumbres, con sus requisitos y plazos (ROCA JUÁN).

*B. El modo de ejercicio de las servidumbres: el uso «civiliter».* El uso o ejercicio *civiliter* de las servidumbres, cuenta con numerosos precedentes

en el Derecho extranjero, como el Código civil italiano (art. 1065) y portugués (art. 1565.2), se integra en los arts. 543 y 545-1º Cc. y en los Derechos civiles autonómicos como el gallego (art. 89.3, referido a la servidumbre de paso, de la actual Ley de Derecho Civil de Galicia) o catalán (art. 566-4.2 del Código catalán, referido al contenido general del derecho de servidumbre). En el Código aragonés se regula de forma general en el art. 557, que trata de las modalidades de ejercicio de la servidumbre de modo íntimamente unido al contenido, ya que la servidumbre se ejercita de la manera más adecuada para obtenerla y, a la vez, de la forma menos incómoda y lesiva para la finca sirviente (Preámbulo, 40), que puede justificar eventualmente la modificación en la forma y lugar de prestación de la servidumbre (art. 560.1), estableciendo un prototipo de conducta en el ejercicio del derecho de servidumbre, que supone una justa moderación de los intereses opuestos en el aprovechamiento de ambas fincas, que permita obtener la utilidad en que consiste la servidumbre para la finca dominante, pero sin anular el destino de la sirviente (LLÁCER), como una aplicación del principio de la buena fe en el ejercicio de toda servidumbre (REBOLLEDO). Sustituye el art. 557 CDEFA al art. 543 Cc. en el Derecho aragonés en cuanto a la regla que constituye el principio general o canon de conducta del titular activo de la servidumbre, ya que, permitiendo la realización de obras al titular del predio dominante en el sirviente para el uso adecuado de la servidumbre, le impone como límite que las obras no podrán alterar ni hacer más gravosa la servidumbre (art. 543.I Cc.), es decir, que no es sino la consecuencia del uso *civiliter* de la servidumbre que impone atemperar su ejercicio a los estrictos fines para los que se constituyó, sin ocasionar mayor incomodidad o resultar lesiva para la finca sirviente (art. 557 CDEFA).

La STSJA 17/11/2014 confirma la sentencia de primera instancia que había aplicado conjuntamente los arts. 543 Cc. y 557, 558.4 y 560 CDEFA por agravamiento de una servidumbre de vertido de aguas pluviales y vertiente de tejados, declarando que el dueño del predio sirviente podía exigir las modificaciones que creyera conveniente, pero no permite exigir la extinción de la servidumbre que tiene causas tasadas en el art. 571 CDEFA. La STSJA 15/09/2016 invoca también los arts. 556 a 558 CDEFA, y considera de aplicación supletoria (art. 1.2 CDEFA) el art. 543 Cc., sin que ninguna de dichas normas permita el agravamiento de la servidumbre de tubería de desagüe enjuiciado, aunque finalmente aplica el art. 7 LPH, que coincide con los anteriores en impedir la alteración de los elementos del edificio que perjudique los derechos de otro propietario.

Se considera una aplicación del ejercicio *civiliter* la forma de realización, sin necesidad de mencionarla expresamente, del art. 543-2º Cc. («Deberá elegir para ello el tiempo y la forma convenientes a fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente»).

También el ejercicio *civiliter* está contemplado para las servidumbres forzosas, de forma general en el art. 565, y como manifestaciones concretas en las de paso (art. 577.2) y de acceso a red general (art. 581.3), pero su aplica-

ción en esta clase de servidumbres ha de entenderse de forma más restrictiva, primando el uso de la servidumbre que menor perjuicio cause en la finca sirviente, que en las servidumbres forzosas de paso y acceso a redes se concreta en la fijación del lugar o acceso que no serán, necesariamente, los que mejor satisfagan las necesidades de la finca dominante, sino los que menos restricciones ocasionen a la utilización de la finca sirviente, permitiendo la utilidad normal de la servidumbre aunque no sea de la forma más provechosa.

**C. Contenido accesorio: obras y trabajos en las fincas.** El Código aragonés regula en el art. 558 las obras en las fincas sujetas a servidumbre como una expresión del contenido de las servidumbres, como derechos necesarios para el uso de la servidumbre concedidos al establecerse la misma (art. 556.1). El Código civil las incluye, en los arts. 543 y siguientes, bajo el título «derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente».

La realización de obras y trabajos puede ser necesaria para el inicio del ejercicio de la servidumbre o posteriormente para su conservación o reparación posibilitando la continuidad de su uso. El Código aragonés se preocupa de señalar a quién corresponde el coste de tales obras (art. 558) y de prohibir la alteración de la servidumbre (art. 557, uso *civiliter*). Tampoco especifica el art. 558 que las obras y trabajos se realicen en la finca sirviente, pero así como no cabe que el titular de la finca sirviente realice obras en la finca dominante (art. 558.4), el titular de la finca dominante podrá realizar en su propio fundo las obras que considere convenientes para la mejor utilidad de la servidumbre, y además realizar las necesarias en la finca sirviente, con el límite general de no hacer más gravosa la servidumbre.

De este criterio deriva también una interpretación estricta, concorde con la que hacen las SSTS 11/03/2003 y 02/03/2005 para el art. 543 Cc., de que son siempre obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, y que en virtud de la ley no se permite realizar obras de mejora o simple utilidad para un mejor aprovechamiento o utilidad de la finca dominante, salvo que tal derecho le venga atribuido por el título constitutivo (REBOLLEDO). El título constitutivo puede establecer la posibilidad de obras de mejora, otra distribución de los gastos entre los titulares de la finca dominante, el derecho a realizar las obras o soportar los gastos por los titulares de derechos reales posesorios cuando la previsión no venga establecida por ley (art. 562), o que los titulares de la finca sirviente no soporten, en ningún caso, dichos gastos o, por el contrario, asuman la realización y coste total de las obras y trabajos (arts. 558.3 y 559).

Las obras, trabajos y gastos corresponden al titular de la finca dominante, y el titular de la finca sirviente está obligado a soportar tales actividades en



su finca y, como obligación accesoria, permitir la ocupación temporal, parcial o total, de su finca para la ejecución de obras (art. 558.1). El título constitutivo puede establecer otra distribución de los gastos entre los titulares de la fincas dominante y sirviente. Si son varias las fincas dominantes, sus titulares están obligados a contribuir al desembolso de gastos en proporción al beneficio que obtengan de la obra, y pueden eximirse de tal contribución renunciando a la servidumbre (art. 558.2). Se trata de una obligación accesoria al derecho real de servidumbre y no de una obligación autónoma (BELLOD). La renuncia no se produce en provecho de los demás titulares, como expresa el art. 544-1º Cc., indicando que es una renuncia abdicativa y no necesariamente traslativa, lo que es más coherente con la existencia de varios titulares de fincas dominantes y, probablemente, varias servidumbres que se ejercitan en forma o lugar comunes, que no se verán reducidas en una parte ideal proporcional por la renuncia, pudiendo ocasionar, al ser una causa de extinción de las servidumbres (art. 571.1.c), un beneficio futuro en el uso de la servidumbre para los demás titulares.

El titular de la finca sirviente debe contribuir proporcionalmente a los gastos, en función de los beneficios que obtenga de las obras, si le reporta una utilidad efectiva a su finca, aunque por pacto puede establecerse una proporción distinta (art. 558.3). El art. 566-6.2 del Código catalán regula también esta contribución y se entiende que no es un supuesto de servidumbre recíproca, sino que regula el aprovechamiento de las instalaciones por el titular de la finca sirviente, cuyo coste debe asumir proporcionalmente para evitar un enriquecimiento injusto.

a) *Liberación de cargas*. Pero si se ha comprometido al constituirse la servidumbre a costear dichas obras, puede liberarse de esta carga abandonando su finca al titular de la dominante (art. 559). Como en el art. 599 Cc., para liberarse de esta obligación *propter rem* accesoria de forma definitiva, basta abandonar unilateralmente la titularidad del inmueble, sin que se produzca una sucesión de la deuda ni la transmisión del inmueble, aunque la carga seguirá gravando a los sucesivos titulares de la finca sirviente (LACRUZ/LUNA).

b) *Modificación de la servidumbre (ius variandi)*. A su vez, el titular del fundo sirviente no puede realizar obras que menoscaben, perjudiquen, limiten o dificulten el uso de la servidumbre (art. 558.4 CDFA y art. 545.I Cc.), pero si su ejercicio le resulta excesivamente gravoso o incómodo, puede exigir a su cargo las modificaciones convenientes en la forma y lugar de prestarla (*ius variandi*), siempre que no disminuyan su valor o utilidad (art. 560.1). El ejercicio del *ius variandi* de la servidumbre no es sino una manifestación del uso *civiliter* de las servidumbres, y presupone probar la incomodidad o el perjuicio que la servidumbre ocasiona tal como está establecida, sin variar la utilidad de la servidumbre que supondría constituir una nueva

servidumbre. Como en el art. 545.2º Cc., la modificación de la servidumbre puede acordarse entre los titulares activos y pasivos de la servidumbre, o exigirse ante la autoridad judicial por el titular de la finca sirviente (SAPT 30/04/2001).

#### 4. Constitución de las servidumbres

Los modos de constitución de las servidumbres se establecen en el art. 561, que comprende la constitución voluntaria de las servidumbres, la constitución forzosa de las mismas, la adquisición por usucapión, y por signo aparente o destino del padre de familia (SAPH 31/05/2019). Los artículos siguientes desarrollan aspectos concretos sobre legitimación para constituir servidumbres (art. 562), constitución de servidumbres sobre finca indivisa (art. 563) y finca propia (art. 564), constitución forzosa de servidumbres (art. 565) y por signo aparente (art. 566), usucapión de servidumbres (Sección IV, arts. 568 a 570), y prohibición de constituir por usucapión las servidumbres negativas y modo de constitución de las mismas (art. 567), artículos que se agrupan temáticamente para su estudio.

*A. Constitución voluntaria y forzosa de las servidumbres.* Comienza el art. 561 (letras a y b) distinguiendo entre las servidumbres voluntarias y forzosas (legales las denomina el art. 536 Cc.), tomando en consideración el modo de su constitución. Así, se consideran voluntarias las que se constituyen por voluntad de los sujetos implicados; y forzosas, las servidumbres cuya constitución puede ser exigida forzosamente contra la voluntad del titular de la finca sirviente.

*a) Constitución voluntaria.* En la constitución por voluntad de los titulares de las fincas dominante y sirviente (art. 561.a), se recoge en su expresión el principio de autonomía privada con los límites del art. 3 CDFA, al igual que en el art. 594 Cc., ya que la voluntad de los particulares se erige en fuente fundamental de creación de servidumbres mediante reconocimiento expreso por el Código aragonés.

El modo más habitual de constituirse las servidumbres es por negocio jurídico, sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o de última voluntad, y tendrá su expresión más frecuente en el contrato, que puede ser verbal (SAPH 05/12/2017) o en documento privado (SSAPH 12/02/1998 y 16/04/2003), pudiendo tener como finalidad principal la constitución de la servidumbre o comprenderse en un negocio jurídico más amplio, o tratarse de un negocio conexo o complementario (LACRUZ/LUNA). El negocio jurídico servirá de título como manifestación de voluntad de constitución de la servidumbre debiendo constar con claridad la voluntad de los otorgantes, ya que en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fondo (STSJA 08/03/2006), la determinación concreta de las fincas y la descripción de la

interrelación real de los predios que configura el gravamen, cuyo contenido puede completarse con el art. 556 CDFA (art. 598 Cc.), aunque la DGRN exige para su inscripción registral que debe concretar la extensión y modalidad de su ejercicio (la SAPH 06/05/2009, confirmada en este extremo por la STSJA 01/12/2009, rechaza un título contractual escrito de 1790 como constitutivo de una servidumbre de paso por no acreditarla entre esas concretas fincas; y la SAPZ 10/11/2005 resuelve que los estatutos de una comunidad de regantes no sirven como título, por falta de claridad, de la existencia de las servidumbres de paso pretendidas).

No hay que confundir título en todo caso con documento, ya que el primero es únicamente el acto jurídico hábil para constituir el derecho real. Tampoco tiene autonomía conceptual el título como modo de constitución de los derechos reales, ya que se encuentra inmerso, en gran medida, en la normativa genérica del negocio jurídico y, más concretamente, en aquella propia del negocio jurídico a través del que, en cada caso particular, se origina el título.

La constitución en virtud de título se cita en varios artículos, como el 555, 556.2, 566, 576, 582, 583.1 y 584, y cuando el título sea un convenio o pacto se deduce del propio art. 3 CDFA. La remisión al título de constitución es, a veces muy amplia, como en el art. 576, «por cualquier título», que incluiría los enunciados en art. 561; o en el art. 583.1, que comprende el título escrito y la posesión inmemorial, tal como señalaba ya el art. 146 Compilación, que es un modo válido de constitución de la alera foral y otros ademprios, por tener la fuerza de obligar de un título que, existente en su origen, se ha perdido o desaparecido su recuerdo.

Si se constituye la servidumbre por acto *inter vivos* oneroso (como un contrato traslativo de dominio o de los demás derechos reales), rige la regla general de libertad de forma (art. 1278 Cc.) y las partes afectadas activa o pasivamente por una servidumbre, en virtud de lo previsto en los arts. 1279 y 1280 Cc., pueden compelerse recíprocamente a otorgar escritura pública, aunque la inscripción registral del derecho real no tendrá carácter constitutivo (SAPH 12/02/1998). Los negocios a título gratuito (donación, art. 633 Cc.) requieren, sin embargo, de escritura pública (STS 20/10/1993, forma *ad solemnitatem*) por recaer la servidumbre sobre inmuebles. Al tratarse de constitución de derechos reales por actos *inter vivos*, es de aplicación la teoría del título y del modo, la constitución de la servidumbre requiere también la tradición o entrega de la cosa objeto del nuevo derecho real (arts. 609, 1095 y 1462 Cc.).

Desde el punto de vista de la eficacia y oponibilidad registral, y tal como establece la Ley hipotecaria respecto a los derechos reales limitativos del dominio (art. 13 LH), para que la servidumbre alcance incuestionable eficacia *erga omnes*, será necesaria su inscripción en el Registro (arts. 2, 3 y 32 LH).

Como excepción, la jurisprudencia reitera para las servidumbres aparentes que, aunque no estén inscritas, los signos exteriores, propios de estas servidumbres, les dotan de una publicidad equivalente a la de la inscripción en el Registro.

*a') Negocios jurídicos mortis causa.* La necesaria voluntad concorde de ambos titulares que exige el art. 561.a) excluiría los negocios jurídicos unilaterales *mortis causa*. Sin embargo, también las disposiciones testamentarias, u otro acto de última voluntad, pueden establecer servidumbres (art. 609 Cc. y STS 27/10/2003), cumpliéndose las formalidades propias del concreto tipo de testamento utilizado, ya que es título hábil para su constitución, pero requieren la titularidad y capacidad de disposición sobre los predios en los que se va a constituir la servidumbre, como ocurre con el titular de la finca sirviente, en la servidumbre por signo aparente (art. 566) y sobre finca propia (art. 564).

*b) Constitución de las servidumbres forzosa.* Frente al carácter voluntario de constitución de la letra a) del art. 561, el siguiente modo de constitución (letra b) se refiere a las servidumbres forzosas o legales. No se contemplaban en la Compilación, pero existían antecedentes forales aragoneses significativos y trataron de reflejarlos los Proyectos de 1899 y 1904. Su regulación responde a necesidades actuales de nuestra sociedad, con soluciones en el Código civil que no siempre son satisfactorias, y adaptadas a las utilidades sociales modernas.

La constitución de una servidumbre con carácter forzoso para el titular de la finca sirviente por voluntad del titular del fondo dominante, cuando la ley así lo conceda (SAPZ 27/03/2019), quedará determinada en su contenido y forma de ejercicio por el juez, cuando no haya acuerdo entre los titulares de ambas fincas (cabe la constitución voluntariamente aceptada de una servidumbre de paso por pacto entre los interesados [STSJA 16/05/2016], y puede resultar también del aquietamiento y voluntad del titular del fondo sirviente sin necesidad de imposición judicial [SAPZ 24/10/2008]), que la fijará de la forma menos gravosa para la finca sirviente, de acuerdo con el uso *civiliter* (art. 557) aplicado a las servidumbres forzosas, bajo la exigencia general de que la constitución debe establecerse mediante el pago de la correspondiente indemnización (art. 565). Esta disposición general, inspirada en criterios de equidad, se aplicará no solo para las servidumbres forzosas tipificadas en el Código aragonés (arts. 577 a 581), sino también a las establecidas por ley autonómica o estatal (Preámbulo CDFA, 40).

**B. Constitución por signo aparente o por destino del padre de familia.** La constitución de la servidumbre por signo aparente, o «por destino del padre de familia» según la doctrina tradicional, de un servicio fundiario entre dos inmuebles pertenecientes al mismo dueño, carecía de anteceden-

tes forales (STSJA 04/02/2004, voto particular) hasta que el art. 145 Comp. realizó una equívoca remisión expresa al art. 541 Cc., que originó un amplio debate doctrinal y jurisprudencial sobre los signos aparentes de luces y vistas (solo los de la Compilación o si la remisión incluía también los del Código civil). Los signos aparentes son los que señalaba la Compilación y ahora el Código aragonés y, como señala el Preámbulo del Código, la jurisprudencia «tuvo que sentar finalmente un criterio estable y acertado» en las SSTSJA 04/02/2004 y 16/12/2005, respecto a los signos exteriores en las servidumbres aparentes (especialmente de luces y vistas y paso) (STSJA 21/02/2013, 24/06/2013 y 16/11/2016).

En el Código foral se regula esta servidumbre en el art. 566, que difiere del art. 541 Cc. El art. 566 CDFa establece: «1. La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará suficiente, cuando se enajenare una, para que se entienda constituida la servidumbre, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación. /2. La regla establecida en el apartado anterior se aplicará a las fincas resultantes por división o segregación de aquella sobre la que existiera el signo aparente». La norma aragonesa se refiere a la constitución de la servidumbre, y no a la continuación de la misma, y subordina la configuración del signo aparente como título a la enajenación, corrigiendo conforme a la interpretación doctrinal mayoritaria lo expresado por el art. 541 Cc., otorgando un menor protagonismo a la voluntad jurídica del enajenante frente a la constitución de servidumbre sobre finca propia (SAPZ 03/04/2018); y dispone que el propietario que enajena una parte de la finca original puede oponerse al nacimiento de la servidumbre a través de la manifestación en contrario en el título de la enajenación, sin necesidad de añadir —como el art. 541 Cc.— que también se excluye la constitución de la servidumbre haciendo desaparecer el signo aparente antes del otorgamiento de la escritura, ya que se deduce del precepto aragonés que dicho signo existe en el momento de la enajenación (que no lo considera incluido en el art. 566 la STSJA 16/11/2016).

El Tribunal Supremo ha reafirmado el fundamento de esta servidumbre en la constitución voluntaria o tácita frente a la tesis de la constitución automática o *ex lege*, por el «reconocimiento del juego de la voluntad tanto respecto del acto de destinación del signo por el propietario común de ambas fincas, como requisito previo para su constitución, como a la falta de declaración en contra en el título de enajenación o transmisión de la finca, como condición para su existencia» (STS 22/07/2016), bien sea también cuando el signo aparente existe sobre una finca que es objeto de división o segregación con atribución a distintos titulares, como expresión de la amplitud del negocio jurídico de constitución de la servidumbre ( STSJA 24/06/2013 y STS 19/02/2016), según especifica el art. 566.2 CDFa.

El contenido de la servidumbre que surja vendrá determinado por la existencia del signo aparente y el estado o relación de servicio establecido en el mismo fundo antes de la división (SAPH 31/03/2017). En la STS 16/10/2019, en casación de la SAPH 31/03/2017 (en aplicación todavía del art. 541 Cc.), se declara —siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo— que es la utilidad o conveniencia para el fundo dominante y no la necesidad, como en las servidumbres legales o forzosas, la que justifica la subsistencia de la servidumbre, en este caso, de paso.

**C. Constitución por usucapión.** El último modo que señala el art. 561 de constitución de servidumbres (letra d) es por usucapión. Los arts. 568 y 569 reproducen los arts. 147 y 148 Compilación, y la Sección IV sobre usucapión de servidumbres se completa con el art. 570 referido al cómputo del plazo de usucapión. También se refieren a la usucapión de servidumbres el art. 567 para prohibirla en el caso de las servidumbres negativas, y el art. 575 para negar expresamente la posibilidad de la usucapión de las servidumbres no aparentes de luces y vistas.

No era sencillo, como indicaba para la Compilación SANCHO REBULLIDA, determinar el régimen aragonés de usucapión de servidumbres. Por ello, el Seminario de la Comisión Compiladora realizó una relectura de los antecedentes forales, compaginando la fidelidad histórica con la apuesta por las nuevas tendencias doctrinales (LACRUZ). De lo anterior deriva la declaración del Preámbulo de la Compilación de 1967 sobre clasificación de las servidumbres a efectos de usucapión, prescindiendo «de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas en base de la distinción entre servidumbres aparentes o no aparentes, conservando respecto de *estas últimas, además, la presunción de prescripción adquisitiva por posesión inmemorial*», que resume lo esencial del régimen aragonés (STS 12/07/1984).

*a) Cómputo del plazo de prescripción.* En cuanto al cómputo del plazo de la usucapión, establece el art. 570 que comenzará a contar el tiempo de la posesión desde que «el titular de la finca dominante hubiera comenzado a ejercerla sobre la finca sirviente» (STSJA 06/02/2013), regla que ya contemplaba el párrafo 2º del art. 14 del Apéndice de 1925 para las servidumbres continuas y aparentes, pero que no pasó a la Compilación. También coincide con lo establecido en el art. 538 Cc. sobre usucapión de las servidumbres positivas, aplicable a las servidumbres aparentes y no aparentes en Aragón, pues todas ellas han de ser positivas para poder usucapirse.

Un tratamiento conjunto de los arts. 568 y 569 nos permite distinguir, como en la Compilación y siguiendo a SANCHO REBULLIDA, entre usucapión ordinaria, usucapión extraordinaria y la posesión inmemorial de las servidumbres.

b) *Usucapión ordinaria y extraordinaria.* Ya que el plazo para la adquisición de las servidumbres es idéntico para la usucapión ordinaria y extraordinaria, la diferencia radica en la exigencia o no de buena fe y justo título. El Código aragonés establece la diferenciación entre servidumbres aparentes y no aparentes (art. 552.2), pero debe acudir al Código civil para la interpretación de otros conceptos utilizados, como ausentes (art. 1958 Cc.), justo título (art. 1952 Cc.) y buena fe (art. 1950 Cc.).

c) *Usucapión ordinaria. Usucapión de las servidumbres no aparentes.* La usucapión ordinaria se produce por la posesión «ad usucapionem» de diez años entre presentes y veinte entre ausentes (distinción cuya utilidad se pone en duda en la actualidad), con buena fe (STSJA 12/02/1996) y justo título (SAPH 03/07/2006). La usucapión ordinaria es aplicable en Aragón a todas las servidumbres no aparentes (art. 569 CDFa), continuas o discontinuas indistintamente, susceptibles de posesión al expresarlo el art. 569, y a las aparentes porque si son susceptibles de usucapión sin título ni buena fe, con mayor razón lo serán cumpliendo estos requisitos (SAPZ 11/12/2006).

La susceptibilidad de la posesión, como requisito explícito en las no aparentes, exige una posesión en sentido propio, eliminando los actos meramente tolerados (SAPT 20/03/2018 y SAPH 17/05/2002). Tales actos no originan dudas cuando se producen de forma aislada, intermitente y ocasional, pero las plantean cuando perduran en el tiempo y concurren otras circunstancias (SSTSJA 14/07/2004 y 08/03/2006, sobre reconocimiento de servidumbres de paso declaran, a pesar del largo tiempo de uso, que el paso se realizaba por mera tolerancia; con voto particular discrepante de la sentencia de 2004, que aprecia que supera la tolerancia de una situación transitoria o de las relaciones de buena vecindad, y que se ha objetivizado la posesión). La SAPZ 06/07/2010 toma en cuenta para deslindar los actos meramente tolerados, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, la intención del dueño del predio sirviente, el conjunto de las relaciones entre las partes, o la inocuidad del uso y estado de abandono del predio sirviente.

Específicamente, el art. 575 expresa que no son susceptibles de posesión, y por tanto de usucapión, las servidumbres no aparentes de luces y vistas. El justo título y la buena fe son requisitos acumulativos, por lo que deben concurrir en la usucapión de las servidumbres no aparentes (art. 569) conjuntamente.

d) *Usucapión extraordinaria. Usucapión de las servidumbres aparentes.* La usucapión extraordinaria sólo exige como requisito la posesión «ad usucapionem», es decir, la posesión civil y no la mera tenencia material o la posesión natural, que, conforme al art. 1.2 CDFa por remisión al Código civil, sus requisitos son los que señalan los arts. 1941 y 1942 (SAPT 20/03/2018), pública, pacífica e ininterrumpida de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, aplicable a todas

las servidumbres aparentes (art. 568), sean continuas o discontinuas (STSJA 06/02/2013). Servidumbres aparentes serán aquellas cuyos signos exteriores reúnan los requisitos del art. 552.2 CDFA, ya comentado, por lo que ya no es necesaria la remisión al art. 532 Cc.

e) *La posesión inmemorial*. La posesión inmemorial daría lugar también a una usucapión extraordinaria, al no requerir buena fe ni justo título (SATZ 30/06/1902), aunque debe ser «pacífica y no interrumpida» (art. 569 CDFA; SAPT 30/06/2000). Es doctrina mayoritaria, avalada en Aragón por varias Observancias (Observancias 4ª y 9ª *De praescriptionibus*, del Libro II, y las Observancias 3ª *De pascuis*, y 4ª *De aqua pluviali arcenda* del Libro VII), que más que una forma de usucapión se trata de una presunción de título, aunque en la actualidad tiene la doble vertiente de presuntiva de título (en derechos de pastos y adempios) y de prescripción adquisitiva de servidumbres (art. 569 CDFA).

Tras los textos forales, el Apéndice en el último párrafo del art. 14 (SAPH 13/01/2006), el art. 148 Comp. y ahora en el inciso final del art. 569 CDFA han contemplado la posesión inmemorial de forma ininterrumpida en el Derecho aragonés como modo de adquirir las servidumbres (por lo que no es necesaria la invocación de la jurisprudencia sobre la inmemorialidad nacida antes de la vigencia del Código civil, SAPZ 27/03/2019). Históricamente se aplicaba especialmente a las servidumbres discontinuas, aparentes o no, «que no se adquirirían en fuerza de una posesión regular» (DEL PLANO), y por ello tiene mayor sentido como usucapión extraordinaria de las no aparentes (SAPT 26/07/2001 y SAPH 18/11/2009).

Las Observancias indicaban que la posesión inmemorial es aquella de cuyo origen se ha perdido la memoria de los hombres, sin constar noticia en contrario, criterio deudor del Derecho común medieval (SAPH 15/12/2004 y SAPZ 04/07/2005). En la doctrina foral histórica la posesión inmemorial era la testimoniada por personas de más de cincuenta años, con más de cuarenta de memoria, que puedan narrar lo vivido por ellos y lo visto u oído de sus padres, o, como señalaba el art. 343 de la Compilación catalana de 1960, «cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición de la anterior, haya conocido otro estado de cosas». DIESTE añadía que la posesión inmemorial no se vicia por instrumento cuya antigüedad exceda de cien años después de haber sido probada.

f) *Prohibición de constitución por usucapión de las servidumbres negativas*. El art. 567 viene a cerrar definitivamente la posibilidad abierta por el art. 14 del Apéndice foral de usucapir las servidumbres negativas de luces y vistas y que la Compilación no prohibió expresamente, pero ligó su usucapión a la posedibilidad de la servidumbre en el art. 148. La preocupación del legislador era impedir la usucapión de actos meramente tolerados, exigiendo justo título y buena fe en las servidumbres no aparentes, que hace prácticamente



innecesario el recurso al acto obstativo (que invocaban algunas sentencias como SAPH 24/04/1997). SANCHO REBULLIDA consideraba que el prescindir la Compilación del acto obstativo no suponía una laguna legal a suplir con el art. 538 Cc., sino que expresa el rechazo a este sistema como «sucedáneo de la posesión», por centrar la Compilación toda la aptitud para la usucapión en la posesibilidad, lo que provocaba el rechazo de la usucapiabilidad de las servidumbres negativas por no ser susceptibles de posesión. El único portillo abierto por la Compilación, al partir de la insegura equiparación dogmática entre servidumbres negativas y no aparentes, era el de la usucapión de las servidumbres negativas aparentes mediante el art. 147 Compilación. El art. 567 CDFa extiende esta prohibición a todas las servidumbres negativas.

g) *El reconocimiento de las servidumbres negativas por el dueño del predio sirviente.* El apartado 2º del art. 567 establece, como el art. 540 Cc., que «la falta de título constitutivo de las servidumbres negativas únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño de la finca sirviente»; la falta de título no se refiere a la ausencia de negocio jurídico constitutivo de la servidumbre, sino a la falta de título formal o instrumental, de documento público que sirva de medio de prueba del nacimiento de la servidumbre (SSTS 21/12/1990 y 20/10/1993). Por ello la declaración unilateral de voluntad del titular de la finca sirviente en la escritura de reconocimiento admitiendo la existencia de la servidumbre no crea la servidumbre, no es un nuevo modo de constitución de las servidumbres negativas diferente al título o negocio jurídico, sino prueba de que existe o existió el título. No añade el Código aragonés la referencia del art. 540 CC al reconocimiento por sentencia firme por innecesaria, ya que no se trata de una declaración judicial respecto a servidumbres forzosas y la resolución judicial simplemente declara que se ha probado la existencia del negocio jurídico constitutivo, aunque no exista título documental; critica ALONSO esta omisión por entender que priva al Derecho aragonés de la posibilidad de una sentencia que declare la existencia del negocio jurídico constitutivo de la servidumbre a través de otro medio distinto a la escritura de reconocimiento.

**D. Legitimación para constituir servidumbres.** La legitimación para constituir servidumbres es más limitada, por la restricción del derecho de propiedad que supone, que para establecer relaciones de vecindad (art. 537.1), y por ello el art. 562.1 se refiere exclusivamente a propietarios y «titulares de derechos reales posesorios» sobre las fincas reconociéndoles la posibilidad de constituir servidumbres sobre las fincas dominante y sirviente, con el alcance y duración de sus derechos en el caso de los titulares de derechos reales limitados (SAPT 13/11/2017), y no extensible a titulares de derechos personales como los arrendatarios (SAPH 16/09/1999). Es aplicable este precepto, que sirve de regla general, tanto a las servidumbres voluntarias como a las forzosas, y por ello el Código aragonés se refiere

generalmente a los «titulares», salvo en algún caso como el art. 566 que menciona expresamente al «propietario» para la constitución de servidumbre por signo aparente, pero sin determinar quiénes van a ser los titulares de la servidumbre constituida. ALONSO interpreta que la constitución de servidumbre por el titular del derecho real posesorio (por ej. usufructuario) sobre finca que resultará ser sirviente no ofrece dudas interpretativas al disponer de una facultad que integra el derecho real limitado del que es titular el constituyente; pero no considera, sin embargo, adecuado limitar el contenido y duración de la servidumbre al del derecho real limitado del que es titular el constituyente en el supuesto de constitución por el titular sobre finca dominante porque la servidumbre se constituye a favor de la finca y no de un sujeto determinado, pero como la duración temporal se contempla también en las causas de extinción de las servidumbres (art. 571.1.e), no puede salvarse interpretativamente tal límite, salvo considerando que puede excepcionarse por pacto expreso (STS 13/12/2018). El art. 562.2 prevé, al igual que el art. 595 Cc., el establecimiento de servidumbres en fincas sobre las que recae un derecho de usufructo. El nudo propietario puede constituir una servidumbre sobre la finca usufructuada que no perjudique el derecho de usufructo y sin consentimiento del usufructuario, por lo que *a sensu contrario* necesitará de su consentimiento si afecta a los derechos del usufructuario.

*E. Constitución de servidumbres sobre finca indivisa.* En caso de cotitularidad o titularidad compartida sobre la finca a gravar con servidumbre se requiere el consentimiento de los demás interesados (LACRUZ/LUNA), y por ello el art. 563.1 CDFA, y el art. 597 Cc., imponen el consentimiento de todos los titulares para constituir una servidumbre sobre finca indivisa. El art. 563.2 dispone que la concesión hecha solamente por algunos de los cotitulares quedará en suspenso hasta el momento en que la otorgue el último de ellos, porque el consentimiento de los cotitulares no tiene necesariamente que producirse de forma simultánea, manteniendo la constitución de la servidumbre en una situación de pendencia o suspensión —sin señalar límite temporal— hasta que no concorra la voluntad unánime de todos los cotitulares.

El art. 597 Cc. cuenta con un tercer párrafo que indica que la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido, que en la propuesta legislativa realizada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil no se incluyó por considerar que podría interpretarse como la conversión en derecho real de una obligación meramente personal que no tiene acceso al Registro de la Propiedad, y plantea numerosos problemas doctrinales como la duración de la vinculación del concedente y sus sucesores, o la posibilidad de revocación si los demás copropietarios no consienten la constitución de la servidumbre, la no oposición de hecho o derecho a la servidumbre

concedida —si se trata de una vinculación real para los sucesores—, o si es necesaria la constancia de la existencia de la concesión para un nuevo adquirente de la cuota indivisa.

**F. Constitución de servidumbres sobre finca propia.** El art. 564, bajo el título «servidumbre sobre finca propia», contempla la denominada «servidumbre de propietario» y la servidumbre en la que existe una coincidencia parcial de los titulares de las fincas dominante y sirviente. Si en el supuesto del art. 563 se establecía una servidumbre sobre una finca de titularidad común, pudiendo ser beneficiaria de la servidumbre la finca de titularidad exclusiva de uno de los cotitulares, en el art. 564.2 la servidumbre beneficia a una finca en comunidad gravando otra finca de titularidad exclusiva de uno de los comuneros, y en ambos casos se requiere que el derecho de propiedad sea insuficiente para obtener la utilidad en que consiste la servidumbre, por lo que es necesaria para ejercitarla frente a los demás cotitulares o por éstos frente a uno de ellos (REBOLLEDO). Esta modulación de la regla de ajenidad entre fundos, «nemini res sua servit iure servitutis», se excepciona aún más en el caso de la «servidumbre de propietario», rechazada por la jurisprudencia, pero admitida por la doctrina, de tal forma que el propietario de una o varias fincas puede establecer servidumbres sobre ellas, tal como se regula en el art. 564.1.

También la contemplan los Derechos alemán y suizo y el Derecho catalán, ya que el requisito de la distinta titularidad de las fincas dominante y sirviente que exige el art. 530 Cc. no viene establecido en la definición legal de servidumbre (art. 551.1 CDFA), y las previsiones normativas de los arts. 563 y 564 CDFA se consideran necesarias, aunque es en parte deducible de otras normas civiles estatales salvo la servidumbre de propietario, para contemplar supuestos de escrituras de constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal de un solo titular con servidumbres entre fincas en la inscripción registral que no adquirirían eficacia hasta la enajenación de alguna de las fincas, y otras situaciones de propiedad ordinaria, hereditaria y conyugal del Derecho aragonés respondiendo a nuevas exigencias económicas que modulan el carácter de ajenidad de las fincas en la servidumbre (STS 19/11/2002 y SAPZ 18/03/1995), y que el legislador aragonés ha entendido que formaba parte de la necesaria actualización de su ordenamiento, «atendiendo a requerimientos de la práctica» (Preámbulo CDFA, 40).

A resolver estos problemas prácticos, sin suponer novedosas soluciones a las aportadas por la doctrina en el Derecho estatal, responde el art. 564 que condiciona la eficacia de la servidumbre a la transmisión de una de las fincas pertenecientes a la misma persona, mientras que si la titularidad de ambas fincas pertenece solo de forma parcial a una persona, la servidumbre produce sus efectos desde su constitución. Aunque el Derecho aragonés facilita el reconocimiento de la servidumbre de propietario por no establecer como presupuesto esencial de las servidumbres la ajenidad entre predios (art. 551)

y deducirse de la causa de extinción del art. 571.2, el art. 564 parece limitar sus efectos al cambio de titularidad de alguna de las fincas, por lo que entiende ALONSO que la contradicción normativa podría salvarse interpretando que cabe distinguir entre la constitución de la servidumbre, que es posible perteneciendo la finca al mismo titular, y la eficacia de la misma subordinada a la pertenencia a distintos dueños.

a) *Diferencias entre la servidumbre por signo aparente y sobre finca propia.* El Derecho aragonés parece ofrecer al titular único de ambas fincas las dos vías o soluciones para constituir una servidumbre (ALONSO); parece, además, que condicionadas en ambas la eficacia de la servidumbre a la enajenación o transmisión de una de las fincas, es más sencilla la servidumbre de propietario que no requiere el establecimiento o pervivencia de un signo aparente para constituir la servidumbre. La Comisión Aragonesa de Derecho Civil prefirió plantear la diferenciación de regulación entre ambas, aunque en los trabajos previos se propuso una solución semejante al art. 566-3.2 Cc. catalán, que regula ambas, la servidumbre de propietario y la servidumbre por signo aparente, que reduce su constitución al supuesto de hacer constar expresamente la existencia del signo aparente en el acto de enajenación de una de las fincas.

En ambos casos se trata de constitución voluntaria de servidumbres, jugando la voluntad del titular común un distinto papel ya que la servidumbre de propietario requiere una expresa voluntad de constitución de la servidumbre, mientras que en la constitución de la servidumbre por signo aparente solo se requiere la voluntad implícita o el acuerdo tácito de voluntades (SAPZ 03/04/2018); y cabe diferenciarlas en cuanto a la clase de servidumbres que pueden constituirse, ya que el art. 566 solo lo permite para las aparentes pero no existe limitación para la constitución de servidumbres sobre finca propia, cuya eficacia, que se producirá en el acto de enajenación de una de las fincas, se retrotraerá al momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad, mientras que en la servidumbre por signo aparente la constitución y eficacia se darán en el mismo momento que se enajene o transmita una de las fincas (BELLOD).

## 5. Extinción y modificación de las servidumbres

A. *Modos de extinción de las servidumbres.* En cuanto a los modos de extinguirse las servidumbres fue una opción del legislador en 1967 —y anteriormente de los Proyectos de Codificación de 1899 y 1904 y del propio Apéndice Foral de 1925— no incluirlos, posibilitando la aplicación supletoria del art. 546 Cc., pero las novedades incluidas en el nuevo Código y la aclaración de algunas causas de extinción aplicables al régimen aragonés de servidumbres, han llevado a regular una Sección V bajo el título «extinción y modificación de las servidumbres» en los arts. 571 a 573, contemplando tanto

la extinción total de las servidumbres (SAPZ 27/02/2019) como la extinción parcial por modificación de las fincas. La STSJA 17/11/2014 expresa que las causas de extinción de las servidumbres del art. 571 CDFA, que coinciden en gran medida con las del art. 546 Cc., vienen enumeradas de forma cerrada (*numerus clausus*) por lo que no se pueden aplicar a supuestos distintos como el de la alteración o el agravamiento de la servidumbre. En las servidumbres forzosas de paso se prevé expresamente su extinción por desaparición de la necesidad del paso en el art. 580 CDFA.

a) *No uso*. La primera causa de extinción de las servidumbres señalada en el art. 571.1 es «el no uso durante veinte años», como falta de ejercicio material (que niega para una servidumbre de paso que se seguía utilizando cada dos años en un pueblo en estado de ruina la SAPH 28/04/2000), aplicable a cualquier clase de servidumbre. Coincide con el Código civil (art. 546.2º), y también el computo del plazo, que comienza a contarse en las servidumbres discontinuas «desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre», y en las continuas «desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre» (SAPZ 15/12/2004), aplicando esta clasificación (art. 552.4 CDFA) solo a efectos de la extinción y no de la usucapión de las servidumbres, y que ha sido criticada por perjudicar especialmente a los ademprios vecinales. Añade el precepto, en su inciso final, como excepción al no uso que no se aplicará a la servidumbre sobre finca propia ya que por su configuración presupone la falta de uso, produciéndose una discordancia entre el art. 564, que introduce la distinción entre constitución y eficacia de la servidumbre sobre finca propia que no se ve reflejada en la causa de extinción por no uso (ALONSO). También se aplica esta causa de extinción a las servidumbres adquiridas por posesión inmemorial (art. 569) (SAPT 20/07/1998).

b) *Prescripción extintiva sobre finca en comunidad*. Y el art. 573 traslada al Derecho aragonés el contenido del art. 548 Cc., expresión del principio de la actuación del comunero en beneficio de la comunidad, de tal modo que los actos realizados por un comunero aprovechan a todos en su condición y ejercicio de copropietario y, por tanto, la actuación de uno impide la situación de no uso o interrumpe la prescripción, aunque se produzca una inactividad por parte de los demás, evitando la prescripción extintiva del derecho de servidumbre para todos ellos.

c) *Extinción en situación de confusión*. También referida a la servidumbre sobre finca propia (art. 564), pero en un supuesto distinto al de su constitución, se establece como excepción a la extinción de la servidumbre en el art. 571.2 que «la reunión en una misma persona de la propiedad de las fincas dominante y sirviente solo será causa de extinción de la servidumbre si el titular de ambas declara su voluntad en tal sentido». La extinción por consolidación o confusión establecida en el art. 546.1º Cc. no se aplica en

el Derecho aragonés, y tampoco en el Derecho catalán (art. 563-3.3 de su Código), ya que el titular de ambas fincas puede decidir el mantenimiento de la servidumbre o la extinción unilateral, y obtener la cancelación registral sin perjuicio de tercero. Tampoco se consideraría extinguida la servidumbre «cuando lo que se adquiere es una parte indivisa», como establece el art. 93.1º de la Ley civil gallega, coherente con el art. 564.2 del Código aragonés.

*d) Cumplimiento de término o condición y extinción del derecho real limitado.* Otras causas de extinción de las servidumbres están vinculadas al título constitutivo de la servidumbre (letras b y e). El cumplimiento del plazo o la realización de la condición extinguen la servidumbre, dado su carácter no permanente (art. 553.2) si constan en el título constitutivo, ya que esta causa de extinción solo opera en las servidumbres de origen negocial, añadiendo que el término y condición han de ser resolutorios por las distintas consecuencias que originan los plazos y condiciones suspensivos (SAPZ 21/02/2002). Y los titulares de derechos reales posesorios pueden constituir servidumbres que tienen el alcance y duración de sus derechos (art. 552.1), que determinan también su causa de extinción (art. 571.1.e).

*e) Renuncia y redención convencional.* También existe una conexión entre la renuncia del titular de la finca dominante (letra c) y la redención convencional como causas de extinción de las servidumbres. La renuncia es la declaración unilateral del titular de la finca dominante mediante la que se declara extinguida la servidumbre. La jurisprudencia y la doctrina admiten que la renuncia puede ser tácita (STSJA 06/02/2013), y también gratuita o mediante algún tipo de compensación, que le aproxima en este último caso a la redención. La redención convencional indica un supuesto de convenio o acuerdo extintivo de la servidumbre entre los titulares activo y pasivo de la servidumbre. Cabe tanto la extinción de la servidumbre por acuerdo de los interesados como la redención unilateral, por parte del titular del fundo sirviente, y forzosa para el titular del dominante, si se pactó esa posibilidad en el momento de establecerse el gravamen (LACRUZ/LUNA), pero ya no se aplica en el Derecho aragonés la redención coactiva de los arts. 603 y 604 Cc. para las servidumbres de pastos y ademprios (arts. 582 a 584 CDFa).

*f) Pérdida total de la finca sirviente o de la dominante. Imposibilidad de ejercer la servidumbre.* La última causa de extinción de servidumbres (art. 571.1.f CDFa) es «la pérdida total de la finca sirviente o de la dominante», que la contempla también el Derecho catalán (art. 566-11.b), y difiere del contenido del art. 546. 3º Cc. («cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre»), interpretándose el precepto aragonés, como el catalán, en el sentido de que la pérdida total es una causa objetiva y puede afectar a ambas fincas representando su destrucción material o el advenimiento de circunstancias que impiden su función o destino económico (LLÁCER) —que coincidiría con la interpretación que del art. 546.3 Cc. hace

la SAPH 30/06/2006—, permitiendo extinguir la servidumbre sin necesidad del transcurso del plazo de veinte años. La diferencia con el art. 546.3º Cc. es que en el supuesto de que las fincas vengan a un estado en que no pueda utilizarse la servidumbre se extingue la servidumbre si transcurren los veinte años de no uso, no extinguiéndose por imposibilidad transitoria, mientras que en el caso del denominado «persecimiento del fundo» la destrucción de la finca es total, definitiva y completa, sin permitir ninguna utilidad a sus titulares, por lo que la causa del Código civil es más amplia, pero subsumible en la causa del no uso por veinte años que produce la verdadera extinción de la servidumbre y no la suspensión temporal del uso (SAPZ 09/07/1993), mientras que el persecimiento del fundo es un caso concreto extraordinario con pérdida total de la utilidad de la servidumbre, que permite extinguir la servidumbre sin necesidad del transcurso de dicho plazo temporal.

*B) Extinción parcial por modificación de las fincas.* Los supuestos previstos en el art 572, bajo el título «extinción por modificación de las fincas», no pueden considerarse como una imposibilidad parcial del ejercicio de la servidumbre, aunque es una consecuencia que podría producirse, por ser una manifestación del principio de la indivisibilidad de las mismas (art. 554), que ocasiona una multiplicación de titulares activos o pasivos de la servidumbre pero no afecta al ejercicio del derecho, planteándose como una excepción al principio y provocando una extinción parcial de la servidumbre, que debe mantenerse sobre las fincas resultantes de la originaria por la utilidad que les reporta. Si producida la división o segregación de la finca dominante la servidumbre solo resulta útil para alguna de las fincas resultantes, los titulares de la finca sirviente pueden exigir la extinción de la servidumbre respecto a las fincas resultantes para las que no sea necesario el uso de la misma, e igual ocurre en caso de división o segregación de la finca sirviente, que faculta a los titulares de las fincas resultantes que no proporcionen ninguna utilidad a la dominante a exigir la extinción de la misma respecto a estas fincas.

Es una causa de extinción parcial de la servidumbre aplicable tanto a las servidumbres voluntarias como a las forzosas, extinción que puede ser total en la servidumbre forzosa de paso, por haber adquirido el titular de la servidumbre una finca colindante a vía pública o abrirse una nueva vía a la finca enclavada (art. 580).

## 6. Servidumbres de luces y vistas

Los arts. 574 a 576 CDFa forman el Capítulo II del Título II del Libro IV bajo el epígrafe de «servidumbres de luces y vistas» regulándolas, al igual que en el anterior art. 145 Compilación, como servidumbres voluntarias, diferenciando este derecho real limitado nítidamente de las relaciones de ve-

ciudad de luces y vistas (arts. 545 a 550 CDFa), con un esfuerzo añadido del legislador por evitar equívocas zonas de contacto e imposibilitando que las servidumbres negativas y no aparentes de esta clase puedan adquirirse por usucapión.

*A. Importancia de los voladizos como signo aparente de servidumbres de luces y vistas.* Una vez establecido el régimen normal de luces y vistas (art. 144), la Compilación señalaba una limitación anormal sobre el predio ajeno que configura la servidumbre de luces y vistas. En este sentido, siguiendo el criterio genérico de apariencia del art. 532 Cc., el art. 145 establecía como especialidad aragonesa que los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre la finca ajena han de considerarse como signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, negándole tal relevancia a la falta de protecciones (reja y red) o a los voladizos sobre fondo propio (SSTSJA 04/02/2004 y 27/09/2007).

El art. 574 («signos aparentes») reproduce casi en su totalidad el art. 145 de la Compilación: «Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fondo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo 545 ni tampoco los voladizos sobre fondo propio», confirmando que los voladizos sobre fondo ajeno son los «únicos» signos exteriores (conforme al art. 552.2 CDFa) de servidumbres aparentes de luces y vistas a favor del predio de donde surgen los voladizos (STSJA 05/12/2017), por lo que el sistema aragonés hace depender determinados efectos de la existencia o no de un signo aparente prescindiendo de la conducta de los titulares de las fincas dominantes, consiguiendo el efecto de limitar los casos de adquisición de la servidumbre por usucapión (LACRUZ MANTECÓN).

El concepto de voladizo lo recoge ahora el Código foral en el art. 548, ya estudiado, en sede de relaciones de vecindad de luces y vistas y es el que aplica el art. 574, reconociéndose como voladizo una ventana con la existencia de un balcón sobre ella (SAPZ 30/01/1997), y no sirve cualquier elemento constructivo como signo aparente de esta servidumbre, porque «el voladizo al que se refiere el art. 574 CDFa no es cualquier elemento arquitectónico que vuele sobre el fondo sirviente, sino aquél que propicia o facilita las vistas» (SAPZ 03/04/2018), por lo que no lo es un alero del tejado (SAPT 08/05/1996), ni un pequeño patio de luces (STSJA 23/11/2010).

Al negar el Código aragonés el carácter de signo exterior y aparente a los huecos no protegidos y a los voladizos sobre fondo propio, se separa, por su régimen de vecindad más permisivo, claramente del régimen del Código civil que permite, prácticamente, adquirir una servidumbre de luces o vistas por cualquier infracción de lo que técnicamente se deben considerar relaciones de vecindad. Si en el art. 545.2 CDFa se prohíben los balcones y



voladizos a menos de dos metros en vistas rectas o de sesenta centímetros en vistas oblicuas del límite de la finca vecina, su existencia sobre fondo ajeno —decía el Informe del Seminario de la Comisión Compiladora— «implica una violación aparente de las normas reguladoras del régimen ordinario de las relaciones de vecindad y, por lo tanto, signo aparente de verdadera servidumbre, susceptible, en principio, de ser adquirida por usucapión y por título y, en ambos casos, voluntaria, nunca legal».

**B. No usucapión de las servidumbres no aparentes.** El Código aragonés resuelve también una polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la posible adquisición por usucapión de las servidumbres no aparentes (que en Aragón serían negativas), al establecer el art. 575 que la servidumbre no aparente de luces y vistas, al no ser susceptible de posesión, no puede adquirirse por usucapión y por consiguiente tampoco puede utilizarse el acto obstativo como inicio de la posesión en Aragón, cerrando definitivamente las secuelas del art. 14 del Apéndice y las dudas en la Compilación, respecto a las servidumbres negativas y no aparentes de luces y vistas (SSTSJA 05/12/2017 y 22/04/2018).

**C. Efectos de la adquisición de la servidumbre.** La servidumbre luces y vistas que se inicia por el sobrevuelo de voladizos sobre el fundo vecino se registrará, en defecto de otro título, por las disposiciones del Código aragonés en cuanto a su constitución, ejercicio y extinción (arts. 556 a 573 CDFa), salvando la anterior supletoriedad del Código civil. Por usucapión, al adquirirse una servidumbre aparente, se producirá en los plazos señalados por el art. 568 CDFa, ya que no quedará constituida hasta el agotamiento de dichos plazos (SAPH 12/01/1995).

Pueden constituirse por título toda clase de servidumbres de vistas directas, como expresa el art. 576 CDFa y también el art. 585 Cc. —que ha perdido su función supletoria en el Código aragonés—, aunque no se ejerciten desde balcones o miradores en virtud de la libertad de pacto del Derecho aragonés (art. 3 CDFa), por lo que podrán adquirirse a favor de ventanas u otros huecos en fundo dominante. También pueden constituirse por signo aparente, por destinación del padre de familia en expresión clásica, (art. 566), pero despojado ya de la confusa remisión que al art. 541 Cc. realizaba el art. 145 Compilación, por lo que los signos aparentes de luces y vistas son únicamente los voladizos (arts. 548 y 574 CDFa).

El contenido legal de la servidumbre, a falta de otra determinación por título, consiste en que el titular del fundo dominante podrá disfrutar de las vistas sobre el predio colindante, con la consecuencia de que el titular del sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de la línea del voladizo, de acuerdo con el art. 546 CDFa, o desde la línea exterior de la pared donde no los haya (SAPZ 10/12/2007), pero no adquiere el espacio sobre el que el

voladizo sobrevuela (STSJA 23/01/2008). Puede modificarse posteriormente el voladizo para formar, por ejemplo, dos balcones con barandilla ocupando el mismo vuelo y espacio que el anterior tras la segregación de parte de la finca (STSJA 24/06/2013), sin modificar la servidumbre.

## 7. Servidumbres forzosas de paso y acceso a red general

La constitución forzosa de servidumbres (arts. 561.b y 565) se completa con la regulación de dos concretas servidumbres: la de paso y la de acceso a red general, siendo aplicable el Derecho civil estatal en otras posibles servidumbres legales. Aunque cuentan con algunos antecedentes forales, en la regulación del Código aragonés han influido circunstancias como la modernización agrícola que ha hecho inoperantes o insuficientes los viejos caminos rurales entre fincas, y los nuevos usos de espacios rurales por población urbana (incluyendo segundas residencias). Y además del Código civil (arts. 564 a 569), la mayoría de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, han regulado la servidumbre de paso.

**A. Servidumbre forzosa de paso.** El capítulo III (arts. 577 a 580) del título II del libro IV regula la servidumbre forzosa de paso. El derecho a exigir su constitución se extiende a los titulares de derechos reales posesorios (art. 562), y se requiere que se trate de una finca enclavada entre otras ajenas a la que se quiere acceder, y que carezca de salida o la salida sea insuficiente a una vía pública, pudiendo exigirse el paso por las fincas vecinas, pagando la correspondiente indemnización (art. 577.1) (SAPZ 15/09/2005, SAPH 05/05/2008 y STSJA 16/05/2016).

Los requisitos del art. 577 CDEFA son más flexibles que los del art. 564 Cc., ya que la constitución de la servidumbre puede exigirse cuando no haya salida a vía pública, pero también cuando tal salida sea insuficiente, considerando a tal efecto que la anchura y características de la servidumbre de paso serán «las adecuadas para la utilización normal de la finca dominante» (art. 577.3), y no el criterio más restrictivo de las que basten a las necesidades del predio dominante del art. 566 Cc., aunque en la determinación del punto de paso se tenga en cuenta el menor perjuicio o incomodidad a las fincas sirvientes compatible con el beneficio de la finca dominante (art. 577.2), en aplicación de la regla de ejercicio *civiliter* de las servidumbres (art. 557), ya contemplado en los proyectos aragoneses desde el Congreso de Jurisconsultos de 1880. Son numerosas las sentencias en las que se considera la anchura necesaria o se enjuicia la posible ampliación del paso (SSAPT 16/19/1995, 07/11/1997 y 23/01/2003).

La constitución forzosa de la servidumbre de paso exige también el pago de la correspondiente indemnización y, aunque no se expresa —como hace el Código civil— que el pago sea previo, se deduce en el caso de reso-

lución judicial (art. 565). En cuanto al montante de la indemnización, el art. 578 lo establece en función de si se constituye o no una vía permanente, estableciendo en el primer caso que la indemnización equivaldrá al valor del terreno que se ocupe y a los perjuicios que se ocasionen a la finca sirviente, mientras que si el paso no establece una vía permanente, la indemnización consistirá en el abono del perjuicio que se ocasione. Si el aislamiento de la finca se produce como efecto de adquisición de la finca por partición u otro título, se entiende que esta situación no puede perjudicar a terceros colindantes, y por ello el art. 579 obliga al copartícipe o transmitente a facilitar el paso a la vía pública de la nueva finca enclavada sin derecho a indemnización, salvo pacto en contrario. Al ser una servidumbre forzosa, una causa de extinción es la señalada en el art. 580 al desaparecer la necesidad del paso por haber adquirido el titular de la finca dominante una finca colindante con vía pública, o en caso de abrirse una nueva vía de acceso, por lo que el titular de la finca sirviente podrá solicitar la extinción de la servidumbre «devolviendo lo que hubiera recibido por indemnización» (SAPZ 24/10/2008 y SAPZ 27/03/2019).

**B. Servidumbre forzosa de acceso a red general.** En el capítulo IV, el art. 581 regula una nueva modalidad de servidumbre forzosa, la de acceso a red general, que cuenta con el precedente del art. 566-8 del Código catalán. Responde a las nuevas necesidades inmobiliarias con la finalidad de amparar el acceso a los servicios generales que se suministran a través de redes generales o de saneamiento. Pueden ser de saneamiento, agua, energía, comunicaciones y nuevas tecnologías de la información, y se añade una expresión abierta a otros servicios semejantes. Estas necesidades justifican la posibilidad de exigir coactivamente la constitución de la servidumbre de acceso a red general pagando, al igual que en la servidumbre forzosa de paso, la correspondiente indemnización.

El requisito para que pueda constituirse esta servidumbre es que el titular de la finca no tenga acceso a una red general y el estado de necesidad ha de ser casi extremo (LACRUZ MANTECÓN), en el sentido de no poder contar con dicha conexión de otro modo o por otro sitio que a través de las fincas contiguas sin ocasionarle unos gastos desproporcionados, pero aplicando también el principio del uso *civiliter* de las servidumbres, de tal forma que la conexión se realice por el punto menos perjudicial para las fincas gravadas y a la vez, si es compatible, por el más beneficioso para la finca dominante, con respeto —en todo caso— a la legislación aplicable al tipo de red. La SAPZ 20/11/2014 no concede la servidumbre de acceso a red general de saneamiento porque el aislamiento lo provocó la propia demandante, y podía realizarse la conexión a la red general por otro punto sin gastos desproporcionados y sin causar perjuicios a la otra finca.

## 8. Derechos de pastos y adempríos

Los «derechos de pastos y adempríos» se regulan en los arts. 582 a 587, que forman el Capítulo V del Libro IV. Suponen el desarrollo del art. 146 Comp. que, de forma comprimida, contenía una amplia variedad de derechos de pastos y adempríos bajo el epígrafe «Alera foral y adempríos» y sustentaba el régimen jurídico de diversas servidumbres y comunidades de aprovechamientos. El nuevo Código distingue servidumbres y comunidades «para adaptarse mejor a la rica variedad y complejidad que muestra la experiencia» (Preámbulo, 41).

*A. La alera foral y otras servidumbres de pastos.* La alera foral es la institución paradigmática de los derechos de pastos aragoneses. Su contemplación foral se remonta al Fuero de Jaca, y desde entonces ha permanecido, ampliada su regulación, en el Ordenamiento foral aragonés (Fuero 2º *De pascuis, gregibus et capannis*, libro 3º; Observancias 35 y 36 *De generalibus privilegiis totius regni Aragonum*, libro 6º; y las diez Observancias *De pascuis, gregibus et capannis*, libro 7º), hasta que la derogación del mismo la trasladó al Apéndice (art. 16), y de éste pasó al art. 146 de la Compilación, regulada junto a las comunidades de pastos y adempríos. Y se contempla en el Código de Derecho Foral de Aragón en su art. 582.1, que transcribe algunos de sus caracteres definitorios: «1. La servidumbre de pastos de día, unilateral o recíproca, entre términos de pueblos contiguos, denominada alera foral, se regirá por lo estatuido en el título, por la costumbre local o comarcal y por las concordias, pactos y otros actos jurídicos».

De los arts. 582 y 583 se deduce que la alera foral no es el único tipo de servidumbre de pastos en Aragón, pero es la única que tiene un especial régimen derivado de su regulación foral (art. 582.1). El art. 582 C DFA singulariza a la alera foral como «servidumbre de pastos de día», expresando su límite foral temporal de ejercicio. Entre los caracteres de la alera foral, podemos mencionar que es una servidumbre voluntaria, real, unilateral o recíproca, aparente o no, positiva, y con aspectos de Derecho público (SAPH/12/12/1996 y SJPII Calatayud nº 2, 01/03/1994). Los caracteres básicos de la alera foral no se diferencian de los de su amplio régimen foral y de los deducibles de la definición doctrinal del profesor FAIRÉN, que tomaba en cuenta los elementos forales que permanecían en el siglo XX: «Conócese en Aragón con el nombre de alera foral cierta especialidad de pastos extendida por todo el Reino, caracterizada por el aprovechamiento por parte de los ganados de un pueblo, de los existentes en una parte del término de otro pueblo colindante, por donde ambos confrontan, y hasta sus eras: debiéndose ejercer tal derecho —que unas veces es recíproco y otras no— con sujeción a determinadas limitaciones, a fin de evitar abusos; limitaciones contenidas sintéticamente

en el apotegma “de sol a sol y de era a era”», aunque la limitación espacial de las eras no se observa con rigor en la actualidad y no la contempla el art. 582.

Se separan en el nuevo Código foral las fuentes de originación de la alera foral, que son las señaladas en el art. 583, de las fuentes de su régimen jurídico que son las indicadas en el art. 582.1, «se regirá por lo estatuido en el título, por la costumbre local o comarcal y por las concordias, pactos y otros actos jurídicos» (SAPZ 19/12/1994).

El art. 582 fija los elementos esenciales de la institución de pastos foral en la actualidad y aplica su régimen como supletorio a otras servidumbres de pastos con las que guarde semejanza (art. 582.2). Y el art. 583 reconoce la posible existencia de otras servidumbres prediales de pastos distintas de la alera foral y figuras afines, que han ido configurando regímenes particulares, modulados en su ejercicio por el título, la posesión y la costumbre, transformándose en otros derechos de pastos distintos, o que nacieron como servidumbres distintas (SATZ 23/05/1983, SAPH 20/11/2000, SAPT 01/02/2005, entre las recientes).

Para todas las servidumbres de pastos, el art. 583 completa su régimen civil. Establece, en su apartado primero, las fuentes de originación de cualquier servidumbre de pastos, consignando que pueden constituirse por título o por usucapión. Del título no se establece que haya de ser escrito, como determinaban los arts. 16 Apéndice y 146 Compilación, pero lo será generalmente y puede ser, en una rica variedad, de carácter judicial o contractual (FAIRÉN). Además del título escrito (documento), cabe incluir en el concepto la posesión inmemorial, como título presunto, de larga tradición foral (SAPH/12/12/1996).

En los extremos que no contemplen el régimen especial de las servidumbres de pastos, serán supletorias las disposiciones generales sobre servidumbres del Título II (arts. 551 a 573), que permite aplicar un régimen pacífico en Aragón. Por ejemplo, la redención forzosa de la alera foral y otras servidumbres de pastos era una institución que no casaba con los principios del Derecho aragonés, y que mantenía una jurisprudencia vacilante desde la STS 11/12/1923 por aplicación supletoria de los arts. 603 y 604 Cc., pero que el nuevo Código excluye.

El apartado segundo del art. 583 permite cerrar la finca gravada por una servidumbre de pastos, siempre que habilite un paso suficiente que permita el acceso del ganado que aprovecha la servidumbre. Y el apartado tercero establece la posible adquisición del derecho a abrevar como una servidumbre accesoria y vinculada a la de pastos, aunque puede ser también una facultad accesoria, por título o posesión, incluida en el contenido de la servidumbre (que no reconoce la SAPT 28/10/1998).

### **B. Los adempros como derechos reales de aprovechamiento parcial.**

Los tradicionales adempros forales se configuran como derechos de aprovechamiento parcial, con una configuración semejante a las servidumbres personales, lo que facilita aplicarles un régimen propio en el art. 584 que complementa el general del art. 555 (SATZ 23/05/1983 y SAPZ 14/10/2011).

Los adempros pueden configurarse como derechos reales de aprovechamiento parcial (art. 584 CDFA) o como condominios (art. 586 CDFA), guardando un cierto parentesco con la institución de las corralizas de la ley 379 FNN. En la regulación aragonesa se establece como institución típica aragonesa los «adempros», cuyos titulares son personas determinables o miembros de una comunidad vecinal que realizan un uso o aprovechamiento en finca ajena, por lo que no se establece como relación entre fincas. No se enuncian los usos o aprovechamientos posibles, y la referencia es a los derechos de pastos y leñas «y demás adempros», expresión utilizada en el art. 146 Compilación, pero estos tradicionales derechos comprenden al menos los «ademprivios» forales, que Miguel del MOLINO concretaba en los derechos de pastos, leñas, escalios (roturaciones), aguas y caza. La doctrina foral destacaba que los aprovechamientos en que consistían los adempros se realizaban para las necesidades personales o de uso del hogar, como en el § 1091 BGB: «La extensión de una servidumbre personal limitada es determinada, en caso de duda, por las necesidades personales del titular del derecho».

En relación con el régimen jurídico, el art. 584, junto al título escrito como modo de constitución (SAPT 10/06/2003), menciona la posesión inmemorial, que ha suplido al título escrito en la doctrina foral aragonesa, por haberse perdido el título originario. Título escrito o posesión inmemorial determinan también el régimen jurídico de los adempros, estableciendo el art. 584.1 como fuente supletoria la costumbre y, en su defecto, se aplicará el régimen general de las servidumbres (art. 555).

El segundo apartado del art. 584 establece la presunción del carácter vitalicio de los adempros, salvo pacto en contrario, y esta presunción es de carácter indefinido en su duración para las comunidades, siguiendo la tradición foral aragonesa.

**C. Las comunidades.** La Sección II sobre comunidades regula fundamentalmente dos tipos de comunidad: la comunidad en mancomún, de *tinte* germánico, aplicable a un número amplio de mancomunidades aragonesas, y la comunidad *pro diviso* con la yuxtaposición de titulares dominicales sobre aprovechamientos ejercitados sobre la misma finca. No evita, sin embargo, la supletoriedad del Código civil para la comunidad *pro indiviso*, y parcialmente en otras comunidades, utilizando el prisma de los principios del Derecho aragonés y su posible compatibilidad (Preámbulo, 41).

a) *Mancomunidades*. El art. 585 CDFa desarrolla algunos rasgos de las mancomunidades de pastos y adempios reguladas antes en el art. 146 Compilación. La constitución de estas mancomunidades se produce por título, incluyendo el documental y la posesión inmemorial, y su régimen viene determinado por el título y por la costumbre, de acuerdo con el art. 587.

Existe comunidad por la concurrencia de titulares dominicales, diferente a la servidumbre ejercitada en mancomunidad (SAPZ 03/03/2003), que comparten un aprovechamiento, o varios, en el terreno común y que benefician a todos los comuneros, y los aprovechamientos ejercitables no diferirán de los tradicionales adempios tratados en el artículo anterior. Tanto en la ley 377 FNN como en el precepto aragonés se reflejan algunos de los rasgos de la comunidad germánica, pero sin su pureza histórica, ya que no se permite ejercitar la acción de división, pero cabe el acuerdo unánime en contrario, y la imposibilidad de disposición unilateral no es absoluta sino sometida a la voluntad comunitaria. Ambos preceptos se refieren a la «parte» del comunero, lo que contradice la inexistencia de cuotas en la comunidad germánica, pero es una indicación de la medida que corresponde a cada partícipe en caso de abandono o disolución de la comunidad.

El apartado segundo del art. 585 establece que ante la falta de constancia de cuotas o aportaciones de los pueblos en las mancomunidades vecinales, en caso de división de la misma —que deberá producirse por acuerdo unánime de los partícipes—, la participación de cada entidad será la que corresponda al número de sus vecinos en el momento de la división, tomando la regla de las «comunidades faceras» del Derecho navarro (ley 387.2), aunque ha sido la tradicional de las mancomunidades aragonesas.

a') *Comunidades y sociedades de montes*. Las Audiencias provinciales aragonesas, especialmente la de Huesca, han tratado en varias sentencias los rasgos jurídicos de las comunidades y sociedades de montes, pero no han aplicado el art. 146 de la Compilación (ahora art. 585 CDFa) para justificar la duración indefinida de estas comunidades con rasgos germánicos, y para las comunidades en mano común, especialmente las pirenaicas, la jurisprudencia territorial solo cita la Ley estatal de Montes Vecinales en Mano Común de 1980 (SSAPH 28/01/1999, 25/05/1999 y 26/12/2003).

b) *Las comunidades «pro diviso»*. El art. 586 regula las comunidades de aprovechamientos, de adempios, como expresión de un condominio especial sobre el objeto, conocido doctrinal y jurisprudencialmente como “propiedad separada” o “propiedad dividida”, que sigue teniendo una cierta importancia para la vida de algunos pueblos. GARCÍA AMIGÓ considera la comunidad *pro diviso* como un condominio especial porque no corresponde a la comunidad ordinaria, consecuencia de la desintegración del dominio pleno en su objeto. Esta configuración permite hablar de la concurrencia de titulares dominicales sobre aprovechamientos de la finca, con derechos de propiedad independientes y autónomos, de idéntica naturaleza jurídica, que permitiría atribuir a todos los condóminos la titularidad de otros posibles

aprovechamientos, distintos de los específicamente separados por los correspondientes derechos yuxtapuestos. Han vivido al amparo de la autonomía de la voluntad y del derecho consuetudinario, y la jurisprudencia del TS ha realizado un esfuerzo en delimitar los derechos separados, que supone una enorme dificultad en la práctica, expresando la naturaleza de la institución, y ha aplicado el retracto de comuneros por considerarla una relación jurídica análoga a la comunidad ordinaria del Código civil.

No se expresa que sea una comunidad indivisible al afirmar el principio de transmisibilidad y no el derecho de acrecer de los comuneros. La transmisión *inter vivos* o *mortis causa* requiere que los derechos sean de naturaleza privada. Se contempla la aplicación del retracto de comuneros, prefiriéndose al titular del aprovechamiento de la misma naturaleza que el enajenado, como en la ley 382 FNN, pero sin considerar un aprovechamiento como principal, para propiciar la reducción del número de titulares.

En el apartado tercero, se requiere el acuerdo unánime de los copartícipes para dividir la comunidad, y supletoriamente por decisión judicial, cuando considere el juez gravemente lesiva la permanencia en la comunidad, como en las comunidades faceras (ley 387 FNN), respondiendo a un criterio de equidad y permitiendo dar soluciones a distintas situaciones. La decisión de los comuneros, o judicial, también permite habilitar mecanismos para realizar la concentración de la propiedad, para mayor utilidad o rendimiento de la finca. No cabe, por otra parte, descartar otras causas de extinción como la renuncia de los comuneros.

c) *Régimen de las comunidades*. El art. 587 establece el régimen común de las comunidades en mano común y *pro diviso* de adempros, que se originan por título escrito o posesión inmemorial, y que se rigen por el título y la costumbre local o general. El contenido y los límites del derecho vendrán también determinados en cada caso por el ejercicio del aprovechamiento que realice cada comunero, en toda la extensión que consienta el disfrute correspondiente al ejercicio de los demás titulares, y sujetos a los límites generales del ejercicio de los derechos (art. 7 Cc.). Como en la comunidad en mancomún pueden no existir cuotas de participación, cada comunero puede tener un derecho sobre el entero bien que solo está limitado por los idénticos derechos de los otros partícipes, y en la comunidad *pro diviso* la distribución de los aprovechamientos no se produce por cuotas, sino ejercitando cada titular una determinada faceta del disfrute como dueño, existiendo limitaciones recíprocas en el aprovechamiento de los respectivos derechos para no impedir o perjudicar el derecho del propietario yuxtapuesto (SSTS 22/01/1953, 08/04/1965 y 29/10/1993).

**BIBLIOGRAFÍA:** ALONSO PÉREZ, M.: «Las relaciones de vecindad», *ADC*, t. XXXVI (1983), pp. 357-396; ALONSO PÉREZ, M. T., «Constitución y extinción de las servidum-



bres», en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Director) y Carmen BAYOD (coordinadora), *Derecho civil patrimonial aragonés*, Institución «Fernando el Católico»-DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 153-193; ARBUÉS AÍSA, D., «Relaciones de vecindad: Luces y vistas», en DELGADO ECHEVERRÍA, J. (Director) y Carmen BAYOD (coordinadora), *Derecho civil patrimonial aragonés*, IFC-DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 99-135; ARGUDO PÉRIZ, J. L.: «Los derechos reales de aprovechamiento parcial en la Ley de Derecho civil patrimonial», *Revista de Derecho Civil Aragonés (RDCA)*, XVI (2010), pp. 177-211; — «Título II. De las servidumbres. Capítulo V. Derechos de pastos y ademprios», *Derecho civil patrimonial aragonés*, IFC-DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 233-267; — «Parte sexta. Las servidumbres en el Derecho aragonés», en REBOLLEDO VARELA, A. (coordinador), *Tratado de servidumbres*, II, 3ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2013, pp. 713-988; — «Artículo 542 del Código del Derecho Foral de Aragón: de la servidumbre de andamiaje al derecho vecinal de paso temporal por razón de obras», *RDCA*, XX, 2014, pp. 59-126; — «La tipicidad de los aprovechamientos vecinales en el Derecho aragonés privado y público: los 'tradicionales ademprios'. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sec. 4ª) de 14 de octubre de 2011», *RDCA*, XX, 2014, pp. 213-237; — «Arts. 537 a 587 y DT 23ª», en *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, M. C. BAYOD y J. A. SERRANO (coords.) (Dir. J. Delgado Echeverría), Zaragoza, Gobierno de Aragón, 2015, pp. 767-828; 880-1 (= *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 729-783; 831-2); — «Derecho de bienes. Luces y sombras», en M. C. BAYOD y J. A. SERRANO (coords.), *Cincuenta años de Derecho civil aragonés*, Institución «Fernando el Católico»-DPZ, Zaragoza, 2018, pp. 255-307; — «Título I. De las relaciones de vecindad» y «Título II. De las servidumbres» en *25 años de jurisprudencia aragonesa. El Derecho civil aragonés aplicado por los Tribunales (1995-2019)* (Coords. C. BAYOD y J.A. SERRANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1343-1568; BANDRÉS Y SÁNCHEZ CRUZAT, J. M.: «Derecho de bienes. Artículos 143 y 144», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. 2º, EDESA, Madrid, 1988, pp.193-234; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., «Servidumbres: Concepto, clases, caracteres, contenido de las servidumbres», *Derecho civil patrimonial aragonés*, IFC-DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 137-151; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 2º, vol. 2º, Madrid, Reus, 1978 (duodécima edición); CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «La distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes en el actual Derecho aragonés: un modelo a seguir», *RDCA*, XX, 2014, pp. 11-58; DELGADO ECHEVERRÍA, J.: «Sentencia de 30 de octubre de 1983», C.C.J.C., núm. 3, septiembre-diciembre 1983, pp. 1041-1048; y «Sentencia de 3 de febrero de 1989», C.C.J.C., núm. 19, enero-marzo 1989, pp. 159-167; FAIRÉN GUILLÉN, V., *La Alera Foral*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1951; FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», en *Cuadernos del Derecho Judicial. Protección del Derecho de propiedad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, t. IX, 1994, pp. 113-214; — «Parte séptima. Las servidumbres en el Derecho navarro», en *Tratado de servidumbres*, 2ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 1415-1565; GARCÍA AMIGÓ, M., «Condominio pro diviso o propiedad separada», *RDP*, 1974, pp. 175-201; GUTIÉRREZ CELMA, G. y otros: «El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres», *Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 8-104; HERNÁNDEZ GIL, A., *Dictámenes. I. Personas. Bienes. Derechos reales. Obligaciones y contratos*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1968; LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», *R.G.L.J.*, XXIX (1954), pp. 521-586; LACRUZ BERDEJO, J. L. y LUNA SERRANO, A., *Elementos de Derecho Civil*, t. III. *Derechos reales*, vol. 2º, Madrid, Dykinson; LACRUZ MANTECÓN, M., «Servidumbres de luces y vistas, de paso y acceso

a red general», *Derecho civil patrimonial aragonés*, IFC-DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 195-232; LLÁCER MATAcÁS, M. R., «Parte cuarta. Relaciones de vecindad y derecho de servidumbre en el Libro Quinto del Código Civil Catalán», en *Tratado de servidumbres*, 2ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 819-1028; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Las relaciones de vecindad», en LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. y otros, *Lecciones de Derecho civil. Derechos reales e hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «Inmisión de raíces y ramas, distancias entre plantaciones, paso y andamiaje por razón de obras, uso de pared medianera y paso natural de aguas según los artículos 537 a 544 del Código de Derecho Foral de Aragón (capítulos I a IV del Título Primero del Libro IV)», *Derecho civil patrimonial aragonés*, IFC-DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 63-97; MEDRANO SÁNCHEZ, J. I., «Régimen de luces y vistas en Aragón», *Vigesimoprimeros encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2012, pp. 143-190; MERINO HERNÁNDEZ, J. L.: «Artículos 145 a 148», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1988, pp. 235-262; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Parte primera. Régimen general de las servidumbres» y «Parte segunda. Las servidumbres legales», en *Tratado de servidumbres*, 2ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 65-770; SAMANES ARA, C.: «Tema 21. Relaciones de vecindad y servidumbres», *Derecho civil aragonés*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Colección Formación a Distancia-1 (Director: Manuel Bellido Aspás), Madrid, 2017, pp. 474-89; SANCHO REBULLIDA, F. de A.: «Derecho de bienes. Relaciones de vecindad, servidumbres. Derecho de obligaciones. Del Derecho de Abolorio o de la Saca (Artículos 143 a 152 inclusive, de la Compilación)», *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 26 (1967), pp. 195-218; — «Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *RCDI*, XLIV (1968), pp. 541-582; SERRANO GARCÍA, J. A., «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», en Carmen BAYOD (coordinadora), *Derecho civil patrimonial aragonés*, Institución «Fernando el Católico»-DPZ, Zaragoza, 2013, pp. 11-62 (= «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial», *ADC*, LXV, 2012, pp. 1497-1549).

## §29. EL DERECHO DE ABOLORIO

Aurora LÓPEZ AZCONA  
*Profesora Titular de Derecho civil*

### 1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable

*A. Pluralidad de regímenes civiles españoles.* El derecho de abolorio constituye uno de los derechos familiares de adquisición preferente que rigen en la actualidad en algunos Ordenamientos jurídicos territoriales españoles. Ello contrasta con la situación normativa del Derecho civil estatal donde no es posible encontrar manifestaciones legales similares, ya que el retracto gentilicio castellano, como otros retractos, fue excluido del Código civil, de acuerdo con la ideología liberal propia del movimiento codificador.

En los Derechos civiles territoriales donde se regula esta institución se utilizan diferentes denominaciones para su identificación: derecho de abolorio en Derecho aragonés (arts. 588 a 598 CDFa), retracto gentilicio en Derecho navarro (leyes 552 a 559 FNN), saca foral en Derecho vasco aunque circunscrito territorialmente a la tierra llana de Vizcaya y a los términos municipales de Aramaio y Llodio (arts. 72 a 87 LDCV) y derecho de tornería en Derecho catalán (arts. 568-21 a 568-26 CcC) pero también de aplicación limitada al Valle de Arán. Entre estos derechos existen importantes diferencias de regulación, siendo la saca foral vasca la que presenta mayores peculiaridades tanto en orden a su mecanismo de actuación como a sus efectos. En cualquier caso, todos ellos obedecen a la misma finalidad, que radica en evitar la enajenación de determinados bienes a personas extrañas a la familia de donde proceden.

*B. Ley aplicable.* El art. 589.1 CDFa delimita el ámbito de aplicación del derecho de abolorio, cuestión ésta no contemplada en la anterior regulación, lo que generó no poca confusión en su momento, con jurisprudencia favorable al estatuto territorial, en el sentido de atender exclusivamente a la ubicación de los bienes en Aragón; y otra, al estatuto personal, exigiendo la vecindad civil de los titulares del derecho e, incluso, la del enajenante. En el texto legal vigente se opta por el estatuto territorial y, por ende, se requiere la ubicación en Aragón de los inmuebles de abolorio, lo que resulta coherente con la norma de conflicto del art. 10.1 Cc. No se exige, en cambio, la vecindad civil aragonesa de los titulares del derecho, en cuanto que el art. 590.1 CDFa lo atribuye a ciertos parientes del enajenante, “cualquiera que sea su vecindad civil”.

### 2. Regulación y antecedentes del derecho de abolorio en Aragón

El derecho de abolorio constituye una de las instituciones más estrechamente vinculadas a la tradición jurídica aragonesa.

En efecto, su primera regulación se encuentra en el Fuero (extenso) de Jaca, donde se configura como un derecho de tanteo y retracto subsidiario a favor de los hermanos coherederos cuando, tras la disolución del consorcio foral, uno de ellos pretende vender o ya ha vendido la parte que le ha

correspondido en la partición de la heredad que les pertenece de abolorio o patrimonio.

Con posterioridad se ocupa de la institución la Compilación de Huesca de 1247 (fueros 4º y 5º *De communi dividundo*), donde deja de contemplarse como una preferencia adquisitiva atribuida únicamente a ex consortes para convertirse en un derecho de tanteo y retracto que se extiende a los parientes (en línea recta y colateral, de acuerdo con LÓPEZ AZCONA) por la línea de procedencia de los bienes. Esta regulación se complementa con el fuero único de 1564 *Forma de proceder para recuperar los bienes de abolorio* que instaura un procedimiento especial para la tramitación de las pretensiones de abolorio y, más tarde, con el fuero de 1678 *Que tenga lugar el beneficio de la saca en las vendiciones que se hizieren por Corte* que extienden el derecho de abolorio a las ventas judiciales, excluidas por la observancia 9ª *De consortibus eisdem rei*. Junto a la observancia referida se ocupan, asimismo, del derecho de abolorio las observancias 2ª, 8ª y 16 *De consortibus eisdem rei* dirigidas a solventar una serie de cuestiones puntuales planteadas en la práctica judicial, así como la observancia 21 *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum* que se limita a reproducir las previsiones del fuero 5º *De communi dividundo*.

Durante el siglo XIX, el retracto gentilicio castellano no se incorpora al Código civil, dejando así de regir en los territorios del llamado Derecho común. Por el contrario, los territorios con Derecho civil propio abogan por mantener sus preferencias adquisitivas familiares. Ciertamente, en lo que atañe al derecho de abolorio en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 se propone su supresión y en la Memoria de Franco y López de 1886 no se incluye entre las instituciones aragonesas a conservar excepcionalmente. No obstante, superado este primer momento inmediatamente anterior a la aprobación del Cc., el derecho de abolorio se incluirá en todos los Proyectos de Apéndice, así como en el propio Apéndice de Derecho foral de Aragón de 1925 (art. 77), si bien como mero retracto y restringiendo su ejercicio a los parientes colaterales hasta sexto grado.

El mismo criterio favorable al mantenimiento del derecho de abolorio se adopta en la Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 (arts. 149 a 152), aunque su tenor definitivo, fruto de la Comisión General de Codificación, se separa notablemente de la redacción que propuso la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, la cual destacaba por su superioridad técnica y por recoger con mayor acierto los perfiles propios de la institución. En cualquier caso, importa señalar que la Compilación ofrece una regulación de la institución más detallada que el Apéndice, estableciendo, además, importantes innovaciones de régimen jurídico. Como aspectos más significativos, recupera la posibilidad de ejercitar el derecho como tanteo y retracto subsidiario y mantiene la exigencia del parentesco colateral presente en el Apéndice, si bien fijando el límite del cuarto grado. Otros aspectos reseñables son el

reconocimiento de preferencia absoluta al derecho de abolorio en caso de colisión con otros derechos legales de adquisición preferente y la atribución a los órganos judiciales de una facultad moderadora a fin de evitar su utilización abusiva.

Ya en el Estado autonómico y al amparo del art. 149.1.8ª CE, la LDcp. dota al derecho de abolorio de una regulación más completa en sus arts. 54 a 64, presidida por el criterio de mantenerlo con sus rasgos esenciales, tal como fueron fijados en la Compilación, y de completar aspectos debatidos en aras de la seguridad jurídica. Permanece así inalterada su configuración como tanteo y retracto subsidiario, si bien con una salvedad circunscrita al caso de que la enajenación se verifique transcurrido un año desde la notificación previa. Como en la Compilación la condición de abolorio se sigue predicando de los inmuebles que hayan permanecido en la familia durante dos generaciones, pero circunscritos a aquellos que tengan la condición de fincas rústicas o de edificios o parte de ellos. Se mantiene la legitimación de los colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes, pero, junto a ellos, el derecho también se reconoce, en línea con los precedentes históricos, a los ascendientes respecto de los bienes que hayan donado al enajenante y a los descendientes, si bien con importantes limitaciones. Tampoco los plazos de ejercicio del derecho experimentan alteraciones reseñables, salvo la relativa al *dies a quo* del plazo de noventa días que ahora se sitúa exclusivamente en el día del conocimiento de la enajenación y sus condiciones esenciales. E igualmente se mantiene la prohibición de enajenar durante cinco años, si bien novedosamente se limita su alcance a las enajenaciones *inter vivos* voluntarias. Junto a ello, se da respuesta a diversas cuestiones controvertidas en la práctica, tales como el ejercicio del derecho en los supuestos de enajenación de cuota indivisa y de pluralidad de fincas, la posibilidad de efectuar la consignación del precio mediante aval o cheque conformado, la prosperabilidad del derecho en las enajenaciones forzosas o los reembolsos definitivos a realizar por el retrayente. Por último, se suprime la polémica facultad moderadora que la Compilación atribuyó a los órganos judiciales.

En 2011 la LDcp. es refundida con las restantes leyes civiles en el CDFa, pasando a formar su Libro IV bajo la rúbrica *Derecho patrimonial*. El régimen jurídico del derecho de abolorio se contiene, en concreto, en su Título III, intitulado *Del derecho de abolorio o de la saca* e integrado por los arts. 588 a 598.

### 3. Concepto y naturaleza jurídica

**A. Concepto.** El derecho de abolorio puede definirse, con base en el art. 588 CDFa, como un derecho que, bajo determinadas condiciones, concede la ley a ciertos parientes para adquirir preferentemente ciertos inmuebles familiares cuando su dueño pretenda su enajenación o ya los haya enajenado

a extraños o parientes de la misma línea de procedencia de los bienes en grado ulterior.

**B. Naturaleza jurídica.** La naturaleza jurídica del derecho de abolorio viene especificada en el art. 588 CDFA, en cuanto que lo incluye en la categoría de los derechos legales de adquisición preferente. A partir de su inclusión en esta categoría genérica, el CDFA lo configura como un derecho con dos posibles fases de ejercicio que, en principio, se articulan de modo subsidiario: el tanteo y el retracto, en función de que la enajenación de los bienes haya sido o no efectuada.

El derecho de abolorio es ejercitable como tanteo cuando el dueño notifique fehacientemente a sus parientes su intención de enajenar bienes de abolorio a un tercero, así como las condiciones esenciales de la enajenación proyectada. Según resulta del art. 594.2 CDFA, tal notificación no se trata de un mero aviso del propósito de enajenar a un tercero, sino que se configura como una verdadera oferta de carácter vinculante y, por ende, irrevocable durante el plazo que tienen los parientes notificados para ejercitar el tanteo.

En fase de retracto el derecho de abolorio sólo es susceptible de ejercicio subsidiario, como regla; esto es, en el caso de haber sido vulnerado en fase de tanteo, lo que sucederá, de acuerdo con el art. 594.2 y 4 CDFA, en los siguientes supuestos:

1°. Cuando tras notificar previamente a sus parientes su intención de enajenar, el dueño enajene los bienes de abolorio sin haber transcurrido el plazo del tanteo. En este supuesto los parientes ya no podrán ejercitarlo como tanteo, ya que la propiedad del bien se ha transmitido a un tercero, sino como retracto en los plazos previstos legalmente para esta fase de ejercicio, (treinta o noventa días, según hayan sido o no notificados fehacientemente de la enajenación efectuada). En cualquier caso, los parientes adquirirán el bien o bienes de abolorio en las condiciones notificadas con carácter previo, con independencia de que el dueño los haya enajenado a un tercero en condiciones distintas (LÓPEZ AZCONA).

2°. Cuando el dueño enajene los bienes de abolorio a un tercero sin haber notificado previamente a sus parientes su intención de enajenar, lo más habitual en la práctica.

3°. Cuando la notificación del propósito de enajenar no sea completa o fehaciente (SAPH 02/02/2006).

4°. Cuando la enajenación se efectúe en condiciones diferentes a las notificadas con carácter previo.

Por contra, si los parientes fueron notificados previamente de la enajenación proyectada y dejaron transcurrir el plazo del tanteo sin ejercitarlo, en caso de efectuarse la enajenación en el año siguiente a la notificación previa en idénticas condiciones a las notificadas, aquellos no podrán ejercitar el re-

tracto, porque en este supuesto no puede hablarse de vulneración del tanteo, sino de renuncia al mismo y, por ende, al retracto. En cambio, si la enajenación se lleva a cabo transcurrido un año desde la notificación previa, los parientes podrán ejercitar el retracto, aunque propiamente no haya habido vulneración del tanteo, en atención al art. 594.3 CDFa que limita la eficacia de la notificación previa al plazo de un año (LÓPEZ AZCONA)

#### 4. Elementos personales

En el derecho de abolorio, al igual que en todos los derechos de adquisición preferente, debe distinguirse, por una parte, el titular del derecho o sujeto activo y, por otra, la persona contra quien debe ejercitarse el derecho o legitimado pasivo.

*A. Titulares del derecho. a) Los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes.* El art. 590.1 CDFa mantiene la legitimación de los parientes colaterales con los mismos condicionantes que contemplaba la Compilación. Así, fija el cuarto grado como límite de parentesco entre aquellos y el enajenante (lo que incluye hermanos, tíos, sobrinos, primos y tíos abuelos). Por añadidura, exige su pertenencia a la línea familiar de donde proceden los bienes, lo que se justifica en atención a la finalidad perseguida por este derecho, que no es otra que la de mantener los bienes en la familia de origen, entendiéndose por tal los parientes pertenecientes a la misma línea parental.

*b) Los ascendientes, respecto de los bienes de abolorio que hayan donado al enajenante.* El art. 590.1 reconoce, asimismo, el derecho de abolorio a los ascendientes del enajenante, aunque de modo muy limitado, toda vez que, por aplicación de la regla del recobro de liberalidades del art. 524, únicamente les faculta para ejercitarlo respecto del bien o bienes de abolorio que hayan donado al enajenante, cuando éste pretenda enajenarlos o ya los haya enajenado.

*c) Los descendientes mayores de catorce años titulares de bienes de abolorio.* En la regulación vigente también son titulares del derecho de abolorio los descendientes del enajenante, pero siempre que reúnan dos requisitos adicionales a que se refiere el art. 590.1. El primero de ellos tiene que ver con la edad, ya que se exige que los descendientes sean mayores de catorce años, presupuesto este que parece pretender evitar fraudes de ley en la representación de los hijos por los progenitores en el ejercicio del derecho, pero cuya adecuación al principio de igualdad puede cuestionarse, al no existir una restricción similar para los restantes titulares. Por añadidura, han de ser titulares de bienes de abolorio de idéntica procedencia familiar que los bienes enajenados (SAPZ 28/11/2018: sin que el CDFa prevea la excepción de eliminar dicho requisito cuando no haya otros bienes de abolorio que

el retraído), requisito que, igualmente, resulta cuestionable, al no afectar a los demás titulares del derecho y que *de facto* limita considerablemente las posibilidades de ejercicio del derecho por parte de los descendientes (LÓPEZ AZCONA y SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA).

*d) Naturaleza del parentesco.* A los efectos del derecho de abolorio resulta indiferente la naturaleza matrimonial o no matrimonial (SAPH 17/10/1996), biológica o adoptiva del parentesco, en atención al principio de igualdad de las filiaciones que rige en Derecho español desde la CE de 1978 y que formuló expresamente art. 53 LDp. (actual art. 56 CDFa). Queda excluido, sin embargo, el parentesco por afinidad, habida cuenta de la finalidad del derecho que no es otra que la conservación de los inmuebles en su familia de origen (LÓPEZ AZCONA).

*e) Concurrencia de titulares.* Puede suceder que dos o más parientes concurren en el ejercicio del derecho de abolorio frente a una misma enajenación, habiendo de determinarse en tal caso el criterio de atribución de los bienes.

El art. 590.2 CDFa resuelve esta colisión de titulares, atribuyendo preferencia a los descendientes frente a cualquier otro titular del derecho de abolorio. Planteándose la concurrencia entre varios descendientes, el Código aragonés acude al criterio de proximidad de parentesco con el enajenante.

En defecto de descendientes y únicamente respecto de aquellos bienes de abolorio que hayan sido donados al enajenante por un ascendiente o hermano, será preferido el donante, siempre que pertenezca a la línea de procedencia de los bienes.

El tercer lugar en este orden jerárquico corresponde al pariente colateral (hasta cuarto grado) más próximo del enajenante por la línea de los bienes.

Finalmente, en caso de concurrir en el ejercicio del derecho parientes (en línea recta o en línea colateral) de igual grado, el CDFa da prioridad al primero en ejercitarlo, salvo que resulte de aplicación la regla del recobro de liberalidades, en cuyo caso la preferencia se atribuye al donante.

**B. Legitimado pasivo.** El derecho de abolorio, en atención a su eficacia *erga omnes*, debe dirigirse contra el dueño actual de los bienes, siendo decisivo el momento en que se ejercite. Así, en fase de tanteo su titular debe dirigirse contra el pariente dueño de los bienes cuya enajenación pretende. En cambio, en fase de retracto habrá de intentarse contra el adquirente (o, si ha fallecido, contra su sucesor en los bienes de abolorio de que se trate), resultando indiferente a tales efectos que este haya inscrito (o no) su título en el Registro de la Propiedad, ya que propiamente no es un tercero respecto de la incidencia del retracto.

No obstante, puede suceder que, dentro de los plazos de ejercicio del derecho en fase de retracto, el adquirente inicial enajene el bien o bienes adqui-



ridos a un tercero y así sucesivamente, surgiendo de este modo uno o varios subadquirentes contra los cuales también podrá hacerse efectivo el derecho de abolorio, aun cuando reúnan la condición de terceros hipotecarios *ex art.* 37.3 LH. Es más, en tal caso y de ejercitarse judicialmente el derecho de abolorio, la jurisprudencia (STSJA 04/11/1992) exige demandar conjuntamente al primer adquirente y a todos los posteriores, siempre que se tenga conocimiento de su existencia ya sea en el momento de la presentación de la demanda o durante el periodo expositivo del juicio, originándose una situación de litisconsorcio pasivo necesario.

Por contra, no resulta necesario retraer contra el enajenante (SAPZ 23/06/1989 y SAPH 07/06/1993) ya que frente a él queda subsistente el contrato inicial, si bien subrogándose el retrayente en la posición del comprador. Ello no obsta para que este pueda intervenir en el proceso de retracto por propia iniciativa, siempre que tenga un interés serio y legítimo en el resultado del pleito (art. 13 Lec), originándose un litisconsorcio pasivo voluntario. No así, en cambio, a solicitud del demandado, por cuanto exige una habilitación legal específica *ex art.* 14 Lec (MEDRANO SÁNCHEZ).

En cualquier caso, cuando el derecho de abolorio se ejercite en fase de retracto, el art. 588 CDFA supedita su viabilidad a que la enajenación se verifique a favor de “quien no sea pariente dentro del cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes”. Esta fórmula legal debe interpretarse en el sentido de que el derecho de abolorio podrá prosperar cuando el adquirente sea una persona ajena a la familia de donde provienen los bienes (incluidos el cónyuge y los parientes afines del disponente: SAPH 14/01/1991), un pariente de distinta línea a la de procedencia de los bienes o un pariente de la misma línea en quinto o ulterior grado. Por el contrario, el derecho no será factible frente al adquirente pariente en línea recta o colateral del enajenante dentro del cuarto grado por la línea de los bienes, y ello aunque el retrayente sea pariente del enajenante en grado más próximo.

## 5. Elementos objetivos

**A. Bienes objeto del derecho.** *a) Bienes de abolorio.* En atención a lo dispuesto en el art. 589 CDFA, tres son los presupuestos delimitadores de la condición de los bienes de abolorio: la naturaleza inmobiliaria, la procedencia familiar y ulterior permanencia en la familia; y la necesaria ubicación en Aragón.

La restricción a los inmuebles, procedente del Derecho histórico, se encuentra plenamente justificada, ya que tales bienes (por naturaleza e incorporación, precisa MAZANA PUJOL) continúan poseyendo en la actualidad las notas de afección e *identificabilidad* familiar que requiere el objeto de la institución. Los bienes muebles quedan, por consiguiente, excluidos del derecho de abolorio. No obstante, no todos los bienes inmuebles están sujetos al de-

recho de abolorio, toda vez que el art. 589.1, con ánimo de evitar el uso especulativo del derecho, circunscribe su objeto a los inmuebles de naturaleza rústica (ubicados en suelo no urbanizable, de acuerdo con MAZANA PUJOL) y a los edificios o parte de ellos, ya estén ubicados en suelo urbano, urbanizable o no urbanizable (MAZANA PUJOL). Para la STSJA 10/02/2016 es “parte” de un edificio familiar y, por tanto, susceptible de derecho de abolorio una finca urbana destinada a jardín con piscina, vestuario y barbacoa retraída conjuntamente con aquel.

El segundo de los presupuestos tiene que ver con su procedencia familiar, presente a lo largo de toda la historia de la institución. En concreto, el art. 589.1 exige para poder calificar los inmuebles de abolorio su permanencia en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del enajenante, expresión legal que clarifica su ap. 2º en el sentido de exigir la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º. Que los bienes hayan sido incorporados a la familia (entendiendo por tal la integrada por parientes del enajenante por la línea de los bienes sin límite de grado: LÓPEZ AZCONA), al menos por los abuelos del enajenante o tíos abuelos (STSJA 26/04/2002 y SAPZ 24/07/2017).

2º. Que los bienes no hayan salido de la familia desde su ingreso en la misma hasta que el enajenante efectúe la transmisión originadora del derecho de abolorio. Por consiguiente, los bienes perderán su condición de abolorio cuando salgan de la familia en alguna de las generaciones anteriores a la del enajenante por su transmisión ya sea a personas ajenas a la misma, a parientes afines o parientes de la otra línea de procedencia de los bienes (SERRANO GARCÍA). Si ingresan de nuevo en la familia, habrá que esperar dos generaciones para que recuperen la condición de abolorio (LÓPEZ AZCONA).

3º. En cuanto al tiempo de permanencia de los bienes en la familia, se exige un periodo de dos generaciones, en concreto, las dos inmediatamente anteriores a la del enajenante. Este requisito se cumple cuando los bienes, antes de pasar a poder del enajenante, han pertenecido a un pariente de la generación de los abuelos y luego a un pariente de la generación de los padres. Pero también, dado el tenor del art. 589.1 (“cualquiera que sea el número de transmisiones intermedias”), en el caso de bienes transmitidos directamente por el abuelo o el tío abuelo al enajenante.

Por el contrario, no cumplen el requisito dos generaciones inmediatamente anteriores los bienes que haya recibido el enajenante de algún pariente de su misma generación (p.e. un hermano) o de la generación posterior (p.e. un hijo o un sobrino), si no proceden de un pariente de la generación de los abuelos (MARTÍNEZ MARTÍNEZ y STSJA 26/04/2002), ello con independencia del número de transmisiones de que hayan sido objeto dentro de la familia.

4º. Según matiza el art. 589.1, sólo puede predicarse la condición de abolorio de bienes que permanezcan en la familia “como tales”, lo que excluye

las alteraciones físicas sustanciales (MAZANA PUJOL y SAPT 19/06/2012 que desestima la pretensión de abolorio ejercitada sobre una casa, “por cuanto [...] una construcción rústica destinada al almacenamiento agrícola, de veinte metros cuadrados de superficie, se ha convertido en una casa habitación de setenta y ocho metros cuadrados, que nada tiene que ver con lo anterior”).

5°. En cuanto al pariente de quien ha recibido los bienes el enajenante, en los términos en que se expresa el art. 589.1 (“cualquiera que sea su procedencia inmediata”), puede tratarse de un pariente en línea recta o colateral, siempre que pertenezca a la línea de procedencia de los bienes, ya que, de no ser así, no se cumpliría el requisito de permanencia en la familia.

6°. Por último, en lo que atañe al título en virtud del cual ha recibido los bienes el enajenante, el mismo art. 589.1 opta por admitir cualquiera, ya sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, al calificar de abolorio los bienes “cualquiera que sea el título de adquisición inmediato”.

Como tercer y último presupuesto, el art. 589.1 exige la necesaria ubicación de los inmuebles en Aragón, delimitando así el ámbito de aplicación del derecho de abolorio.

*b) Enajenación de cuota indivisa y de pluralidad de inmuebles.* También en relación a los bienes objeto del derecho, el CDFa ofrece solución legal a dos cuestiones que habían planteado importantes problemas prácticos hasta su resolución por la LDcp. La primera de ellas se refiere a la posibilidad de ejercitar el derecho de abolorio sobre cuotas indivisas de bienes de abolorio; y la segunda, al ejercicio del derecho en las enajenaciones de pluralidad de inmuebles.

La primera de las cuestiones enunciadas es resuelta por el art. 592 CDFa en sentido favorable al ejercicio del derecho de abolorio, siempre que se enajenen una o varias cuotas indivisas (necesariamente familiares: SAP 06/03/2012). Por el contrario, cuando se enajene la totalidad del inmueble, habrá de ejercitarse el derecho en su integridad, a fin de evitar situaciones de comunidad de bienes no existentes de antemano (SAP 06/03/2012). Ahora bien, admitida la posibilidad de ejercitar el derecho sobre cuota indivisa, de concurrir en tal caso el derecho de abolorio con el retracto de comuneros, el art. 498 CDFa otorga prioridad a éste último.

Asimismo, el CDFa fija unas pautas de ejercicio del derecho de abolorio para el supuesto de que se enajenen una pluralidad de inmuebles. En concreto, el art. 593 permite el ejercicio del derecho sobre alguno o algunos de los bienes de abolorio enajenados (no necesariamente sobre todos ellos) y ello aunque la contraprestación sea única.

*B. Enajenaciones originadoras.* La efectividad del derecho de abolorio, en su doble condición de tanteo y retracto, presupone que el actual dueño de los inmuebles familiares proyecte su enajenación a favor de una persona

distinta del titular de aquel derecho o que ésta ya haya sido consumada. Es por ello que la enajenación desencadenante del mismo constituye, asimismo, uno de los elementos esenciales de su estructura. Interesa, por tanto, concretar qué actos transmisivos del dominio pueden dar lugar al derecho de abolorio y cuales, por el contrario, impiden su ejercicio.

Sobre este particular el art. 591 CDFA, ha optado, en línea con sus antecedentes normativos (LÓPEZ AZCONA), por una fórmula muy restrictiva, permitiendo únicamente su ejercicio frente a dos tipos de transmisión onerosa: la compraventa y la dación en pago. De ello resulta, por consiguiente, la exclusión de cualquier otra enajenación onerosa diferente a las mencionadas legalmente, así como de las transmisiones gratuitas, ya sean *inter vivos* o *mortis causa*.

Por añadidura, el art. 591 incorpora una previsión específica en la que se admite la viabilidad del derecho en las enajenaciones forzosas, ya sean verificadas mediante subasta judicial o extrajudicial o en virtud de las otras formas de realización de bienes en procedimiento de apremio que contempla el art. 636 Lec. En las expropiaciones forzosas, sin embargo, no resulta posible la aplicación de esta institución, al estar subordinada la enajenación a la correspondiente causa de utilidad pública o interés social (LÓPEZ AZCONA).

En cualquier caso, sólo la primera enajenación debe estar incluida entre las requeridas legamente, en cuanto desencadenante del derecho de abolorio. No así, en cambio, las que, en su caso, se efectúen posteriormente dentro del plazo de ejercicio del derecho, de modo que podrán tratarse de enajenaciones excluidas de su ámbito de aplicación (BARBER CARCAMO).

## 6. Elementos formales

El ejercicio del derecho de abolorio se encuentra condicionado a los requisitos de índole formal que prescriben los arts. 594 y 595.1 y 2 CDFA: plazo, y entrega o consignación del precio.

A las dos formalidades precitadas, exigibles tanto judicial como extrajudicialmente, ha de añadirse otra específica que sólo debe observarse cuando se actúe el derecho en vía judicial: la justificación documental del título en que se funde el retracto, así como de la consignación o caución prestada, prevista en el art. 595.3 CDFA.

**A. Plazos de ejercicio.** En orden a los plazos, el art. 594 CDFA distingue entre las dos fases de ejercicio del derecho, esto es, el tanteo y el retracto, en aras de una mayor claridad y, sobre todo, según resulta de la lectura del Preámbulo CDFA, al objeto de fomentar la fase del tanteo, mucho menos problemática que la de retracto, en cuanto todavía no se ha verificado la enajenación a favor de tercero.

a) *Plazo de ejercicio en fase de tanteo.* De acuerdo con el art. 594.1, el plazo de ejercicio en fase de tanteo es de treinta días, a contar desde la notificación fehaciente de la intención de enajenar, entendiendo por tal la verificada por aquellos medios que permitan acreditar su contenido frente a terceros (p.e. requerimiento notarial, telegrama, fax, burofax, email o sms certificado). Quedan excluidas, por consiguiente, las notificaciones verbales o telefónicas (SAPH 14/01/1991 y SAPZ 25/10/1996), así como las efectuadas por carta —aun certificada—, salvo que lo admita el ejercitante del derecho de abolorio (SATZ 16/04/1970).

Se exige, asimismo, que la notificación sea completa, en el sentido de que su contenido incluya junto al precio —o las bases para calcularlo—, las condiciones y garantías de su pago, la descripción del inmueble o inmuebles que se pretenden enajenar y, en su caso, de sus cargas y gravámenes (SSAP 04/03/2005 y 02/02/2006).

En cualquier caso, el CDFA está pensando en una notificación personal, lo que conlleva la exclusión de las notificaciones mediante publicación edictal, ya sea en tablones o en diarios oficiales o privados; modalidad esta de notificación que se practica, sin embargo, con respecto a la saca foral vasca (los denominados *llamamientos forales* mediante edictos a publicar en el ayuntamiento del término municipal donde radican las fincas), lo que se explica por la existencia de una consolidada práctica en este sentido, sin olvidar el restringido ámbito de aplicación de este derecho de adquisición preferente (art. 62.1 LDCV: la tierra llana de Vizcaya y los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio).

Por añadidura, tal notificación previa a la enajenación no se configura legalmente como una obligación jurídica en sentido estricto, sino más bien como una carga para el dueño que pretende enajenar, toda vez que su ausencia de verificación sólo implicará que no empezará a correr el plazo del tanteo y que, adicionalmente, quedará abierta la posibilidad de ejercer el retracto en el caso de consumarse la enajenación (SAPZ 14/09/2001: la falta de notificación no puede considerarse un acto de mala fe o constitutivo de fraude de ley).

No obstante lo anterior, el art. 594.2 prevé que, una vez realizada la notificación previa, el dueño que pretende enajenar quedará obligado frente al pariente o parientes destinatarios de aquella durante los treinta días que tienen éstos para ejercitar el tanteo, aunque desista de su intención de enajenar. Tal previsión parece que debe ser interpretada en el sentido de que el titular o titulares del derecho que hayan sido notificados de la intención de enajenar podrán exigir al dueño que efectúe la enajenación a su favor en las condiciones notificadas y ello aunque éste desista de su intención de enajenar. No parece, sin embargo, que el hecho de realizar la notificación previa prive al notificante de la facultad de enajenar a quien quiera y en las condiciones que

quiera antes de que transcurra el plazo del tanteo, si bien en este caso el pariente o parientes notificados podrán ejercitar el derecho en fase de retracto, entiendo que en las condiciones notificadas, aunque la enajenación se haya realizado en condiciones diferentes (LÓPEZ AZCONA).

Por añadidura, el CDFA fija un límite temporal a la eficacia de la notificación previa, toda vez que en su art. 594.3 dispone que sus efectos caducarán si la enajenación proyectada no se realiza en el plazo de un año (entiéndase, desde la notificación). De ello resulta que, si el dueño efectúa la enajenación transcurrido un año, los parientes previamente notificados podrán ejercitar el retracto.

*b) Plazos de ejercicio en fase de retracto.* El art. 594.4 contempla dos plazos de ejercicio del derecho en fase de retracto, en función de que la enajenación haya sido o no notificada fehacientemente a los titulares del derecho.

En concreto, el art. 594.4.a. dispone que, cuando se notifique fehacientemente la enajenación, con indicación del precio y demás condiciones esenciales del contrato, el plazo de ejercicio del retracto será de treinta días. Dos son, por tanto, los requisitos a cumplir por la notificación para que determine el inicio del cómputo de los treinta días: que sea fehaciente y completa; requisitos coincidentes con los exigidos a la notificación previa que determina el ejercicio del tanteo. Al igual que en fase de tanteo, la notificación de la enajenación tampoco constituye una obligación, sino una carga, ya que su incumplimiento conllevara como única consecuencia una ampliación del plazo, de treinta a noventa días, del que disponen los titulares del derecho para su ejercicio (SAPZ 14/09/2001: la falta de notificación no puede considerarse un acto de mala fe o constitutivo de fraude de ley).

En defecto de notificación de la enajenación o si carece de *fehaciencia*, es incompleta (por no expresar las condiciones esenciales de la enajenación) o incorrecta (por haberse efectuado la enajenación en condiciones diferentes a las notificadas), el art. 594.4.b. concede un plazo más amplio de noventa días, a contar desde el conocimiento por parte del retrayente de la enajenación y de sus condiciones esenciales, ya sea por los medios de información previstos en la legislación hipotecaria, en el caso de inscripción registral de la enajenación, o, en su defecto, por cualquier otro medio. La inscripción registral ya no es, por tanto, uno de los hitos para el inicio del cómputo del plazo, sino un medio más que posibilita el conocimiento (MEDRANO SÁNCHEZ). Esta opción, en principio, parece adecuada, por cuanto la inscripción registral se trata de una publicidad formal que no garantiza el conocimiento de la enajenación por los titulares del derecho de abolorio (STSJA 15/09/2014), pero no por ello puede obviarse la problemática, principalmente de índole probatorio, que genera el criterio del conocimiento. En cualquier caso, en aplicación del principio de la carga de prueba, el retrayente cumplirá con indicar el día en que conoció la enajenación, correspondiendo al demandado que excepcione

la caducidad de la acción probar el conocimiento de la enajenación y sus circunstancias fuera de plazo (SAPZ 24/07/2017).

c) *Plazo máximo de caducidad.* Junto a los plazos de treinta y noventa días, el art. 594.5 establece, por razones de seguridad jurídica, un plazo máximo de caducidad de dos años a contar desde la consumación de la enajenación. Ello significa que, una vez agotado este límite temporal, el derecho se extingue automáticamente sin excepción alguna (SAPT 07/06/2001). De este modo, la notificación o el conocimiento en los dos años siguientes a la enajenación producirán un acortamiento de este plazo, entrando en juego el de treinta, o en su caso, noventa días; pero si tales circunstancias acontecen con posterioridad al mismo, éste no experimentará ampliación alguna (SATZ 10/07/1973).

d) *Naturaleza de los plazos.* Según clarifica el art. 594 en sus aps. 1º y 4º, todos los plazos mencionados son de caducidad y, por consiguiente, no admiten interrupción alguna. Asimismo, son plazos de naturaleza civil, de tal manera que, de acuerdo con el art. 5 Cc., habrán de contarse desde el día siguiente, incluyéndose en su cómputo los días hábiles e inhábiles (SAPH 30/07/2007).

**B. El pago o consignación del precio.** La segunda formalidad esencial para el ejercicio del derecho de abolorio viene constituida, en atención a lo dispuesto en el art. 595. 1 y 2 CDFR por el pago o consignación del precio (SAPZ 24/07/2017).

El pago o la consignación debe verificarse dentro de los plazos de ejercicio del derecho (art. 595.1) so pena de hacerlo inviable (SAPH 04/03/2005) y en favor del actual propietario (STS 05/07/1980). La consignación podrá realizarse no sólo en metálico, sino también a través de un medio de garantía como es el aval cambiario o el cheque conformado (art. 595.1).

La cuantía a entregar es el precio de venta o el importe de la deuda en la dación en pago, no el valor real del inmueble vendido (SATZ 14/01/1981). En el supuesto de pluralidad de enajenaciones dentro del plazo de ejercicio del derecho, habrá que atender al precio de la primera transmisión, ya que es la que da origen al derecho de abolorio y determina sus condiciones de ejercicio (STS 07/07/1995, retracto de comuneros).

En todo caso, el cumplimiento de este requisito se supedita al conocimiento del precio de venta o, en general, de la contraprestación pactada por parte del tanteante o retrayente, ya sea vía notificación o por una fuente de información subsidiaria (MEDRANO SÁNCHEZ). En cambio, según prevé el art. 595.2, si el ejercitante lo desconoce, cumple, a efectos del ejercicio del derecho, con consignar o garantizar el precio en que estime (en base a datos objetivos, según matiza MEDRANO SÁNCHEZ) que se ha verificado la enajenación, aunque el Juez podrá ordenarle que complete la cantidad consignada

o garantizada si la considera insuficiente (SAPH 17/10/1996: de conocer el precio real, basta consignar el precio escriturado, sin perjuicio de que en el proceso el demandado alegue y demuestre que fue otro el precio).

Quedan excluidos de la consignación los gastos útiles y necesarios hechos en la cosa vendida y los gastos del contrato a que se refiere el art. 596.2 CDFA. Aunque dichos gastos deban reembolsarse al adquirente en caso de ejercitar con éxito el derecho de abolorio, no constituyen objeto de la consignación (STSJA 22/01/1990 y SAPH 17/10/1996).

**C. Documentos a aportar con la demanda.** Junto a los requisitos formales, el art. 595.3 CDFA contempla dos requisitos adicionales, a cumplir solo cuando el derecho se ejercite judicialmente.

El primero de ellos, dirigido a garantizar la seriedad de las pretensiones de abolorio, radica en la exigencia de un principio de prueba documental del título en que se funde la demanda. Tal presupuesto, contemplado genéricamente en el art. 266.3° Lec. en relación con las demandas de retracto, a efectos del derecho de abolorio se concreta en la justificación tanto del parentesco del demandante con el enajenante como de la condición de abolorio de los inmuebles enajenados.

En segundo lugar, el CDFA impone al ejercitante, también de modo coincidente con el art. 266.3° Lec, la obligación de acompañar el escrito de la demanda con el documento que justifique la consignación del precio o la prestación de la garantía. Con ello se pretende garantizar al demandado que será reembolsado de las cantidades a que se refiere el art. 596.2, en caso de prosperar la demanda.

En cualquier caso, la aportación de los documentos indicados se requiere como requisito de admisibilidad de la demanda, de tal modo que, por aplicación de los arts. 269.2 y 403.3 Lec., su falta de presentación conllevará la inadmisión a trámite de toda demanda de derecho de abolorio.

## 7. Efectos

**A. Efectos comunes a todos los derechos de adquisición preferente.** Válidamente ejercitado el derecho de abolorio en tiempo y forma se derivan los efectos propios de los derechos de adquisición preferente, concretamente en sus modalidades de tanteo y retracto. Tales efectos se encuentran regulados en el art. 596.1 y 2 CDFA.

a) *Adquisición de la propiedad de los bienes de abolorio en las mismas condiciones en que se han pretendido enajenar o ya se han enajenado.* En cuanto derecho de adquisición preferente, el principal efecto que genera el derecho de abolorio es de carácter adquisitivo, produciéndose la adquisición de la propiedad del inmueble o inmuebles familiares por parte del ejercitante



en las mismas condiciones en que se han pretendido enajenar o ya se han enajenado, según prevé el art. 596.1. De ello resulta que, en caso de ejercitarse en fase de retracto, el retrayente sólo estará obligado a soportar las cargas y gravámenes constituidos sobre el bien o bienes de abolorio antes de consumarse la enajenación, pero no los que imponga posteriormente el adquirente (SAPH 23/05/2006). En efecto, el retrayente quedara afectado por los derechos reales limitados y, en general, los gravámenes que se hayan constituido sobre el inmueble antes de la enajenación, de tal manera que sus titulares tendrán frente a él todas las acciones derivadas de los mismos. Por el contrario, y como consecuencia lógica de la eficacia del retracto legal frente a terceros, aun cuando hayan inscrito en el Registro de la Propiedad los títulos de sus respectivos derechos *ex art. 37.3º LH*, aquellos derechos o gravámenes que haya constituido el adquirente tras la enajenación quedarán extinguidos como consecuencia del ejercicio del derecho de abolorio, siempre que el retrayente así lo solicite judicialmente, en virtud del principio dispositivo que rige los procesos civiles, y demande a sus respectivos titulares (LÓPEZ AZCONA).

*b) Reembolsos efectivos a efectuar por el retrayente.* Otro de los efectos del derecho de abolorio radica en los reembolsos definitivos a efectuar por su titular cuando lo ejercite tras la enajenación, cuestión que resuelve el art. 596.2, a interpretar conjuntamente con el art. 595.1. De la lectura conjunta de ambos preceptos resulta que la obligación solutoria que recae sobre el retrayente no alcanza solo al precio, sino que también se extiende a los gastos satisfechos por el adquirente en atención a la enajenación efectuada a su favor y al bien o bienes adquiridos. Ahora bien, a efectos de su cumplimiento es posible distinguir dos momentos diferentes. Al tiempo de ejercitar el derecho, ya sea judicial o extrajudicialmente, el pariente habrá de entregar o, en su caso, consignar el precio pagado o que se comprometió a pagar el adquirente.

Solo en un momento posterior, y como efecto de su ejercicio, el retrayente habrá de satisfacer los gastos ocasionados por la enajenación y los gastos necesarios y útiles que, en su caso, el adquirente haya hecho en el bien o bienes adquiridos, a fin de garantizar su indemnidad patrimonial (STSJA 15/09/2014: no son reembolsables los gastos de constitución del préstamo hipotecario. AAPH 05/10/1998: son reembolsables los honorarios del agente de la propiedad inmobiliaria que haya mediado en la venta). Tales gastos, normalmente desconocidos por el retrayente, habrán de determinarse durante la tramitación del proceso o en ejecución de sentencia, en caso de que se haya ejercitado judicialmente el derecho. En cambio, de haberlo ejercitado extrajudicialmente, los referidos gastos deberán fijarse de mutuo acuerdo por el retrayente y el adquirente y solo, en su defecto, cabra acudir a la vía judicial para dirimir qué gastos ha efectuado el adquirente y cuales son re-

embolsables. En cualquier caso, de efectuarse varias enajenaciones dentro del plazo de ejercicio del derecho, el retrayente sólo habrá de reembolsar el precio y gastos de la primera enajenación.

**B. Efecto específico del derecho de abolorio: La prohibición de disponer del bien adquirido por derecho de abolorio.** Como efecto singular del derecho de abolorio, el art. 596.3 impone al adquirente por derecho de abolorio una prohibición de disponer durante cinco años del bien o bienes así adquiridos, tanto a favor de parientes como de extraños. La naturaleza imperativa de la norma la convierte en indisponible y conlleva como sanción a su incumplimiento la nulidad de la enajenación.

Dicha prohibición no es absoluta, ya que solo rige frente a las enajenaciones realizadas por actos *inter vivos*, onerosos o gratuitos. Nada impide, por tanto, las transmisiones *mortis causa*, cualquiera que sea el modo de delación, voluntaria o legal. Y ello aun cuando el pacto sucesorio sea de presente a favor de contratante (art. 389 CDFR), habida cuenta de su naturaleza de acto *mortis causa*, en cuanto se dirige a ordenar la sucesión del instituyente. La misma afirmación puede sostenerse respecto a la ejecución de la fiducia sucesoria, dado que también tiene por objeto regular el destino *post mortem* del patrimonio del causante, sin perjuicio de que deba efectuarse, como regla, en virtud de acto *inter vivos* (art. 456.1 CDFR). Dentro de las enajenaciones *inter vivos*, el art. 596.3 limita el alcance de la prohibición a las voluntarias, quedando, por tanto, excluidas las forzosas, ya sean resultado del ejercicio de potestades administrativas o se deriven de un proceso de ejecución civil (SAPZ 02/07/2007: están excluidos de la prohibición aquellos actos que impliquen una modificación física del inmueble).

En cualquier caso, el art. 596.3 introduce una importante salvedad a la prohibición de enajenar consistente en que el adquirente por derecho de abolorio venga "a peor fortuna" antes del transcurso de los cinco años. Esta expresión legal no deja de constituir un concepto jurídico indeterminado, cuya verificación corresponderá en última instancia a los órganos judiciales en atención a las concretas circunstancias del caso. Con todo, no parece que pueda hablarse de situación de peor fortuna cuando el adquirente por derecho de abolorio experimente una cierta disminución de su patrimonio, pero no de tal alcance que le fuerce a vender el bien o bienes adquiridos. Y es que, de otro modo, bastaría con una breve reducción patrimonial para que el adquirente pudiese proceder a su enajenación (entiéndase, a título oneroso), con lo que resultaría muy fácil eludir la prohibición de disponer. Por el contrario, no parece necesario para efectuar la enajenación que el adquirente se encuentre en una situación de total insolvencia y menos aún que se haya visto afectado por un procedimiento concursal (LÓPEZ AZCONA).

## 8. La renuncia

Otra de las cuestiones que resuelve el CDFA es la relativa a la renuncia del derecho de abolorio. En concreto, el art. 597 reconoce la validez de la renuncia previa y genérica del derecho de abolorio, esto es, sin contemplación a una determinada enajenación, aunque debe estar referida necesariamente a bienes de abolorio concretos. Dicho precepto no prevé, sin embargo, un mecanismo de notificación o publicidad de la renuncia, lo que quizá hubiese sido aconsejable por razones de seguridad jurídica, para evitar así que la renuncia quede al arbitrio del renunciante (LÓPEZ AZCONA).

## 9. Colisión con otros derechos de adquisición preferente

El derecho de abolorio puede concurrir con otros derechos de adquisición preferente en su ejercicio sobre un mismo bien, originándose una colisión de titularidades que encuentra solución en el art. 598 CDFA. En este punto el CDFA ha optado por atribuir preferencia relativa al derecho de abolorio sobre los demás derechos legales de adquisición preferente, en cuanto lo subordina a los derechos de adquisición preferente reconocidos a los entes públicos, así como al retracto de comuneros.

Este orden de prelación resulta, a mi juicio, plenamente fundado. Así, la prioridad de los derechos de adquisición correspondientes a los entes públicos es incuestionable, habida cuenta de la preeminencia que, entiendo, ha de darse, en todo caso, al interés público que subyace en el reconocimiento de tales preferencias adquisitivas.

Por su parte, la prevalencia otorgada al retracto de comuneros también se encuentra justificada dada la finalidad que inspira esta modalidad de retracto. Y es que, en caso de concurrir un pariente y un comunero en la venta de cuota o cuotas indivisas de bienes de abolorio, parece razonable dar preferencia al comunero al objeto de favorecer la salida de la indivisión.

Con base en esta previsión normativa, la jurisprudencia ha reconocido, en particular, la preferencia del derecho de abolorio sobre el retracto arrendaticio rústico (STSJA 04/11/1992) y sobre el retracto de colindantes (SAPZ 28/11/2018).

## 10. La (extinta) facultad moderadora

Una previsión que incluía la Comp. 1967 (art. 149.2) y ahora ha sido suprimida radicaba en la facultad atribuida los órganos judiciales de moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio. Lo discutible, más que la facultad en sí, fue el uso que se hizo de la misma en la práctica judicial para justificar una interpretación muy restrictiva de la institución, con la consiguiente denegación de las demandas de abolorio por considerar, de

modo muy frecuente, que el ejercitante no cumplía la finalidad familiar a la que va dirigida este derecho, pese a concurrir los presupuestos legales en el caso concreto (LÓPEZ AZCONA y DOMÍNGUEZ PÉREZ).

Dicha facultad fue suprimida por la LDcp., al objeto de objetivar los presupuestos del derecho de abolorio, de tal manera que ya no puede exigirse al ejercitante una afección específica hacia los bienes (STSJA 10/02/2016).

**BIBLIOGRAFÍA:** BARBER CÁRCAMO, R. (1991): *El retracto gentilicio*, ed. Montecorvo, Madrid; GARCÍA CANTERO, G. (1998): “El derecho de abolorio en Aragón”, *RJN*, núm. 25, pp. 151 a 243; DOMÍNGUEZ PÉREZ, M. (2011): “La facultad moderadora y la finalidad del derecho de abolorio”, en AA.VV., *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 115 a 121; LÓPEZ AZCONA, A. (2007): *El derecho de abolorio*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid; (2011): “El derecho de abolorio en la nueva Ley de Derecho civil patrimonial”, en *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 75 a 114; (2013): “El derecho de abolorio o de la saca”, en *Derecho civil patrimonial*, ed. IFC, Zaragoza, pp. 269-316; (2020), “Del derecho de abolorio o de la saca”, en AA.VV., *25 años de jurisprudencia aragonesa: El Derecho civil aragonés aplicado por los tribunales (1995-2019)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1569-1614; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (1999): *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza; MEDRANO SÁNCHEZ, J.I. (2013): “Aspectos procesales del derecho de abolorio”, en AA.VV., *Derecho civil patrimonial*, ed. IFC, Zaragoza, pp. 379-402; MAZANA PUJOL, J. (2011): “El elemento objetivo del derecho de abolorio. Sobre qué bienes recae. Análisis del artículo 53 de la Ley de Derecho civil patrimonial”, en AA.VV., *Actas de los Vigésimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 123 a 130; MERINO HERNÁNDEZ, J.L. (1980): *El derecho de abolorio aragonés*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza; SAÍNZ DE VARANDA, R. (1946): “El retracto gentilicio”, *ADA*, t. III, 1946, pp. 223 a 335; SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, A. (2013): “Legitimación para el ejercicio del derecho de abolorio tras la reforma de Derecho civil patrimonial”, en AA.VV., *Derecho civil patrimonial*, ed. IFC, Zaragoza, pp. 403 a 408; y SERRANO GARCÍA, J.A. (2000): *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal)*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid.

## §30. LOS CONTRATOS DE GANADERÍA

Aurora LÓPEZ AZCONA  
Profesora Titular de Derecho civil

### 1. Pluralidad de regímenes civiles españoles. Ley aplicable

**A. Pluralidad de regímenes civiles españoles.** La actual regulación aragonesa sobre contratos de ganadería se circunscribe a un solo precepto incluido en el CDEFA, el art. 599, que, por lo demás, se limita a fijar sus fuentes de regulación.

Del mismo planteamiento participó en su momento el Derecho civil catalán, toda vez que la Comp.Cat. dedicaba un precepto a esta materia, el art. 339 que hacía mera referencia a los tradicionales contratos de *soccida* y *conlloc* para concretar sus fuentes, de modo similar al art. 153 Comp.Arag. Fue tras la CE de 1978 cuando se aprobó una ley específica sobre contratos de integración, la Ley 24/1984, de 28 de noviembre, al objeto de ofrecer, según puede leerse en su Preámbulo, un marco jurídico adecuado a un fenómeno que entonces empezaba a despuntar como era el de la integración ganadera vinculado a los importantes cambios acaecidos en los procesos productivos. En este contexto los antiguos contratos de *soccida* y *conlloc* dieron paso a los contratos de integración entre, de una parte, las empresas suministradoras de animales y piensos (integrador) y, de otra, los ganaderos (integrado), con el fin último de producir más y a menor coste en el caso del integrador, y con el objeto de rentabilizar sus instalaciones y trabajo por parte del integrado. La complejidad de este fenómeno y, en muchas ocasiones, la desigual posición negociadora de las partes (con un integrado como parte débil del contrato) llevaron al legislador catalán a dictar una norma general y supletoria de estos contratos como es la Ley 24/1984, al objeto de dotar de la debida transparencia a tales relaciones, a la par que seguridad a las partes contratantes. Posteriormente, esta Ley se sustituyó por Ley 2/2005, de 4 de abril, dirigida a efectuar las modificaciones normativas necesarias, en aras de ofrecer unas mayores garantías de igualdad entre las partes y atender a los requerimientos legales en materia zoonosanitaria y medio ambiental. Esta evolución normativa se cierra a fecha de hoy con la aprobación por la Ley 3/2017 de 15 de febrero del Libro VI del CcC, donde se ha dado entrada a esta modalidad contractual en sus arts. 625-1 a 625.12 que vienen a reproducir, con ciertas variantes, las previsiones de la Ley 2/2005.

En cuanto a los demás Derechos civiles territoriales, sólo contiene regulación específica sobre esta materia el Derecho civil gallego. En particular, la LDCG ofrece un régimen muy completo del contrato de aparcería en sus arts. 127 a 142, con mención específica a la aparcería pecuaria en el art. 130.

Por último, la regulación estatal sobre contratos de ganadería no pasa de ciertas previsiones sobre los contratos de integración, muy fragmentarias y además enmarcadas en tipos contractuales más amplios de carácter agroalimentario: los arts. 3.16, 7.2 y 16.2 Ley 8/2003 de sanidad animal y el art. 5.g Ley 12/2013 de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (ARGUDO PÉRIZ). Ello sin olvidar el art. 1579 Cc, referido al contrato de aparcería en general para fijar sus fuentes normativas.

**B. Ley aplicable.** En razón de la pluralidad legislativa española existente sobre los contratos de ganadería, interesa ahora establecer los criterios necesarios para determinar la legislación aplicable a la celebración de un concreto contrato. El carácter interno o

interregional de estos conflictos obliga a acudir exclusivamente al art. 10.5 Cc; no, así en cambio, al Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, reservado a los contratos internacionales, lo que no es el caso.

El art. 10.5 Cc permite, en primer lugar, a las partes elegir de mutuo acuerdo el Derecho aplicable a su contrato, siempre que tenga alguna vinculación con el negocio que se trate. Así sucede en la práctica contractual aragonesa, toda vez que la inmensa mayoría de contratos celebrados actualmente son de integración, en los que las partes, integrado aragonés e integrador catalán, pactan expresamente su sujeción a la legislación catalana (LÓPEZ AZCONA). En defecto de elección por las partes, el párrafo 1º de dicho precepto acude a tres puntos de conexión, ordenados jerárquicamente: 1º. – la nacionalidad (entiéndase, vecindad civil *ex art. 16 Cc*) común de las partes; 2º. – la residencia habitual común de las partes; y 3º. – el lugar de celebración del contrato.

## 2. Regulación y antecedentes de los contratos de ganadería en Aragón

**A. La importancia del Derecho consuetudinario.** En Aragón, hasta fechas muy recientes y en comparación con otros territorios, la ganadería y agricultura han ocupado un papel central en la economía, por lo que resulta lógico que el Ordenamiento civil aragonés haya acogido y acoja regulaciones que tienen por objeto relaciones jurídicas vinculadas a actividades agropecuarias.

En efecto, al amparo de la libertad de pactos se han celebrado a lo largo del tiempo numerosos contratos, con una gran riqueza de variedades y tipologías, en materia de ganadería. La utilización reiterada de estos contratos por los aragoneses ha cristalizado en una serie de usos y prácticas que han pasado a formar parte del Derecho consuetudinario, cuya importancia en el sistema de fuentes constituye, como resalta Joaquín COSTA en su obra *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, uno de los ejes del Derecho aragonés y una de sus señas de identidad. Es por ello que el Derecho aragonés sobre contratos de ganadería tiene fundamentalmente origen consuetudinario, de manera que los diversos contratos acuñados con el paso del tiempo han permanecido prácticamente al margen del Derecho escrito.

**B. Los Fueros y Observancias.** El carácter eminentemente consuetudinario del Derecho aragonés sobre contratos de ganadería explica que los Fueros y Observancias contuviesen una regulación muy somera sobre el particular, ocupándose únicamente de solventar ciertas cuestiones referidas a determinados tipos contractuales. En particular, el fuero único *Commodati* y el fuero 2º *Locati et Conducti*, ambos de 1247, establecían en materia de comodato y arrendamiento de bestias unas normas de responsabilidad para el supuesto de pérdida del animal prestado o alquilado. Por su parte, la observancia 9ª *De Privilegio Generali*, en relación a la compraventa de bestias, formulaba la regla de la irreivindicabilidad de la bestia comprada en feria.

C. *El Apéndice del Derecho foral de Aragón de 1925*. La derogación del Cuerpo de los Fueros y Observancias por el Apéndice de 1925 supuso la introducción de una regulación general relativa a los contratos de ganadería. En efecto, posiblemente por influjo de COSTA (quien en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 había defendido la inclusión en un futuro Código Civil aragonés del régimen de los contratos de ganadería) los redactores del Apéndice incorporaron un precepto de amplio contenido sobre esta materia.

En concreto, el Apéndice dedicó a los contratos de ganadería su art. 77, integrado por dos párrafos. El primero, en el que se fijaba, de modo prácticamente idéntico a la regulación actualmente vigente, las fuentes reguladoras de este tipo de contratos. Así, se establecía que, en defecto de pacto expreso, estos contratos se regirían por “los usos consuetudinarios que tengan actual observancia en el lugar de cumplimiento” del contrato y, subsidiariamente, por “las normas ordinarias de la ley común”.

El segundo contenía una enumeración descriptiva de diversos contratos de ganadería, a los que había de aplicarse el sistema de fuentes del párrafo anterior. Lo criticable de este precepto radicaba en que formulaba una lista cerrada de tipos contractuales (sin duda, inspirada en el Proyecto de Apéndice de 1904 elaborado por GIL BERGES), en la que quedaban excluidos otros contratos que se venían celebrando, asimismo, en Aragón, tales como el ejercicio mancomunado de la ganadería del que se había ocupado COSTA en su obra *Derecho consuetudinario y economía popular de España*. Esta exclusión suponía la existencia de dos tipologías de contratos de ganadería en Aragón, cada una con su propio sistema de fuentes, toda vez que, en una interpretación literal del precepto, sólo se sujetarían al sistema de fuentes del párr. 1º del art. 77 los contratos expresamente contemplados en el párr. 2º.

En cualquier caso, interesa dar cuenta de los tipos contractuales acogidos expresamente por el Apéndice, debido a que, como se verá, la actual regulación sobre la materia es mucho más sucinta, ya que no incluye relación alguna. A estos efectos y en atención a la sistemática del Proyecto de Apéndice de 1904, los contratos enunciados en el Apéndice podían clasificarse en función de su pertenencia (o no) a la categoría de la aparcería pecuaria.

Eran aparcerías pecuarias: 1) La *aparcería de ganados destinados a la reproducción*: contrato por el cual el dueño de reses de vientre las entregaba a otro para que las cuidase y destinase a la reproducción, repartiéndose entre ambos las crías. 2) La *aparcería de ganados susceptibles de granjería*: contrato por el cual el dueño de un ganado lo entregaba a un aparcerero para que lo alimentase y lo conservase hasta su venta, bajo condición de repartir el precio obtenido de su venta. 3) La *tornayunta*: contrato en virtud del cual dos agricultores propietarios cada uno de una res de labor se la prestaban alternativamente para formar una yunta (pareja) y así poder labrar sus tierras respectivas.

4) La *conyunta* que presentaba dos variantes: en una primera modalidad, el dueño de un animal de labor lo cedía a otro individuo, dueño de otro animal de igual clase, para que, formando pareja, utilizasen ambos todo el año, salvo determinado número de días que deberá labrar las fincas del cedente; y en la segunda, varios condueños de una bestia de labor se asociaban con quienes poseían otro animal en idénticas condiciones para constituir yunta, distribuyéndose los días de trabajo en proporción a la cuota que tenía cada uno en la propiedad del animal.

Otros contratos diferentes a la aparcería pecuaria eran: 1) El *arrendamiento de ganado*: contrato por el cual el dueño de un animal de labor, montura o tiro cedía su uso a otra persona a cambio de precio o prestación de servicios. 2) La *dación como préstamo a diente o a mota*: contrato por el que el dueño de reses lanares o cabrías entregaba a otra persona un cierto número de reses para que las destinase a lo que tuviese por conveniente, con la obligación de retribuir anualmente al dueño en dinero o en especie y de devolverle, al finalizar el contrato, el mismo número de reses de igual edad y condiciones o su valor. 3) El *seguro mutuo de ganado*: contrato por el cual varios propietarios de ganado vacuno apto para la labor se obligaban a responder mancomunadamente de la pérdida o siniestro que cada uno de ellos pudiese sufrir en sus respectivas cabezas de ganado. 4) El *pupilaje de animales, conlloc o invernil*: contrato por el cual el dueño de ganado caballar, mular o vacuno de recría que careciese de hierba o heno para alimentarlo en los establos durante el invierno confiaba su cuidado a otra persona que dispusiera de pienso abundante, pagándole por el pupilaje una cantidad determinada.

**D. La Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967.** En la Comp. Arag. la materia de los contratos de ganadería estaba contenida en el art. 153, precepto que se limitaba al establecimiento de su sistema de fuentes, sin que se procediese a enumerar o definir contrato alguno, en un planteamiento diferente al del Apéndice de 1925. La concreta opción del legislador en este punto merece algún comentario, habida cuenta de que tal precepto se mantuvo sin modificaciones sustanciales en la última reforma de que ha sido objeto el Derecho aragonés de obligaciones en virtud de la Ley 8/2010 de Derecho civil patrimonial.

En primer lugar, el art. 153 Comp.Arag. fijó, de modo similar al Apéndice de 1925, las fuentes reguladoras de los contratos de ganadería que no eran otras que las estipulaciones de las partes, los usos observados en el lugar de cumplimiento del contrato y la legislación “común”.

En segundo lugar, por lo que hace al ámbito de aplicación del precepto, los redactores de la Comp.Arag. optaron, a diferencia del Apéndice, por una fórmula muy amplia, aludiendo genéricamente a “cualesquiera contratos relativos a la ganadería”. Esta expresión legal, junto a la ausencia de una lista



de concretos contratos de ganadería, permite entender que posiblemente la voluntad del legislador estuviese orientada a dar amparo normativo en la legislación aragonesa a todos aquellos contratos de ganadería que se celebrasen en Aragón, tanto los tradicionales, hubiesen sido o no recogidos en el Apéndice de 1925, como los nuevos tipos contractuales que pudiesen surgir en la práctica.

**E. La Ley 8/2010 Derecho civil patrimonial y la ausencia de desarrollo normativo ulterior.** Según puede leerse en su Preámbulo, la Ley 8/2010 de Derecho civil patrimonial culminó el proceso de reformulación y actualización del Derecho civil aragonés iniciado en 1999, desarrollando el contenido de los Libros III y IV Comp.Arag., dedicados respectivamente al Derecho de bienes y al Derecho de obligaciones.

Ahora bien, la LDcp renunció a regular *in extenso* los contratos de ganadería, dedicándoles, en su lugar, un solo precepto, el art. 63, que reprodujo con mínimas variantes el antiguo art. 153 Comp.Arag. Ciertamente, esta opción de política legislativa podría cuestionarse *a priori*, dado que esta parquedad normativa no acaba de armonizar con el amplio desarrollo normativo de que fueron objeto las restantes instituciones objeto de la Ley (esto es, el derecho de abolorio, las relaciones de vecindad y las servidumbres).

No obstante, como defendí en otro lugar (LÓPEZ AZCONA), personalmente considero que no correspondía en ese momento regular en detalle la materia de los contratos de ganadería, considerando, en su lugar, más oportuna la aprobación *ad futurum* de una ley especial, como se ha hecho en la C.A. de Cataluña. Por ello, me parece acertada la opción de la LDcp de mantener el tenor del art. 153 Comp.Arag., si bien debidamente adecuado al vigente sistema de fuentes del Derecho civil aragonés, al objeto de seguir legitimando la competencia de las Cortes de Aragón en esta materia, como así se recoge expresamente en su Preámbulo. Y es que, a mi entender, esta competencia resulta incuestionable al amparo de los arts. 148.1.7<sup>a</sup> y art. 149.1.8<sup>a</sup> CE, referidos respectivamente a la competencia de las CC.AA. en general en materia de agricultura y ganadería y la de competencia de las CC.AA. con Derecho civil propio para su conservación, modificación y desarrollo (comparte esta opinión BAYOD LÓPEZ; se muestra, sin embargo, duditativa, con base a la posible mercantilidad de estos contratos ALONSO PÉREZ).

Sucede, sin embargo, que a fecha de hoy no ha fructificado iniciativa legislativa alguna al respecto. Es más, cuando se ha abordado esta cuestión en las Cortes de Aragón, se ha rechazado por buena parte de los grupos parlamentarios por entender, con un planteamiento muy restrictivo, que la regulación de los contratos de ganadería, en particular, en su modalidad de integración ganadera (la más habitual en la práctica) constituye materia mer-

cantil y, por tanto, excede de las competencias legislativas de la CC.AA. de Aragón *ex art. 149.1.6ª CE* (BAYOD LÓPEZ).

De este modo, y como se ha indicado *ab initio*, la actual regulación aragonesa en materia de contratos de ganadería sigue circunscrita a un solo precepto, el actual art. 599 CDFa (tras la refundición de que fueron objeto las diversas leyes civiles aprobadas desde 1999 y, entre ellas, la LDcp) que, por lo demás, se limita a fijar sus fuentes de regulación por las razones expuestas.

### 3. El art. 599 CDFa

**A. *Ámbito de aplicación.*** El art. 599 CDFa, en un planteamiento coincidente con la Comp.Arag., renuncia a hacer una lista de contratos de ganadería, optando, en su lugar, por una fórmula muy amplia para definir el ámbito de aplicación del precepto, en cuanto alude genéricamente “a cualesquiera contratos relativos a la ganadería”. El carácter abierto del precepto analizado merece un juicio positivo (coincide en esta apreciación BAYOD LÓPEZ, discrepa, sin embargo, ALONSO PÉREZ), en cuanto posibilita que tengan amparo normativo las nuevas relaciones contractuales surgidas como consecuencia de las actuales condiciones de la actividad pecuaria, que se caracteriza esencialmente por el auge de la ganadería intensiva y por la eliminación de las pequeñas explotaciones y su concentración en unidades económicas más competitivas.

En consonancia con estos cambios experimentados por la ganadería, cabe constatar que, junto a la desaparición de algunos de los contratos tradicionales (el seguro mutuo de ganado) y la adecuación de otros a las nuevas circunstancias socio-económicas (así, la conyunta y tornayunta tienen por objeto tractores), el fenómeno más importante ha consistido en la transformación de las antiguas formas de aparcería pecuaria en los contratos de integración, hoy en día los más habituales en Aragón, en detrimento de los demás contratos de ganadería que resultan más bien escasos. Es por ello que el epígrafe 4 se dedica específicamente a ofrecer una aproximación a esta modalidad contractual.

**B. *Fuentes de regulación.*** El contenido del art. 599 CDFa se dirige exclusivamente las fuentes supletorias de la voluntad de las partes (BAYOD LÓPEZ). En otras palabras, dicho precepto determina, en línea con el sistema de fuentes del Derecho civil aragonés previsto en el Título preliminar del CDFa, las normas a las que deberá acudir ante las lagunas de las estipulaciones que las partes puedan acordar al amparo del principio *standum est chartae* del art. 3 CDFa.

Para colmar estas omisiones, será preciso acudir, en primer lugar, a “los usos observados en el lugar de cumplimiento del contrato”. Dos matizaciones pueden hacerse a este respecto. La primera tiene que ver con la utiliza-

ción del término “usos”, lo que quizá permita entender comprendidos en la mención legal no sólo las costumbres, sino también los denominados “usos del tráfico” (como apunta ALONSO PÉREZ). En segundo término, la fórmula legal transcrita permite corroborar la importancia que el C DFA otorga a la costumbre, lo que debe interpretarse conjuntamente con el sistema de fuentes del Derecho civil aragonés, en el que, de una parte, se da entrada a la costumbre contra norma imperativa aragonesa y, de otra, se invita a los órganos judiciales a investigar las costumbres existentes (art. 2.2 C DFA).

En segundo lugar, de modo coherente con el art. 1.1 C DFA *in fine* y para evitar la aplicación del Derecho civil estatal, se dan entrada a los principios generales en los que tradicionalmente se inspira el Ordenamiento jurídico aragonés.

Finalmente, y sólo en defecto de norma aragonesa, será de aplicación el Derecho civil estatal en su condición de Derecho supletorio *ex art.* 1.2 C DFA. Ahora bien, como se ha indicado, la legislación estatal sobre la materia es actualmente muy escasa, encontrándose prácticamente reducida al art. 1579 Cc donde se regula el contrato de aparcería en general y a una regulación muy fragmentaria sobre contratos de integración contenida en la Ley 8/2003 de sanidad animal y la Ley 12/2013 de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, lo que obliga en la práctica a los Tribunales a recurrir al régimen común de las obligaciones y contratos y a la analogía con otros tipos contractuales, tales como el contrato de servicios (ARGUDO PÉREZ). En cualquier caso, esta remisión deberá entenderse subsistente en tanto la Comunidad Autónoma de Aragón no disponga de regulación propia en la materia.

#### 4. En particular, los contratos de integración ganadera

**A. Aproximación conceptual.** La práctica aragonesa en materia de contratos de ganadería revela que la mayor parte de los contratos celebrados en la actualidad pertenecen a la categoría de los de integración; en particular, a una modalidad específica de los mismos, en la que una de las partes (industrial o integrador) aporta las cabezas de ganado, el pienso y el asesoramiento técnico-sanitario y la otra (ganadero o integrado) proporciona las instalaciones y el trabajo necesario para la obtención de productos pecuarios (entendiendo por tales cualesquiera productos de los animales obtenidos a través de la reproducción, cría o engorde), de manera que, finalizado el ciclo productivo, el industrial coloque la producción en el mercado, compensando al integrado con una contraprestación económica preestablecida o una parte del precio de venta.

En cualquier caso, esta modalidad contractual es la única tipificada en el CcC, por ser la que menos reparos competenciales plantea, dado que sus otras variantes incorporan elementos caracterizadores que podrían permitir

calificarlos de contratos mercantiles y, por tanto, ajenos a las competencias de las Comunidades Autónomas, aun con Derecho civil propio.

**B. Práctica contractual.** La integración ganadera en Aragón suele documentarse mediante contratos celebrados, mayoritariamente en la Franja constituida por el Bajo Cinca, Los Monegros y la Litera. Todos ellos presentan como rasgos definitorios su parquedad, indefinición y la ausencia de garantías para el integrado. También importa señalar que en casi todos ellos se fija como normativa supletoria la normativa catalana en la materia, lo que se justifica por la habitual renuncia por el integrado (aragonés) a su fuero propio, en favor del integrador (catalán).

La lectura de sus cláusulas revela que en estos contratos la parte débil es el integrado, en cuanto se encuentra condicionado a la voluntad del integrador para que este deposite su ganado en su explotación. El integrado ha realizado una costosa inversión en su explotación, debe hacerse cargo de la gestión de los animales una vez depositados en sus instalaciones; debe cuidar del buen estado sanitario del ganado; y, asimismo, es responsable de la destrucción de los cadáveres y de la gestión de los residuos animales, lo que constituye un enorme sobrecoste.

Por el contrario, el integrador puede depositar los animales en el estadio de desarrollo que desee, modular la formulación de los piensos a su conveniencia, retrasar los pagos y establecer fechas para la retirada de los animales cuando más le convenga. Es posible que las situaciones de crisis puedan justificar ocasionalmente un retraso en la retirada del ganado, pero la ampliación de los plazos de permanencia supone un coste añadido para el integrado (que puede derivarse p.e. de daños en las instalaciones, incremento en el número de bajas o dificultades en el manejo de los animales). Por añadidura, los aumentos en la retribución del integrado suelen ser arbitrarios y obedecer a estrategias de *fidelización*.

Finalmente, uno de los apartados más preocupantes lo constituye la pérdida de animales debido a alguna situación de grave epizootia. Y es que en tales casos las pérdidas las suele sufrir el ganadero integrado, mientras que las indemnizaciones otorgadas por la Administración por tal causa las percibe el integrador en su condición de dueño del ganado (LÓPEZ AZCONA).

**BIBLIOGRAFÍA:** Con anterioridad a la Comp.Arag., COSTA, J. (1902): *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, t. I, tip. Manuel Soler, Barcelona; y DE LA FUENTE PERTE GAZ, P. (1916): *Contratos especiales sobre cultivo y ganadería*, tip. Jaime Ratés, Madrid. Vigente la Comp.Arag.: BERGUA CAMÓN, J. (1965-1966-1967): "Ganadería y pastos", *Anuario de Derecho Aragonés*, t. XIII, pp. 469 a 470, y (1980) voz "Ganadería, contratos sobre", *Gran Enciclopedia Aragonesa*, t. VI, p. 1485; y MERINO HERNANDEZ, J.L. (1988): "Comentario al art. 153 Comp.Arag.", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 2º, Edersa, Madrid, pags. 302 a 309. Vigente el CDFA: ALONSO

PÉREZ, M.T. (2015): "Comentario al art. 599 CDFA", en AA.VV., *Código del Derecho Foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia*, ed. Gobierno de Aragón, Zaragoza, pp. 857 a 859; ARGUDO PÉREZ, J.L. (2016): "Los contratos de integración del Derecho agrario español en el marco del nuevo Derecho contractual europeo", en AA.VV., *Derecho de contratos: Nuevos escenarios y nuevas propuestas*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 175 a 197; BAYOD LÓPEZ, C. (2013): "Contratos de ganadería", en AA.VV., *Derecho civil patrimonial aragonés*, ed. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, pp. 317 a 329; y LÓPEZ AZCONA, A. (2008): *Memoria del texto articulado del Proyecto de Ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de contratos de ganadería* (inédita); y (2011): "La experiencia aragonesa y catalana en materia de contratos de integración ganadera", *RDCA*, XVII, pp. 11 a 44. Sobre la regulación catalana de los contratos de integración: VILALTA NICUESA, A.E. (2006): *Contratos de integración ganadera: de los primeros pactos ganaderos a la Ley de Cataluña 2/2005, de 4 de abril, de Contratos de integración*, ed. Bosch, Barcelona.





